

# İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR .....	IX
KAYNAKÇA .....	XII
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİ

§ 1. HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİ NEDİR?.....	10
§ 2. HUKUK VE EKONOMİNİN KONUSU: HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ .....	15
I. Giriş ve Temel Özellikler.....	15
II. Ekonomik Analizin Türleri .....	21
A. Pozitif Analiz .....	22
B. Normatif Analiz.....	24
III. Hukukun Ekonomik Analizindeki Temel Kavramlar .....	27
A. Davranış Teorileri.....	28
1. Rasyonel Seçim Teorisi ve Bazı Temel Varsayımlar.....	28
2. Beklenen Fayda Teorisi .....	34
B. Arz, Talep ve Piyasalar .....	39
C. Sosyal Refah ve Ekonomik Etkinlik.....	43
1. Genel Olarak .....	43
2. Piyasa Paradigması: Tam Rekabet Piyasaları ve Pareto Etkinliği .....	47
a. Mübadeleler, Piyasa ve Refah .....	48
b. Tam Rekabet Piyasası ve Pareto Etkinliği: Sorunlar.....	52
c. Piyasa Paradigmasının Önemi: Piyasa Aksaklıkları .....	56
3. Kaldor-Hicks Etkinliği ve Servet Maksimizasyonu .....	60
a. Kavramlar .....	60
b. Sorunlar .....	64
§3. HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ .....	67
§4. HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİNİN GELİŞİMİ .....	70
§ 5. HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİNDEKİ OKULLAR .....	74
I. Chicago Okulu.....	75
II. Kamu Tercih Teorisi Okulu.....	77
III. Kurumsal Ekonomi Okulu.....	78
IV. Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu .....	80
§6. HUKUK VE EKONOMİ ÖĞRETİSİNE YÖNELTİLEN BAŞLICA ELEŞTİRİLER.....	82
I. Davranış Teorilerine Yöneltilen Eleştiriler.....	82
A. Genel Olarak .....	82
B. Davranış Teorisini Revize Etmeyi Amaçlayan Eleştiriler .....	85

C. Eleştirilerin Değerlendirilmesi .....	89
II. Ekonomik Metoda Yöneltilen Eleştiriler.....	90
III. Normatif Ekonomik Analize Yöneltilen Eleştiriler.....	94
A. Genel Olarak .....	94
B. Refah Dağılımı ve Ekonomik Etkinlik .....	96
C. Kaldor-Hicks Ölçütüne Yöneltilen Eleştiriler.....	99

## İKİNCİ BÖLÜM

### HAKSIZ FİİL HUKUKUNA EKONOMİK AÇIDAN GENEL BAKIŞ

<b>§ 1. KAVRAM OLARAK HAKSIZ FİİL VE HAKSIZ FİİL HUKUKU .....</b>	<b>104</b>
<b>§2. EKONOMİK AÇIDAN HAKSIZ FİİLİN NİTELENDİRİLMESİ VE BU NİTELENDİRME İŞİĞİNDE HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>107</b>
I. Nitelendirme: Olumsuz Dışsallık.....	109
A. Kavram.....	109
B. Olumsuz Dışsallığa Bağlanan Sonuç.....	113
C. Olumsuz Dışsallık ve Haksız Fiil: Ön Saptamalar .....	118
II. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Olumsuz Dışsallık Sorununa Yaklaşım ve Haksız Fiil Hukuku.....	122
A. Genel Olarak .....	122
B. Klasik Ekonomik Yaklaşım .....	125
1. Vergilendirme.....	126
2. Regülasyon.....	129
C. Coase Teoremi.....	131
1. Genel Olarak .....	131
2. Nedensellik ve Zararın Karşılıklılığı .....	133
3. Coase Teoremi ve Dışsallık Sorunu .....	135
4. Coase Teoremi, Hak Tahsisi ve İşlem Maliyetleri.....	142
a.Hak Tahsisi ve Teorem .....	143
b. İşlem Maliyeti ve Teorem .....	146
5. Coase Teoremine Dayalı Çıkarımlar .....	150
D. Hakkın Korunması Perspektifinden Dışsallıklar ve Haksız Fiil Hukuku.....	154
1. Temel Tasnif ( <i>Taksonomi</i> ).....	155
2. Hakkın Korunması ve Haksız Fiil Hukuku.....	158
E. Genel Değerlendirme ve Olumsuz Dışsallıkları Düzenleyen Hukuki Kurumsal Yapıların Tasnifi .....	164
<b>§3. HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI .....</b>	<b>169</b>
I. <i>Türk Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğuna Atfedilen Amaç ve Bunun Eleştirisi.</i> 171	
A. Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı.....	171
B. Türk Hukukundaki Hâkim Görüşün Eleştirilmesi.....	174
1. Önleyicilik Amacı Hakkındaki Eleştirilerin Değerlendirilmesi.....	175
2. Ekonomik Açıdan Telafi Amacı .....	179
3. Zararın Telafisi Haksız Fiil Hukukunun Amacı mıdır?.....	181
4. Denkleştirici Adaletin Sağlanması Amacı.....	187

<i>II. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Haksız Fiil Hukukuna Atfedilen Amaç: Sosyal Maliyetlerin Asgariye İndirilmesi</i> .....	192
A. Genel Açıklamalar.....	192
B. Birincil Maliyetler ( <i>Primary Costs</i> ).....	195
1. Kavramlar: Zarar ve Özen Maliyetleri .....	195
2. Etkin (optimum) Özen .....	197
a. Etkin Önleyici Tedbir (Niteliksel Özen) .....	198
b. Etkin Faaliyet Seviyesi (Niceliksel Özen) .....	200
C. İkincil Maliyetler .....	203
1. Kavram.....	203
2. Sigorta.....	205
3. İkincil Maliyetler ve Haksız Fiil Hukuku .....	209
D. Üçüncül Maliyetler ( <i>Administrative Costs</i> ).....	209
E. Haksız Fiil Hukukunun Amacı Hakkında Görüşümüz .....	210

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARININ EKONOMİK ANALİZİ

<b>§ 1. GENEL OLARAK</b> .....	<b>216</b>
<b>§ 2. HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA KUSUR VE KUSUR KAVRAMININ EKONOMİK ANALİZİ</b> .....	<b>217</b>
I. <i>Türk Haksız Fiil Hukukunda Kusur</i> .....	217
A. Genel Olarak Kusur .....	217
B. Kusurun Türleri .....	220
1. Kast .....	221
2. İhmal .....	223
C. Tespit ve Değerlendirme .....	225
II. <i>Ekonomik Açıdan Kusur</i> .....	231
A. Genel Olarak .....	231
B. Hand Formülü.....	235
1. Kavram.....	235
2. Unsurları .....	240
a. Olasılık Değeri.....	241
b. Özen Maliyeti.....	241
c. Maliyetler Hakkında .....	244
3. Kusurun Sübjektif Yönü, Ayırtım Gücü ve Hand Formülü.....	247
C. Hand Formülü Çerçevesinde Kusurun Türleri .....	249
1. Ekonomik Açıdan Kast ve İhmal Arasındaki Temel Farklar.....	251
2. Hand Formülü Çerçevesinde Kast.....	254
3. Hand Formülü Çerçevesinde İhmal.....	258
a. Genel Olarak.....	258
b. Türk Hukukunda İhmal Hand Formülüne Göre Belirlenebilir mi?.....	262
ba. Genel Olarak.....	262
bb. İhmalin Objektifleştirilmesi.....	265

bba. Objektif Teorinin Ekonomik Sonuçları .....	265
bbb. Objektif Teorinin Ekonomik Açıdan İzah Edilmesi .....	268
bc. İhmalin Belirlenmesinde Rol Oynayan Kurallar .....	271
bca. Güvenlik Regülasyonları ve İhmal .....	272
bcb. Sosyal Normlar ve Ticari Teamüller .....	275
bd. Yargı Kararlarında İhmal ve Hand Formülü .....	279
c. İhmalin Hand Formülüne Göre Belirlenmesindeki Olası Sorunlar .....	299
ca. Değerleme Sorunu .....	299
cb. Etkin (optimum) Özen ve Hand Formülü .....	302
<b>§ 3. HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA NEDENSELLİK VE NEDENSELLİK KAVRAMININ</b>	
<b>EKONOMİK ANALIZI.....</b>	<b>306</b>
I. <i>Türk Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik</i> .....	306
A. Kavram ve Mantıki Nedensellik.....	306
B. Uygun Nedensellik Bağı Teorisi .....	309
C. Tespit ve Değerlendirmeler .....	313
II. <i>Ekonomik Açıdan Nedensellik Kavramı</i> .....	316
A. Genel Olarak .....	316
B. Mantıki Nedensellik.....	320
1. Genel Olarak .....	320
2. Kusursuz Sorumluluk .....	321
3. Kusur Sorumluluğu .....	323
C. Uygun Nedensellik Bağı .....	328
1. Genel Olarak .....	328
2. Tesadüfi Zararlar .....	331
3. Düşük Olasılıklı Zararlar .....	333
D. Nedensellik Bağına İlişkin Belirsizlik: <i>İhtimali (Olasılıklı) Nedensellik</i> .....	337
1. Sorunun Ortaya Konması ve Olası Yaklaşımlar .....	337
2. Ekonomik Analiz.....	340
<b>§ 4. HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA ZARAR VE ZARAR KAVRAMININ</b>	
<b>EKONOMİK ANALIZI.....</b>	<b>343</b>
I. <i>Türk Haksız Fiil Hukukunda Zarar</i> .....	343
A. Kavram.....	343
B. Türleri .....	346
1. Maddi Zarar.....	346
2. Manevi Zarar .....	351
C. Tespit ve Değerlendirmeler .....	356
II. <i>Ekonomik Açıdan Zarar Kavramı</i> .....	360
A. Kavram.....	360
1. Zarar Kavramının Teorik Temeli .....	361
2. Zararın Fayda Temelinde Tanımlanmasının Sonuçları .....	365
B. Maddi Zarar .....	367
1. Eşyaya Verilen Zarar .....	369
a. Ekonomik Teori .....	369
b. Türk Hukuku ile Mukayese.....	374

2. Yoksun Kalınan Kar-Yansıma Zarar: Ekonomik Zarar Kavramı .....	376
a. Giriş.....	376
b. Kavram.....	380
c. Türleri: Dolaylı ve Salt Ekonomik Zarar .....	382
d. Türk Hukukunda Ekonomik Zararın Ele Alınışı.....	384
da. Salt Ekonomik Zarar .....	385
daa. Genel Kural ve İstisnaları .....	385
dab. Salt Ekonomik Zarar Örnekleri.....	389
dac. Salt Ekonomik Zararın Tazmin Edilmemesinin Nedenleri.....	397
db. Dolaylı Ekonomik Zarar.....	400
dc. Türk Hukukunda Ekonomik Zararın Ele Alınışı Hakkında Değerlendirme .....	402
e. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Ekonomik Zararın Ele Alınışı .....	406
ea. Teorik Temel.....	406
eb. Tespitler.....	412
ec. Değerlendirmeler.....	414
eca. Temel Normatif Çıkarımlar.....	414
ecb. Çekincelerimiz .....	416
ecc. Nihai Değerlendirme.....	418
ed. Salt Ekonomik Zarar .....	419
eda. Genel Kuralın Değerlendirilmesi .....	419
edb. Salt Ekonomik Zararın Ortaya Çıktığı Örneklerin Analizi.....	422
ee. Dolaylı Ekonomik Zarar .....	432
f. Genel Değerlendirme.....	436
C. Manevi Zarar .....	438
1. Genel Olarak .....	438
2. Manevi Zarar Tazmin Edilmeli midir? .....	441
a. Hakim Görüş: Manevi Tazminat Sınırlanmalıdır .....	441
b. Hakim Görüşün Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku İle Mukayese .....	445
3. Manevi Zararın Değerlenmesi.....	449
a. Mukayese Edilemezlik (Incommensurability) .....	450
b. Manevi Zararın Değerlenmesi.....	453
ba. Değerleme Sorunu ve <i>Ex Ante</i> Yaklaşım .....	453
bc. Çözüm Yöntemleri .....	458
bca. Doğrudan Değerleme: Riski Kabul Etmek İçin Talep Edilen Tutar (WTA).....	458
bcb. Dolaylı Değerleme: Riski Önlemek İçin Ödemeye Hazır Olunan Tutar .....	460
4. Genel Değerlendirme.....	462
<b>§ 5. HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK VE HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMININ EKONOMİK ANALİZİ .....</b>	<b>463</b>
I. <i>Türk Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık</i> .....	463
A. Kavram ve Tartışmalar .....	463
B. Olumsuz Davranışlar ve Hukuka Aykırılık.....	470

D. Tespit ve Değerlendirmeler.....	478
III. Ekonomik Açıdan Hukuka Aykırılık Kavramı.....	482
A. Genel Olarak .....	482
B. Hangi Değerler? Maliyet, Zarar ve Sosyal Maliyetler.....	483
C. Hukuka Uygunluk Nedenleri .....	487
1. Dışsal Yararlar.....	488
2. Özel Yararlar.....	490
D. Olumsuz Davranışlar ve Hukuka Aykırılık .....	494

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### HUKUKİ KURUMSAL YAPI

<b>§ 1. GENİŞ ANLAMDA HUKUKİ KURUMSAL YAPI.....</b>	<b>506</b>
I. Kasten Verilen Zararlar: Haksız Fiil Hukukunun Yetersizliği.....	507
A. Temel Teori ve Varsayımlar .....	507
B. Nedenler .....	508
C. Sonuç.....	515
II. Kasten Verilen Zararlar Haricindeki Riskli Davranışların Düzenlenmesi: Hukuki Kurumsal Yapı ve Haksız Fiil Hukuku.....	517
A. Genel Olarak .....	517
B. Mukayese .....	518
1. Bilgi Maliyetleri .....	519
a. Devletin Bilgisi.....	519
b. Zarar Veren Bilgisi .....	521
c. Zarar Görenin Bilgisi .....	522
2. İdari Maliyetler.....	523
3. Zarar Veren Ödeme Gücü (Aciz Sorunu).....	524
4. Faaliyet Seviyesinin (Niceliksel Özen) Kontrol Edilmesi.....	525
5. Zarar Görenin Davranışlarının Kontrol Edilmesi.....	527
III. Değerlendirme .....	528
A. Genel Tespitler .....	528
B. Bilgi Maliyeti Açısından Değerlendirme .....	531
IV. Haksız Fiil Hukuku ve Regülasyon: Sonucun ve Davranışın Hukuka Aykırılığı Görüşleri.....	535
<b>§ 2. DAR ANLAMDA HUKUKİ KURUMSAL YAPI: KUSUR-KUSURSUZ SORUMLULUK KURALLARININ EKONOMİK AÇIDAN MUKAYESESİ.....</b>	<b>538</b>
I. Giriş ve Temel Varsayımlar .....	538
II. Ekonomik Açıdan Kusur ve Kusursuz Sorumluluk: Türk Hukukuna Eleştirel Bir Bakış.....	541
A. Temel Ayırım ve Kusursuz Sorumluluk Halleri .....	541
B. Olağan Sebep Sorumlulukları: Gerçekten Kusursuz Sorumluluk mu? .....	543
C. Olası Tereddütler: Özellikle Ayırtım Gücü Mülhazası.....	547
III. Kusur ve Kusursuz Sorumluluk Kurallarının Ekonomik Analizi .....	550
A. Niteliksel Özen (Önleyici Tedbir).....	550

1. Risk Üzerinde Zarar Veren Etkili Olduğu Kurgu ( <i>Unilateral Accidents</i> )	551
a. Model	551
b. Sorumluluğun Uygulanmadığı Olasılık	552
c. Kusursuz Sorumluluk	553
d. Kusur Sorumluluğu	553
e. Değerlendirme	555
2. Risk Üzerinde Zarar Veren ve Zarar Gören Etkili Olduğu Kurgu ( <i>Bilateral Accidents</i> )	557
a. Model	557
b. Türk Hukukunda Zarar Görenin Kusurunun Ele Alınışı	560
c. Sorumluluğun Uygulanmadığı Olasılık	561
d. Kusursuz Sorumluluk	561
e. Kusur Sorumluluğu	564
f. Değerlendirme	566
B. Niceliksel Özen (Faaliyet Seviyesi)	568
1. Risk Üzerinde Zarar Veren Etkili Olduğu Kurgu ( <i>Unilateral Accidents</i> )	569
a. Model	569
b. Sorumluluğun Olmadığı Olasılık	571
c. Kusursuz Sorumluluk	571
d. Kusur Sorumluluğu	572
e. Değerlendirme	574
2. Risk Üzerinde Zarar Veren ve Zarar Gören Etkili Olduğu Kurgu ( <i>Bilateral Accidents</i> )	576
a. Model	576
b. Sorumluluğun Olmadığı Olasılık	578
c. Kusursuz Sorumluluk	579
d. Kusur Sorumluluğu	580
e. Değerlendirme	581
C. Toplu Değerlendirme	582
1. Genel Olarak	582
2. Türk Hukuku ile Bazı Paralellikler: Özellikle Tehlikeli Faaliyetler	584
D. Gerçekçi Varsayımlar Çerçevesinde Varılan Sonuçların Analizi	586
1. Kusurun Belirlenmesinde Hata Yapılması	586
a. Genel Olarak	586
b. Sistemik Hatalar	588
c. Kusurun Belirlenmesinde Belirsizliğin Olması	590
2. Zararın Belirlenmesinde Hata Yapılması	592
3. Zarar Veren Hata Yapması	594
E. Kusur ve Kusursuz Sorumluluğun Diğer Ekonomik Amaçlar Işığında Analizi	596
1. İkincil Maliyetler ( <i>Secondary Costs</i> )	596
2. Refah Dağılımı	600
<b>SONUÇ</b>	<b>602</b>





## KISALTMALAR

BATIHAE.	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	Borçlar Kanunu
BKT	Borçlar Kanunu Tasarısı
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Cir.	Circuit
Co.	Corporation
D.	Daire
DDY.	Devlet Demir Yolları
Dpt.	Dipnot
E.	Esas
EALE	European Association of Law and Economics
ETKHKHK	Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK
Ez.	Ekonomik Zarar
F.	Federal Reporter
FDA.	Food and Drug Administration
FSEK.	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HKK.	Hayvanları Koruma Kanunu
İBK.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İM.	İşlem Maliyeti
İİK.	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
KH.	Kaldor-Hicks
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
Krş.	Karşılaştır
KTY.	Karayolları Trafik Yönetmeliği
m.	Madde
MKHKHK.	Markaların Korunması Hakkında KHK.
MMMK.	Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu
No	Numara
O	Olasılık
OZ	Risk (Olasılık × Zarar)
ÖM	Özen Maliyeti
PHKHKHK.	Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK
RKHK.	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s.	Sayfa
Sm.	Sosyal Maliyet
sy.	Sayı/Sayılı
T	Tarih
Tart.	Tartışmalı
TBMM.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
US.	United States
Yarg.	Yargıtay
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume
V.	Versus
Vs.	Vesaire
WTA	Willingnes to Accept (teklifi kabule istekli olmak)
WTP	Willingnes to Pay (ödemeye istekli olmak)
Z	Zarar



## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

- ACEMOĞLU Kevork, “Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri”, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971
- AKÜNAL Teoman, “Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu”, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1977
- ALANGOYA Yavuz, “Medeni Usul Hukuku Esasları”, 3. Bası, İstanbul 2003
- ARLEN Jennifer Hall, “An Economic Analysis of Efficient Tort Liability and Damage Rules”, Yayınlanmamış (New York Üniversitesi) doktora tezi 1992
- ATAMER Yeşim, “Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları”, Beta Yayınevi, İstanbul 1996
- AYİTER Nuşin, “Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme”, Sevinç Matbaası, Ankara 1968
- BAIRD G. Douglas / GERTNER H. Robert / PICKER C. Randal, “Game Theory and the Law”, Harvard University Press, 1994
- BANAKAS E.K., “Civil Liability for Pure Economic Loss”, Kluwer Law 1996,
- BERNSTEIN R., “Economic Loss”, 2<sup>nd</sup> edition Sweet & Maxwell London, 1998
- BARNES David W./ STOUT Lynn A., “The Economic Analysis of Tort Law”, West Publishing St. Paul Minnesota 1992
- BARZEL Yoram, “Economic Analysis of Property Rights”, Cambridge University Press, Cambridge 1989
- BECCARIA Cesare, “On Crimes and Punishments and Other Writings”, 1767 (edited by Richard Bellamy, translated by Richard Davies, Virginia Cox and Richard Bellamy), Cambridge University Press New York 1995
- BECKER Gary, “The Economic Approach to Human Behavior”, The University of Chicago Press, 1976

- BEGG David / FISCHER Stanley / DORNBUSCH Rudiger, “Mikro İktisat”, (çeviri editörü: SERİN Vildan), Alkım Yayınları, İstanbul 2001
- BENTHAM Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, 1789, (Reprint of 1823 Edition) New York 1973
- BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit (editors), “Encyclopedia of Law and Economics” Vol. I, II, Edward Elgar, Cheltenham, 2000
- BUSCAGLIA Edgardo / RATLIFF William, “Law and Economics in Developing Countries”, Hoover Institution Press, Stanford California 2000
- BUSSANI Mauro / PALMER Vernon Valentine (editors), “Pure Economic Loss in Europe”, Cambridge University Press, 2003
- BUTLER N. Henry, “Economic Analysis for Lawyers”, Carolina Academic Press, Durham North Carolina 1998
- CALABRESI Guido, “The Costs of Accidents: A Legal and Economic Approach”, student edition, 1970
- COLE H. Daniel / GROSSMAN Z. Peter, “Principles of Law and Economics”, Pearson Prentice Hall, 2005
- COLEMAN Jules, “Risks and Wrongs”, Oxford University Press, 2003
- COOTER Robert / ULEN Thomas, “Law and Economics”, 4<sup>th</sup> (international) Edition, Pearson Addison Wesley Publishing, 2004
- DESERPA C. Allan, “Economics and the Common Law: Cases and Analysis”, Thomson Southwest 2005
- DURAL Mustafa / OĞÜZ Tufan, “Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku”, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2004
- EPSTEIN Richard, “Theory of Strict Liability”, Cato Institute, 1980
- EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2003
- EREN Fikret, “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Kuramı”, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (atıf şekli: EREN, Uygun İlliyet....)
- ESENER Turhan, “Hukuk Başlangıcı”, 2. Bası, İstanbul 1998

- FELDTHUSEN B., “Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss”, Carswell, 1989
- FLETCHER George P., “Basic Concepts of Legal Thought”, Oxford University Press, 1996
- FRANKO Nisim, “Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini”, Ankara 1973
- FRIEDMAN David, “Law’s Order: What Economics Has to do with Law and Why It Matters”, Princeton University Press, New Jersey 2000
- FRIEDMAN Milton, “Essays in Positive Economics”, The University of Chicago Press 1953 (atf şekli: FRIEDMAN M.....)
- GEORGAKOPOULOS L. Nicholas, “Principles and Methods of Law and Economics: Basic Tools for Normative Reasoning”, Cambridge University Press, 2005
- GLANNON Joseph W., “The Law of Torts” 2<sup>nd</sup> Edition, Aspen Law and Business, 2000
- GÜRBÜZ Ahmet, “Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi”, Beta Yayınevi 1999
- GÜRİZ Adnan, “Hukuk Felsefesi” 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003
- GÜRKAYNAK Gönenç, “Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003
- HANÇERLİOĞLU Orhan, “Felsefe Sözlüğü”, 13. Bası, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002
- HARRIS J. W., “Legal Philosophies”, 2nd edition, Oxford University Press 2004
- HARRISON Jeffrey L., “Law and Economics, Cases, Materials and Behavioral Perspectives”, West Group, Minnesota 2002
- HARRISON Jeffrey L., “Law and Economics in a Nutshell”, West Publishing Co., Minnesota 1995 (atf şekli : Harrison, Nutshell...)
- HAUSMAN Daniel M. / PHERSON Michael S., “Economic Analysis and Moral Philosophy”, Cambridge Surveys of Economic Literature, Cambridge University Press, 2002
- HIRSCH Z. Werner, “Law and Economics: An Introductory Analysis”, 3<sup>rd</sup> Edition, Academic Press, 1999
- IPPOLITO A. Richard, “Economics for Lawyers”, Princeton University Press, 2005

- İŞGÜZAR Hasan, “Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu”, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2003
- İZVEREN Adil, “Hukuk Felsefesi”, 2. Bası, İzmir 1994
- JACKSON Howell E. / KAPLOW Louis / SHAVELL Steven M. / VISCUSI Kip W. / COPE David, “Analytical Methods for Lawyers”, Foundation Press, Cambridge 2003
- KAPLOW Louis / SHAVELL Steven, “Fairness versus Welfare”, Harvard University Press, 2002
- KARA Hacı, “Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukukuna Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Sorumluluk”, İstanbul 2005
- KARAHASAN Mustafa Reşit, “Sorumluluk Hukuku: Öğreti, Yargıtay Kararları”, Genişletilmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, 2003
- KARAHASAN Mustafa Reşit, “Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, Öğreti ve Yargıtay Kararları”, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (atıf şekli: KARAHASAN, Manevi Tazminat...)
- KATZ W. Avery (editor), “Foundations of the Economic Approach to Law”, Foundation Press, New York 1998
- KEETON Robert E. / SARGENTICH Lewis D. / KEATING Gregort C., “Tort and Accident Law: Cases and Materials” 3<sup>rd</sup> Edition, American Casebook Series, West Group 1998
- KIRCA Çiğdem, “Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, (yayınlanmamış teksirler)
- KOCH A. B. / KOZIOL Helmut (editors), “Unification of Tort Law: Strict Liability”, Principles of European Tort Law, Vol. 6, Kluwer Law International, 2002
- KOZIOL Helmut (editor), “Unification of Tort Law: Wrongfulness”, Principles of European Tort Law, Vol.3, Kluwer Law International 1998
- KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, “Haksız Eylem Kusuru”, Ankara 1990 (basılmamış doçentlik tezi)

KOMESAR K. Neil, "Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy", the University of Chicago Press, 1994

LANDES William M. / POSNER Richard A., "Tort Law: Cases and Economic Analysis", Little Brown and Company, 1982

LANDES William / POSNER A. Richard, "The Economic Structure of Intellectual Property Rights", The Belknap Press of Harvard University Press, 2003 (atf şekli: LANDES/POSNER, Intellectual Property....)

LIND Douglas / MASON Robert / MARCHAL William, "Basic Statistics for Business and Economics", 3rd edition, Irwin Mc Graw Hill 2000

LITTLE I. M. D., "A Critique of Welfare Economics", 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, London 1965

MAGNUS Ulrich (editor), "Unification of Tort Law: Damages", Principles of European Tort Law, Vol.5, Kluwer Law International, 2001

MALLOY Robin Paul, "An Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning" Cambridge University Press, 2004

MANKIWI Gregory N., "Essentials of Economics" 3<sup>rd</sup> Edition, Thomson Southwestern, Ohio 2004

MATTEI Ugo, "Comparative Law and Economics", Michigan Ann Arbor 1998

McCONNEL Terrance, "Inalienable Tights; the Limits of Consent in Medicine and the Law", Oxford University Press, 2000

MEINERS Roger E. / YANDLE Bruce, "The Economic Consequences of Liability Rules", Greenwood Publishing 1991

MERCURO Nicholas / MEDEMA G. Steven, "Economics and the Law: From Posner to Post-modernism", Princeton University Press, New Jersey 1999

MICELI Thomas J., "The Economic Approach to Law, Stanford University Press, California 2004

NEWMAN Peter (editor), "The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law", Vol. I-2-3, MacMillan Reference Limited, 1998



- NOMER Haluk, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, Beta Yayınları, İstanbul 1996
- OGUS Anthony, “Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law”, Hart Publishing, 2006
- OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, “Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar”, 12. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş dördüncü bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005
- OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer /OKTAY Saibe Özdemir, “Eşya Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004
- ÖZDEMİR Hayrünnisa, “Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- PARASIZ İlker, Mikro Ekonomi”, Ezgi Kitabevi, 7. Baskı, Bursa 2002
- PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKEŞ Muhammet, “Medeni Usul Hukuku”, 3. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara 2004
- PETEK Hasan, “Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu”, Yetkin Yayınları, Ankara 2005
- PIGOU C. Arthur, “The Economics of Welfare”, 4<sup>th</sup> edition, Mc. Millan and Co., London 1932
- PINDYCK Robert S. / RUBİNFELD Daniel L., “Microeconomics”, 5<sup>th</sup> International Edition, Prentice Hall Inc., New Jersey 2001
- POLINSKY A. Mitchell, “An Introduction to Law and Economics”, 2<sup>nd</sup> Edition, Aspen Law and Business, 1989
- POSNER Richard A., “Economic Analysis of Law”, 5<sup>th</sup> Edition, Aspen Law and Business, New York 1998
- POSNER Richard A., “Frontiers of Legal Theory”, Harvard University Press, 2001(atıf şekli: POSNER, Frontiers....)
- POSNER Richard A. / PARISI Francesco (editors), “Economic Foundations of Private Law”, An Elgar Critical Writings Reader, 2002

- POSTEMA Gerald J. (editor), "Philosophy and the Law of Torts", Cambridge University Press 2001
- RABIN Robert L, "Perspectives on Tort Law", Little Brown and Company 4<sup>th</sup> Edition, 1995
- SANLI Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği", Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000
- SCHAFER Hans-Bernd / OTT Claus, "The Economic Analysis of Civil Law", Edward Elgar Publishing, 2004
- SEIDENFELD Mark, "Microeconomic Predicates to Law and Economics", Anderson's Publishing Co., Ohio 1996
- SHAVELL Steven, "Economic Analysis of Accident Law", Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1987
- SHAVELL Steven, "Foundations of Economic Analysis of Law", The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 2004 (atıf şekli: SHAVELL, Foundations,...)
- SPENCER Deborah Lynn, "History and Discourse in Law and Economics", Yayınlanmamış Doktora Tezi (University of Notre Dame), 1998
- SPIER Jaap (editor), "The Limits of Expanding Liability", Principles of European Tort Law, Vol.5, Kluwer Law International, 1998
- SPIER Jaap (editor), "The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut", Kluwer Law International, 1996 (atıf şekli: SPIER, Floodgates...)
- STIGLER George J, "The Theory of Price", 3<sup>rd</sup> edition, Mc. Millan, New York 1966
- SUNSTEIN Cass R. (editor), "Behavioral Law and Economics", Cambridge University Press, New York 2000
- ŞENATALAR Burhan / KİRMANOĞLU Hülya / ŞENER Orhan, "Kamu Ekonomisi", Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2003
- TANDOĞAN Haluk, "Türk Mesuliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet", Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, No:159, Ankara 1961

TANDOĞAN Haluk, “Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini”, Ajans Matbaası, Ankara 1963 (atıf şekli: TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs...)

TANDOĞAN Haluk, “Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara 1981 (atıf şekli: TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk...)

TEKİNAY S. Sulhi / AKMAN Servet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yedinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

TİFTİK Mustafa, “Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı”, Yetkin Yayınevi Ankara 1994

TİFTİK MUSTAFA, “Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu”, İkinci baskı, Yetkin Yayınları 2005 (atıf şekli: TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları...)

TURGUT Nükhet, “Çevre Hukuku”, Yenilenmiş ikinci bası, Savaş Yayınevi Ankara 2001

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi”, Yenilenmiş 3. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

KAHNEMAN Daniel /TVERSKY Amos (editors), “Choices, Values and Frames”, Cambridge University Press, 2000

ULUSAN İlhan, “Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı”, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977

ÜLKEN Yüksel, “Fiyat Teorisi”, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999

VISCUSI W. Kip / VERNON M. John / HARRINGTON E. Joseph, “Economics of Regulation and Antitrust”, 2nd edition, The MIT Press, 1998

Van GERVEN WALTER / LEVER Jeremy / LAROCHE Pierre, “Common Law of Europe Casebooks”, Hart Publishing, 2000

Von BAR Christian, “The Common European Law of Torts: Vol. II, Damage and Damages, Liability for and Without Personal Misconduct, Causality and Defences”, Beck, Munich, 2000

Von NEUMANN J./MORGENSTERN O., “Theory of Games and Economic Behavior”, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1947

Von TUHR, “Borçlar Hukuku”, (Cevat Edege Çevirisi) C.1-2, Yargıtay Yayınları no:15, Olgaç Matbaası Ankara 1983

ZERBE O. Richard, “Economic Efficiency in Law and Economics”, Edward Elgar, Cheltenham, 2001

### **MAKALELER ve ÇALIŞMA RAPORLARI (Working Papers)**

ACKERMANN Susan Rose, “Inalienability and The Theory of Property Rights”, Symposium on Law and Economics, Columbia Law Review, Vol.85 (1985), s.931-969

ADLER Matthew, “Law and Incommensurability: Introduction”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 146 (1998), s.1169-1214

AGER Jesus Pintos, “Scheduling Damage Awards” InDret Working Paper Series, No:012, 1999 (<http://www.indret.com/>)

AKERLOF George. “The Market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 84 (1970), s.488-500

ALLEN W. Douglas, “Transaction Costs”, Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Edward Elgar Publishing, 2000, s.893-926

ARLEN Jennifer, “Tort Damages”, Encyclopedia of Law and Economics Vol II, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Edward Elgar Publishing, 2000 s.682-734

BOVBJERG Randall / SLOAN James / BLUMSTEIN James F, “Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering”, Northwestern University Law Review, Vol. 83 (1989), s.908-975

ARLEN Jeniffer, “Wrongful Death”, New York University Law Review, Vol. 60 (1985), s.1113-1138 (atf şekli: ARLEN, Wrongful Death...)

ATYAH P. S., “Economic Loss in the United States”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 5 (1985), s.485-490

AVRAHAM Ronen, "Should Pain and Suffering Damages Be Abolished From Tort Law? More Experimental Evidence", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 55 (2005), s.941-979

AVRAHAM Ronen, "Putting a Price on Pain and Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change", *Northwestern University Law Review*, Vol. 100 (2006), s.87-119 (atf şekli: AVRAHAM, Putting a Price...)

AVRAHAM Ronen, "Pain and Suffering Damages in Tort Law: Revisiting the Theoretical Framework and the Empirical Data", *University of Michigan John M. Olin Center for Law and Economics Working Paper Series (03-001)*, February 2003 (atf şekli: AVRAHAM, Pain and Suffering...)

BECKER Garry, "Crime and Punishment", *Journal of Political Economy*, Vol.76 (1968), s.169-217 (atf şekli: BECKER, Crime and Punishment...)

BEBCHUK A. Lucian, "Pursuit of a Bigger Pie", *Hofstra Law Review*, Vol.8 (1980), s.671-709

BEN-SHAHAR, "Causation and Forseeability", *Encyclopedia of Law and Economics*, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. II, Edward Elgar, 2000, s.644-668

BISHOP William, "Economic Loss in Tort", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.2 (1982), s.1-29

BISHOP William, "Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2 (1982), s.207-210 (atf şekli: BISHOP, Reply...)

BOVBJERG Randall / SLOAN James / BLUMSTEIN James F, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering", *Northwestern University Law Review*, Vol. 83 (1989), s.908-975  
BROWN P. John, "Toward an Economic Theory of Liability", *Journal of Legal of Legal Studies*, Vol.2 (1973), s.323-349

BROWN P. John, "Learned Hand Formula", *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Mc Millan, New York 1998, s. 514-516 (atf şekli: BROWN, Learned Hand...)

BURROWS Paul, "A Deferential Role for Efficiency Theory in Analysing Causation

Based Tort Law”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 8. (1999), s.29-49

BUSSANI Mauro / PALMER Vernon, “The Notion of Pure Economic Loss and Its Setting”, *Pure Economic Loss in Europe*, BUSSANI Mauro / PALMER Vernon Valentine (editors), Cambridge University Press, 2003, s.3-24

BUSSANI Mauro / PARISI Parisi /PALMER Vernon, “The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss”, *George Mason University School of Law, Law and Economic Working Paper Series*, Paper no: 01-27, s.1-69

CALABRESI Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *The Yale Law Journal*, Vol.70 N.4, 1961 s.499-553 (atıf şekli: CALABRESI, Risk Distribution...)

CALABRESI Guido, “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 43 (1975/1976), s.69-108 (atıf şekli: CALABRESI, Causation...)

CALABRESI Guido/MELAMED A. Douglas, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85 (1972), s.1089-1128

CALFEE John E./RUBIN H. Paul, “Some Implications of Damage Payments for Non Pecuniary Losses”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.21 (1992) s.371-411

CALFEE John E./ WINSTON Clifford/VISCUSI Kip, “The Consumer Welfare Effects of Liability for Pain and Suffering: An Explanatory Analysis”, *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, Vol. 1993, No:1 (1993), s.133-196

COASE Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, Vol.3 (1960), s.1-44

COASE Ronald H., “The Nature of the Firm”, *Economica*, Vol. 4 (1937), 386-405 (atıf şekli: COASE, Firm....)

COASE Ronald H., “The Federal Communications Commission” *Journal of Law and Economics*, Vol. 2 (1959), s.1-40 (atıf şekli: COASE, FCC....)

COASE Ronald, *The New Institutional Economics*”, *The American Economic Review*, Vol. 88 (1998), s. 72-74 (atıf şekli: COASE, Institutional Economics..)

COHEN Alma / DEHEJIA Rajeev, "Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Law on Traffic Fatalities", *Journal of Law and Economics*, Vol.47 (2004), s.357-380

COHEN Lloyd, "Toward an Economic Theory of the Measurement of a Damages in a Wrongful Death Action", *Emory Law Journal*, Vol. 34 (1985), s.295-340

COLEMAN Jules L., "Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law", *California Law Review*, Vol. 68 (1980), s.221-249 (atf şekli: COLEMAN, Philosophic Aspects...)

COLEMAN Jules L., "Efficiency, Utility and Wealth Maximization", *Hofstra Law Review*, Vol. 8 (1980), s.509-551 (atf şekli: COLEMAN, Efficiency...)

COOK J. Philip / GRAHAM A. Daniel, "The Demand for Insurance and Protection: The Case of Irreplaceable Commodities", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 91 (1977), s.143-156

COOTER Robert, "Hand Rule Damages for Incompensable Losses", *San Diego Law Review*, Vol.40 (2003), s.1097-1121

COOTER Robert, "Towards a Market in Unmatured Tort Claims", *Virginia Law Review*, Vol. 75 (1989), s.383-411 (atf şekli: COOTER, Unmatured...)

COOTER D. Robert, "Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation", *Chicago Kent Law Review*, Vol. 63 (1987), s.522-551 (Atf şekli: COOTER, Causation..)

COOTER Robert, "Prices and Sanctions", *Columbia Law Review*, Vol.84 (1984), s.1523-1560 (atf şekli: COOTER, Prices and Sanctions...)

CRASWELL Richard, "Incommensurability, Welfare Economics and The Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146 (1998), s.1419-1464

CRASWELL Richard, "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines", *University of Chicago Law Review*, Vol.60 (1993), s.1-64 (atf şekli: CRASWELL, Property....)

CROLEY Steven P./HANSON D. Jon, "The NonPecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law", *Harvard Law Review*, Vol. 108 (1995), s.1785-1917

CUMMINS J. David / PHILLIPS D. Richard / WEIS A. Mary, "The Incentive Effects of No Fault Automobile Insurance", *Journal of Law and Economics*, Vol.44 (2001), s.427-464

CURRAN Christopher, "The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States", *International Review of Law and Economics*, Vol.12 (1992) s.317 vd.

CURRAN Christopher, "The Endowment Effect", *Encyclopedia of Law and Economics*, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. II, Edward Elgar, 2000, s.819-835 (atıf şekli: CURRAN: Endowment Effect....)

DANZON Patricia M., "Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets", *The Journal of Legal Studies*, Vol.13 (1984), s.517-549

DARI-MATTIACCI G., "Tort Law and Economics", forthcoming in "Economic Analysis of Law: A European Perspective" (Hatzis Aritides Edition), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006

DARI-MATTIACCI G. / SCHAFER Hans-Bernd, "The Core of Pure Economic Loss", George Mason University School of Law, Law and Economics Working Paper Series, No: 05-22, s.1-26

De MEZA David, "Coase Theorem", *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Mc Millan, New York 1998, s.270-281

DEMSETZ Harold, "Property Rights", *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, Mc Millan, New York 1998, s.144-155

DELGADO Richard, "Beyond Sindell: Relaxation of Cause in Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs", *California Law Review*, Vol. 70 (1982), s.881-908

DIAMOND Peter A., "Single Activity Accidents", *Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (1974), s.107-164

DOBBS Dan B., "A Preliminary Note on Stand-Alone Economic Loss", *The Limits of Expanding Liability*, Principles of European Tort Law, Vol.5, SPIER Jaap (editor), Kluwer Law International, 1998, s.211-238

DWORKIN M. Ronald, "Is Wealth a Value", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1980), s.191-252;



EGGERTSSON Thrainn, “Neo-institutional Economics” The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law Vol. II, Mc Millan, New York 1998, s.665-670

EPSTEIN Richard, “A Theory of Strict Liability”, The Journal of Legal Studies, Vol.2 (1973), s.151 vd. (atıf şekli: EPSTEIN, Strict Liability...)

EPSTEIN Richard E., “Causation in Context: An Afterword” The Chicago-Kent Law Review, Vol. 63 (1987), s.653-680 (atıf şekli: EPSTEIN, Causation....)

ERTAŞ Şeref, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti”, Prof. Dr. E. İlhan Postacıoğlu’na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s.65-111

FAURE Michael, “Economic Analysis (of Strict Liability)”, Principles of European Tort Law, Vol.6, Unification of Tort Law: Strict Liability (edited by: KOCH A./KOZIOL Helmut), Kluwer Law International, 2002, s.361-394

MAGNUS Ulrich, “Non Economic Loss in German Tort Law,” The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39 (1990), s.675-683

FEDTKE Jorg / MAGNUS Ulrich, “Strict Liability in Germany”, Unification of Tort Law: Strict Liability, Principles of European Tort Law, Vol. 6, KOCH A. B. / KOZIOL Helmut (editors), Kluwer Law International, 2002, s.147-176

FLETCHER P. George, “Fairness and Utility in Tort Theory”, Harvard Law Review, Vol.85 (1972), s.537-573 (atıf şekli: FLETCHER, Fairness....)

FRECH Edward. H., “State Dependent Utility and the Tort System as Insurance: Strict Liability versus Negligence”, International Review of Law and Economics Vol.14 (1994), s.261-269

FRECH Edward H., “The Extended Coase Theorem and Long Run Equilibrium: The Non-equivalence of Liability Rules and Property Rights”, Economic Inquiry, Vol. 27 (1979), s.254-268 (atıf şekli: FRECH, Coase Theorem...)

FRIED Charles, “Value of Life”, Harvard Law Review, Vol. 82 (1969), s.1415-1437

FRIEDMAN David, “What is Fair Compensation for Death or Injury?”, International Review of Law and Economics, Vol. 2 (1982), s.81-93 (atıf şekli: FRIEDMAN, Fair Compensation...)

GANUZA Juan Jose / GOMEZ Fernando, "Should we Trust the Gatekeepers?", Indret Working Paper Series, No:4/2005, (<http://www.indret.com/>), s.1-25

GEISTFELD Mark, "Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for NonPecuniary Injuries", Vol. 83, California Law Review (1995) s.775-844

GILEAD Isreal, "Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost", International Review of Law and Economics, (1997), 13<sup>th</sup> Annual EALE Conference, Haifa, Israel, 1996, s.589- 608

GILES G. Stephen, "Rule Based Negligence and the Regulation of Activity Levels", The Journal of Legal Studies, Vol. 21 (1992), s.319-363

GRADY Mark, "Untaken Precautions", Journal of Legal Studies, Vol. 18 (1989), s.139-156 (atf şekli: GRADY, Untaken Precautions, ....)

GRADY Mark F., "Proximate Cause and the Law of Negligence", Iowa Law Review, Vol. 69 (1984), s.537-573 (atf şekli: GRADY, Causation...)

GRUSH E.H., "The Inefficiency of the No-Duty-To-Rescue Rule and A Proposed 'Similar Risk' Alternative", University of Pennsylvania Law Review, Vol.146 (1998), s.881 vd.

GOLDBERG P. Victor, "Recovery For Economic Loss Following Exxon Valdez Oil Spill", Journal Of Legal Studies, Vol. 23 (1994), s.1-39

GOLDBERG P. Victor, "Recovery for Pure Economic Loss in Tort: Another Look at Robins Dry Dock v. Flint", The Journal of Legal Studies, Vol. 20 (1991), s.249-275 (atf şekli: GOLDBERG, Another Look...)

GOMEZ Fernando / RUIZ Juan Antonio, "The Plural and Misleading Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective", Indret Working Paper Series, First Draft, No:4/2002, (<http://www.indret.com/>) s.1-28

GOODMAN John C., An Economic Theory of the Evolution of the Common Law, Journal of Legal Studies, Vol. 7 (1978), s.393-406

HAREL Alon/JACOB Assaf, "An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law", Discussion Paper Series, No:281, Center for Rationality and Interactive Decision Theory, Hebrew University, Jerusalem 2001

HARRIS Ron, "The Uses of History in Law and Economics", *Theoretical Inquiries in Law*, (2003), 659-696

HASEN L. Richard, "The Efficient Duty to Rescue", *International Review of Law and Economics*, Vol. 15, (1995), s.141 vd.

HICKS J. R., "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, Vol.49, 1939, s.696-712

HOFFMAN Elizabeth / SPITZER Matthew L., "Willingnes to Pay v. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications", *Washington University Law Quarterly Spring*, Vol. 71 (1993), s.59-114

HOVENKAMP Herbert, "The First Great Law and Economics Movement", *Stanford Law Review*, Vol. 42, (1990), s.993-1058

HYLTON Keith, "Property Rules and Liability Rules, Once Again", *Boston University School of Law, Working Paper Series No: 05-17*, 2005

HYMAN A. David, "Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue", *Illinois Law and Economics Working Paper Series No: LE05-18*

INNES Robert, "Enforcement Costs, Optimal Sanctions and the Choice Between ex-post Liability and ex ante Regulation", *International Review of Law and Economics*, Vol.24, (2004), s.29-48

JAFEE R. Leonard, "The Troubles with Law and Economics", *Hofstra Law Review*, Vol. 20 (1992), s.777-932

JOLLS Christine / SUNSTEIN R. Cass / THALER H. Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Behavioral Law and Economics*, Edited by SUNSTEIN R. Cass, Cambridge University Press, 2000, s.13-58

KAHAN Marcel, "Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule", *Journal of Legal Studies*, Vol.18, (1989), s.427-447

KAHNEMAN Daniel/ TVERSKY Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", *Econometrica*, Vol. 47 (1979), s.263-291 (atıf şekli: KAHNEMAN / TVERSKY, Prospect Theory...)

- KALDOR Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, *The Economic Journal*, Vol.49, 1939, s.549-553
- KAPLOW Louis, “The Value of Statistical Life and the Coefficient of Risk Aversion”, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:426, (2003)
- KAPLOW Louis / SHAVELL Steven, “Any Non-welfarist Method of Policy Analysis Violates the Pareto Principle”, *Journal of Political Economy*, Vol. 109 (2001), s.281-286 (atf şekli: KAPLOW/SHAVELL, Pareto....)
- KAPLOW Louis /SHAVELL Steven, “Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 23 (1994), 667-681 (atf şekli: KAPLOW/SHAVELL, Redistribution....)
- KAYE David, “The Limits of Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 13 (1984) s.487-516
- KENNEDY Duncan, “Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique”, *Stanford Law Review*, Vol. 33 (1981), s.387-445
- KITCH Edmund W., “The Intellectual Foundations of Law and Economics”, *The Journal of Legal Education*, Vol. 33 (1983), (Sempozyum), s.184-196
- KITCH Edmund W., “Chicago School of Law and Economics”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law Vol. I*, Mc Millan, New York 1998, s.227-232 (atf şekli: KITCH, Chicago School...)
- KLEIN G. Peter, “New Institutional Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Edward Elgar Publishing, 2000, s.456-489
- KLEVORICK Alvin K., “Reflecitons on the Current State of Law and Economics Scholarship”, *The Journal of Legal Education*, Vol. 33 (1983), (Sempozyum), s.239-246
- KLEVORICK K. Alvin, “Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes”, *Symposium on Law and Economics*, *Columbia Law Review*, Vol. 85 (1985), s.905-920

KOCH A. Bernard / KOZIOL Helmut, "Comparative Conclusions", Principles of European Tort Law: Strict Liability, Vol.6, KOCH A. Bernard / KOZIOL Helmut (editors), Kluwer Law International, 2002, s.395-435 (atıf şekli: KOCH/KOZIOL, Comparative Conclusions....)

KOLSTAD D. Charles/ULEN S. Thomas/JOHNSON V. Gary, "Ex Post Liability for Harm v. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements", American Economic Review, Vol.80 (1990), s.888-901

KOMESAR Neil K., "Toward a General Theory of Personal Injury Loss", The Journal of Legal Studies, Vol.3 (1974), s.457-486 (atıf şekli: KOMESAR, Personal Injury...)

KORNHAUSER A. Lewis, "A Guide to Perplexed Claims of Efficiency in the Law", Hofstra Law Review, Vol. 8 (1980), s.591-639

KOZIOL Helmut, "The Auditor Case", Principles of European Tort Law, Vol.5, SPIER Jaap (editor), Kluwer Law International, 1998, s.25-36

KRAUS I. Michael, "Property Rules v. Liability Rules", Encyclopedia of Law and Economics, Vol. II, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Edward Elgar Publishing, 2000, s.782-794

KRIER E. James / SCWAB J. Stewart, "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light", New York University Law Review, Vol.70 (1995), s.440-483

KRUEGER Anne, "The Political Economy of Rent-Seeking Society", American Economic Review, Vol.64 (1974), s.291-303

LANDES Elisabeth / POSNER Richard A., "Economics of Baby Shortage", Journal of Legal Studies, Vol. 7 (1978), s.323-348

LANDES William M. / POSNER Richard A., "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", The Journal of Legal Studies, Vol.9. (1980), s.517-555 (atıf şekli: LANDES/POSNER; Multiple Tortfeasors....)

LANDES William M./POSNER Richard A., "An Economic Theory of Intentional Torts", The University of Chicago Law School Program in Law and Economics Working Paper Series No:5, 1981 (yayınlanmamış taslak) (atıf şekli: LANDES/POSNER, Intentional Torts...)

LANDES William M./POSNER Richard A., “The Positive Economic Theory of Tort Law”, The University of Chicago Law School Program in Law and Economics Working Paper Series No:8, 1981 (yayınlanmamış taslak) (atıf şekli: LANDES/POSNER, Positive Theory....)

LANDES William M./POSNER Richard A., “Causation in Tort Law: An Economic Approach”, Journal of Legal Studies, Vol. 12 (1983), s.109-134 (atıf şekli: LANDES/POSNER, Causation....)

LANDES M. William /POSNER A. Richard, “Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Case of Law and Altruism”, Journal of Legal Studies, Vol. 7, (1978), s.119 vd. (atıf şekli: LANDES/POSNER, Altruism....)

LEEbron W. David, “Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death”, Perspectives on Tort Law, 4<sup>th</sup> Edition 1995 (edited by Robert L. RABIN), s.349-359

LEFF Arthur Allen, “Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism”, Virginia Law Review, Vol. 60 (1974) s.451-482

LEWINN Jeff L. Lewin / TRUMBULL William N., “The Social Value of Crime?”, International Review of Law and Economics, Vol.10 (1990), s. 271-84

LEVMORE Saul, “Waiting For Rescue: And Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations”, Virginia Law Review, Vol. 72 (1986), s.879-940

MACEY Jonathan R., “Public Choice and the Law”, The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law Vol. III, Mc Millan, New York 1998, s.171-177

MAGNUS Ulrich, “Non Economic Loss in German Tort Law,” The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39 (1990), s.675-683

MALLOY Robin Paul, “Is Law and Economics Moral?-Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner’s Economic Analysis”, Valparaiso University Law Review, Vol. 24 (1990), s.147-16 (atıf şekli: MALLOY, Critique of Posner...)

MARINO M. Anthony, “Market Share Liability and Economic Efficiency”, Southern Economic Journal, Vol.57 (1991), s.667-675

MARKS Stephen, “Discontinuities, Causation and Grady’s Uncertainty Theorem”, *Journal of Legal Studies*, Vol.23, (1994) s.287-301

MARKS Stephen, “Utility and Community: Musings on the Tort and Crime Distinction”, *Symposium on The Intersection of Tort and Criminal Law*, *Boston University Law Review*, Vol.76 (1996), s.215-240 (atıf şekli: MARKS, Tort and Crime...)

Mc ADAMS H. Richard, “Experimental Law and Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics* (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. I, Edward Elgar, 2000, s.539-561

Mc THENIA W./ULRICH Joseph E., “A Return to Principles of Corrective Justice in Deciding Economic Loss”, *Virginia Law Review*, Vol.69 (1983), s.1517-1535

MEDEMA G. Steven / MERCURO Nicholas / WARREN J. Samuels, “Institutional Law and Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics* (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. I, Edward Elgar, 2000, s.418-455

MEDEMA G. Steven / ZERBE O. Richard, “The Coase Theorem”, *Encyclopedia of Law and Economics* (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. I, Edward Elgar, s.836-892

MICELI Thomas, *Cause in Fact, Proximate Cause and the Hand Rule: Extending Grady’s Positive Economic Theory of Negligence*, *International Review of Law and Economics*, Vol. 16 (1996): s.473-482 (atıf şekli: MICELI, Causation...)

MONTEIRO Jorge Sinde, “Comparative Law Report on Cases 3 and 4”, *Principles of European Tort Law*, Vol.5, SPIER Jaap (editor), Kluwer Law International, 1998, s.51-66

NUSSBAUM Martha C., “Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.64, 1997, s.1197-1214

OGUS Anthony, “What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 79 (2004), s.383-401 (atıf şekli: OGUS, Lessons from Law and Economics....)

PARISI Francesco, “Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of Legal Doctrine”, *George Mason University School of Law, Law and Economics Research Paper Series*, Paper no: 021-21, s.1-26

PELTZMAN Sam, "Toward a More General Theory of Regulation" *Journal of Law and Economics*, Vol.19 (1976), s.211-240

PERRY Ronen, "Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule", *Rutgers Law Review*, Vol. 56 (2004), s.711-788

POLINSKY Mitchell A., "On the Choice Between Property Rules and Liability Rules", *Economic Inquiry*, Vol. 28 (1980), s.233-246 (atf şekli POLINSKY, Property....)

POLINSKY Mitchell A., "Private Versus Public Enforcement of Fines", *The Journal of Legal Studies*, Vol.9, (1980), s.105-127 (atf şekli: POLINSKY, Private v. Public Enforcement...)

POLINSKY Mitchell A., "Probabilistic Compensation Criteria", *Quarterly Journal of Economics*, Vol.86 (1972), s.407-425 (atf şekli: POLINSKY, Compensation...)

POMAR Fernando Gomez, "Damages for Pain and Suffering", *Indret Working Paper Series No:1/00*, s.1-13 (<http://www.indret.com/>)

POSNER Richard A., "A Theory of Negligence", *The Journal of Legal Studies*, Vol.1 (1972), s.29-96 (atf şekli: POSNER, Negligence...)

POSNER A. Richard, "An Economic Theory of Criminal Law", *Columbia Law Review*, Vol. (85), 1985, s.1193-1231 (atf şekli: POSNER, Criminal Law...)

POSNER Richard A., "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *The University of Chicago Law Review*, Vol.46 (1979), s.281-306 (atf şekli: POSNER, Uses and Abuses...)

PRIEST George L., "A Theory of Consumer Product Warranty", *Yale Law Journal*, Vol. 90 (1981), s.1297-1352

PRIEST George, *The Common Law Process and the Selection of Efficiency Rules*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 6 (1977), s.65-82 (atf şekli: PRIEST, Common Law....)

RABIN L. Robert, "Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment", *Stanford Law Review*, Vol. 37 (1985), s.1514-1538

RACHLINSKI J. Jeffrey, "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight", ", *Behavioral Law and Economics*, Edited by SUNSTEIN R. Cass, Cambridge University Press, 2000, s.95-115



- RADIN Jane, "Compensation and Commensurability", Duke Law Journal, Vol. 43 (1993), s.56-86
- RIZZO Mario, "The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop", Oxford Journal Legal Studies, Vol.2 (1982), s.197-206
- RIZZO Mario, "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", Journal of Legal Studies, Vol.11 (1982), s.281-310 (atıf şekli: RIZZO, Theory...)
- ROGERS Horton W. V., "Comparative Report on Case 2", The Limits of Expanding Liability", Principles of European Tort Law, Vol.5, SPIER Jaap (editor), Kluwer Law International, 1998, s.37-50
- RUBIN H. Paul, Why Is the Common Law Efficient?, Journal of Legal Studies, Vol.6 (1977), s.51-63
- RUBIN H. Paul, "Costs and Benefits of a Duty to Rescue", International Review of Law and Economics, Vol. 6 (1986), s.273-276 (atıf şekli: RUBIN, Duty to Rescue....)
- SAGER G. Lawrence, "Pareto Superiority, Consent and Justice", Hofstra Law Review, Vol. 8 (1980), s.913-936
- SANLI Kerem Cem, "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Güncel Gelişmeler Sempozyumu I., 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, s.211-277 (atıf şekli: SANLI, Haksız Fiil..)
- SANLI Kerem Cem, "Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma", Perşembe Konferansları 10 Ankara Ekim 2000, sh.75-165 (atıf şekli: SANLI, Tekelci Fiyatlandırma,...)
- SCHAFER B. Hans / OTT Clauss, "Negligence as Untaken Precaution, Limited Information, and Efficient Standard Formation in the Civil Liability System", International Review of Law and Economics, Vol.17 (1997), s.15-29 (atıf şekli: SCHAFER/OTT, Untaken Precaution....)
- SCHMITZ W. Patrick, "On the Joint Use of Liability and Safety Regulation", International Review of Law and Economics, Vol. 20 (2000), s.371-381
- SCHWARTZ Warren F., "Legal Standards of Care", The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law, Mc Millan, New York 1998, s.559-562 (atıf şekli: SCWARTZ, Legal Standards....)

SCITOVSKY T., “A Note on Welfare Propositions in Economics”, *Review of Economic Studies*, Vol. 9 (1941), s.77-88

SEN Amartya, “Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory, Philosophy and Public Affairs, Vol.6 (1977), s.317-344

SHAVELL Steven, “Strict Liability versus Negligence”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.9 N.1, 1980, s.1-25 (atıf şekli: SHAVELL, Strict Liability....)

SHAVELL Steven, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (June 1980), s.463-516 (atıf şekli: SHAVELL, Causation...)

SHAVELL Steven, “Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability in the Law of Torts”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 28 (1985), 463-516 (atıf şekli: SHAVELL, Uncertainty....)

SHAVELL Steven, “Causation and Tort Liability”, *The Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, (Edited by Peter NEWMAN) Vol. I, A-D, 1998 (atıf şekli: SHAVELL, Causation II...)

SHAVELL Steven, “Torts in which Victim and Injurer Act Sequentially”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26 (1983), s.589-612 (atıf şekli: SHAVELL, Sequential Torts..)

SHAVELL Steven, “Optimal Structure of Law Enforcement”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No:1, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago, (1993), s.255-287 (atıf şekli: SHAVELL, Optimal Structure..)

SHAVELL Steven, “Criminal Law and the Optimal Use of Non-Monetary Sanctions as a Deterrent”, *Columbia Law Review*, Vol. 85 (1985), s.1232-1260 (atıf şekli: SHAVELL, Non-Monetary Sanctions...)

SHAVELL Steven, “Liability and the Incentives to Obtain Information about Risk”, *Journal of Legal Studies* (1992), 21 s.257-270 (atıf şekli: SHAVELL, Information...)

SHAVELL Steven, “Liability for Harm v. Regulation of Safety”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No:2, (1984), s.357-374 (atıf şekli: SHAVELL, Liability v. Regulation...)

SHAVELL Steven, “The Judgment Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 6 (1986), s.45-58 (atıf şekli: SHAVELL, Judgement Proof ...)

SHAVELL Steven/POLINSKY Mitchell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", Harvard Law Review, Vol. 111 (1998), s.869-962

SILVERSTEIN Eileen, "On Recovery in Tort for Pure Economic Loss", University of Michigan Law Review, Vol. 32 (1999), s.403-439

SIMON A. Herbert, "A Behavioral Model of Rational Choice", 69 Quarterly Journal of Economics, Vol. 69 (1955), s.99-118

SIMON A. Herbert, "Rational Decision Making in Business Organizations" American Economic Review, Vol. 69 (1979), s. 493-513 (atıf şekli: SIMON, Business Decision Making...)

SIMONS Kenneth W., "The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values", Vanderbilt Law Review, Vol.54 (2001), s.901-939

SLOAN A. Frank / REILLY A. Bridget / SCHENZLER M. Cristopher, "Tort Liability versus Other Approaches for Deterring Careless Driving", International Review of Law and Economics, Vol. 14 (1994), s.53-71

SPIER Jaap / HAAZEN Olav, "Preliminary Observations", Principles of European Tort Law, Vol.5, SPIER Jaap (editor), Kluwer Law International, 1998, s.3-17

STIGLER George J., "The Optimum Enforcement of Laws", The Journal of Political Economy, Vol.78 No:3 (1970), s.526-536 (atıf şekli: STIGLER, Optimum Enforcement....)

SUNSTEIN Cass R., "Incommensurability and Valuation in Law", Michigan Law Review, Vol. 92(1994), s.779-860 (atıf şekli: SUNSTEIN, Incommensurability.....)

THALER Richard/KNETSCH Jack L./KAHNEMAN Daniel, "Experimental Test of the Endowment Effect and the Coase Theorem", Behavioral Law and Economics, Edited by SUNSTEIN R. Cass, Cambridge University Press, 2000, s.211-231

ULEN S. Thomas, "Rational Choice in Law and Economics", Encyclopedia of Law and Economics (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. I, Edward Elgar, s.790-818

van SCHILFGAARDE Elizabeth, “Negligence Under the Netherlands Civil Code: An Economic Analysis”, *California Western International Law Journal*, Vol. 21 (1991), s.265-303

Van den HAUWE Ludwig, “Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics, *Encyclopedia of Law and Economics*, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. II, Edward Elgar, 2000, s.603-659

VISCUSI W. Kip, “Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?”, *International Review of Law and Economics*, Vol.8 (1988), s.203-213

VISCUSI W. Kip, “The Value of Life Estimates With Risks By Occupation and Industry”, *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:422*, (2003);

VISCUSI W. Kip / EVANS William N., “Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications” *The American Economic Review*, Vol. 80, (1990), s. 353-374

VISCUSI W. Kip/ALDY Joseph E., “The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World”, *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:392*, (2002)

WEINRIB J. Ernest, “The Case for a Duty to Rescue”, *Yale Law Journal* Vol.90 (1980), s.247-293

WEINRIB J. Ernst, “Corrective Justice”, *Iowa Law Review*, Vol. 77 (1992), s.403-425 (atf şekli: WEINRIB, Corrective Justice...)

WEINRIB J. Ernst, “Understanding Tort Law”, *Valparaiso Law Review*, Vol.23 (1989), s.485-526 (atf şekli : WEINRIB, Tort Law....)

WESTON A. Nancy, “The Metaphysics of Modern Tort Theory”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 28 (1994), s.920-1006

WIDMER Pierre, “The Concept of Unlawfulness-Function and Relevance under Swiss Law”, *Unification of Tort Law: Wrongfulness, Principles of European Tort Law*, KOZIOL Helmut (editor), Vol.3, Kluwer Law International 1998, s.115-127

WITTMAN Donald, “Prior Regulation v. Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.6 (1977), s.193-212

WOMELL T. Christopher, “Unjust Enrichment and Quasi Contracts”, *Encyclopedia of Law and Economics*, s.795-806

## GİRİŞ

Hukuk ve ekonomi öğretisi ya da bir başka deyişle hukukun ekonomik analizi, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, son 25 yıldır yabancı hukukları önemli ölçüde etkilemiştir. Bugün Amerika Birleşik Devletleri'nde, hukuk fakültelerinin müfredatında, en az bir ya da iki ders hukukun ekonomik analizini konu almakta, daha ötesinde şirketler, sözleşmeler ve idare hukuku gibi hukukun pek çok dalında ekonomik analiz içselleştirilmiş durumdadır. Avrupa hukuklarında ekonomik analiz, etkisini daha geç göstermekle birlikte, bugün pek çok hukuk fakültesinde bu yaklaşımın müfredata girdiği ve hatta sadece hukuk ve ekonomi alanında lisans üstü programların faaliyette olduğu görülmektedir.

Peki acaba hukuk ve ekonomi öğretisi hukuk alanında neden bu kadar etkili olmuştur? Şüphesiz bu soruya verilebilecek pek çok yanıt vardır. Önce öğretinin faaliyet alanını netleştirelim. Hukukun ekonomik analizi, temelde iki sorunu inceler. Bunlardan ilki, hukuk kurallarının toplumsal etkilerinin araştırılmasıdır. Mesela haksız fiil hukuku kurallarının kişileri özenli davranmaya sevk edip etmediği veya kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının bu açıdan gösterdiği özellikler buna örnektir. Analizde, kişilerin rasyonel olarak faydalarını maksimize ettikleri ve ileri dönük (*forward looking*) karar aldıkları varsayılmakta ve bu suretle, hukuki yaptırımların kişilerin saik ve davranışlarını nasıl etkilediği hakkında tahmin yapmak mümkün olmaktadır. Pozitif analiz olarak adlandırılan bu yaklaşım, teorik modeller ışığında, hukuk kurallarının varlık nedeni, ekonomik etkileri ve istenilen amaca hizmet edip etmediği hakkında çıkarımlar yapmaya imkan vermektedir. Bunun yanı sıra, yapılan bu çıkarımların doğru olup olmadığını teyit etmeye yönelik ampirik araştırmalar da pozitif analizin konusudur. Mesela haksız fiil hukukunda yapılan bir yasa değişikliğinin (*kusur esası yerine kusursuz sorumluluğun benimsenmesi*) kaza sayıları üzerindeki etkilerinin incelenmesi buna örnek gösterilebilir.

Fakat herhalde hukuk ve ekonomi öğretisinde daha cazip olan faaliyet, normatif ekonomik analizdir. Bu, kısaca, hukuk kurallarına ekonomik bir amaç atfedilerek, hukuk kuralının bu amaç ışığında isabetli olup olmadığının değerlendirilmesini ifade eder. Ekonomi biliminde, atfedilen temel amaç ise, ekonomik etkinlik ya da sosyal refahın maksimize edilmesidir. Normatif değerinin dışında, bu amacın önemli bir özelliği, adalet ve hakkaniyet gibi diğer amaçlar ile kıyaslandığı zaman açık, net ve basit olmasıdır. Bu ise, normatif hukuki analizden somut bazı çıkarımlar yapmayı mümkün kılmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, hukuk ve ekonomi öğretisinin yabancı hukuklar üzerindeki etkisinin nedenleri hakkında değerlendirme yapmak zor değildir. Ekonomik analiz, her şeyden önce, hukuka farklı ve yeni bir açıdan bakmayı mümkün kılmaktadır. Bilhassa ekonomik analizin “*ex ante*” bakış açısı, hukuki sorunların genellikle göz ardı edilen yönleri ve etkileri hakkında düşünmeye sevk etmektedir. Bunun yanı sıra, ekonomik analizin bilimsel bir metoda sahip olması, hukukçuların karşılaştıkları sorunlar karşısında sistematik ve analitik düşünme becerilerini arttırarak hukuki analizi ve hukuk teorisini zenginleştirmektedir. Keza hukuk kurallarının ekonomik sistem üzerindeki etkisinin incelenmesi ve özellikle ampirik incelemeler, uygulanan hukukun kalitesinin artmasını sağlamaktadır. Fakat, ekonomik analizin cazibesinin temel nedeni, hukuka biçilen rolden kaynaklanır: Hukuk sosyal refahı maksimize etmelidir. Hukuk doktrininin normatif değerlendirmeye olan yatkınlığı, bu amacın basit ve analitik olması ile birleşince, ekonomik analiz çok daha kolay ve yaygın bir şekilde benimsenmektedir. Üstelik refahın arttırılması amacı, sadece rekabet hukuku ve sermaye piyasası hukuku gibi ekonomik faaliyeti düzenleyen hukuk dallarında değil, aile hukuku ve anayasa hukuku gibi hukukun her alanında benimsenebilecek, daha da ötesi yorum ve uygulamada yol gösterebilecek bir vafa sahiptir. Bu çerçevede, pek çok hukuk dalını aynı bakış açısı ile bütünsel bir yaklaşım ile değerlendirmek mümkün olmaktadır. Nitekim haksız fiil hukuku, bunun en güzel örneğini teşkil etmektedir. Bu sayılan sebepler, ekonomik analizin neden bu kadar etkili olduğunu açıklamaktadır.

Ekonomik analizin saydığımız bu olumlu yönleri, bizi bu çalışmayı yapmaya sevk eden motivasyonu ve tezin temel amacını da ortaya koymaktadır. Hukuk ve ekonomi öğretisinin Türk hukukunda etkisini göstermesi kaçınılmazdır. Rekabet ve vergi hukuku gibi ekonomik faaliyeti düzenleyen hukuk dallarında bu etki ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>1</sup>. İşte tezin temel amacı, hukukun ekonomik analizinin neyi ifade ettiğinin açıklanması ve bir anlamda, bu yeni ve farklı yaklaşımın hukuk doktrininde tanıtılmasıdır. Bilhassa temel kavramların yer aldığı birinci bölümdeki açıklamalar, bu yaklaşımın sağlıklı bir teorik temele dayanmasını sağlamak amacını gütmektedir. Ekonomik yaklaşımın tanıtılmasının en iyi yönteminin ise, ekonomik analizin somut olarak bir alanda uygulanması olduğu düşünülmüş ve bunun için de haksız fiil hukuku seçilmiştir.

Düşüncemize göre, ekonomik analizin yukarıda saydığımız olumlu yönleri, Türk hukuku açısından da aynen geçerlidir. Hatta ekonomik yaklaşımın, Türk hukuku için daha önemli ve yararlı olduğunu düşünmek için başka nedenler de gösterilebilir. Bunlardan biri<sup>2</sup>, Türk hukukunda yasama faaliyetinde genellikle “iktibas” yönteminin benimsenmesidir. Düşüncemize göre iktibas yöntemi, hukuk kurallarının hangi amaca hizmet edeceği hususunda, hukukçuların ihtiyatlı ve çekingen davranmalarına neden olmaktadır. Amaç mefhumu açıkça tartışılmadığı gibi, belki de bu nedenle, kuralın sosyal ve ekonomik açıdan ne gibi sonuçları olabileceği hususunda herhangi bir araştırma ya da değerlendirme yapılmamaktadır. Bu durum, Türk hukukunda egemen olan pozitivist yaklaşım ile birleşince, daha da kötü bir tablo ortaya çıkmakta, hukukun salt bazı mantıksal prensipler ışığında izah edilebileceği ve uygulanabileceği düşünülmektedir. Fikrimizce bu kabul edilmemesi gereken bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın belki de en olumsuz sonucu, yapılan hukuki analiz ve yorumların, değer yargıları ve normatif değerlendirmeler içermesine rağmen, bu yaklaşım nedeniyle, bu değer yargılarının açıkça belirtilmemesidir.

---

<sup>1</sup> Mesela bkz. GÜRKAYNAK Gönenç, “Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003

<sup>2</sup> Herhalde diğer önemli bir neden, Türkiye'nin de kaynaklarının sınırlı olması ve hukukun kaynakların tahsisi ve ekonomik performans üzerindeki etkisinin son derece önem taşımasıdır.



Nitekim bu husus haksız fiil hukuku alanında yaygın bir şekilde görülebilir. Borçlar hukukunun genelinde olduğu gibi, bu alandaki Kanun hükümlerinin çerçeve normlardan oluşması, kuralların ve kavramların yorumlanmasını gerektirmektedir. Salt lafzi yorum ise yetersiz kalmaktadır. Bu durum, belirli amaç ve değer yargılarına başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Fakat ilginç bir şekilde bu konu hiç tartışılmamaktadır. İşte ekonomik analizin en büyük yararlarından biri, hukuka açık bir amaç atfetmesi ve bu amaç çerçevesinde hukuk kurallarının sistematik ve tutarlı olarak yorumlanmasına imkan veren yöntem ve araçları sağlamasıdır. Tezimizin önemli yararlarından birinin, haksız fiil hukukunda (*ve belki de genel Türk hukukunda*) amaç konusunun tartışmaya açılması olabileceğini düşünüyoruz. Bu tartışmanın muhtemel bir olumlu etkisi ise, Türk hukukunda hakim olan pozitivist yaklaşımın bir ölçüde zayıflamasıdır. Fikrimizce amaç, salt hukuk felsefesini ilgilendiren bir konu değildir. Hatta bilakis, hukuk felsefesi, pozitif hukuka yol gösterdiği, yorum faaliyetini zenginleştirdiği ölçüde anlam taşır.

Bu açıklamalarımız, ekonomik analiz için neden haksız fiil hukuku konusunu seçtiğimizi de bir ölçüde izah etmektedir. Haksız fiil hukuku, çerçeve normlardan oluşması nedeniyle, temel kavramların ekonomik açıdan yorumlanmasına müsaittir. Yani pozitif hukukun sınırları içerisinde kalarak, ekonomik analizden yararlanmak mümkündür. Somut bir örnek vermek gerekirse, zarar verenin ihmalinin olup olmadığının tespit ederken, *Hand formülü*nden yararlanılabilir. Formülün uygulanmasına hukuken bir engel olmadığı gibi, bilakis hukuk alanında bir boşluk vardır<sup>3</sup>. Dolayısıyla ekonomik analiz haksız fiil hukuku açısından somut ve pratik bazı yararlar sağlayabilir. Nitekim bu, haksız fiil hukukunun seçilmesinin diğer nedenidir. Düşüncemize göre haksız fiil hukuku, ekonomik analizin en tutarlı ve yarar sağlayan uygulama alanlarından biridir. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinde, haksız fiil hukukunu konu alan çalışmaların yoğunluğu bu durumu teyit etmektedir. Haksız fiil hukukuna ekonomik açıdan yaklaşım, kuralların anlaşılması ve etkileri hakkında, oldukça önemli bazı çıkarımlar yapmaya imkan vermektedir. Sonuç

---

<sup>3</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b

kısımında yer verdiğimiz bu çıkarımların Türk özel hukuk teorisini zenginleştireceğini düşünüyoruz.

Çalışmamızın planı hakkında bilgi vermeden önce, metot ve terminoloji konusunda kısa bazı açıklamalar yapmak uygun olur. Doğal olarak bu çalışma, disiplinler arası bir özellik taşımaktadır. Haksız fiil hukuku kuralları, ekonomik teori ve kavramlar çerçevesinde incelenmiştir. Doğal olarak bu durumun, gerek yazar, gerekse okuyucu açısından önemli zorlukları vardır. İlk akla gelen husus, şüphe yok ki, kullanılan farklı terminolojilerdir. Çalışmada sıklıkla ekonomik kavramlar kullanılmaktadır. Bu sorunu daha da karmaşık hale getiren bir başka faktör ise, ekonomi biliminde kavramların muhteva ve anlamları konusunda (*hukuk doktrinine kıyasla*) gereken özenin gösterilmemesidir. Nitekim birinci bölümün varlık nedenlerinden biri, bu sorunların bir ölçüde hafifletilmesidir. Düşüncemize göre ekonomik analizin temel konusu hukuk kuralları olunca, bu öğretiy ekonomistlerden çok hukukçuları ilgilendirmelidir. Nitekim bu bakış açısını esas alarak, mümkün olduğu ölçüde, basit bir dille, örneklerden yararlanarak açıklamalar yapmayı tercih ettik. Mesela basit aritmetik örnekler haricinde, matematiksel ifade araçları veya grafikler bilinçli olarak kullanılmamıştır. Fakat yine de bu konuda tam bir başarıdan bahsetmek mümkün değildir.

Önemle belirtelim ki, tez, haksız fiil hukukunun ekonomik analizi başlığını taşımakla birlikte, haksız fiil hukukunun tamamını kapsamamaktadır. Burada temel inceleme konusu olan haksız fiil hukukunun temel kavramlarıdır. Bu kavramlar soyut bir yaklaşım ile incelenmiş, daha ziyade haksız fiil hukukunun teorisi üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla tezin, bazı konular haricinde, uygulamaya dönük olduğu, mesela zarar hesaplarına ilişkin formüller içerdiği düşünülmemelidir.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, genel olarak hukuk ve ekonomi öğretisini konu almaktadır. Türk hukuk doktrininde, konunun henüz ele alınmamış olması nedeniyle, buradaki açıklamalar bir ölçüde geniş tutulmuştur. Bu

bölümde, hukuk ve ekonomi öğretisi ve hukukun ekonomik analizi hakkında genel bilgi verilmiş ve analizde yararlanılan davranış teorileri, piyasa, arz, talep, maliyet gibi, temel kavramlar açıklanmıştır. Hukuk ve ekonomi öğretilerinde, hukuka atfedilen işlev ve amaç dikkate alınarak, normatif analizin temel kavramları olan sosyal refah, servet ve ekonomik etkinlik gibi kavramlar kapsamlı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Nihayet bu çalışmanın öncü vasfı dikkate alınarak, bir anlamda hukukun ekonomik analizi hakkındaki uyarıları içeren, ekonomik analiz hakkındaki temel eleştirilere de yer verilmiştir. Birinci bölüm, bir anlamda tezimize temel teşkil etmekte, sıklıkla kullanılan ekonomik kavram ve prensipleri ortaya koymaktadır.

İkinci bölüm, haksız fiil hukukuna giriş olarak nitelendirilebilir. Bu bölümdeki açıklamalar, haksız fiil hukukuna ekonomik bakışın çerçevesini çizmektedir. Bu bölümün temel amacı, hukuk ve ekonomi öğretilerinde haksız fiil hukukuna nasıl yaklaşıldığının açıklanmasıdır. Bu bağlamda iki temel paragraftan oluşmaktadır.

İlk paragraf, haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan hangi sorunu düzenlendiğini ve bu sorunun çözümünde haksız fiil hukukunun işlevini açıklamaktadır. Haksız fiil olgusunun olumsuz dışsallık olarak nitelendirilmesi, konuya daha geniş ve bütünsel bir perspektiften bakmayı mümkün kılmakta ve düşüncemize göre bu bakış açısı, haksız fiil hukukunun farklı hukuki kurumsal yapılar ile olan ilişkilerine ışık tutmaktadır. Ayrıca buradaki açıklamalar, *Coase teoremi* gibi hukukun ekonomik analizindeki temel bazı kavram ve prensiplerin açıklanmasına fırsat vermektedir.

İkinci paragraf, haksız fiil hukukuna atfedilen amacı konu almaktadır. Önce Türk hukuk doktrininin “amaç” sorununa yaklaşımı eleştirilmiş; akabinde haksız fiil hukukuna atfedilen amacın neden isabetli olmadığı açıklanmıştır. Buna göre, “zarar görenin zararının telafisi” normatif açıdan izlenmeye değer bir amaç olmadığı gibi, pozitif hukuk açısından da izlenen temel amaç değildir. Bunu takiben, hukuk ve ekonomi öğretilerinde haksız fiil hukukuna atfedilen sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi amacının ne anlama geldiği

açıklanmış ve Türk hukukunun normatif açıdan hangi amacı izlemesi gerektiğine ilişkin görüşümüze yer verilmiştir. Bize göre haksız fiil hukukunun temel amacı, kazaların önlenmesi olmalıdır. Bu çerçevede haksız fiil hukukunun temel işlevi, kişileri özenli davranmaya sevk etmektir. Dolayısıyla haksız fiil hukuku riskli davranışları düzenleyen bir hukuki kurumsal yapıdır.

Üçüncü bölüm, haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaç çerçevesinde, temel kavramların ekonomik açıdan nasıl yorumlanması gerektiğini konu almaktadır. Bu açıdan pozitif ve normatif özellikler taşımaktadır. Bu bölüm, dört temel paragraftan oluşmaktadır. Her paragrafta önce Türk hukukundaki yaklaşım özetlenmiş ve bu yaklaşım hakkındaki eleştirilere yer verilmiş ve sonrasında söz konusu kavramın ekonomik açıdan nasıl yorumlanabileceği açıklanmıştır.

İlk paragraf, ekonomik analizin en önemli uygulama alanlarından biri olan kusur kavramına ayrılmıştır. Kusurun ekonomik açıdan ne anlama geldiği açıklanmış ve *Hand formülü* çerçevesinde kusurun türleri ve özellikle de ihmal kavramı üzerinde durulmuştur. Ekonomik teori, kişinin ihmalinin olup olmadığının değerlendirilmesinde *Hand formülü* vasıtasıyla net ve açık bir ölçüt ortaya koymakta ve somut olayın gerektirdiği özenin değerlendirilmesindeki belirsizliği ortadan kaldırmaktadır. Üstelik bu formül, pozitif hukuk açısından da doğrudan uygulanabilir özellikler taşımaktadır.

İkinci paragraf, nedensellik kavramını ve bu kavramın ekonomik teori açısından nasıl yorumlandığını konu almaktadır. Ekonomik analizin *ex ante* bakış açısı, uygun nedenselliği sağlıklı bir temele dayandırmaktadır. Bunun yanı sıra, kusur ve kusursuz sorumluluk açısından, nedenselliğin kişilerin saik ve davranışları üzerindeki etkileri incelenmekte, ilginç bazı sonuçlara ulaşılmaktadır.

Üçüncü paragraf zarar kavramını konu almaktadır. Burada önce zarar kavramının teorik temelleri üzerinde durulmuş, ekonomik açıdan zararın neyi ifade ettiği ve bunun

sonuçları açıklanmıştır. Akabinde ise maddi ve manevi zarar ayırımı çerçevesinde, maddi zararın iki alt türü olan, eşya zararı ve ekonomik zararlar ele alınmıştır. Bu bölümün temel inceleme konusunun, ekonomik zararların incelenmesi olduğu söylenebilir. Sorunun Türk hukukunda ayrı bir inceleme konusu olmamış olması nedeniyle, buradaki açıklamalar geniş tutulmuş, önce hukuk doktrininde bu zararların nasıl ele alındığı (*mukayeseli bir yaklaşımla*) incelenmiş, akabinde bu yaklaşıma alternatif olan ekonomik teori anlatılmıştır. Düşüncemize göre, ekonomik zarar sorununun anlaşılması, hukukun zarar kavramına bakışını daha iyi ortaya koymakta ve özellikle hukuka aykırılık kavramı etrafındaki tartışmalara ışık tutmaktadır. Zarar paragrafındaki son inceleme konusu ise, manevi zarar olmuştur. Manevi zararın tazmin edilmesi konusunda ekonomik teorideki tartışmalara yer verilmiş, akabinde, manevi zarar ve tazminatın belirlenmesi sorunsalı ele alınmıştır. Burada, bazı manevi zarar türlerinin değerlendirilmesinde referans noktası olarak kullanılabileceğini düşündüğümüz, “*ex ante tazminat*” yönteminden bahsedilmiştir.

Son paragraf ise, hukuka aykırılık kavramına ekonomik yaklaşımı konu almaktadır. Burada, haksız fiil hukukunun ekonomik teorisi açısından hukuka aykırılığın işlevi açıklanmış ve hukuka aykırılık bahsindeki, olumsuz davranış sorunu ve hukuka uygunluk nedenleri gibi temel bazı kavramların ekonomik açıdan izah edilmesine çalışılmıştır. Bu sebeple, bu paragraftaki açıklamaların daha ziyade pozitif özellikler taşıdığı kolaylıkla söylenebilir.

Dördüncü bölüm tamamen normatif mahiyette olup, hukuki kurumsal yapı olarak haksız fiil hukukunun ve sorumluluk esası olarak, kusur ve kusursuz sorumluluğun sosyal refah üzerindeki etkilerinin incelenmesini konu almaktadır. Dolayısıyla bu bölüm kendi içerisinde iki paragrafa ayrılmıştır.

İlk paragraf, ekonomik etkinlik amacı açısından, haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında uygulanmasının yerinde olduğu sorusuna cevap aramaktadır. İlk olarak, zararın, kasti davranışlardan kaynaklandığı hallerde haksız fiil hukukunun uygun kurumsal

yapı olmadığı tespit edilmiş ve haksız fiil hukukunun uygulama alanı, kastın söz konusu olmadığı riskli davranışlar ile sınırlandırılmıştır. Bunu takiben, ikinci bölümde yer verilen hukuki kurumsal yapı tasnifi esas alınarak, sosyal refah üzerinde etkili olması muhtemel bazı ölçütler çerçevesinde haksız fiil hukukunun mukayeseli üstünlüğü analiz edilmiştir. Buna göre, zarar verenin ve/veya zarar görenin riskin varlığı ve beklenen maliyeti hakkında bilgisinin yeterli olduğu (*günlük olağan riskler*) ve olası zararın çok büyük ya da çok küçük olmadığı ve değerlendirildiği hallerde, haksız fiil hukukunun etkin bir hukuki kurumsal yapı olduğu söylenebilir.

İkinci paragrafta ise, temel sorumluluk kuralları olarak ifade edebileceğimiz, kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları, kişilerin özen gösterme saikleri ve idari maliyetler üzerindeki etkileri açısından mukayese edilmiştir. Kavramları netleştirmek adına, önce ekonomik açıdan kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının ne anlama geldiği açıklanmış ve Türk hukukundaki yaklaşım eleştirilmiştir. Düşüncemize göre, objektif özen ödevi yükleyen kurallar, kusursuz sorumluluk vasfını taşımaz. Bu ön değerlendirmeden sonra, zararın, farklı parametrelerden etkilendiği dört ayrı kurgu çerçevesinde, kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları mukayese edilmiştir. Anlatımı kolaylaştırmak için, analiz, her kurguda örnek bir model çerçevesinde yapılmıştır. Somut olay kurgusuna göre değişmekle birlikte, bu analizden çıkan ön sonuçlar, kusursuz sorumluluğun mukayeseli üstünlüğüne işaret etmektedir. Fakat örnek modellerin, gerçekçi olmayan varsayımları temel alması nedeniyle, bu analizin sonuçlarının ihtiyatla karşılanması gerekir. Nitekim sonraki aşamada daha gerçekçi varsayımlar ve özellikle kişilerin hata yaptığı kurguda analizin sonuçları tekrar değerlendirilmiş ve mukayeseli üstün hale gelmemekle birlikte, kusur sorumluluğunun bazı avantajları olduğu ortaya çıkmıştır. Nihayet gelir dağılımı ve risklerin azaltılması gibi farklı mülahazalar açısından, sorumluluk kuralları mukayese edilmiştir.

## Birinci Bölüm

### Hukuk ve Ekonomi Öğretisi

#### § 1. Hukuk ve Ekonomi Öğretisi Nedir?

“*Hukuk ve ekonomi*” (*law and economics*), bu iki bilim<sup>1</sup> arasındaki ilişkiyi ele alan disiplinler arası bir öğretilir<sup>2</sup>. 1960’lı yılların başında ortaya çıkan öğreti, 20. yüzyılda ABD’nde hukuk üzerinde etkili olmuş en önemli düşünce akımı olarak kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Daha geniş bir anlam yüklenebilirse de<sup>4</sup>, hâkim olan yaklaşıma<sup>5</sup> uygun olarak hukuk ve ekonomiyi “*hukuk kural ve kurumlarının oluşum, yapı ve etkilerini kavramak ve değerlendirmek amacıyla, ekonomik teörinin hukuka uygulandığı öğreti*” şeklinde tanımlayabiliriz<sup>6</sup>. Görüldüğü üzere, bu tanıma göre hukuk ve ekonomi, bu iki bilim arasındaki ilişkiyi büyük ölçüde tek yönlü ele almaktadır. Burada inceleme konusu hukuk, kullanılan araç ise ekonomi bilimidir. Nitekim doktrinde de “*hukukun ekonomik analizi*” (*economic analysis of law*) ile “*hukuk ve ekonomi*” ifadeleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Ekonomik analizin temel amacı, hukukun daha iyi anlaşılması ve

---

<sup>1</sup> Hukukun bilimsel vasfı konusundaki tartışmalara girmeksizin, Türk hukukundaki baskın görüşe uygun olarak yukarıda hukukun bilim olduğu belirtilmiştir (bkz. ESENER, s.62-65; İZVEREN, s.26,27; GÜRİZ, s.1-3). Fakat düşüncemize göre, hukukun bilimsel vasfı son derece şüphelidir. Her ne kadar bu husustaki tartışma, büyük ölçüde “*bilim*” ve “*bilimsel metot*” terimlerine verilen anlama bağlı olsa da, ayrı bir çalışmada, bilhassa sosyal bilimler ile kıyaslandığı zaman hukukun bilimsel vasfının tartışılmaya değer olduğunu belirtelim.

<sup>2</sup> Öğreti, doktrin ile aynı anlama gelecek şekilde, “*bir düşünürün belli bilimsel bir konuda ileri sürdüğü ve savunduğu görüş*” olarak tanımlanmaktadır (HANÇERLİOĞLU, s.296). Bu çalışmada öğreti, doktrin ve düşünce akımı eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

<sup>3</sup> POSNER, s.31; COOTER/ULEN, s.3

<sup>4</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisindeki okullar dikkate alındığında (bkz. aşağıda §5), öğretinin konusunun sadece “*hukukun ekonomik analizi*” ile sınırlı olmadığı söylenebilir. Mesela hukukun ekonomik sistemin işleyişi üzerindeki etkisinin incelenmesi de hukuk ve ekonomi öğretisinin konusudur. Fakat bu alandaki çalışmalar genel olarak gözden geçirildiğinde, genellikle kastedilenin, ekonomik teörinin hukuka tatbik edilmesi olduğu görülmektedir.

<sup>5</sup> Öğretide hâkim yaklaşım Chicago Okulu’dur. Bu çalışmada da, bu okulun yaklaşımı esas alınmıştır. Bkz. aşağıda §5/1

<sup>6</sup> MERCURO/MEDEMA, s.1; SEIDENFELD, s.1

<sup>7</sup> COOTER/ULEN, s.10; HARRISON, s. 1

uygulanmasıdır. Dolayısıyla, ekonomik teörinin hukuka başarılı bir şekilde tatbik edilebildiği ve bunun hukuk bilimine yarar sağladığı ileri sürölmektedir<sup>8</sup>.

Peki, acaba ekonomik teörinin tatbik edilmesi ya da hukukun ekonomik analizi ile kastedilen nedir? Ekonomi bilimi hukuka nasıl bir yarar sağlar? Burada belki de hukukçunun aklına ilk gelen, rekabet hukuku gibi doğrudan ekonomik faaliyeti düzenleyen hukuk dallarında, ekonomi biliminden yararlanılmasıdır. Örneğın rekabet hukukunda, “piyasa”, “hâkim durum”, “rekabet” gibi teknik bazı terimlerin yorumu, ekonomi bilimine başvurmayı gerektirir. Bu hallerde, bir anlamda ekonomi bilimi hukuk tatbikatında “doğrudan uygulama” alanı bulmaktadır. Keza ekonomik regülasyon, sermaye piyasası ve vergi hukuku gibi dallarda da benzer uygulamalar söz konusu olur. Fakat bu haller, ekonomik analiz kapsamına girmez.

Hukukun ekonomik analizi ile kastedilen, kişinin rasyonel olarak faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayılarak, bu varsayımın hukuki ilişkiler bakımından neden olduğu sonuçların incelenmesidir. Ekonomi biliminin davranış teorileri hukuki ilişkilere tatbik edilmekte ve bunların yardımıyla hukukun kişilerin seçim ve davranışları üzerindeki etkileri incelenmektedir. Dolayısıyla ekonomik analiz, hukukun somut ihtilafa nasıl uygulanacağından ziyade, hukukun kişi davranışları üzerindeki etkisine ve bunun toplumsal sonuçlarına odaklanmaktadır. Temel düşünceye göre, hukuk kuralları da aynen diğer çevresel değişkenler gibi, kişilerin saik<sup>9</sup>, seçim ve davranışlarını etkiler<sup>10</sup>. Rasyonel birey, kendi menfaatini etkilediği ölçüde davranışlarını kuralın neden olduğu duruma

---

<sup>8</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisi, esas itibarla hukuk üzerinde etkili olmuştur. Fakat bu durum, öğretinin ekonomi bilimini etkilemediği şeklinde anlaşılmalıdır. Öğretinin yaygınlaşması ile birlikte, klasik yaklaşımın, ekonomik analizde dışsal (*exogenous*) kabul ettiği sözleşmeler, mülkiyet (*ve diğer aynı haklar*), sorumluluk hukuku gibi hukuki kurumlar ekonomik analize dâhil edilmiştir (COOTER/ULEN, s.10). Hukukun ekonomik analizini konu alan çalışmalar, ekonomi bilimini daha gerçekçi kıldığı gibi, uygulama alanını da genişletmiştir.

<sup>9</sup> Bu noktada karşımıza çıkan bir terminoloji sorununa da değinelim. Ekonomik literatürde sıklıkla karşılaşılan “*incentive*” terimi, Türkçe ekonomi kitaplarında genellikle “*teşvik*” olarak çevrilmiştir. Buna karşılık söz konusu İngilizce-Türkçe sözlüklerde bu terimin karşılığı; güdü, saik, teşvik olarak geçmektedir. Bu çalışmada “*incentive*” için “*saik*” tabiri kullanılmıştır.

<sup>10</sup> MICELI, s.1



uyarlar ve örneğin kuralın değişmesiyle farklı davranışlar sergiler<sup>11</sup>. Dolayısıyla ekonomik analiz, hukuk ile kişi davranışı arasındaki ilişkiyi konu alır.

Bu ifade ettiklerimizi bir sözleşme örneği ile somutlaştıralım. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, kişinin sözleşmeden doğan borcunu ifa edip etmeyeceğine ilişkin kararı, ifa etmemenin hukuka aykırı olmasından veya ahde vefa ilkesinden ya da borcun ifa edilmesinin gayri ahlaki olmasından ziyade, borcunu ifa etmesi halinde elde edeceği menfaat ile temerrüdün neden olacağı maliyete bağlıdır. Mesela ifa öncesinde, bir başkasının ifa konusu edim için daha iyi bir teklifte bulunması halinde, borçlu bu teklifin sağlayacağı fayda ile ifa etmemenin maliyetini (*marjinde*) mukayese eder. Ekonomik teoriye göre, ilki diğerinden fazla ise borçlu borca aykırı davranır. Bu nedenle “*ex ante*” perspektiften bakıldığı zaman, temerrüt halinde ödenmesi muhtemel tazminat miktarı ve bunu düzenleyen hukuk kuralları kişinin ifa kararını doğrudan etkiler. Mesela sözleşmede “*cezai şart*”ın ya da sorumsuzluk anlaşmasının varlığı hallerinde yukarıdaki senaryo farklılaşır. Cezai şart kişiyi ifa etmeye teşvik ederken, sorumsuzluk anlaşması ise, tam aksi yönde davranmaya sevk eder.

Görüldüğü gibi farklı kurallar, kişinin davranışlarını değişik şekillerde etkilemektedir. İşte ekonomik teori, hukukun, seçim ve davranışlar üzerindeki etkisi hakkında tahmin yürütülmesine imkân veren analitik araçlar sunmakta ve bu sayede kişinin davranışlarını öngörmek mümkün olmaktadır. Kuralın kişi davranışları üzerindeki etkisine dair bu tespitler genelleştirildiği zaman ise, hukuk kurallarının toplumsal etkileri, örneğin ekonomik açıdan etkin olup olmadığı veya gelir dağılımını nasıl etkilediği hakkında değerlendirme yapılabilmektedir. Örneğin yukarıda “*cezai şart*” (*sözleşme cezası*) kararlaştırıldığını varsayalım. *Ex post* açıdan bakıldığı zaman, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklının uğradığı zarardan daha fazlasını borçludan talep

---

<sup>11</sup> Ekonomi biliminin temel prensiplerinden biri, kişinin menfaatini etkileyen çevresel koşullardaki değişmeler karşısında tepki vermesinin kaçınılmaz olduğudur. Yani eğer kişi, değişimi sonucunda davranışlarını yeni duruma göre uyarlayarak faydasını arttırabiliyor ise, bunu yapacaktır. Ekonomik davranış modelinin bir sonucu olan bu durum, “*kişiler saikine yanıt verir*” (*people respond to incentives*) olarak ifade edilmektedir (MANKIOW, s.7; BUTLER, s.3).

etmesi, hakkaniyete aykırı görülebilir. Nitekim cezai şarta ilişkin pozitif düzenlemeler bir ölçüde bu kaygıyı yansıtır (BK.m.158-161). Ekonomik açıdan ise durum farklıdır. Bir kere her iki tarafın rızası olduğuna göre, bu kayıtların tarafların karşılıklı menfaatine hizmet ettiği karinesi geçerlidir. Fakat bu kaydın, ekonomik açıdan başka işlevleri de vardır<sup>12</sup>. İlk olarak bu kayıtlar, borçlunun borcunu ifa edeceğine dair alacaklının güvenini artırır. Bu ise *ex ante* açıdan, alacaklıyı, karşı taraf ile sözleşme yapmaya teşvik eder. Dolayısıyla borçlunun cezai şarta rıza göstermesi, diğer tarafa gönderilen bir güven sinyalıdır. İkinci olarak ise, alacaklının edimin ifasına atfettiği sübjektif değer, bunun normal ya da piyasa değerinden fazla olabilir. İşte cezai şart, bir anlamda ifa etmeme riskine karşı alacaklıyı sigortalamaktadır. Bu nedenlerden ötürü cezai şart, sözleşme yapılmasını kolaylaştıran bir sözleşme kaydıdır<sup>13</sup>. Sözleşmeler ise kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesinin temel aracı olduğuna göre<sup>14</sup>, bunu kolaylaştıran kuralların refahı arttırdığını kolaylıkla söyleyebiliriz.

İlk bakışta ekonomi bilimine atfedilen bu rol hukukçular tarafından biraz gariptenebilir. Zira ekonomiden bahsedildiğinde, enflasyon, işsizlik, para gibi kavramlar ve bunlar arasındaki ilişkiler akla gelmektedir. Bu nedenle, konunun daha iyi aydınlatılması açısından ekonomi bilimini tanımlamak gerekir. Genel kabul gören tanıma göre “*ekonomi bilimi*”, kişilerin sınırsız istekleri karşısında kıt kaynakların<sup>15</sup> toplumda nasıl tahsis

---

<sup>12</sup> POSNER, s.142

<sup>13</sup> Diğer bir anlatımla bu kayıt taraflar arasında işlem maliyetlerini azaltır. İşlem maliyeti kavramı hakkında bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>14</sup> Bkz. aşağıda §2/III/C

<sup>15</sup> Ekonomi bilimi kaynakların kıt olması temeline dayanır (buradaki “kıt” tabirinin anlamı hakkında bkz. COLE/GROSSMAN, s.2). Kaynakların kıt olmadığı bir düzende, ekonomi biliminin yeri olmadığı söylenebilir. Kaynakların kıt olması, alternatif kullanımlar arasında bunların tahsis edilmesi sorununu doğurur. Ekonomi bilimi kaynakların etkin, yani israf edilmeden, toplum için maksimum refahı sağlayacak şekilde tahsis edilmesi gerektiğini kabul etmektedir (*etkinlik*). Bu tahsisin hangi mekanizma vasıtasıyla yapılacağı sorunu ise, politik bir tercihtir. Sosyalist ekonomilerde tahsis büyük ölçüde devlet tarafından yapılırken, kapitalist ekonomilerde ağırlıklı olarak piyasa ve fiyat mekanizması yolu ile yapılmaktadır. Yani kaynakların kimler tarafından kullanılacağı, tüketicilerin tercih ve seçimlerini temel alan âdemi merkezîyetçi bir sisteme göre belirlenmektedir.

edildiğini ele almaktadır<sup>16</sup>. Tahsisin altında yatan ise, kişinin tercih ve davranışlarıdır<sup>17</sup>. Nitekim “*mikroekonomi*”, kişinin alternatifler arasında seçimlerini nasıl yaptığını konu almaktadır. Ekonomi bu şekilde tanımlandınca, hukuk ve ekonomi bilimleri arasında bu ilişkinin kurulması aslında hiç de “güç” değildir. Zira son tahlilde hukuk kurallarının önemli bir amacı, kişinin seçimlerini etkileyerek, onları sosyal açıdan istenilen şekilde davranmaya sevk etmektir. Bu durumda hukuk kuralının bu amaca uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, ekonomi teorisinden faydalanmak son derece doğaldır<sup>18</sup>. Üstelik bu doğal işbirliği, ekonomik davranış teorilerinin uygulama alanının “*piyasa davranışları*” (*market behavior*) ile sınırlı olmadığını kabul edilmesi nedeniyle, sadece ekonomik aktiviteleri düzenleyen hukuk dallarında değil, çok daha geniş bir alanda ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak hukuk ve ekonomi, ticaret ya da rekabet hukuku gibi ekonomik faaliyetleri düzenleyen hukuk dallarını kapsayan bir üst kavram olmadığı gibi, en azından bu çalışmadaki anlamıyla, ekonomi ve hukuk bilimleri arasındaki ilişkiyi tüm yönleriyle ele alan bir düşünce akımı da değildir. Hukuk ve ekonomi, nitelik, konu ya da kaynak farkı gözetmeksizin yazılı ya da yazısız her türlü hukuk kuralına ve hukuki kurumlara farklı bir perspektiften; ekonomik açıdan yaklaşılmasını konu edinmektedir. Ekonomik bakış açısı, hukukçuların mesleklerinde zaten daimi olarak karşılaştıkları açık ya da örtülü ekonomik meseleler karşısında kavramsal ve sistematik düşünme becerisi kazandırdığı gibi, hukuk kurallarının çoğu kez göz ardı edilen toplumsal etkileri hakkında düşünmeye sevk etmektedir.

---

<sup>16</sup> Benzer tanımlar için bkz. POSNER, s.3; MANKIOW, s.4; BUTLER, s.3; BARNES/STOUT, s.1; BECKER, s.3,4

<sup>17</sup> Ekonomi biliminde davranış kelimesi yerine, bilhassa tüketici teorisi nedeniyle “*seçim*”(choice) tabiri kullanılmaktadır. Burada davranış ile seçimi eş anlama gelecek şekilde kullanıyoruz.

<sup>18</sup> Esasen benzer ilişkiler sadece ekonomi ile hukuk arasında değil, hukuk ile diğer sosyal bilimler arasında da kurulabilir. Zira sosyal bilimlerin amacı kişi ve toplum davranışlarının açıklanması ve gelecekteki davranışların tahmin edilmesidir. Dolayısıyla hukuk ile sosyal bilimler arasındaki ilişkileri ele alan disiplinler arası çalışmalar hukuk teorisinin zenginliğini arttıracaktır.

## § 2. Hukuk ve Ekonominin Konusu: Hukukun Ekonomik Analizi

Hukuk ve ekonomi öğretisinin konusu “*ekonomik analiz*” olduğuna göre bu kavramı etraflıca açıklamak gerekir. Hukukun ekonomik analizi, hukuk kural ve kurumlarının mikroekonominin ve refah ekonomisinin analitik araçları yardımıyla incelenmesi olarak ifade edilebilir<sup>19</sup>. “*Mikroekonomi*” ise, kişilerin karar alma sürecini ve piyasa düzlemindeki etkileşimini konu almakta<sup>20</sup>, refah ekonomisi ise çeşitli politika ve değişikliklerin kişilerin faydası ve sosyal refah üzerindeki etkilerini araştırmaktadır. Dolayısıyla hukukun ekonomik analizi, hukuk kurallarının kişilerin seçim ve davranışları üzerindeki etkilerinin ve bunun toplumsal (*sosyal refah üzerindeki*) yansımalarının incelenmesi olarak tanımlanabilir<sup>21</sup>. Analizde yararlanılan temel araç, ekonomi biliminin davranış teorileri<sup>22</sup> ve fiyat teorisidir (*price theory*). Bu bölümde, önce ekonomik analizin temel özellikleri bir örnek çerçevesinde anlatılacak, akabinde analizin türleri açıklanacak ve son başlık altında da, ekonomik analizde yararlanılan temel kavramlar ele alınacaktır.

### I. Giriş ve Temel Özellikler

Ekonomik analizin çıkış noktası kişidir. İnceleme konusu değişken, yani hukuk kuralı, kişi davranışları üzerinde etkili olabilecek diğer değişkenlerden soyutlanarak basit bir “*ekonomik model*”<sup>23</sup> oluşturulur. Analiz bu model bağlamında yapılır. Kuralın etkisi, kişinin rasyonel ve faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayılarak belirlenir. Modelin basit koşulları da kişilerin kural karşısındaki tepkilerinin tahmin edilmesini

---

<sup>19</sup> Mikro-ekonomik analiz, kaynakları kıt olan kişinin seçimini nasıl yaptığını ve bunun sonuçlarını inceler.

<sup>20</sup> MANKIW, s.27; MICELI, s.15; BUTLER, s.3; PINDYCK/RUBINFELD, s.3; krş. COOTER/ULEN, s14; PARASIZ, s.3; SEIDENFELD, s.1

<sup>21</sup> SCHAFER ve OTT ekonomik analizin, 1-mevcut hukuk sisteminin doğası ve kaynağını hakların dağıtımını, 2-hukuki yapının tahsis etkinliği üzerindeki etkisini; 3-etkin hukuki yapıların ortaya çıkması ve gelişimi için gereken alt yapı koşullarını ve 4- etkin hukuki yapının nasıl uygulanacağını konu aldığını belirtmektedirler (SCHAFER/OTT, s.11,12)

<sup>22</sup> Bkz. aşağıda §2/III/A

<sup>23</sup> Ekonomik model, kendisinden sonuçlar türetilen bir varsayımlar kümesinden oluşan teorik yapı ya da analitik çatıdır (PARASIZ, s.18).

kolaylaştırır. Buna göre kişi, aynen diğer çevresel şartlar gibi hukuk kuralını da karar alma sürecinde göz önünde tutar ve örneğin, kuraldaki değişiklik, faydasını etkilediği ölçüde davranışlarını buna göre değiştirir. Hukuk kuralı kişinin karar denklemine, yarar ya da maliyet olarak girer ve bir anlamda fiyat değişkeni ile aynı etkiyi gösterir. Yani hukuk kuralının yaptırımı, kişinin yapacağı seçimin bir tür “*zımnî (gölge) fiyat*”ı (*implicit price*) olarak görülür<sup>24</sup>. Örneğin suç olan bir davranışın cezasının arttırılması, ekonomik açıdan fiyatının arttırılması ile eşdeğerdir. Cezanın arttırılması, suç teşkil eden davranışa olan talebi azaltır. Bu bakış açısına göre, hukuk, toplumu arzu edilen birtakım amaçlar doğrultusunda yönlendiren bir tür fiyat mekanizmasıdır ve fiyat teorisi de bu mekanizmanın temel prensiplerini ortaya koymaktadır.

Bu açıklamaları bir örnekle somutlaştırmadan önce, ekonomik analizin bazı temel özelliklerine değinelim. Ekonomik analiz tüm makro olguların, kişi temel alınarak izah edilebileceğini varsayar. Bu açıdan kişi, analizde metodolojik bir araçtır. Bu “*metodolojik bireysellik*” (*methodological individualism*) olarak adlandırılır<sup>25</sup>. Analizin diğer bir özelliği, “*tümden gelim*” (*deductive*) metodunun benimsenmesidir<sup>26</sup>. Sonuç ve çıkarımlar, belirli teori ve varsayımlardan elde edilir. Bu metot kaçınılmaz olarak çıkarımların “*genel*” olması sonucunu doğurmaktadır. Bir başka özellik, bilhassa hâkim teori açısından, ekonomik modeller gerçekçi olmayacak şekilde basit ve yapaydır. Fakat teorik analizde basite indirgeme, bilimsel metodun zorunlu unsuru olarak görülür<sup>27</sup>. Nihayet ekonomik analizin diğer bir özelliği, hukuki analizden farklı olarak, “*ex post*” değil; “*ex ante*” yaklaşımın söz konusu olmasıdır. Yani önemli olan somut uyumsuzlukta kuralın nasıl uygulanacağı ya da hukuki yaptırımın ne olacağı değil, muhtemel yaptırımın ya da kuralın kişilerin

---

<sup>24</sup> COOTER/ULEN, s.3; MICELI, s.1; SEIDENFELD, s.17; MERCURO/MEDEMA, s.58; ULEN, s.797

<sup>25</sup> SCHAFFER/OTT, s.5

<sup>26</sup> PARASIZ, s.20

<sup>27</sup> Bu konudaki eleştiriler ve bunların yanıtları hakkında bkz. aşağıda §6/II

davranışlarını ne yönde etkilediğidir<sup>28</sup>. Genellikle hukuki analizde göz ardı edilen bu bakış açısı, kuralın öngörülmeven bazı sonuçlarını ortaya çıkarması nedeniyle oldukça yararlıdır.

Hukuk ve ekonomi öğretisine özgü diğer bir özellik ise, rasyonalite (*ya da ekonomik davranış teorisinin*) varsayımının piyasa dışı davranışlara, yani açık fiyatların olmadığı piyasalara uygulanmasıdır. Aslında tartışmalı olan bu yaklaşım, sadece üretici ve tüketicilerin değil, hukuki ilişkiye taraf olan herkesin, mesela faillerin, mağdurların, zarar verenin, borçlunun, alacaklının da ekonomik teoriye uygun, yani faydasını maksimize etme eğiliminde olduğunu kabul eder. Böylelikle sadece piyasaları düzenleyen hukuk dalları değil, piyasa dışı davranışları da düzenleyen ceza hukuku ve aile hukuku da ekonomik analizin konusu olmaktadır<sup>29</sup>.

Ekonomik analizin özellikleri ile ilgili bu açıklamaları, taşınmaz kiralalarını düzenleyen bir yasa örneği ile somutlaştıralım<sup>30</sup>. Farz edelim kanun koyucu bu yasal düzenlemeyi, kiracıları, kiralayanlar karşısında korumak amacıyla yapsın<sup>31</sup>. Örneğin

---

<sup>28</sup> Hukuk kuralları geniş anlaşılmalıdır. Sadece kanun, KHK., yönetmelik gibi pozitif hukuk kuralları değil, mahkeme kararları da bu kapsamdadır. Örneğin özel hukuk uyuşmazlığına dair mahkemeler tarafından verilen kararların, benzer uyuşmazlığa taraf olabilecek kişilerin davranışlarını etkilediği varsayılır. Bu durumda karar sadece somut uyuşmazlık taraflarını değil, üçüncü kişileri ve toplumu da ilgilendirir. Bu bağlamda mesela haksız fiil hukukuna ilişkin yargı kararları da aynı şekilde değerlendirilir. Ekonomist açısından burada zarar oluşmuştur, mahkemenin tazminata hükmetmesi zararı ortadan kaldırmaz. “*Ex post*” açıdan yaklaşıldığı takdirde, karar sadece taraflar arasında kaynak transferine neden olur (bkz. İkinci Bölüm §3/I/B/2). Fakat “*ex ante*” açıdan bakıldığı zaman, karar benzer konumda bulunan kişilerin saik ve davranışlarını etkiler. Bu sebeple hâkim karar verirken ileriye bakmalı, kararının kişilerin gelecekteki davranışlarını etkileyeceğini dikkate alarak, onları özenli davranmaya sevk edecek şekilde karar vermelidir (bkz. POSNER, s.28; krş. FRIEDMAN, s.11; COOTER/ULEN, s.8).

<sup>29</sup> Ekonomik analizin ceza hukukuna tatbik edilmesi hakkında bkz. BECKER Garry, “Crime and Punishment”, *Journal of Political Economy*, Vol.76 (1968), s.169-217; POSNER A. Richard, “An Economic Theory of Criminal Law”, *Columbia Law Review*, Vol. (85), 1985, s.1193-1231; MICELI, s.283-322; HIRSCH, s.217-250; HARRISON, s.452 vd.; FRIEDMAN, s.223-243. Ekonomik analizin aile hukukuna tatbik edilmesi hakkında bkz. BECKER, s.169-250; POSNER, s.155-177; FRIEDMAN, s.171-188; LANDES Elisabeth / POSNER Richard A., “Economics of Baby Shortage”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 7 (1978), s.323-348

<sup>30</sup> Yapılan bu analiz “(kısmi) denge analizi” olarak adlandırılmaktadır. Kira örneğinin ele alındığı benzer analiz için bkz. FRIEDMAN, s.10 vd.; HARRISON, s.235 vd.

<sup>31</sup> Halen yürürlükteki 6570 sy. Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (RG. 27.5.1955 T., sy.9013) ve BKT.’da yer alan kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin bu amaca yöneldiği söylenebilir. BKT.m.298-355 ve özellikle 338 vd. hükümleri, kiracıyı kiralayan karşısından koruyan çeşitli düzenlemeler içermektedir.

Yasanın, “kira konusu taşınmazın bakımının kiralayana tarafından yapılması” gibi kiralanana aleyhine bazı hükümleri öngördüğünü düşünelim<sup>32</sup>. Kuralın toplumsal etkilerini tespit edeceğimiz modelde, kiralananın karlarını, kiracıların da faydalarını maksimize etme eğiliminde olduklarını ve piyasanın da tam rekabet şartlarını taşıdığını varsayalım<sup>33</sup>. Yasanın sıkı bir şekilde uygulandığı ihtimalde, kiralanana bu yükümlülüklerle uygun davranacak ve evin kalitesi yapılan bakım nedeniyle kiracı lehine artacaktır<sup>34</sup>. Fakat bu yükümlülük kiralananın maliyetlerini artırır<sup>35</sup>. Uzun dönemde bu durum, kiralananda, davranışlarını yeni duruma uyarlama yönünde saik yaratır. Karını maksimize etmek isteyen kiralanana, normal olarak maliyet artışını sözleşmedeki kira bedeline yansıtmak ister<sup>36</sup>. Bu söz konusu yasanın, kiralananın saiki üzerindeki etkisi olarak ifade edilebilir.

---

<sup>32</sup> Aslında ekonomik açıdan burada söz konusu olan, yasal bir düzenleme ile bir hizmetin kalite koşullarının artırılması ya da değiştirilmesidir. Dolayısıyla bu açıdan farklı mal ve hizmetlere bu örneği uyarlamak mümkündür. Örneğin yasal bir düzenleme ile taşıtların ABS freni, hava yastığı ve klima ile donatılmasının zorunlu kılındığını düşünelim. Bu doğal olarak araba üreticilerinin maliyetlerini arttıracak ve fiyatlarda bir artışa neden olacaktır. Buradaki sorun ise, bu değişimlerin toplum tarafından ne ölçüde talep edildiğidir. Toplum esasen bu tür kalite ve güvenlik unsurları hakkında bilgi sahibi ise, buna belirli bir değer atfeder ve bunları satıcılardan talep eder. Alıcıların atfettikleri değer, bu unsurları sağlamanın maliyetinden fazla olduğu ölçüde, sözleşmeler buna göre uyarlanır. Yani arabasında daha fazla konfor ve güvenlik isteyen bunları pazarlık ederek alabilir. Bu durumda toplumun tercihine göre, arabaların bir kısmı klima, ABS fren ve hava yastığı ile donatılmış şekilde piyasaya sürülecektir. Ama alıcıların bazıları da, bu özelliklere sahip olmak yerine, düşük fiyatı tercih edecektir. İşte yasal bir düzenleme ile bu unsurların zorunlu kılınması bir anlamda, bu tüketicileri istemediği bir sözleşmeye taraf olmaya veya piyasadan çekilmeye sevk etmektedir. Düşüncemize göre kira sözleşmelerinin bu şekilde emredici hükümler ile düzenlenmesi, kira piyasasında benzer etkiler doğurur.

<sup>33</sup> Maliyet artışının fiyata ne kadar yansıtılacağı, piyasa şartları ve elastikiyete bağlıdır. Piyasanın tam rekabetçi olduğu bir durumda, fiyat artışı büyük ölçüde alıcılara ya da kiracılara yansıtılacaktır. Öte yandan tam rekabetçi olmayan piyasalarda, zaten normal karın üzerinde bir kar sağlandığı için, üreticiler (*kiralanalar*) artışın bir kısmına katlanabilir. Fakat son tahlilde nasıl bir dağılım olacağı, büyük ölçüde talep elastikiyetine bağlıdır.

<sup>34</sup> Burada sıkı bir şekilde uygulama ile kastedilen, emredici hükümlere aykırı davranışların yaptırımlarının kiralanaları bunlara uyma yönünde kuvvetli bir saik yaratmasıdır.

<sup>35</sup> Taşınmaz malın kiralanması kazançlı olduğu sürece, kiralanana bu yükümlülüğe uyacaktır. Aksi halde, yani taşınmazın kiraya verilmesinin kazançlı olmaması durumunda, taşınmazı satacak veya başka kullanıma tahsis edecektir.

<sup>36</sup> Bu durum sözleşmelerin ve aslında piyasada sunulan mal ve hizmetlerin önemli bir özelliğini vurgulamaktadır. Bu da sözleşmelerin ya da mal ve hizmetlerin genellikle “çok yönlü” (*ya da boyutlu*) olmasıdır. Burada kastedilen hukuk kuralları ile mal ya da hizmetin bir yönünün düzenlenmesi halinde, diğer yönlerinin bunu telafi edecek şekilde uyarlanmasıdır. Mesela sözleşme fiyatının yasa ile düzenlenmesi halinde, muhtemelen mal veya hizmetin kalitesinde düşme yaşanır ya da aksi şekilde kalite standartlarına ilişkin düzenlemeler, malın fiyatı üzerinde etkili olur.

Hukuk kuralının kişi davranışları üzerindeki etkisinin belirlenmesini takiben, davranışı genelleştirdiğimiz takdirde, kuralın toplumsal sonuçlarını belirleyebiliriz. Artık burada söz konusu olan münferit davranışlar değil, kiralayanlar ve kiracıların davranışlarıdır. Genelleme, kuralın toplumsal sonuçlarını belirlemeye olanak tanıdığı gibi, “büyük sayılar kuralı” (*law large numbers*)<sup>37</sup> sayesinde standart varsayımlardan sapmaları önemsiz kılar. Bu bağlamda kiralık evlerin bakımının kiralayanlar tarafından yapılması, sadece evlerin kalitesini değil, fiyatını da arttırır. Kalitenin iyileşmesi talebi arttırırken, fiyat artışı tam aksi bir etki yapar. Zira fiyatın artması, dar gelirli vatandaşların kiralık konut bulmalarını zorlaştırdığı gibi, bazı kiracılar için kiralık konut alternatiflerini daha cazip hale getirir.

Son tahlilde kiraya verilecek konutların sayısındaki değişme, kiracıların ve kiralayanların fiyat ve kalite unsurlarına nasıl değer atfettiklerine bağlıdır. Fakat fiyattaki değişimin talep üzerindeki etkisinin daha fazla olduğunu varsayarsak, fiyat artışına bağlı olarak kiralık konut sayısında bir düşme yaşanması daha olasıdır. Bir kısım konutlar kira ilişkisinin karlı olmaması nedeniyle piyasa dışına çıkacak ve daha kazançlı kullanımlara tahsis edilecektir. Dolayısıyla kiralık ev piyasasında bir daralma yaşanması pek muhtemeldir. Bu durum kaçınılmaz olarak, konutların mübadele değerlerini de olumsuz etkileyecektir. Nihayet yasanın uygulanması, yargılama giderleri gibi ek bir takım (*idari*) maliyetlere neden olacaktır<sup>38</sup>.

Özetle taşınmaz kiralaları ile ilgili yapılan düzenleme, sadece konutların kalitesini değil, kira ve emlak bedellerini etkilemiş, aynı zamanda kiralık konut sayısında azalmaya

---

<sup>37</sup> Bireysel olay ve vakalar tesadüfî ve öngörülemez olmakla birlikte, benzer olaylar bir araya getirilerek bunlar hakkında bilgi toplandığı zaman, bu olayların ortalama sonucunu öngörmek mümkündür. Mesela belirli bir yerde ve günde ne kadar kaza olacağını önceden öngörmek mümkün değildir. Oysa geçmiş vakalardan yeteri derecede bilgi toplandığı zaman, ufak bir yanılma payı ile hangi olasılıkla kazanın meydana geleceği hakkında tahminde bulunulabilir. Hatta zararın sıklıkla ortaya çıktığı hallerde belirli bir zaman dilimi içerisinde kaç kazanın olacağı dahi tahmin edilebilir. Sayı ne kadar büyürse, tahmin o kadar doğru olur. Nitekim sigorta tekniğinin altında yatan temel kural da budur (sigorta tekniği için bkz. İkinci Bölüm §3/II/C2).

<sup>38</sup> Bu maliyetleri devletin piyasalara müdahale etmesinden kaynaklanan dolaylı etkileri olarak ifade edebiliriz. Bkz. bu konuda İkinci Bölüm §3/II/D



neden olmuştur. İşte ekonomik analiz, yasa hükmünün neden olabileceği diğer sonuçların da göz önünde tutulmasını sağlamaktadır<sup>39</sup>. Daha da önemlisi, analiz aslında yapılan her seçimin birtakım maliyetleri olduğunu, kiralık konutların kalitesinin arttırılmasına dair seçimin, aynı zamanda başka değerlerden vazgeçilmesi anlamına geldiğini ortaya koymaktadır<sup>40</sup>. Bu ekonomik etkiler ışığında, belki de yasanın amacı ve bu amaca uygun olup olmadığı sorunu üzerinde de durmak gerekir. Yasa kira ilişkisinde kiracılara daha avantajlı bir konum sağlayarak, onların ev sahipleri karşısında himaye edilmesini amaçlamaktadır. Ekonomik açıdan ifade edecek olursak, yasanın amacı gelirin yeniden dağıtılmasıdır<sup>41</sup>. Fakat yukarıdaki analiz, yasanın bu amaca elverişli olmadığına işaret etmektedir. Zira maliyet artışı kira bedellerine yansıtılmış, son tahlilde bu artış dar geliri ve belki de en fazla korunmaya muhtaç olan kiracıları olumsuz etkilemiştir.

Görüldüğü üzere ekonomik analiz, yasa koyucunun izlediği amacın elde edilip edilemeyeceğine ilişkin ipuçları da sağlamaktadır. Yasanın ekonomik etkilerine ilişkin bu bilgi, hiç şüphe yok ki yasama faaliyetinin daha sağlıklı yapılmasını sağlar. Örneğin ekonomik analizin önemli çıkarımlarından biri, gelir transferi yapılacak taraflar arasında piyasa ilişkisinin olması halinde, hukukun dağılımsal amaca hizmet etmesinin güç olduğudur. Nitekim kira örneği bunun bir uygulamasıdır. Fakat herhalde ekonomik analizin daha da önemli olan rolü, aynı zamanda “*normatif*” bir boyutunun olmasıdır. Ekonomik analiz, hukuk kuralının mevcut amaç çerçevesinde değerlendirilmesi ile sınırlı kalmayıp, hukuk kuralına bir amaç atfetmekte ve bu amaç ışığında kuralın arzu edilebilir olup olmadığını değerlendirmektedir. Atfedilen amaç ise, farklı biçimlerde dile getirilmekle birlikte genellikle, “*ekonomik etkinlik*” olmaktadır. Mesela bu örnekte, yasanın etkin olmadığı söylenebilir. Zira yasanın etkin olması için, kiracıların kalite artışına, fiyat

---

<sup>39</sup> Krş. MANKIW, s.8

<sup>40</sup> Nitekim bu saptama aslında ekonomi biliminin temel prensiplerinden biridir (MANKIW, s.4,5) ve “(*fırsat maliyeti*)” kavramına verilen anlamın temelinde bu prensip yatmaktadır (bkz. aşağıda §2/III/A/1).

<sup>41</sup> Burada terminolojiye ilişkin bir açıklama yapmak uygun olur. Gelir ya da refah dağılımı ile kastedilen, kaynakların toplumda nasıl paylaşıldığı, kimin ne kadar pay aldığıdır. Bu çalışmada paylaşım ya da dağılım terimleri hep bu anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bkz. aşağıda §6/III/B; ayrıca Dördüncü Bölüm §2/III/E/2

artışından daha fazla değer atfetmesi gerekir. Bunun ise varsayım olarak gerçekleşmeyeceği; zira kalite artışının daha önemli olması durumunda, bakım yükümlülüğüne ilişkin hak ve borçların, zaten kiracı ve kiralayanlar tarafından müzakere edilerek sözleşmelere konulacağı söylenebilir<sup>42</sup>. Bu nedenle, *(bir piyasa aksaklığı yok ise)* yasa ekonomik açıdan etkin değildir. Aşağıdaki başlıklar altında, ekonomik etkinlik ile ilgili daha kapsamlı bilgiler verilmektedir.

## II. Ekonomik Analizin Türleri

Hukuk ve ekonomi öğretisinde, ekonomik analizin, *“pozitif”* ve *“normatif”* olmak üzere iki türünün olduğu kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Doktrinde farklı tasnifler vardır. Fakat ekonomik analizi, davranış teorisinin hukuka tatbik edilmesi olarak tanımladığımız için, hukukun uygulanmasında ekonomi biliminden yararlanıldığı bazı halleri tasnif dışında tutuyoruz<sup>44</sup>. Fakat *“doğrudan uygulama”* olarak adlandırabileceğimiz bu hallerin de hukuk ve ekonomi öğretisinin konusu olduğunda tereddüt edilmemelidir<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Olayımız açısından belirleyici olan nokta, evin bakımı ile ilgili yükümlülükler genel olarak hangi tarafın katlanmasının daha avantajlı (*maliyetsiz*) olduğudur. Ortada bir sözleşme bulunduğuna göre, tarafların zaten bu yükümlülüğü daha az maliyetle yapabilecek kişiye yükleyeceği, zira bunun sonuçta, her iki tarafın ortak menfaatine hizmet ettiği söylenebilir. Örneğin bu bakımların yapılmasının maliyeti kiralayan için 3 YTL, kiracı için 5 YTL ise, bu yükümlülükler kiralayanın katlanması ve karşılığında kira bedelini 4 YTL artırması her iki tarafın menfaatine hizmet eder. Eğer tarafların bilgisinin tam ve işlem maliyetlerinin düşük olduğunu kabul edersek, tarafların etkin sözleşmeler; yani karşılıklı menfaatlerini maksimize eden sözleşmeler yapacaklarını söyleyebiliriz. Dolayısıyla yasal müdahalenin piyasanın işleyişine gereksiz müdahale teşkil ettiği ilk bakışta görülmektedir.

Yasal düzenleme, bir piyasa aksaklığı nedeniyle tarafların etkin sözleşme yapamadıkları hallerde isabetli olabilir. Yani asimetrik bilgi, tekel durumu ya da işlem maliyetleri gibi bir takım aksaklıklar nedeniyle taraflar karşılıklı menfaatlerini maksimize eden sözleşme şartları üzerinde uzlaşmıyor olmalıdır. Eğer kira piyasasına dair bu tür bir aksaklıktan bahsedilemiyorsa, yasal müdahale amacına ulaşmayacak, bilakis refah kaybına neden olacaktır.

<sup>43</sup> MANKIW, s.28; COOTER/ULEN, s.4; POSNER, s.26; PARASIZ, s.19; PINDYCK/RUBINFELD, s.6,7; SEIDENFELD, s.2; MICELI, s.2; SHAVELL, Foundations, s.1; ayrıca bkz FRIEDMAN, s.3-43.

<sup>44</sup> *“Doğrudan uygulama”* veya *“adli ekonomi”* olarak ifade edebileceğimiz bu hallerde, ekonomi biliminin uygulanması genellikle ihtilafın çözümü ya da kuralın yorumu açısından zorunluluk arz etmektedir. Bunun tipik örneği, ekonomik aktiviteyi düzenleyen hukuk dallarında, kuralın yorumunda ortaya çıkar. Mesela rekabet hukukundaki teknik ekonomik kavramların anlamı ekonomi bilimine göre belirlenmekte, dolayısıyla zorunlu olarak ekonomi biliminden yararlanılmaktadır. Kanımızca bu gibi hallerde ekonomi biliminin hukuka uygulanması herhangi bir özellik arz etmez. Ayrıca disiplinler arası bu tür uygulama sadece ekonomi değil, tıp, psikoloji gibi diğer bilimlerden de söz konusu olabilir. Pratikte ise bu görevi genellikle bilirkişilik

## A. Pozitif Analiz

“Pozitif analiz”, ekonomik teori aracılığı ile hukuki durum ya da ilişkilerin açıklanması olarak tanımlanabilir. Pozitif analizin hukuk ve ekonomi öğretisinde iki görünümü vardır<sup>46</sup>. Bunlardan ilki, hukuk kuralının kişi davranışları üzerindeki etkilerinin analiz edilmesi ve buradan hareketle toplumsal sonuçları hakkında öngörüle bulunulmasıdır. Mesela taşınmaz kiralarna dair yasanın, kiralık ev fiyatlarını ya da gelir dağılımını nasıl etkilediğine dair yapılan analiz pozitiftir. Bu analizin ayırt edici vasfı, herhangi bir değer yargısı içermemesidir. Hukuk kuralının nasıl olması gerektiğine ya da iyi veya kötü olduğuna dair bir değerlendirme yapılmaz. Analiz bazı varsayımlara dayanır, varsayımlar olaya uygulanır ve bunlardan bir takım çıkarımlar elde edilir. Analiz, teorik ya da ampirik olabilir<sup>47</sup>. Örneğin yukarıdaki kira yasasına ilişkin analiz tamamen teoriktir<sup>48</sup>. Bu özellikler, metot açısından pozitif analizin “bilimsel” özellikler taşıdığına işaret etmektedir. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinin bir amacı da, hukuku bilimsel temele oturtma gayretidir.

---

kurumu yerine getirmektedir. Dolayısıyla yerleşik uygulamaya paralel olarak ekonomik analizi “pozitif” ve “normatif” olarak ikiye ayırıyor, bu halleri kapsam dışı tutuyoruz

<sup>45</sup> Burada iki çekinceyi hemen belirtelim. İlk olarak yorumda ekonomi biliminden yararlanma, söz konusu kavramların hukuken farklı bir anlam kazanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Hukuk uygulamasında bu kavramlar pekâlâ ekonomi biliminden daha farklı şekilde anlaşılabilir ya da yorumlanabilir. İkinci olarak ise, bu açıklamalardan rekabet hukukunda ekonomik analizin olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira konusu itibarıyla piyasa davranışlarının düzenlendiği bu hukuk dalında, ekonomik analiz adeta bir zorunluluktur. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinin izlediği seyir dikkate alınır, tipik olarak ekonomik analiz önce ekonomik aktiviteyi düzenleyen hukuk dallarında ortaya çıkmakta, akabinde diğer hukuk dallarına sıçramaktadır. Burada sadece ekonomik analiz ile kavramların yorumu birbirine karıştırılmamalıdır. Mesela müstakbel zararın hesaplanmasında, zararın bugünkü değerinin belirlenmesi ekonomik tekniklerden faydalanmayı gerektirir. Esasen bu ekonomi biliminin bir alt dalı olan ve kaynakların zaman içerisinde tahsisini inceleyen “finans”ın konusudur. Bu hesaplama yöntemi için bkz. JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI /COPE, s.239 vd.

<sup>46</sup> SEIDENFELD, s.2

<sup>47</sup> Ampirik ve teorik analiz arasındaki fark ve ampirik analizin taşıdığı özellikler için bkz. SHAVELL, Foundations, s.663

<sup>48</sup> Pozitif ekonomik analize farklı hukuk dallarından pek çok örnek verilebilir. Haksız fiil sorumluluğunda kusur yerine kusursuz sorumluluğun tercih edilmesinin kaza maliyetleri, gelir dağılımı ve yargılama giderleri üzerindeki etkisinin veya tüketicinin korunmasına dair mevzuatın üreticiler, sözleşmeler ve mal fiyatları üzerindeki etkilerinin incelenmesi pozitif analize örnek teşkil eder.

Pozitif analizin öğretilerdeki diğer türü ise, mevcut hukukun ekonomik açıdan açıklanması ya da hukukun ekonomik açıdan “*ratio legis*”ini bulma çabasıdır<sup>49</sup>. Burada, hukuk kurallarının oluşumu, gelişimi ve birbiriyle olan ilişkilerinin incelenmesinde ekonomik teoriden yararlanılmakta ve hukukun ekonomik bir mantığı olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu analiz, mevcut hukuka farklı bir açıdan yaklaşarak, özellikle farklı hukuk dalları arasındaki karmaşık ilişkilere ışık tutmaktadır<sup>50</sup>. Özellikle ekonomik aktiviteleri düzenleyen hukuk dalları bakımından, pozitif analizin oldukça aydınlatıcı olduğunu söylemek gerekir. Örneğin eşya hukuku, fikri ve sınaî mülkiyet hukuku ya da borçlar hukukunun pozitif açıdan incelenmesi, hukuk kurallarının yorumu ve anlaşılmasında önemli yararlar sağlar.

Bu analize, haksız fiil hukukundan pek çok örnek verilebilir<sup>51</sup>. Fakat herhalde en çarpıcı örnek, ekonomik zararlardan sorumluluğun sınırlanmasına dair Türk hukukundaki kuralın, ekonomik teori yardımı ile izah edilmesi çabasıdır<sup>52</sup>. ABD hukukunda pozitif analizin en bilinen örneği ise, “*ortak hukukun pozitif ekonomik teorisi*”dir (*positive economic theory of common law*)<sup>53</sup>. Hukuk ve ekonomi akımında ciddi tartışmalara neden olan bu teori, kısaca belirtmek gerekirse, *ortak hukuk* kural ve doktrinlerinin ekonomik bir

---

<sup>49</sup> MICELI, s.2

<sup>50</sup> Düşüncemize göre haksız fiil teşkil eden davranışların olumsuz dışsallık olarak nitelendirilmesi ve bu çerçevede yapılan değerlendirmeler bunun güzel bir örneğidir. Bkz. İkinci Bölüm §2/I ve §2/II

<sup>51</sup> Bunlardan bazılarını saymakta fayda vardır. Türk hukukunda kişinin ihmal içerisinde davranıp davranmadığının belirlenmesinde, zımnen de olsa ekonomik teoriye (*Hand formulüne*) göre değerlendirmenin yapılıp yapılmadığı (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b), ekonomik açıdan uygun nedenselliğin neden arandığı (Üçüncü Bölüm §3/II/C), hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının ekonomik açıdan izah edilmesi (Üçüncü Bölüm §5/II/C), ayrı bir hukuk normu olmadan neden olumsuz davranışların hukuka aykırılığa yol açmadığı (Üçüncü Bölüm §2/II/D) ilk akla gelen pozitif analiz örnekleridir.

<sup>52</sup> Türk hukukunda ekonomik zararlardan sorumluluk sınırlanmıştır. Bu sınırlama hukuk teorisinde çeşitli mülhazalar çerçevesinde açıklanmaktadır. Aşağıda bu açıklamalar değerlendirilmiş ve ekonomik teinin getirdiği alternatif açıklamanın, uygulamayı izah edip etmediği araştırılmıştır. Her ne kadar ekonomik teori tam olarak mevcut uygulamayı izah etmiyorsa da, genel olarak bir uyumdan bahsedilebilir. Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e

<sup>53</sup> Bkz. bu konuda POSNER, s.27; PRIEST George, The Common Law Process and the Selection of Efficiency Rules, Journal of Legal Studies, Vol. 6 (1977), s.65 vd.; RUBIN Paul, Why Is the Common Law Efficient?, Journal of Legal Studies, Vol.6 (1977), s.51 vd.; GOODMAN John C., An Economic Theory of the Evolution of the Common Law, Journal of Legals Studies, Vol. 7 (1978), s.393 vd.

mantığı olduğunu ve bunların toplumdaki serveti maksimize edecek şekilde oluştuğunu ve uygulandığını iddia etmektedir<sup>54</sup>. Dolayısıyla hukukun en iyi “*servet maksimizasyonu*” (*wealth maximization*) kavramı çerçevesinde açıklanabileceği ileri sürülmektedir<sup>55</sup>.

## B. Normatif Analiz

“*Normatif analiz*”, hukuk kuralının ekonomik açıdan “*iyi*” ya da “*arzu edilir*” olup olmadığına, yani hukuk politikasına ilişkin yapılan değerlendirmedir. Pozitif analiz hukuk kuralını olduğu gibi ele alırken, normatif analiz bunu bir adım daha ileriye taşımakta, “*kuralın ekonomik açıdan nasıl olması gerektiğini*” araştırmaktadır. Bu analiz, doğal olarak bir değer yargısı çerçevesinde hukuk kuralına bir “amaç” atfetmeyi gerekli kılar<sup>56</sup>. Ekonomi biliminin temelindeki değer yargısı ise, kıt kaynaklardan maksimum refahın elde edilmesi; yani ekonomik etkinliğin sağlanmasıdır<sup>57</sup>. Kaynakların tahsis edilmesi ve paylaşılmasında

---

<sup>54</sup> POSNER’in ihmâl kavramına ilişkin ABD mahkeme kararlarını ekonomik açıdan incelediği makale bunun tipik bir örneğini oluşturur. Bkz. POSNER Richard A., “A Theory of Negligence”, The Journal of Legal Studies, Vol.1 (1972), s.29-96

<sup>55</sup> Teorinin özü, piyasaların oluşmadığı hallerde, ortak hukukun (*common law*) ve mahkemelerin piyasaları ikame ederek bir çeşit fiyatlandırma mekanizması rolünü üstlendiğidir. Ortak hukuku uygulayan mahkemelerin, kurumsal kısıtlar dâhilinde, rekabetçi piyasalara benzer sonuçlar ürettiği ve bunun kaynakların tahsisinde etkinliği sağladığı ileri sürülmektedir. Buna göre hukuk sistemi, işlem maliyetinin olmadığı hallerde tarafları mübadele yapmaya teşvik etmekte, bu imkânın olmadığı hallerde sorumluluk kuralları eliyle faaliyetleri bizzat fiyatlandırarak piyasa rolü oynamaktadır (bu konuda geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/D).

İddiyayı biraz daha açalım, ortak hukuk doktrinlerinin etkin olduğu savı, aslında evrim teorisine benzetilebilir. Bu görüşe katılan yazarlar, kuralların neden etkin olduğuna ilişkin olarak iki temel gerekçe sunmaktadır. İlk olarak etkin olmayan kuralların, daha sık ve yoğun biçimde yargılamaya konu olması yüksek ihtimaldir. Zira kuralın değişmesi refahın artırılması (ve aynı zamanda yeniden dağılımı) sonucunu doğuracaktır. Bu ise kişilerin kuralı değiştirilmesinden elde edecekleri muhtemel faydanın yüksek olması anlamına gelmekte ve kuralın değiştirilmesi yönünde saik yaratmaktadır. İkinci neden ise hâkimlerin, açık ya da zımnen, KH anlamında etkin sonuçlar yaratan, yani refahı arttıran kuralları tercih etmeleridir. Burada kastedilen hakimlerin aynen piyasa sonuçlarını taklit etmesi olmayıp, adalet sisteminin kısıtları dahilinde, yargılamanın piyasa sonuçlarına benzer sonuçlar üretmesidir. Her ne kadar karar sürecine dair bir model oluşturulmamışsa da, hakimlerin refahın dağılımı gibi tartışmalı ve yoğun değer yargıları içeren bir ölçüt yerine, refahın artırılmasını tercih edecekleri, zira bunun daha meşru ve tartışmasız olduğu ileri sürülmektedir. Hukukun oluşturulduğu Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), kişilerin durumları ve olayın somut özelliklerini bilmediği için, tarafları adeta çeşitli faaliyetlerin temsilcileri olarak gördüğü ve kaynakların birbiriyle yarışan iki ayrı kullanımı arasında tercih yaptığı ve bu tercihte de kaynakların değerini arttıran çözümün tercih edildiği iddia edilmektedir.

<sup>56</sup> MANKIW, s.28; MICELI, s.2,3

<sup>57</sup> Bu kavramlar için bkz. aşağıda §2/III/C

önemli rol oynadığına göre, hukukun nihai amacı *sosyal refahın (veya servetin)* maksimize edilmesi<sup>58</sup>, analizdeki normatif ölçüt ise ekonomik etkinlik olmalıdır. Bu açıdan hukuk ve ekonomi öğretisinde hukuk kuralları, “*ekonomik etkinlik*” ölçütüne göre değerlendirilmektedir<sup>59</sup>.

Analizin dayandığı normatif ölçüt kabaca bu şekilde ifade edilmekle birlikte, bunun tam olarak ne anlama geldiği ve uygulanabilir olup olmadığı ve yeterliliği hususunda doktrinde çok ciddi tartışmalar vardır. Nitekim bu konulara aşağıdaki başlıklarda yer verilmiştir<sup>60</sup>. Sadece, tartışmaların iki grup nedenden kaynaklandığını belirtmekle yetinelim. Bunlardan ilki, öğretilerde benimsenen etkinlik ölçütünün, bilimsel ve felsefi açıdan sorunsal olmasıdır<sup>61</sup>. İkinci grup neden ise, ekonomik etkinliğin, adalet, hakkaniyet gibi hukuk alanındaki geleneksel normatif değerleri dışlamasından kaynaklanır. Doğal olarak bu yaklaşımın felsefi meşruiyeti, hukuk doktrininde ciddi tartışmalara neden olmuştur<sup>62</sup>. Bilhassa ekonomik teorinin iddialı (*ve kısırtıcı*) yönü, hukuk felsefesini temel alan alternatif bir görüşün ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Bu görüş, hukukun etkinlik değil, adaleti sağlama amacını taşıdığını, etkinlik kavramının normatif değerinin olmaması nedeniyle hukuk alanında kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Nitekim bu görüşü benimseyen yazarlar, etkinlik ölçütünün bazı zaafalarını ortaya koydukları gibi, çeşitli hukuk

---

<sup>58</sup> Yani “*de lege feranda*” hukuk, sosyal refahı maksimize eden hukuktur.

<sup>59</sup> COOTER/ULEN, s.4

<sup>60</sup> Bkz. aşağıda §2/III/C ve ayrıca §6/III

<sup>61</sup> Ekonomi bilimindeki standart etkinlik ölçütü olan “pareto” yerine, “KH” ölçütünün benimsenmesi, etkinliğin “refah” yerine “servet” temeline dayandırılması ve dağılımsal mülahazaların göz ardı edilmesi, bu sorunların özünü oluşturur.

<sup>62</sup> DWORKIN M. Ronald, “Is Wealth a Value”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1980), s.191-252; COLEMAN Jules L., “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8 (1980), s.509-551; COLEMAN Jules L., “Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law”, *California Law Review*, Vol. 68 (1980), s.221-249; KORNHAUSER A. Lewis, “A Guide to Perplexed Claims of Efficiency in the Law”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8 (1980), s.591-639; LEFF Arthur Allen, “Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism”, *Virginia Law Review*, Vol. 60 (1974) s.451-482; SAGER G. Lawrence, “Pareto Superiority, Consent and Justice”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8 (1980), s.913-936; KENNEDY Duncan, “Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique”, *Stanford Law Review*, Vol. 33 (1981), s.387-445; JAFEE R. Leonard, “The Troubles with Law and Economics”, *Hofstra Law Review*, Vol. 20 (1992), s.777-932; MALLOY Robin Paul, “Is Law and Economics Moral?-Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner’s Economic Analysis”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 24 (1990), s.147-161

dallarında adalet idesini temel alan alternatif teoriler ortaya atmışlardır. Mesela haksız fiil hukuku, ekonomik etkinliği ve adaleti temel paradigmaların alternatif teorilerinin ortaya atıldığı alanların başında gelir. Ekonomik teori haksız fiil hukukunun amacının sosyal maliyetlerin azaltılması olduğunu ileri sürerken, alternatif paradigma, denkleştirici adaletin sağlanması olduğunu ileri sürmektedir<sup>63</sup>. Tartışmayı çözümlmek mümkün olmasa da, bunun hukuk teorisini zenginleştirdiğinde tereddüt yoktur.

Belirttiğimiz bu tartışmalı yönlerine rağmen, belki de tezat olarak, normatif analiz hukuk ve ekonomi öğretisinin cazibesinin temel nedenini oluşturur. Bunun ise en azından iki nedeni vardır. İlki hukukun temelde normatif vasfının olması<sup>64</sup> ve dolayısıyla da hukukçuların normatif değerlendirmelere olan eğilimidir<sup>65</sup>. İkinci neden ise, bu ölçütün basit, anlamlı ve analitik olmasıdır. Hukuk ve ekonomideki hâkim görüş, klasik hukuki yaklaşımı, yeknesak ve tutarlı bir normatif ölçüte sahip olmaması, adalet veya hakkaniyet gibi nihai amaçların ise belirsizliği ve somut olayda yol gösterici olmaması nedeniyle eleştirmektedir. Nitekim onlara göre bu nedenlerden dolayı da “*ekonomik etkinlik*” ölçütü hukuk alanında cazip hale gelmektedir. Hatta bu açıdan, normatif analiz hukuka ekonomik yaklaşımın ayırt edici yönü olduğu söylenebilir<sup>66</sup>. Örneğin haksız fiil hukuku, yine bu açıdan güzel bir örnek oluşturur. Aşağıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, Türk hukuk doktrininde haksız fiil hukukuna normatif değeri olan bir amaç atfedilmediği gibi, atfedilen amaca uygun bir tatbikatın varlığından bahsetmek güçtür<sup>67</sup>. Oysa ekonomik teori açısından haksız fiil hukukuna atfedilen amaç son derece net ve açıktır. Bu durum, kuralların yorumu ve uygulanmasında önemli yarar sağlamaktadır ve hatta pozitif hukuku da oldukça tatmin edici bir şekilde izah etmektedir<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/I, §3/I/B/4 ve §3/II; §3/III/E

<sup>64</sup> GÜRİZ, s.22,23

<sup>65</sup> HARRISON, s.2

<sup>66</sup> SHAVELL, Foundations, s.4

<sup>67</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/I/B

<sup>68</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/A ve §3/III/E

Bu özellikler, hukuk politikası aracı olarak, normatif analizin hukuk alanında geniş bir uygulama alanı sahip olabileceğine işaret etmektedir. Normatif analiz sadece yasama faaliyeti açısından değil, yorum ve hukuk yaratma faaliyeti açısından da önemli bir araç olarak kullanılabilir. Bilhassa çerçeve norm olarak ifade edebileceğimiz, hakime takdir yetkisi tanıyan hukuk normları, ekonomik analizin uygulanması için oldukça elverişlidir. Son olarak normatif analizin özelliğine dair bir iki noktaya da dikkati çekelim. İlk olarak normatif analizden bahsetmek için, mutlaka pozitif analiz yapılmalıdır. Örneğin kiralayana bakım yükümlülüğü öngören yasal düzenlemenin ekonomik etkilerini belirlemeden, bunun iyi ya da kötü olduğuna dair yargıya varmak mümkün olmaz<sup>69</sup>. İkinci özellik, hukuka ekonomik açıdan yaklaşmak, normatif analize dayalı çıkarımların aynen benimsenmesi zorunluluğunu doğurmaz. Normatif analiz yapmak şart olmadığı gibi, bu analizin vardığı sonuçların aynen kabul edilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Örneğin pekâlâ adalet ve etkinlik amaçlarının bağdaştıran karma bir görüş oluşturulabilir. Ya da daha gerçekçi bir şekilde, ekonomik etkinlik amacının ulaştığı sonuçlar, adalet ya da hakkaniyetin filtresinden geçirilebilir. Fakat hangi amaç benimsenirse benimsensin, kaynakların israf edilmemesi önemli bir değer olarak kabul ediliyorsa, ekonomik etkinlik ölçütü, en azından diğer amaçlar kadar rol oynamalıdır. Bu açıdan düşüncemize göre hukuk politikasında normatif ekonomik analizden mutlaka yararlanılmalıdır.

### III. Hukukun Ekonomik Analizindeki Temel Kavramlar

Hukukun ekonomik analizinin “*davranış teorileri*”, “*denge prensibi*” ve “*ekonomik etkinlik*” kavramları üzerine inşa edildiği söylenebilir<sup>70</sup>. Bu nedenle bu bölümdeki açıklamaları üç başlık altında toplamak uygundur. İlk olarak ekonomi bilimindeki davranış teorileri anlatılacak, akabinde, bu teorilerin kişilerin etkileşimi halindeki yansımaları yani, “*talep kanunu*” ve “*denge modeli*” üzerinde durulacaktır. Son

---

<sup>69</sup> FRIEDMAN Milton, s.5; PARASIZ, s.19

<sup>70</sup> POSNER, s.3-12; COOTER/ULEN, s.15-17



başlık altında ise normatif analizin temelini teşkil eden “sosyal refah”, “servet” ve “ekonomik etkinlik” kavramları açıklanacaktır<sup>71</sup>.

## A. Davranış Teorileri

Davranış teorileri, ekonomik analizin çıkış noktasıdır. İnsan doğası hakkında ileri sürülen basit varsayımlar, muhatap olduğu koşulların değişmesi durumunda kişinin ne yönde tepki vereceğinin tahmin edilmesini sağlar. Teorilerin iki ayağı olduğu söylenebilir. Temel varsayımları belirleyen, “rasyonel seçim teorisi” (*theory of rational choice*) ve bunun belirsizlik altındaki görünümü olan “beklenen fayda teorisi”dir (*expected utility theory*). Aşağıda bu iki teori çerçevesinde, ekonomik davranış modelini ve bazı temel kavramları açıklayacağız.

### 1. Rasyonel Seçim Teorisi ve Bazı Temel Varsayımlar

Ekonomik davranış modelinin temel çerçevesini, “rasyonel seçim teorisi” çizmektedir (*rational choice theory*). Bu teori, rasyonel kişinin tercihlerine (*preferences*) uygun olarak faydasını maksimize edecek seçimleri (*choices*) yapacağını belirtir (*homo economicus*)<sup>72</sup>. Yani kişi sahip olduğu sınırlı kaynakları, bunların alternatif kullanımları arasında en fazla faydayı sağlayacak kullanıma tahsis edecektir. Ekonomik analizin

---

<sup>71</sup> Belirtelim ki burada sadece analizde kullanılan kavramlar hakkında temel bazı bilgiler verilmektedir. Amaç mikroekonomi teorisinin açıklanması değildir. Buna karşılık, hukuk ve ekonomi alanındaki çalışmalar açısından temel mikroekonomi bilgisinin oldukça yararlı olduğunu belirtelim. Nitekim hukukun ekonomik analizini konu alan bazı kitaplarda, mikroekonominin temel prensiplerine ayrılan bölümlere rastlamak mümkündür. Bkz. COOTER/ULEN, s.13-58; MICELLI, s.15-38; HARRISON, s.1-78; Ayrıca hukukun ekonomik analizinde yararlanılan mikroekonomi teorisini açıklayan çalışmalar için bkz. SEIDENFELD Mark, *Microeconomic Predicates to Law and Economics*, Anderson Publishing, Ohio 1996; ayrıca BUTLER N. Henry, “*Economic Analysis for Lawyers*”, Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 1998; GEORGAKOPOULOS L. Nicholas, “*Principles and Methods of Law and Economics: Basic Tools for Normative Reasoning*”, Cambridge University Press, 2005. Bunun dışında temel mikroekonomi bilgisi için bkz. MANKIWI Gregory N., “*Essentials of Economics*” 3<sup>rd</sup> Edition, Thomson Southwestern, Ohio 2004; PINDYCK Robert S. / RUBINFELD Daniel L., “*Microeconomics*”, Prentice Hall Inc., 5<sup>th</sup> (international) Edition, New Jersey 2001

<sup>72</sup> Krş. PARASIZ, s.59; HARRISON, s.79

temelini teşkil etmesine rağmen, teoriyi tam olarak tanımlamak güçtür<sup>73</sup>. Bu nedenle varsayımlarını açıklamak daha yerindedir. Nitekim bu bize ekonomik analiz açısından temel kavramları tanımlama fırsatı verecektir.

“Fayda” (*utility*) belirli bir seçim ya da davranışın veya değişikliğin kişiye sağladığı haz, tatmin ya da mutluluk olarak tanımlanabilir<sup>74</sup>. Kişinin maddi ve/veya manevi her türlü tatmini, bu kapsama girer<sup>75</sup>. Dolayısıyla sanıldığı gibi aksine, fayda dar anlamda ekonomik menfaat ile eşdeğer değildir<sup>76</sup>. Ekonomik menfaatlerin haricinde, adaletin yerine gelmesi, estetik değerler, sosyal itibar gibi kişinin (*manevi*) değer verdiği her şey faydayı etkileyebilir<sup>77</sup>. Bu çerçevede kişinin “*kendi faydasını*” maksimize etmesi, “*bencilik*” ile karıştırılmamalıdır<sup>78</sup>. Kişi dar anlamda kişisel bir menfaat beklemeksizin, “*fedakârlık*” (*altruism*) yapmaktan da fayda sağlayabilir.

Hangi seçimlerin fayda sağlayacağı ise, tamamen kişinin kendi “*tercih*”lerine bağlıdır, yani sübjektiftir<sup>79</sup>. Teori, kişinin *apriori* tercihleri olduğunu ve en azından analiz

---

<sup>73</sup> HARRISON, s.79; ULEN, s.791

<sup>74</sup> POSNER, s.13; SHAVELL, Foundations, s.596; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.365

<sup>75</sup> Faydanın bu şekilde tanımlanmasının çalışmamız açısından önemli sonuçları vardır. Olumsuz dışsallık ve zarar kavramlarına verilen anlam, zarar ve faydanın azalması (*maliyet*) arasındaki farklar, bu temel tanımları esas alır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm §2/I/A; §2/I/C; Üçüncü Bölüm §4/II/A

<sup>76</sup> Fakat şunu hemen ifade edelim. Ekonomi bilimi, genellikle piyasa davranışlarını konu aldığı için, fayda maksimizasyonu, kişisel ekonomik menfaatin maksimize edilmesi ile aynı anlama gelir. Gelmediği zamanlarda, yani kişinin ekonomik açıdan daha avantajlı olan seçeneği seçmediği hallerde ise, bu davranışın irrasyonel olmadığı, zira muhtemelen avantajlı gözüken seçimin örtülü bir takım maliyetleri olduğu ya da yapılan mevcut seçimin geniş anlamda menfaat (örtülü yarar) sağladığı ileri sürülmektedir. Bu ise “*manevi gelir*” (*psychic income*) olarak adlandırılmaktadır (HARRISON, s.107).

Bu açıklama rasyonel fayda maksimizasyonu varsayımını, açıklanmış tercihler teorisine uyumlu kılmakta, fakat ekonomik modeli bir tautolojiye (*tautology*) indirgemektedir. Zira kişi tutarlı davrandığı sürece, nasıl davranırsa davranışın faydasını maksimize edecektir. Hukuk ve ekonomi alanında yaygın bir şekilde karşımıza çıkan bu izah tarzının ekonomik teoride eleştirisi konusu olduğunu belirtelim (HARRISON, s.104-109; ULEN, s.792; ayrıca bkz. SEN Amartya, “Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory, Philosophy and Public Affairs, Vol.6 (1977), s.317-344).

<sup>77</sup> KAPLOW/SHAVELL, s.18,19; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.365

<sup>78</sup> POSNER, s.4; BUTLER, s.5

<sup>79</sup> COOTER/ULEN, s.22

açısından bunların değişmediğini; yani “*sabit*” kaldığını varsayar<sup>80</sup>. Fakat tercihlerin nasıl oluştuğu veya “*iyi*” ya da “*kötü*” olup olmadığı ya da “*ex ante*”<sup>81</sup> kişinin neleri tercih ettiğine dair değerlendirme yapılamaz<sup>82</sup>. Ekonomik teori açısından tercihler *dışsaldır*<sup>83</sup>. Fakat maksimizasyon varsayımı çerçevesinde, tercih konusu olan şeyin fazlasının azına tercih edileceği kabul edilir. Yani kişinin elmayı mı yoksa armudu mu tercih edeceği hakkında bir öngörü yapılamasa da, 2 elmayı 1 elmaya tercih ettiği söylenebilir. Aynı şekilde daha fazla servetin faydayı arttırdığı varsayılır. Fakat bu servet (*ya da tüketim artışı*), kişiye azalan oranda fayda sağlar. “*Azalan marjinal fayda*” (*diminishing marginal utility*) olarak adlandırılan bu prensibe göre<sup>84</sup>, ilk elmadan sonra tüketilen elmanın da fayda sağlayacağı, fakat bu faydanın, ilk elmanın sağladığı faydadan daha az olacağını kabul edilir. Dolayısıyla sonraki her tüketim, kural olarak öncekinden daha az fayda sağlar<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Teorinin tercihlere ilişkin varsayımlarını teknik tabirle, “*tamlık*” (*complete*), “*geçişgenlik*” (*transitivity*) ve “*dönüşlülük*” (*reflexivity*) olarak ifade edebiliriz. Tamlık ile kastedilen, kişinin karşısındaki alternatifleri tercihleri doğrultusunda sıralayabilmesidir. Örneğin aynı hizmet ve/veya malların farklı miktarlarda bulunduğu A ve B seçeneklerinin olduğunu düşünelim. Tercihlerin tam olması, kişinin A’yı B’ye; B’yi A’ya veya her ikisini de aynı oranda tercih etmesini gerektirir. Aslında kastedilen kişinin tercih belirtebilmesi, örneğin bilemiyorum ya da mukayese ediyorum diyememesidir. Geçişgenlik ise, tutarlılığı ifade eder. Örneğin kişi A’yı B’ye, B’yi de C’ye tercih ediyorsa, A’yı C’ye tercih etmesi beklenmelidir. Ya da benzer şekilde A ve B seçenekleri ile B ve C seçenekleri kayıtsız olan kişinin, A ve C arasında da kayıtsız olması gerekir. Dönüşlülük ile kastedilen ise A seçeneğinin, en az kendisi kadar iyi olmasıdır (COOTER/ULEN, s.22; ULEN, s.792; krş. PARASIZ, s.76; SEIDENFELD, s.5; PINDYCK/RUBINFELD, s.63,64; MERCURO/MEDEMA, s.57).

<sup>81</sup> Dolayısıyla tercih ancak davranışlar yoluyla açıklandığı zaman değerlendirilebilir. Nitekim “*açıklanmış tercihler teorisi*”nin (*theory of revealed preferences*) özü de budur.

<sup>82</sup> Ekonomi bilimi tercihlerin nasıl oluştuğu ya da değiştiği ile ilgilenmediği gibi, tercihlerin sosyal açıdan yerindeliği hakkında da değerlendirme yapmaz. Tercihler veridir. Bunun ilk akla gelen sonucu, analizde tercihin değil, sadece maliyetin inceleme konusu olmasıdır. Yani herhangi bir değişkenin fayda üzerindeki etkisi değerlendirilir. Normatif analizde ortaya çıkan ve eleştiri konusu olan bir diğer sonucu ise, her türlü tercihin bir anlamda makul kabul edilmesi, bunların yerleşik sosyal değerlerin filtresinden geçirilmemesidir. “*Normatif bireysellik prensibi*” ile pekişen bu duruma bağlı olarak, örneğin toplumun kölelik düzeninin devamı konusunda tercihi ağır basıyorsa ya da azınlıkların tasfiyesi tercih ediliyorsa, kölelik düzeninin kurulması ya da azınlıkların tasfiyesi (*somut olayın özelliklerine göre*) ekonomik açıdan etkin olabilir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda §6/III

<sup>83</sup> COOTER/ULEN, s.22; SEIDENFELD, s.10; BARNES/STOUT, s.3; POLINSKY, s.10

<sup>84</sup> Bkz. PARASIZ, s.47,58; SEIDENFELD, s.5; PINDYCK/RUBINFELD, s.90

<sup>85</sup> Bu prensip gelirin artması ile faydanın artacağını, fakat bu artışın azalan oranda olduğunu ifade eder. Örneğin aylık 1000 TL geliri olan bir kişinin kazanacağı ek 100 TL, gelirin aylık 10000 TL olması durumunda alacağı ek 100 TL’den daha fazla fayda sağlar. Dolayısıyla “*marjinal fayda*”, son birimin sağladığı yararı ifade eder, bunun azalması ise, her ilave servet artışının, bir önceki ilave artışa kıyasla daha az fayda sağlamasıdır. Bu prensibin altında yatan basit mantık şu şekilde özetlenebilir. Kişi servet sahibi değilken, öncelikle kendisi açısından en önemli mal ve hizmetleri talep eder. Buna karşılık serveti arttıkça bu

Faydanın ve tercihlerin bu şekilde tanımlanmasına bağlı olarak, faydanın ölçülmesinin ve “*kişiler arasında mukayesesı*”nin (*interpersonal comparison of utility*) mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Örneğın kişinin A yerine B’yi seçmesinin, B’yi A’ya tercihi ettiğı dışında bir anlamı yoktur. B’ye dair tercihinin ne kadar yoğun olduğı veya bu seçimden ne kadar fayda sağladığı konusunda herhangi bir değerlendirme yapılamaz. Buna paralel olarak A’yı tercih eden iki kişiden hangisinin daha fazla fayda sağlayacağı belirlenemez<sup>87</sup>. “*Ordinal fayda görüşü*” olarak adlandırılan bu yaklaşımın bilhassa refah ekonomisinde önemli yansımaları bulunmaktadır<sup>88</sup>.

---

ihtiyaçları karşılanmış olacağından talebi, daha az önemli mal ve hizmetlere olacaktır. Önemle belirtelim ki bu prensibin ekonomik analizde geniş uygulama alanı vardır. Risk ve gelir adaletine ilişkin sorunlar hep bu prensibin uygulama alanına sahne olmaktadır (bkz. aşağıda §2/III/A/2; ayrıca İkinci Bölüm §3/II/C).

<sup>86</sup> COOTER/ULEN, s.23; HARRISON, Nutshell, s.33; BARNES/STOUT, s.6

<sup>87</sup> Buna karşılık anlatım ve kavramayı kolaylaştırmak bakımından, faydayı ifade etmek üzere çeşitli rakamlar kullanılabilir. Örneğın; “A seçimi 10 birim; B seçimi ise 12 birim fayda sağladı” türünden ifadelere rastlamak mümkündür. Burada daha yüksek numara, daha fazla faydayı ifade eder. Önemle belirtilmesi gereken burada rakamların sadece seçimleri sıralama amacı taşımasıdır, bu bağlamda rakamların değeri tamamen sembolik olup, 10 yerine 100; 12 yerine de 120 kullanılabilir. Diğer önemli nokta ise, bu türde bir ifade tarzının sadece tek bir kişi için geçerlilik taşıyabileceğidir; yoksa kişiler arası bir mukayese mümkün değildir (bu şekilde bir fayda tanımı için bkz. PINDYCK/RUBINFELD, s.72,73).

<sup>88</sup> “*Ordinal (sırasalcı) fayda görüşü*”ü ya da teorisi kabaca faydanın ölçülemeyeceğini ve mukayese edilemeyeceğini kabul eder. Bu çerçevede ancak tercihlere uygun bir şekilde seçimlerin sağladığı faydanın sıralanması mümkündür. Yani A seçeneğı, B’den daha iyidir ya da aynıdır gibi. Fakat kişinin herhangi bir davranış ya da seçiminden ne kadar fayda sağladığı ya da kişiyi etkileyen bir değışikliğın faydasını nicel olarak nasıl değıştirdiğini tespit etmek bilimsel açıdan mümkün değildir. Bu bağlamda kişilerin fayda fonksiyonu hakkında da 3. kişilerin bilgisi olamaz. Temel prensipleri bu şekilde özetlenebilecek olan ordinalist yaklaşım, tahmin edileceğı üzere normatif ekonomik analizin hareket alanını oldukça daraltmaktadır. Mesela fayda fonksiyonu hakkında bilginin olmaması, herhangi bir değışikliğın farklı kişileri tam olarak nasıl etkilediğı hakkında değerlendirme yapılması ve mukayese ihtimalini dışlamaktadır. Kişilerin değışikliğe, parasal bir değeri atfetse bile (*yarar ve maliyetler ölçülse bile*), bunun kişinin fayda fonksiyonunu nasıl etkilediğı tespit edilemez. Ekonomik açıdan ifade edilmesi güç olan yarar ve zararlar bakımından ise mesele daha da karmaşıktır. Keza benzer şekilde ekonomi bilminde gelir dağılımı ya da kaynak transferine ilişkin politikalar karşısındaki çekingen tavır da bir ölçüde ordinalist yaklaşımın bir sonucudur. Her ne kadar azalan marjinal fayda prensibi kabul ediliyorsa da, kişilerin fayda fonksiyonu hakkında bilgi sahibi olunmaması, kaynak transferini hedefleyen politikaların sosyal refahı artırıp arttırmayacağı konusunda bilimsel bir yoruma imkân vermez. Yani zenginden alınıp fakire verilen 5 TL’nin, zenginin faydasını fakirden daha az etkilediğinin teminatı yoktur. İleriki bahislerde yer verilen sosyal refah ve ekonomik etkinlik etrafındaki yoğun tartışmalar büyük ölçüde bu prensiplerin sonucudur.

Bugün modern ekonomide benimsenen bu görüşün aslında geçmişinin çok da eskiye dayanmadığını, 1930’lu yıllardan itibaren yerleştiğini belirtelim. Öncesinde ise, faydanın ölçülebileceğini kabul eden “*kardinalist (sayısalcı) görüş*” egemendi. Bu görüşün belki de en önemli yansımalarından biri, ekonomi biliminin yaygın bir şekilde politika aracı olarak kullanılabilmesi, bilhassa gelir ve kaynak transferine ilişkin ekonomik değerlendirmelerin caiz karşılanmasıydı. Nitekim azalan marjinal fayda prensibini temel alan ilerici ekolün

Kişi tercihlerini en üst düzeyde tatmin etmek eğilimindedir. Fakat kaynakların zaman, enerji, bütçe, fiziksel şartlar gibi kısıtlar nedeniyle sınırlı olması nedeniyle, alternatifler arasında bir seçim yapmak zorunluluğu vardır. İşte “*rasyonalite*”, kişinin önündeki alternatifleri tercihlerine uygun, tutarlı bir şekilde sıralayabilmesi ve “*maksimizasyon*” da kendisine en fazla fayda sağlayan alternatifi seçmesi anlamına gelir. Bu anlamda rasyonel seçim, maliyetin minimize; faydanın maksimize edildiği tutarlılık arz eden bir optimizasyon süreci olarak da ifade edilebilir. Öte yandan optimizasyon, kişinin sadece tercihi değil, alternatifler ve bunların sonuçları hakkında da “*bilgi*” sahibi olmasını gerektirir. İşte ekonomik yaklaşımın tartışmalı varsayımlarından biri de, kişinin alternatifler ve bunların muhtemel sonuçları hakkında tam bilgi sahibi olduğudur<sup>89</sup>.

Bir başka varsayım, kişilerin geleceğe bakarak karar vermesi veya kişinin karar verirken sınırdan düşünmesidir<sup>90</sup>. Yani fayda ve maliyet muhasebesinde, seçimin sonucunu etkilemesi mümkün olmayan geçmiş şartların dikkate alınmayacağı varsayılır. Bu yaklaşım, kararların “*marjinal muhasebe*”ye dayanması olarak ifade edilebilir<sup>91</sup>. Mesela 7000 YTL’ye aldığınız ve 15.000 YTL’lik tamamen kendi zevkinize göre lüks masraf yaptığınız evinizi, başka bir şehre tayininiz çıkması nedeniyle satmak zorunda kaldığınızı varsayalım. Makul süre beklemenize rağmen, en fazla 7000 YTL bedel teklif edilsin. Ekonomik modele göre, bu durumda evi satmanız beklenmelidir. Zira aksi halde zararınız 15.000 YTL değil, 22.000 YTL olur. Katlandığınız maliyeti ekonomik açıdan gidermeniz mümkün olmadığı için, bu

---

(*progressivism-material welfare school*) temel özelliği, paylaşım ve gelir dağılımını hedefleyen politikalar ile sosyal refahın artırılmasıydı (*nitekim bir iddiaya göre, pozitivism ve ordinalist görüşün yerleşmesinin önemli bir nedeni, gelir dağılımını hedefleyen politikaların yarattığı rahatsızlık ya da bu tür devlet politikalarının engellenmesidir*). Bu ekol ve kardinalist görüş, ekonomi biliminde pozitivismin egemen olması ile etkisini yitirmiştir.

<sup>89</sup> Tüketicinin bilgi sahibi olduğuna dair varsayım ise, aslında rasyonel seçim teorisinden ziyade, neo klasik ekonomik teorisinin tam rekabet paradigmasına dayanır (SEIDENFELD, s.35; PARASIZ, s.45; MERCURO/MEDEMA, s.58). Fakat bilgi maliyetleri kavramına bağlı olarak, tam bilgi ile neyin kastedildiği belirsizdir.

<sup>90</sup> MANKIW, s.6; POSNER, s.7; COOTER/ULEN, s.25-28; PARASIZ, s.5, PINDYCK/RUBINFELD, s.80; HARRISON, s.28; BUTLER, s.4,5; COLE/GROSSMAN, s.4

<sup>91</sup> Aslında ekonomik açıdan bir kararın optimum olması, marjinal muhasebeye, yani marjinal faydanın marjinal maliyetten fazla olmasına bağlıdır.

kararınızı etkilememelidir<sup>92</sup>. Teknik tabirle bu “*batık maliyet*” (*sunk cost*) olarak adlandırılır<sup>93</sup>.

Bu noktada ekonomi biliminde “*maliyet*” kavramı ile neyin kastedildiğine değinelim<sup>94</sup>. Alternatifler arasında, faydasını maksimize eden seçimi yapan kişi, mantıksal olarak yaptığı seçim sonucunda, diğer alternatiflerden vazgeçmiştir. İşte bu, ekonomik teorinin maliyete verdiği anlamı göstermektedir. Ekonomik açıdan maliyet, yapılan seçim sonucunda, vazgeçilen an iyi alternatifin değeridir. Nitekim bu, “*fırsat maliyeti*” (*opportunity cost*) olarak adlandırılır<sup>95</sup>. Mesela sahip olduğunuz evi kiralamayıp boş tuttuğunuz ya da bizzat kullandığınız durumda da, masrafınız olmasa bile yaptığınız bu seçimin bir maliyeti vardır. Bu ise, evin kiralanmasından ya da genel olarak en değerli alternatif kullanımından elde edilecek net değerdir. Maliyet bu şekilde tanımlandıkça, her seçimin aslında bir maliyeti olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz. Örneğin sizin şu anda bu yazılanları okumanızın bir maliyeti vardır: “*okuma ile geçen sürede kaçırdığınız fırsatlar*”! Dolayısıyla maliyetin ekonomi bilimindeki anlamı ile günlük kullanımındaki anlamı (*muhasebe maliyeti*) arasında önemli bir fark vardır<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Batık maliyetlere ekonomi literatüründe verilen klasik örnek, firmaların faaliyet alanları ile ilgili spesifik yatırım, örneğin başka hiçbir yerde kullanılması mümkün olmayan araç ve gereç almaları gösterilmektedir. Alternatif kullanımın söz konusu olmaması nedeniyle fırsat maliyeti sıfırdır.

<sup>93</sup> MANKIW, s.273; PINDYCK/RUBINFELD, s.205; POSNER, s.7,8; HARRISON, s.28

<sup>94</sup> Maliyet kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm §2/A; §3/II/A ve Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/c ve §4/II/A

<sup>95</sup> MANKIW, s.5,6; PINDYCK/RUBINFELD, s.204; COOTER/ULEN, s.34; SEIDENFELD, s.21,22; PARASIZ, s.4; POSNER, s.6; BARNES/STOUT, s.4; BUTLER, s.4; COLE/GROSSMAN, s.2

<sup>96</sup> “*Fırsat maliyetleri*” ile “*muhasebe maliyetleri*” (*accounting costs*) birbiriyle karıştırılmamalıdır. Muhasebe maliyeti aslında maliyet teriminin günlük dildeki anlamına yakındır. Buna göre fiilen yapılan masraflar ile aşınma ya da aşınma payı maliyetlerinden oluşur. Bu geçmiş performansın denetimini hedefleyen bir yaklaşımdır. Oysa ekonomik maliyet, geleceğe dönük bir kavramdır. Kıt kaynakların tahsisini esas alır ve bunların alternatif kullanımları belirleyicidir.

Fırsat maliyetleri, genellikle açık bir muhasebe maliyetinin olmadığı hallerde daha net anlaşılır. Örneğin ev hanımının, ev işlerinde harcadığı zaman ve emeğin aile bütçesi açısından maliyet oluşturmadığı düşünülür. Oysa evde harcanan zaman ve emeğin de bir değeri ve dolayısıyla fırsat maliyeti söz konusudur. Ev hanımı, varsayım olarak, en iyi alternatif faaliyetten daha değerli olduğu düşünerek bu seçimi yapmıştır. Mesela ev hanımının önceden avukatlık yaptığını düşünelim. Bu durumda ev hanımı olmanın fırsat maliyeti, zaman ve enerjisini avukatlık hizmetine ayırmış olduğu bir kurgunun sağlayacağı getiri kadardır. Avukatlık mesleğindeki maaş düzeyi ne kadar artarsa, fırsat maliyetleri o kadar yükselir ve ev hanımlığı kişi açısından maliyetli hale gelir. Bu örnekler çoğaltılabilir. Doktrinde verilen tipik örnek, kişinin çalışma hayatına

Özetle ekonomik davranış modeline göre kişinin, belirli bazı tercihleri vardır ve bu tercihler çerçevesinde faydasını maksimize edecek isabetli seçimleri yapar. Ekonomik açıdan isabetli seçim ise, marjinal yarar ve maliyetlerinin muhasebe edilerek, faydayı maksimize eden alternatifin seçilmesidir<sup>97</sup>. Kişi rasyonel ve bilgi sahibi olduğuna göre, hangi alternatifin faydayı maksimize edeceğine dair en uygun seçimi kural olarak kendisi yapabilir<sup>98</sup>. Analizdeki metodolojik değeri dışında bu varsayımların önemli bir sonucu, hukuk ve ekonomi öğretilerinde *irade serbestisine* büyük önem verilmesi ve bu serbestiyi sınırlayan yasal düzenlemelerin şüphe ile karşılanmasıdır. Kişinin kendi menfaati için en uygun kararları kendisinin verdiği kabul edildiğine göre, bu yaklaşım son derece doğaldır. Nitekim normatif analizin kişi tercih ve seçimlerine dayanması, yani “*normatif bireysellik prensibi*”nin hâkim olması, rasyonaliteye dair güçlü varsayımlara dayanır.

## 2. Beklenen Fayda Teorisi

Yukarıda açıklamalarda kişinin seçim yaparken belirsizlik ile karşılaşmadığı varsayılmıştı. Fakat günlük hayatta yapılan seçimlerin pek çoğunun sonuçları hakkında önceden kesin bir bilgi sahibi olmak mümkün değildir. Örneğin dava açtığınız esnada, hâkimin ne yönde karar vereceği kesin olarak bilinemez. Dava açıp açmamaya dair karara varırken, davanın sonucuna ilişkin bir takım tahminlerde bulunmak şarttır. İşte bu gibi hallerde belirsizlik altında seçim yapıldığından bahsedebiliriz. Ekonomik teori, belirsizlik halinde de kişinin faydasını maksimize etme eğiliminde olduğunu varsaymakta ve “*beklenen fayda teorisi*” (*expected utility theory*) bu varsayımlara dayanan bir seçim modeli

---

başlamak yerine üniversite öğrenimini tercih etmesi ve bunun neden olduğu maliyetlerdir. Burada öğrenim maliyetleri sadece harçlardan ibaret değildir. Başka bir işte çalışmaktan vazgeçilmesinin neden olduğu maliyetler de bu çerçevede değerlendirilmelidir

<sup>97</sup> MANKIW, s.7; BUTLER, s.5

<sup>98</sup> BARNES/STOUT, s.4

sunmaktadır<sup>99</sup>. Buna göre, kişi seçim yaparken ihtimallerin kendisi için ifade ettiği değeri (*ödenti*) ve bunların gerçekleşme olasılıklarını dikkate alır. Yani kişi olasılık ve olasılıklara bağlı ödenti değerlerini ortalamasını alarak alternatifin kendisi için “*beklenen değer*”ini belirler<sup>100</sup>. Değer para birimi üzerinden ifade edilir; maliyetler negatif; yararlar ise pozitif değer alır<sup>101</sup>. Ödentilerin değeri, istatistiki veriler çerçevesinde objektif olabileceği gibi, subjektif, yani kişisel değerlendirmelere de dayanabilir<sup>102</sup>. İhtimallerin sayısı yöntemde fark yaratmaz<sup>103</sup>. Seçime esas teşkil eden, beklenen değerdir.

Teoriyi hukuk alanından bir örnekle somutlaştıralım. Mesela müvekkilinizin açmayı düşündüğü bir tazminat davası olsun. Avukat olarak tahmininiz, daha önceki benzer davalardaki tecrübeniz çerçevesinde, davanın mutlaka kazanılacağı, buna karşılık %70 olasılıkla 1000 YTL, %30 olasılıkla 600 YTL’lik tazminata hükmedileceği yönünde olsun. Bu çerçevede tazminat davasının sizin için ifade ettiği “*beklenen değer*” 880 YTL’dir ( $\%70 \times 1000 + \%30 \times 600 = 880$  YTL). Bu değer, müvekkile verilecek görüşte esas alınabilir,

---

<sup>99</sup> Von NEUMANN J./MORGENSTERN O., “Theory of Games and Economic Behavior”, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1947, ayrıca bkz. COOTER/ULEN, s.49-55; SEIDENFELD, s.69 vd.; SHAVELL, s.2,3

<sup>100</sup> Yani “*beklenen değer*”, gerçekleşmesi mümkün olan her ihtimalin olasılık değeri ile sonuç değerinin çarpımı ve bunların toplanması ile bulunur. Bir başka ifadeyle ödenti ihtimali ile ödentinin çarpımı ve bunların toplanmasıdır. Beklenen değeri “BD”, olasılığı “O” ve sonuç değeri de “D” olarak gösterirsek 3 ihtimalli bir durumu şu şekilde yazabiliriz.  $BD = (OS)1 + (OS)2 + (OS)3$ . Şüphesiz bu durumda  $O1+O2+O3=1$  olmalıdır.

<sup>101</sup> Burada açıkça parasal değeri olmayan, piyasada tedavül etmeyen seçenekler durumunda bu teoremin uygulama alanı olup olmadığı ya da nasıl uygulanacağı sorusu akla gelebilir. Klasik ekonomik teori açısından aslında bu önemli bir sorun değildir. Zira analizin konusu genellikle parasal değeri olan seçeneklerdir. Buna karşılık hukukun ekonomik analizi bakımından, ekonomik analizin konusu piyasa dışı davranışlardır. Buradaki genel yaklaşım, her türlü değer ya da kişilerin faydasını etkileyen her türlü unsurun para birimi üzerinden ifade edilebileceği varsayımdır. Nitekim biz de bu yöntemi tercih ettik. Bkz. İkinci Bölüm §2/II/A ve Dördüncü Bölüm §2/III

<sup>102</sup> Objektif olasılık değerinde, olay hakkında, geçmiş dönemlerde aynı ya da oldukça benzer olaylardan elde edilen somut istatistiksel veriler vardır. Subjektif olasılık değerinde ise, böyle bir veri yoktur. Kişi, bilgi, sezgi ve tecrübesi ile, olayın gerçekleşme yüzdesi hakkında tahminde bulunmaktadır. Örneğin yukarıdaki dava örneğinde, eğer benzer davaların sonuçlarına ilişkin istatistikî veri mevcut ise, o zaman objektif olasılık değerinden bahsedilebilir. Fakat bunun gerektireceği dava sayısı ve benzerlik şartları muhtemelen gerçekleşmeyeceği için, bu gibi bir halde tecrübeler doğrultusunda subjektif değer atfedilecektir. (subjektif değer tespiti hakkında ilginç bazı metotlar için bkz. JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.28-31) .

<sup>103</sup> Nitekim bu metot “*karar analizi*”nde de (*decision analysis*) aynen uygulanmaktadır. Özellikle belirsizlikler içeren çok çeşitli alternatiflerin söz konusu olduğu kararlar, bu metot vasıtasıyla kolaylaştırılabilir (bkz. bu konuda JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.1-33).



örneğin yargılama masrafları ya da vekâlet ücreti bu değere göre tespit edilebilir. Örneği biraz değiştirelim ve dava açıp açmamaya dair karar vermek zorunda olduğunuzu düşünelim. Açacağınız davayı %40 ihtimalle kaybedeceğinizi ve 1000 YTL'lik masraf yapmak zorunda kalacağınızı; buna karşılık %60 olasılıkla 2000 YTL'lik tazminat elde edeceğinizi düşünelim. Bu durumda alternatiflerin ağırlıklı ortalaması tespit edilerek davanın açılıp açılmayacağına karar verilir. Burada davanın beklenen değeri 800 YTL ( $\%60 \times 2000 - \%40 \times 1000 = 800$  YTL), yani pozitif olduğundan, rasyonel olarak dava açmanız beklenmelidir.

Acaba gerçekte kişi “*beklenen değer*”i mi yoksa, “ *Fayda*” veya “*beklenen fayda*”sını maksimize etmektedir? Yani değer ile fayda özdeş midir? Yukarıdaki örnek üzerinden meseleyi daha açık ifade edelim. Yukarıdaki davayı açmadan önce, karşı tarafın 800 YTL karşılığında uzlaşma teklif ettiğini varsayalım. Acaba bu durumda nasıl bir davranış beklenmelidir? Eğer beklenen değer, beklenen faydaya eşit ise, kişinin aynı değeri olan bu iki seçenek arasında kayıtsız kalması gerekir. Fakat günlük yaşamdaki tecrübeler, kişinin bu iki seçenek arasında kayıtsız olmayacağına işaret etmektedir. Beklenen değerler aynı olmasına rağmen, genellikle kişi kesin bir sonucu, belirsiz bir sonuca tercih eder. Hatta belki uzlaşma teklifi, 750 YTL olsa bile, aynı seçenek ile karşı karşıya kalan pek çok kişinin bu teklifi kabul edeceği söylenebilir. Dolayısıyla bu açıklamadan ilk çıkarılması gereken sonuç, “*beklenen değer*” ile “*beklenen fayda*” özdeş değildir. Kişi bu değerler çerçevesinde beklenen faydasını maksimize eder<sup>104</sup>. Somut durumda hangi değer seçileceği ise, kişinin “*risk*” karşısındaki tavrına göre belirlenir.

Bu açıklamalardan çıkarılması gereken ikinci sonuç, kişilerin genelde belirsizlikten hoşlanmadığı; ekonomistlerin tabiri ile “*risk sakıman*” (*risk averse*) olduğudur<sup>105</sup>. Yani kişi riskli seçeneğe, bunun beklenen değerinden daha az değer

---

<sup>104</sup> COOTER/ULEN, s.50; SEIDENFELD, s.70; MICELI, s.33

<sup>105</sup> PINDYCK/RUBINFELD, s.157; BARNES/STOUT, s.123; HARRISON, s.40

atfetmekte, (*daha az değeri olan*) kesin sonucu, belirsiz sonuca tercih etmektedir<sup>106</sup>. Bu çerçevede, beklenen değeri en yüksek olan alternatif yerine, riski ve değeri daha az olan alternatiflerin seçilmesi olasıdır. Bilhassa riskli seçeneğin kişinin malvarlığına oranla değerinin yüksek olduğu<sup>107</sup> veya riskteki sapmanın önemli olduğu hallerde<sup>108</sup>, riskten sakınma olgusu daha belirgin olarak görülür. Risk ve belirsizliği ortadan kaldırmaya yönelik davranışların yaygınlığı<sup>109</sup> ve sigorta ve sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu şirket gibi kurumsal yapıların varlığı, kişilerdeki riske dair bu genel eğilimi ampirik olarak teyit etmektedir<sup>110</sup>. Kişiler günlük yaşamda riske katlanmamak için, “*risk primi*” (*risk premium*) olarak adlandırılan maliyetlere katlanmaktadırlar<sup>111</sup>. Nitekim kişilerin riskten sakınmak için ödeyecekleri bu bedel, sigorta piyasasının var olmasını ve sigorta şirketlerinin karlı bir şekilde faaliyet göstermesini sağlamaktadır<sup>112</sup>. Öte yandan risk sakınma olgusu, yukarıda açıklanan “*azalan marjinal fayda prensibi*” ile örtüşür<sup>113</sup>. Teorinin malvarlığı durumunu esas alması nedeniyle, kişinin faydası, malvarlığının azalma olasılığından, artma olasılığına kıyasla daha fazla etkilenmekte, dolayısıyla kişi riskten sakınma eğilimi göstermektedir<sup>114</sup>.

---

<sup>106</sup> Kesin sonucun beklenen faydası, belirsiz sonucun faydasından daha fazladır.

<sup>107</sup> Dolayısıyla bir anlamda kişinin malvarlığı ne kadar fazla ise, görece olarak riskten o derece az sakınır.

<sup>108</sup> Riskten sapmanın iki şekilde ortaya çıkması mümkündür. İlk olarak muhtemel zararlar önemli ölçüde farklılık gösterebilir. Mesela zarar 10 YTL’den 1000 YTL’ye kadar farklılaşabilir. Bir diğer durum ise, olasılık değerlerindeki farklılaşmanın yüksek olmasıdır.

<sup>109</sup> Örneğin yatırım piyasalarında görülen “*risk çeşitlendirilmesi*” (*risk diversification*) veya “*hedging*” işlemleri hep belirsizliği ya da riski azaltmaya yönelik davranışlardır (kavramlar için bkz. PARASIZ, s.89-94; PINDYCK/RUBINFELD, s.161 vd.)

<sup>110</sup> POSNER, s.13; HARRISON, s.40; BARNES/STOUT, s.123

<sup>111</sup> Dolayısıyla “*risk primi*”, risk sakınan bir kişinin riski bertaraf etmek için ödemeye hazır olduğu maksimum para miktarıdır (Bkz. COOTER/ULEN, s.53; SEIDENFELD, s.72; PINDYCK/RUBINFELD, s.158).

<sup>112</sup> Bkz. bu konuda İkinci Bölüm §3/II/C/2

<sup>113</sup> COOTER/ULEN, s.50,51; POSNER, s.12; MICELI, s.33; HARRISON, s.40; SEIDENFELD, s.72; PINDYCK/RUBINFELD, s.157; PARASIZ, s.85; BARNES/STOUT, s.123

<sup>114</sup> Risk sakınma ile azalan marjinal fayda prensibi arasındaki ilişkiyi bahis örneğinde daha net görmek mümkündür. Yazı tura oynadığınızı ve yazı gelirse 1000 TL kazanacağınızı, tura gelirse kaybedeceğinizi varsayalım. Bu bahsin sizin için beklenen değeri “0” TL’dir. Dolayısıyla bahis oynamak ya da oynamamak arasında kayıtsız olmanız beklenir. Oysa büyük olasılıkla bahis reddedilir. Zira azalan marjinal fayda prensibine göre, kaybin fayda üzerindeki olumsuz etkisi daha fazla olacaktır. Ya da bir başka ifadeyle sahip olduğunuz ve %50 ihtimalle kaybedeceğiniz 1000 TL, kazanacağınız 1000 TL’den daha değerlidir.

Fakat belirtelim ki, herkesin her şart altında ve her zaman risk sakınan olduğu söylenemez<sup>115</sup>. Kişiler bazen risk karşısında kayıtsız (*risk neutral*) kaldıkları gibi<sup>116</sup>, diğer bazı hallerde ise riskten hoşlanabilir. Örneğin kumarbazların “*risk sever*” (*risk lover*) oldukları kabul edilmektedir. Zira kumarbaz, beklenen değeri parasal olarak daha az olan belirsiz bir sonucu, kesin bir sonuca tercih etmektedir. Dolayısıyla risk karşısındaki tavır, riskin büyüklüğüne, kişinin malvarlığı durumuna ve/veya genel olarak kişinin tercihinine göre değişebilir. Bu ifade edilenler çerçevesinde, belirsizliğin davranışlar üzerinde farklı etkileri olduğu, fakat gerek ekonomik teori, gerekse günlük hayattaki tecrübeler ışığında kişilerin riskten hoşlanmadıkları söylenebilir.

Bu açıklamaların hukukun ekonomik analizi açısından iki önemli sonucu vardır. İlk olarak *beklenen fayda teorisi* hukukun ekonomik analizinde önemli yer tutar. Zira ekonomik analizin “*ex ante*” vasfı, aslında bir belirsizlik halini ifade eder. Analiz kişilerin muhtemel hukuki yaptırımlar, örneğin tazminat veya ceza riski altında nasıl davrandığı ele almakta, dolayısıyla teori yaygın olarak uygulanmaktadır. Nitekim aşağıda haksız fiil hukukuna dair yaptığımız değerlendirmelerde, kişinin belirsizlik altında seçim yaptığı varsayılmaktadır<sup>117</sup>. Bunun yanı sıra hukuk kurallarının riski nasıl paylaştığı normatif ekonomik analiz açısından önemli bir parametredir. Kişilerin riskten sakınma eğilimi gösterdiği kabul edilirse, hukuk kurallarının riskleri azaltması sosyal refahı artırır<sup>118</sup>. Nitekim doktrinde haksız fiil hukukunun, risklerin azaltılmasına hizmet edebileceği kabul edilmekte ve risklerin neden olduğu bu refah kaybı, ikincil maliyetler (*secondary costs*) olarak adlandırılmaktadır. Bu konu ilgili bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> POSNER, s.13; BARNES/STOUT, s.123; COOTER/ULEN, s.51

<sup>116</sup> “*Risk yansız*” kişi, beklenen değeri maksimize etmektedir. Yani beklenen değeri 800 YTL olan dava ile aynı değerdeki uzlaşma teklifi arasında kayıtsız kalması beklenir. Her iki alternatif de “*ex ante*” aynı faydayı sağlar. Ekonomik analizde, kurumsal yapıların örneğin şirketlerin genellikle risk yansız oldukları varsayılmaktadır.

<sup>117</sup> Bkz. özellikle İkinci Bölüm §2/II/A ve Dördüncü Bölüm §2/III

<sup>118</sup> Risklerin azaltılması, etkin tahsis ile mümkün olur. Bu riskten daha az etkilenen kişinin, örneğin risk yansız olduğu kabul edilen tüzel kişilerin ya da finansal açıdan güçlü kurumların riske katlanması veya riskin topluma yayılması suretiyle sağlanabilir. Hukuk kurallarının da bu tür bir işlevi yerine getirmesi mümkündür.

<sup>119</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/C/.

## B. Arz, Talep ve Piyasalar

Bu başlık altında, davranış teorilerinin kişilerin etkileşim halinde olması halinde ortaya çıkan sonuçları incelenecektir. Ekonomi bilimindeki klasik yaklaşıma göre, etkileşim “piyasa”larda gerçekleşir. “Piyasa” arz ile talebin bulunduğu, yani mübadelenin<sup>120</sup> gerçekleştiği yer olarak tanımlanabilir<sup>121</sup>. Herhangi bir mal ya da hizmet için toplumda talep olduğu takdirde, fayda ya da kar maksimizasyonu güdüsü kişileri bu talebi karşılamaya sevk eder. İşte piyasa, bu karşılıklı menfaatleri bir araya getirerek, toplumun talep ettiği mal ve/veya hizmetleri bunları talep eden kişiler tarafından elde edilmesini sağlar<sup>122</sup>. Kişiler ödeme gücü ile desteklenmiş tercihlerini piyasada yaptığı seçimleri ile açıklar, arz ve talebe göre oluşan fiyatlar da kaynakları yapılan seçimlere göre tahsis eder.

Klasik analizde, arz üreticileri (*sağlayıcılar*) talep kesimi ise tüketicileri (*ya da alıcıları*) ifade etmektedir. Mesela kira örneğinde kiracılar talep, kiralayanlar ise piyasanın arz kesimini oluşturur. Mal ya da hizmetin arzı (*ya da talebi*) doğalgaz piyasasında olduğu gibi bazı hallerde tek bir kişi (*veya ekonomik aktör*) tarafından sağlanabileceği gibi, genellikle olduğu üzere pek çok kişi tarafından da sağlanabilir. İlki “*tekel*” (*monopoly*) piyasası olarak adlandırılmakta ve bu halde analiz bir ölçüde farklılaşmaktadır. Fakat bilhassa hâkim ekonomik teori açısından genellikle piyasanın “*rekabetçi*” (*competitive*) olduğu, yani her iki kesimde de çok sayıda aktörün bulunduğu ve hiçbirinin fiyatı etkileyemediği varsayılmaktadır<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Burada “mübadele” kavramı, anlaşma kavramı ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Anlaşmanın ise hukuken bağlanma niyetiyle yapılan irade uyumlarını içeren sözleşmelerden daha geniş bir anlamı vardır. Burada önemli olan tarafların karşılıklı rızalarının varlığıdır.

<sup>121</sup> PARASIZ, s.7; MANKIW, s.64; krş. PINDYCK/RUBINFELD, s.7

<sup>122</sup> Başka bir açıdan piyasayı, aynı mal veya hizmeti konu alan sözleşmeler ya da mübadeleler bütünü olarak tanımlayabiliriz.

<sup>123</sup> Günlük yaşamda karşılaşılan piyasaların önemli bir kısmı, tam rekabet ve tekel piyasaları arasında kalmaktadır. Tam rekabet piyasası için aranan şartlar için bkz. aşağıda §2/III/C

“*Talep*” (*demand*) ile kastedilen, belirli bir zamanda ve yerde, tüketicilerin çeşitli fiyatlarda almaya hazır olduğu mal veya hizmet miktarıdır<sup>124</sup>. Dolayısıyla talep, bir ürünün fiyatıyla talep edilen miktar arasındaki fonksiyonel ilişkiyi ortaya koyar. Genel olarak fiyat ile talep arasında negatif bir ilişki vardır. Yani “*diğer şartlar aynı kaldığı sürece*”<sup>125</sup> (*ceteris paribus*), bir malın fiyatı artarsa mala olan talep azalır; fiyat azaldıkça mala olan talep artar<sup>126</sup>. Bu “*talep kanunu*” (*law of demand*) olarak ifade edilmektedir<sup>127</sup>. Yukarıdaki kira örneğinde belirtildiği üzere, kira fiyatlarının artması, kiralık eve olan talebi azaltır. Zira sınırlı bütçeye sahip kiracılar, alternatiflere (*ikame*) yönelirler. Örneğin bir kısım kiracılar, görece daha cazip hale gelmesi nedeniyle banka kredisi ile ev sahibi olurlar. Buna “*ikame etkisi*” (*substitution effects*) denir<sup>128</sup>. Fakat kiralık mesken hizmetinin ikamesindeki kısıtlılık nedeniyle, bu etki sınırlıdır. Dolayısıyla kiracılar diğer masraflarında kısıntıya giderler. “*Gelir etkisi*” (*income effect*) olarak adlandırılan bu durum<sup>129</sup>, aynı zamanda barınma ya da kiralık ev piyasası bakımından “*talebin elastik*” olmadığını, kiracıların fiyat artışına aynı oranda tepki veremediğini göstermektedir<sup>130</sup>. “*Talep elastikiyeti*” (*demand*

<sup>124</sup> Piyasa talebi söz konusu mal ya da hizmeti talep eden tüketicilerin bir araya gelmesinden, ya da bireysel talebin toplanmasından oluşmaktadır. Tüketicilerin tercihleri farklı olduğuna göre, her birinin mal ve hizmete attığı değer farklılaşacaktır.

<sup>125</sup> Talep kavramına ilişkin verdiğimiz tanım, sadece fiyat ile mal talebi arasındaki ilişkiyi açıklamaktadır. Dolayısıyla zımnen diğer şartların aynı kaldığı, örneğin gelir, tercih veya ikame ürünlerin fiyatlarının değişmediği varsayılır. Bu “*ceteris paribus*” varsayımı olarak da adlandırılmaktadır (PARASIZ, s.10).. Fakat hatırlanacağı üzere, yukarıda verdiğimiz örnekte şartlar aynı değildi. Fiyat artışlarının nedeni, evlerin bakımının kiralanınlar tarafından yapılması ve bunun maliyetleri arttırmasıydı. Bakıma bağlı olarak evlerin kalitesinin yükselmesi, evin kullanımından sağlanacak faydanın artmasına ve muhtemel masraflarının azalmasına sebep olacaktır. Bu durumda kiracı, kiralık ev için daha fazla bedel ödemeye razı olacaktır. Dolayısıyla “*talepte kayma*” yaşanacaktır ve denge fiyatının yükselmesi yönünde bir baskı oluşturacaktır. Talepteki bu kayma, daha yukarıda yeni bir denge fiyatı oluşacaktır. Belirtelim ki talepte kayma, arz kaymasında olduğu gibi, fiyat dışındaki unsurlardaki değişimin talep koşullarında yaptığı değişiklik olarak tanımlanabilir.

<sup>126</sup> Burada kastedilen talep edilen miktardaki artış ya da talep eğrisi üzerindeki harekettir. Bunu “*talep kayması*”ndan ayırmak gerekir. Bu ifade edilenler arz açısından da geçerlidir.

<sup>127</sup> COOTER/ULEN, s.29; POSNER, s.4; MANKIW, s.66

<sup>128</sup> POSNER, s.5; PINDYCK/RUBINFELD, s.111; SEIDENFELD, s.12; PARASIZ, s.69-71

<sup>129</sup> PARASIZ, s.71; POSNER, s.5; SEIDENFELD, s.12; PINDYCK/RUBINFELD, s.112

<sup>130</sup> Talep elastikiyeti ile kastedilen, talebin çeşitli değişkenler karşısında verdiği tepki ya da esnekliğidir. Şüphesiz yukarıda olduğu gibi esas itibarla talebin fiyat karşısındaki esnekliği önem taşımaktadır. Talebin fiyat elastikiyeti (*price elasticity of demand*), fiyat artışları ile mal veya hizmetin tüketim miktarı arasındaki oransal ilişkiyi ifade eder. Elastikiyet (E), miktar (Q) ve fiyatı da (P) olarak belirtirsek, matematiksel olarak elastikiyeti:  $E = (\Delta Q/Q) \div (\Delta P/P)$  şeklinde ifade edebiliriz. Fiyattaki artış yüzdesi, tüketimdeki (*arz seviyesi*) azalma yüzdesinden fazla ise o ürüne olan talebin elastik olmadığı söylenebilir. Aksi durumda ise elastik bir

*elasticity*)<sup>131</sup> ekonomik analizde önemli yer tutar. Örneğin bu örnek bakımından fiyatlardaki artışa son tahlilde hangi kesimin katlanacağı, arz ve talebin esnekliğine bağlıdır<sup>132</sup>. Talebin esnek olmadığı hallerde fiyat artışına daha ziyade tüketicilerin katlanacağı söylenebilir.

Görüldüğü üzere fiyat artışı talepte bir azalmaya neden olmaktadır. Peki, acaba fiyat artışı neden kaynaklanmıştır? Hatırlanırsa bunun nedeni yasal düzenlemenin kiralayanın maliyetlerini arttırmasıydı. Yani olayda piyasanın arz koşullarında bir değişiklik söz konusuydu. Teknik olarak “arz” (*supply*) belirli bir zamanda ve yerde, çeşitli fiyatlardan üreticilerin sağlamaya hazır olduğu mal ya da hizmet miktarını ifade eder<sup>133</sup>. Maliyetin artması, olağan şartlarda<sup>134</sup>, faydasını veya kârını artırma eğilimindeki kiralayanların maliyet artışlarını fiyata yansıtma neden olur. Teknik tabirle bu “arzın kayması” (*shift in supply*) olarak adlandırılır<sup>135</sup>. Fakat bu yeni fiyatlar, kaçınılmaz olarak kiracıların tepkisi nedeniyle sınırlanacak, yani aynı miktarda kiralık ev sunma imkânı olmayacaktır.

---

talep söz konusu olur. Genel olarak mal ya da hizmet tüketiciler tarafından kolaylıkla ikame edilemiyorsa, yani ürünün ikame edilebilirliği sınırlı ise, bu hallerde talebin elastik olmadığı söylenebilir. Hemen belirtelim ki elastikiyet hem talep hem arz açısından söz konusudur. Arz elastikiyeti ise, üreticilerin, fiyat artışlarına verdiği tepkiyi esas alır. Burada elastikiyet açısından belirtilmesi gereken diğer bir nokta, bunun büyük ölçüde zamana bağlı olduğudur. Uzun dönemde arz ve talebin elastik olacağı genel olarak ifade edilebilir. Zira uzun dönemde üretici ve tüketiciler, fiyattaki değişmelere karşı davranışlarını uyarlama imkânına kavuşurlar. Buna doktrinde verilen tipik örnek, 1970’li yıllarda petrol fiyatlarında yaşanan artış sonucunda, otomotiv endüstrisi ve tüketicilerin verdiği tepkilerdir.

<sup>131</sup> Bkz. MANKIW, s.89 vd.; MICELI, s.20; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.300 vd.; SEIDENFELD, s.14,15; HARRISON, s.22,23; PINDYCK/RUBINFELD, s.30 vd.,117 vd.

<sup>132</sup> MANKIW, s.128-130; HARRISON, s.24,25

<sup>133</sup> Arz, fiyat ile sağlanmaya hazır olan mal arasındaki münasebet olarak ifade edildiğine göre, fiyat ile arz arasındaki ilişkiye de değinelim. Burada talep kanununun tam tersine, arz ile fiyat arasında pozitif bir korelasyon vardır. Bir mal veya hizmetin fiyatının artması, kural olarak arzın de artmasına neden olur. Fiyatın artması ile birlikte, piyasada halihazırda mal ve hizmet sağlayan kişiler üretimlerini arttıracak, ayrıca piyasaya yeni girişler olacaktır. Bu da “arz kanunu” (*law of supply*) olarak adlandırılmaktadır.

<sup>134</sup> Doğal olarak maliyet artışının fiyata ne ölçüde yansıtılacağı konusunda belirleyici olan piyasa şartlarıdır. Olay açısından piyasanın rekabetçi olduğunu varsaydıımıza göre, maliyetler büyük ölçüde fiyata yansıtılacaktır. Zira tam rekabetçi şartlarda varsayım olarak kiralayanların marjinal maliyetlerde fiyatlandırma yaptığı kabul edilmektedir. Fakat marjinal maliyetlerin üzerinde bir fiyatlandırma söz konusu ise (tekel ya da oligopol piyasalarında olduğu gibi), üreticinin maliyetlerin büyük bir kısmına katlanması mümkün olabilir.

<sup>135</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.306,307; PINDYCK/RUBINFELD, s.21,24; PARASIZ, s.13,14

Menfaatlerin zıtlığı ya da arz ve talepteki bu karşılık, etkileşimin ya da arz ve talebin son tahlilde belirli bir fiyatta dengelenme eğiliminde olmasına neden olur. İşte bu “*denge fiyatı*” (*equilibrium price*) olarak adlandırılır<sup>136</sup>. Ekonomi bilimi dışarıdan bir müdahale olmadığı sürece arz ve talebin her zaman belirli bir fiyatta dengeye geleceğini kabul eder<sup>137</sup>. Nitekim bu yukarıdaki kira örneğinde de görülmektedir. Arz ya da talep koşullarında yaşanan değişiklikler, fiyatı etkilemekte, fakat menfaatlerin zıtlığı etkileşimi dengeye doğru itmektedir. Denge fiyatında alıcıların almak istediği mal miktarı ile satıcıların satmak istediği miktar eşitlenir; bir anlamda her iki taraf da tatmin olur.

Görüldüğü üzere “*talep kanunu*” ve “*denge prensibi*”, üretici ve tüketicilerin bulunduğu fiyatlara esas alan piyasa sisteminde, ekonomik davranış modelinin toplumsal yansımalarını ortaya koymaktadır<sup>138</sup>. Bu açıklamaların ekonomik analiz açısından önemi, hukuki ilişkilerin piyasa perspektifiyle incelenmesi halinde, bu prensip ve kavramların hukuk alanında uygulama alanı bulmasıdır. Arz ve talebin olduğu her durumda teorik olarak piyasadan bahsedilebilir<sup>139</sup>. Üstelik piyasadan bahsetmek için fiyatların olması da gerekmez. Arz ve talep zımni fiyatlara göre de hareket edebilir. Mesela hocanın verdiği dersi daha çekici kılmak için bol not dağıtması, öğrenciler için o dersin fiyatının düşürülmesi ile aynı etkiyi yapar ve derse olan talep artmaktadır<sup>140</sup>. Bu gibi hallerde “*geniş anlamda piyasa*”dan bahsetmek mümkündür<sup>141</sup>. İşte zımni fiyat kavramı, bu prensiplerin

---

<sup>136</sup> MANKIW, s.75; PARASIZ, s.16; COOTER/ULEN, s.33; PINDYCK/RUBINFELD, s.23

<sup>137</sup> COOTER/ULEN, s.16; MANKIW, s.77; PINDYCK/RUBINFELD, s.23,24

<sup>138</sup> Nitekim yukarıda kira yasasına ilişkin verdiğimiz örnekteki değerlendirmeler, ekonomik tabirle “kısmi denge analizi” olarak adlandırılmaktadır. “Kısmi” denmesinin nedeni kiralık ev piyasasının konu alması, buna karşılık diğer piyasalar üzerindeki etkilerine değinmemesidir.

<sup>139</sup> Hukuk alanından örnek vermek gerekirse, hukuki danışmanlık ya da yargılama hizmeti de birer piyasadır. İlkinde hizmet avukatlar tarafından verilmekte, diğerinde ise ağırlıklı olarak devlet tarafından sağlanmaktadır. Her iki piyasada yoğun bir şekilde devlet tarafından düzenlenmektedir.

<sup>140</sup> POSNER, s.5

<sup>141</sup> Bu noktada iki hususu ayıralım. Zımni ya da gölge fiyat kavramı, fiyatların bulunduğu piyasalar bakımından da işleyebileceği gibi, yukarıdaki örnekte olduğu gibi hiçbir fiyatın olmadığı hallerde de uygulama alanı bulabilir. Mesela işverenin işi daha çekici kılmak amacıyla iş saatlerini azaltması veya tatil süresini uzatması, fiyatların söz konusu olduğu hizmet piyasasında zımni fiyatın ne anlama geldiğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede genel olarak piyasada tedavül eden bir mal ya da hizmetin kalitesi, satış koşulları gibi fiyat dışı parametrelerin tamamı “*zımni fiyat*” olarak görülebilir.

hukuk alanında yaygın bir şekilde tatbikine imkân sağlar<sup>142</sup>. Özetle, üretici, tüketici, mal, hizmet, piyasa, fiyat gibi kavramlar, hukukun ekonomik analizinde dar bir şekilde anlaşılmalıdır. Hukuka ekonomik yaklaşım, sosyal etkileşimin olduğu hallerde ilişkileri bu kavramlar etrafında değerlendirmeyi gerektirir.

## C. Sosyal Refah ve Ekonomik Etkinlik

### 1. Genel Olarak

Sosyal refah ve ekonomik etkinlik, “*refah ekonomisi*”nin konusudur. Refah ekonomisi, ekonomik performansın kişilerin faydası ve “*refah*”ı (*welfare*) üzerindeki etkilerini incelemektedir<sup>143</sup>. Bu bağlamda, toplumdaki kaynakların kişilerin tercihlerine uygun bir şekilde tahsis edilip edilmediği, kaynakların toplumda adaletli dağıtılıp dağıtılmadığı gibi, oldukça tartışmalı normatif meseleleri ele almaktadır. Ekonomi bilimi, kaynakların kıt olduğu gerçeğinden yola çıkarak, nihai amacın kaynaklardan maksimum fayda ya da refahın elde edilmesi olduğunu kabul eder. Bu açıdan kaynak kullanımı ile fayda ve refah arasında doğrudan bir ilişki kurulmaktadır. Kaynaklardan azami fayda elde edildiği, yani “*ekonomik etkinlik*” (*economic efficiency*) sağlandığı takdirde “*sosyal refah*” maksimize edilecektir<sup>144</sup>. Refah ekonomisi açısından karar ve politikalar sadece sosyal refah üzerindeki etkisine göre değerlendirilir.

“*Sosyal refah*” kavramı ile genel olarak, kişilerin faydalarının bir fonksiyonu; ya da daha açık bir deyimle faydaların bir metoda göre toplamı kastedilmektedir<sup>145</sup>. Refah ekonomisi prensipleri açısından kişilerin faydası dışında herhangi bir kavram kategorik

---

<sup>142</sup> Genel olarak hukuk kural ve yaptırımları “*zımnî fiyat*” olarak görülmekte, kuralların toplumsal etkileri bu prensiplere göre belirlenmektedir. Suçun cezası arttırıldığı takdirde, ekonomik açıdan suç teşkil eden aktivitenin fiyatı da artar. Bu ise talep kanunu uyarınca, suça olan talebi azaltır; ikame aktivitelere olan talebi artırır. Hukuk sistemi bir anlamda piyasa rolü üstlenmekte, faaliyeti fiyatlandırarak arz ve talebi farklı bir noktada dengeye getirmektedir.

<sup>143</sup> MANKIW, s. 138; karşı. KAPLOW/SHAVELL, s.15,16; COOTER/ULEN, s.43 vd.; PARASIZ, s.285

<sup>144</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.369

<sup>145</sup> SHAVELL, Foundations, s.2,596,597; KAPLOW/SHAVELL, s.24,25



olarak önem taşımadığı gibi, toplumun, bireylerin toplamından ayrı bağımsız bir ağırlığı ya da önemi yoktur<sup>146</sup>. Prensip olarak herkes sosyal refah fonksiyonunda eşit ağırlığa sahiptir ve tanımı gereği, kişilerin önem verdiği, mutluluğunu ve faydasını arttıran her türlü değer, sosyal refah tanımında yer alabilir<sup>147</sup>. Dolayısıyla sosyal refah, sadece ekonomik refah ya da gelir ile sınırlı değildir. Fakat pratikte sosyal refahın kapsam ve uygulama esasları konusu oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalara girmeksizin iki temel saptama yapalım.

Öncelikle sosyal refahın tanım ve unsurları, büyük ölçüde analizi yapan kişinin sübjektif düşüncesine bağlıdır<sup>148</sup>. Zira refahın tanımı bir kenara, sosyal açıdan arzu edilen durumun ya da bir amacın tarif edilmesi bile, başlı başına değer yargısı hükmüdür<sup>149</sup>. Dolayısıyla sosyal refahın tek, objektif bir tanımı ya da ölçütü yoktur<sup>150</sup>. Örneğin bize göre hukukun nihai amacı, sosyal refahın artırılması olmalıdır. Fakat bu amacın neyi ihtiva ettiği, ancak incelenen hukuk açısından ortaya konabilir. Nitekim haksız fiil hukuku açısından bu değerlendirmeye aşağıda yer verilmiştir<sup>151</sup>. Fakat haksız fiil hukuku açısından açıklanan muhteva, mesela sözleşmeler veya aile hukukunda aynen geçerli olmayacaktır.

---

<sup>146</sup> Sosyal refah sadece kişilerin mutluluğu ve faydası perspektifinden değerlendirilmekte, kişilerin önem vermediği, onların refahını veya faydasını etkilemeyen kavramların, kendi başına bağımsız bir değeri olmadığı kabul edilmektedir. Yani ancak kişinin tercihleri çerçevesinde önem taşıyan değerleri etkileyen değişiklikler, fayda ve dolayısıyla sosyal refah kapsamına girerler. Örneğin adaletin sağlanması kişi için önemli bir değer ise, adaletli politika ve işlemler kişinin faydasını arttırdığı ölçüde sosyal refahı da artırır (KAPLOW/SHAVELL, s.21). Keza kaynakların eşit paylaşımı kişi için önemli bir değer ise, gelir adaletini düzelteren politikalar sosyal refahın bir unsuru olması nedeniyle refahı artırır. Refah ekonomisi açısından, prensip olarak kişilerin faydasını herhangi bir şekilde etkilemeyen, tercihlerden bağımsız “*deontolojik*” kavramları sosyal refah kavramı dışında tutmakta, bunlara kendi başlarına ayrı bir önem atfetmemektedir (JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.368; SHAVELL, Foundations, s.597,598). Hatta adalet, ahlak gibi kavramlara, kişilerin faydalarından bağımsız olarak objektif önem verilmesinin sosyal refahı azalttığı ortaya konmuştur. Pareto çatışan teoremi olarak adlandırılan bu görüş için bkz. (KAPLOW Louis / SHAVELL Steven, “Any Non-welfarist Method of Policy Analysis Violates the Pareto Principle”, Journal of Political Economy, Vol. 109 (2001), s.281-286)

<sup>147</sup> SHAVELL, Foundations, s.2; KAPLOW/SHAVELL, s.24

<sup>148</sup> PARASIZ, s.285

<sup>149</sup> KAPLOW/SHAVELL, s.25

<sup>150</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.366; SHAVELL, Foundations, s.597

<sup>151</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II

İkinci saptama ise, uygulamada *ideal* olmayan sosyal refah tanımlarının benimsenmesidir<sup>152</sup>. Bu ikinci saptamayı biraz açalım. Sosyal refah yukarıda belirtildiği üzere geniş kapsamlı karakterize edilmesine rağmen, özellikle “*işlevsellik*” adına, doktrinde dar ve eksik bir tanım esas alınmaktadır<sup>153</sup>. Bunun özünde “*bilgi*” sorununa dayanan iki nedeni vardır. İlk olarak refah doğrudan fayda temelinde tanımlanırsa, ekonomik analizin analitik vasfı kaybolur<sup>154</sup>. Ayrıca, faydanın ölçüm ve mukayesesini mümkün kılan bir yöntem yoktur. Bu nedenle herhangi bir politikanın faydayı (*ve refahı*) ne ölçüde etkilediğini “*tam olarak*” belirlemek mümkün değildir. Fayda doğrudan gözlemlenip ölçülemediğine göre, ancak dolaylı bir takım göstergelerden yararlanılarak değerlendirme yapılabilir. Mesela klasik ekonomik yaklaşım, genellikle piyasaların ürettiği “*ekonomik artı değer*”i (*economic surplus*), hukuk ve ekonomi öğretisindeki görüş serveti sosyal refahın ölçütü olarak kabul etmektedir<sup>155</sup>. İşte bu sorunlar normatif analizi tartışmalı hale getirmekte ve hangi ölçütün kullanılacağı, neyin maksimize edileceği konularında farklı fikirler ortaya atılmaktadır<sup>156</sup>. Örneğin bu çalışmada biz faydayı temel almakla birlikte, kişinin ödemeye (*ya da kabul etmeye*) hazır olduğu para tutarını, faydanın dolaylı ölçüsü

---

<sup>152</sup> SHAVELL, Foundations, 664-667

<sup>153</sup> SHAVELL, Foundations, s.3

<sup>154</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.376; SHAVELL, Foundations, s.664,665

<sup>155</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.366

<sup>156</sup> Sosyal refah ölçütlerinin hepsindeki ortak bir özellik, bunun maksimize edilmesinin amaçlanmasıdır. İlk akla gelen sosyal refah anlayışı, ekonomi bilimi üzerinde en etkili felsefi görüş olan, klasik yararçı (*utilitarianizm*) görüşüdür. Buna göre herkesin faydası eşit kabul edilir ve bunlar toplanır. Amaç ise toplam faydanın maksimize edilmesidir (yararçılık konusunda bkz. BENTHAM Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, 1789, (Reprint of 1823 Edition) New York 1973; GÜRBÜZ Ahmet, Hukuk Felsefesi Açısından Yararçılık”, Beta Yayınevi, İstanbul 1999). Diğer pek çok sosyal refah anlayışı, yararçı görüşten esinlenmiştir ve kişilerin faydasını esas alır. Fakat bilhassa paylaşım ve eşitlik konularına özel bir önem verilmektedir. Mesela genellikle faydaların toplamı alınmakla birlikte, faydanın toplumdaki dağılımında sapma büyük olursa (*yani refah eşit olmayacak şekilde dağılırsa*), sosyal refahın bir ölçüde azalacağı kabul edilebilir. Mesela ilginç bir düşünce, John RAWLS tarafından ortaya atılan “*maximin prensibi*”dir. Kısaca belirtmek gerekirse, değerlendirme büyük ölçüde servetin toplumda eşit dağılımı sorununa göre yapılmakta, sosyal refah, toplumda en kötü durumda olan kişinin faydasına eşitlenmekte ve sosyal amaç bu kişinin faydasının maksimize edilmesi olarak algılanmaktadır. Rawls’ın göre, bir sosyal durum ancak toplumdaki kişilerin orijinal pozisyonlarında tercih edilirse adildir. Orijinal pozisyon ise, kişilerin kendileri ve dış dünya hakkında hiçbir bilgiye sahip olmadıkları ve tesadufi olarak toplumdaki herhangi bir kişinin konumuna geçebilecekleri “*cehalet perdesi*” (*veil of ignorance*) ardındadır. Rawls ise eşitsizliğe ancak toplumdaki en kötü durumda olan kişinin refahında iyileşmeye neden olursa olur vermektedir. Dolayısıyla en adil paylaşım toplumdaki en kötü durumda olan kişinin refahını maksimize eden paylaşım (bkz. bu konuda JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.366-369; PINDYCK/RUBINFELD, s.576,577 SEIDENFELD, s.56 vd.).

olarak kabul ediyoruz<sup>157</sup>. Dolayısıyla buna göre kişinin değişiklikten ne kadar fayda sağlayacağı, buna atfettiği tutara göre belirlenecektir<sup>158</sup>.

Aşağıda, bu tartışmalara da temas ederek, hukukun normatif analizindeki kavramlar mantıksal bir dizin içerisinde anlatılmaktadır. Evvela klasik ekonomik yaklaşımın piyasaları temel alan analizi ve bu arada “*pareto etkinliği*” açıklanmakta, bunun olumlu ve olumsuz yanları ile normatif analizde oynadığı “*çerçeve rol*” üzerinde durulmaktadır. Akabinde ise, pareto ölçütüne alternatif olarak önerilen, “*kaldor-hicks*” ölçütüne yer verilmekte, bunun “*servet*” (*wealth*) kavramını temel alan uygulanma esasları ele alınmaktadır.

Aslında bu açıklamalardan çıkarılan sonuç okuyucu için şu şekilde özetlenebilir. Hukuk ve ekonomideki normatif ölçüt ekonomik etkinliktir<sup>159</sup>. Dolayısıyla kuralın ekonomik açıdan arzu edilebilirliği, sadece etkin olup olmadığına göre belirlenir. Burada etkinliğin refah mı yoksa servet mi temeline dayandığı tartışılabilir. Ama bu tartışmalara rağmen, temel yaklaşım aynıdır. Ekonomik etkinlik ile kastedilen, kuralın bir metoda göre para birimi üzerinden ifade edilen yararının, maliyetinden fazla olması, yani net yararı maksimize etmesidir<sup>160</sup>. Bunun altında yatan basit mantık, fayda ve refahın, yararın artması ile artıp, maliyetlerin artması ile azalmasıdır<sup>161</sup>. Bu bağlamda sosyal refahı etkilediğinde

---

<sup>157</sup> Yani mesela servet maksimizasyonu görüşünden farklı olarak, faydayı ve refahı servet ile ikame etmiyoruz. Yani amaç refahın maksimize edilmesidir ama faydanın doğrudan hedeflenebilir olmaması nedeniyle, pratik kaygılardan ötürü, para birimi ve ödeme gücünü dikkate alıyoruz. Keza yine analizin karmaşık olmaması adına, paranın herkesin faydasını aynı ölçüde etkilediğini varsayıyoruz. Nitekim bu farklılıktan ötürü bize göre dağılımsal politikalar kural olarak sosyal refahı esas alan etkinlik ölçütü içerisinde yer alabilir.

<sup>158</sup> Örneğin A'nın, faydasını etkileyen değişikliğin gerçekleşmemesi için 10 YTL ödemeye hazır olduğunu, B'nin ise bu değişikliğin gerçekleşmesi için 15 YTL ödemeye hazır olduğunu düşünelim. Bu durumda bu değişikliğin gerçekleşmesi, 5 YTL artı değer yani refah yaratacaktır.

<sup>159</sup> Bkz. FRIEDMAN, s. 16,17, 18 vd.; POSNER, s.13; COOTER/ULEN, s.4; POLINSKY, s.129,130

<sup>160</sup> Doktrinde ekonomik etkinlik ile ilgili meseleler oldukça farklı şekillerde ifade edilmekle birlikte, aslında varılan sonuç, bu özete son derece paraleldir. Krş. COOTER/ULEN, s.48; MICELI, s.6; POLINSKY, s.7; SHAVELL, Foundations, s.664

<sup>161</sup> Krş. JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.366; SHAVELL, Foundations, s.664

şüphe duyulmayan, gelir ve kaynakların dağılımı gibi sorunlar, (*benimsenen düşünceye göre*) pratik kaygılardan dolayı analizin kapsamı dışında kalır.

Diğer yandan kuralın etkinliği, mikro açıdan, yani yarattığı saik etkisi açısından da benzer şekilde analiz edilebilir. Burada önemli olan kişinin üretken ve etkin, yani net yararı maksimize edecek davranışlar sergilemesidir<sup>162</sup>. Zaten kişinin yararını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayıldığı için, kuralın davranışın neden olduğu tüm yarar ve maliyetleri içselleştirici bir saik yaratması, bir başka ifadeyle “*net özel yararı*” değil “*net sosyal yararı*” maksimize edecek şekilde davranmaya sevk etmesi, ekonomik açıdan etkin olduğuna işaret eder<sup>163</sup>. Örneğin haksız fiil hukukunda bunun izdüşümü, tazminat riskinin, kişiyi davranışının tüm (*sosyal*) maliyetlerini göz önünde tutacak şekilde karar almaya sevk etmesidir<sup>164</sup>.

## 2. Piyasa Paradigması: Tam Rekabet Piyasaları ve Pareto Etkinliği

Ekonomi bilimi, toplumsal kaynakların piyasalar aracılığı ile tahsis edildiğinden yola çıkarak, sosyal refah sorununa piyasaları temel alarak yaklaşır<sup>165</sup>. Amaç, kaynaklardan maksimum fayda sağlanmasıdır. Bu ise (*en azından*) iki şekilde gerçekleşebilir. Kaynaklar verimli kullanılır ve kişilerin tercihlerini azami ölçüde tatmin edecek şekilde tahsis edilirse, refah maksimize olur. Kaynakların verimli kullanımı, “*üretim etkinliği*”ni (*productive efficiency*)<sup>166</sup>, azami faydayı sağlayacak şekilde tahsis edilmesi de “*tahsis etkinliği*”ni

---

<sup>162</sup> Ekonomik açıdan optimum karar ya da davranış marjinal maliyet yarar denkleminde göre belirlendiğine göre, hukukun normatif analizinde amaçlanan, davranışın neden olduğu tüm maliyet ve yararları içselleştirmeye teşvik eden hukuk kurallarının tespit edilmesidir.

<sup>163</sup> POLINSKY, s.131

<sup>164</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/B/2, fakat bkz. §2/II/C/2

<sup>165</sup> Şüphesiz kaynakların tahsisinde tek araç piyasalar değildir. Hukuk sistemi çerçevesinde, devlet ve bazı hallerde de piyasaya alternatif olan şirket gibi kurumsal yapılar da kaynak tahsisinde önemli rol oynar. Örneğin şirket gibi kurumsal yapılar açısından tahsis, piyasa sistemi yani fiyat ve mübadeleler yerine, şirket içerisindeki direktif-tabiiyet ilişkisine göre yapılmaktadır. “*İşlem maliyetleri ekonomisi*” (*transaction cost economics*) bu gibi kurumların neden oluştuğuna ve kaynakların tahsisindeki avantaj ve dezavantajlarına ışık tutmaktadır (bkz. aşağıda §5/IV).

<sup>166</sup> Üretimin etkin ya da verimli olduğundan bahsetmek için, 1-aynı kaynak girdileriyle daha fazla çıktı üretiminin (*çıkıtı ilerlemesi*) ya da 2-aynı çıktının daha az kaynak girdisiyle üretiminin (*girdi ilerlemesi*)

(*allocative efficiency*)<sup>167</sup> ifade eder. Dolayısıyla etkinlik, ekonomi biliminde en azından iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır<sup>168</sup>. Fakat refah ekonomisinde genellikle tahsis etkinliğinin önem taşıdığını belirtelim<sup>169</sup>. Standart ekonomik teori, sosyal refahın maksimize edilmesinde en uygun kurumsal yapının piyasalar olduğunu kabul eder<sup>170</sup>. Bu görüş bilimsel bir temele dayandığı gibi (*refah ekonomisinin birinci teoremi*), felsefi açıdan da cazip bazı özellikler taşımaktadır. Şimdi bu görüşü kısaca açıklayalım.

### **a. Mübadeleler, Piyasa ve Refah**

Herhangi bir refah analizinde ilk sorun, değişimin fayda üzerindeki etkisinin belirlenmesidir. Bunun bir yöntemi, bizzat kişilerin irade beyanlarına başvurmak olabilir. Fakat aşikâr nedenlerden dolayı, bu yöntem güvenilir sonuçlar vermez. Ekonomi bilimindeki çözüm yöntemi ise, kişilerin davranışlarının izlenmesidir. Kişinin rasyonel olarak faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu ve kendi menfaati hakkında en doğru kararları verdiği kabul edilirse, yaptığı seçimlerin faydasını arttırdığı kolaylıkla söylenebilir. Bu açıdan kişi davranışlarının izlenmesi en akılcı ve güvenilir yöntemdir. “*Açıklanmış tercihler teorisi*” (*theory of revealed preferences*) olarak adlandırılan bu yöntem<sup>171</sup>, klasik ekonomik analizin piyasaları konu alması nedeniyle sorunsuz olarak uygulanabilir. Zira piyasa davranışları kişilerin anlaşmalar ile dışa vurduğu seçimlerinden oluşur.

---

mümkün olmaması gerekir. Diğer bir anlatımla çıktı ya da girdi ilerlemesinin mümkün olmadığı bir üretim süreci verimlidir.

<sup>167</sup> Tahsis etkinliği, kaynakların toplumda en fazla refah yaratacak şekilde dağıtılmasını ifade eder. Bu ise her şeyden önce toplumun cevap verecek mal ve hizmetlerin üretilmesini ve bunların yine toplumun tercihlerine göre tahsis edilmesini gerektirir.

<sup>168</sup> Farklı bir sınıflandırma için bkz. COLE/GROSSMAN, s.10

<sup>169</sup> Daha ziyade bir mühendislik kavramı olan üretim etkinliği (*verimlilik*) kavramı, ikinci plandadır (krş. MERCURO/MEDEMA, s.14).

<sup>170</sup> MANKIW, s.138; krş. JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.369; 371

<sup>171</sup> PARASIZ, s.76-79; PINDYCK/RUBINFELD, s.87; BARNES/STOUT, s.5

Yine bir kira örneği ile neyin kastedildiğini açıklayalım. Ev sahibi olduğunuzu ve evinizin sizin için kiralık değerinin 800 YTL olduğunu, yani evi kiraya vermek için en az 800 YTL talep edeceğinizi düşünelim (*rezervasyon fiyatı*)<sup>172</sup>. Evi kiralamak isteyen A'nın ise, eve daha fazla değer biçtiğini, mesela 1400 YTL vermeye hazır olduğunu varsayalım. Kural olarak 800 YTL'den yüksek teklifler, örneğin 1100 YTL, sizin faydanızı arttırır. Zira elde edeceğiniz 1100 YTL, karine olarak, size, evinizin diğer alternatifler için kullanılmasından daha fazla fayda sağlayacaktır. Aksi halde buna rıza göstermeniz beklenmez. Aynı durum kiracı için de geçerlidir. Dolayısıyla kira sözleşmesi her iki tarafın faydasını arttırarak net refah yaratmaktadır<sup>173</sup>. Örneğin bu sözleşme, 600 YTL refah artışı yaratmış, üstelik her iki tarafın rıza göstermesi nedeniyle faydanın ölçümü ya da gözlemlenmesi gibi bir sorunla da karşılaşılmamıştır. Buradan çıkarılması gereken bir sonuç şudur: mübadeleler<sup>174</sup>, kaynakların, daha fazla fayda sağlayan kullanımlara tahsis edilmesinde güvenli bir vasıta<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Bir başka ifadeyle 800 YTL ile evin bizzat sizin tarafınızdan kullanımının sağlayacağı fayda sizin için aynı olacaktır. 800 YTL'nin altındaki teklifler açısından ise, evin sizin tarafından kullanılması (*ve hatta boş bırakılması*) daha fazla fayda sağlayacaktır.

<sup>173</sup> Burada dikkat edilirse ne para, ne de kaynak miktarında herhangi bir artış olmaksızın, mevcut varlıklardan daha fazla fayda sağlanmıştır. Kira örneği yerine, trampa örneğinde bu durum daha iyi anlaşılabilir. Örneğin ev ve bir arabanın trampa edildiği bir sözleşme ya da mübadeleyi düşünelim. Bu durumda taraflar, rızalarıyla bu mübadeleye dahil olduklarına göre, mübadele öncesine kıyasla mübadele sonrasında daha fazla fayda sağlamaktadırlar. Dolayısıyla kaynakların reel miktarında bir değişim olmaksızın faydada bir artış meydana gelmektedir.

<sup>174</sup> Bu noktada mübadelelerin ekonomik açıdan taşıdığı öneme değinmek yerinde olur. Mübadele yapılmasının temelinde, tarafların karşılıklı olarak bundan fayda sağlaması amacı yatmaktadır. Bunun ise, değerlemede, riske karşı olan tavırda veya beklentilerde farklılık gibi, çok çeşitli nedenleri olabilir. Ama önemli bir neden, üretkenlik ya da kaynakların görece olarak mutlak daha verimli kullanılması fırsatıdır. Yani bir taraftan diğer tarafa kıyasla daha verimli olabilir. Bunun temelinde ise kişiler arasındaki farklılıklar ve bilhassa mübadele ile ticaretin teşvik ettiği "*uzmanlaşma*" olgusu yatmaktadır. Mübadele veya ticaret herkesin mukayeseli avantajının olduğu faaliyetlerde uzmanlaşmasını teşvik etmekte, bu da üretkenliği arttırmaktadır (bu konu için bkz. MANKIOW, s.48 vd.). Dolayısıyla son tahlilde tahsis etkinliğinin arkasında, büyük ölçüde üretim etkinliği yatmaktadır.

<sup>175</sup> Sözleşme ya da mübadelelerin tahsis etkinliğinin "güvenli" bir aracı olduğunun vurgulanması, tarafların buna rıza göstermesi nedenine dayanır. Pek tabii ki kaynaklar sözleşme ya da rıza dışı da etkin tahsis edilebilir. Mesela evin kiralayandan zorla alınıp A'ya verilmesi ya da A'nın işgali de sadece evin kullanımı bakımından etkin bir tahsistir. Zira örneğimizde A'nın evin malikinden daha fazla fayda sağladığı görülmektedir. Arada iki fark vardır. Bunlardan ilki, refah artışının yöntemi, diğeri ise refahın paylaşımıdır. Esasen herkesin fayda fonksiyonu hakkında mükemmel bilgisi olan bir dışsal otorite bulunsaydı, kaynakların tahsis edilmesinde piyasaların mukayeseli üstünlüğünden bahsedilemezdir. Fakat gerçek hayatta sorun, kimin ne kadar fayda sağladığı konusunda tam bir bilginin olmamasıdır. Bu da mübadelelere dayalı piyasa sisteminin diğer yöntemlere göre üstünlüğüne işaret etmektedir.

Nitekim ekonomi biliminde mübadeleler, *pareto ilerleme ya da iyileştirmenin* (*pareto superior*) temel görünümü olarak kabul edilir. Pareto etkinliğinin bir türü olan, *pareto üstünlük*, hiç kimseyi daha kötü duruma sokmadan en az bir kişiyi daha iyi konuma getiren değişiklikleri ifade etmek için kullanılan teknik bir tabirdir<sup>176</sup>. Örneğin kira sözleşmesinde kiralayan ve kiracı, 800 YTL kira bedeli üzerinde anlaşmaya varmış olsalardı dahi, bu sözleşmenin pareto üstün (*etkin*) olduğunu söyleyebilirdik. Buna karşılık mesela söz konusu taşınmazın, B'nin elinden alınıp A'ya tahsis edilmesi ve karşılığında 750 YTL verilmesi, sosyal refahı arttırsa bile, kiralayanı daha kötü bir konuma soktuğu için pareto üstün değildir<sup>177</sup>.

Görüldüğü gibi mübadeleler her iki tarafın rızasını alarak, kaynakların daha fazla fayda sağlayan kullanımlara tahsis edilmesini sağlamaktadır. Bir an için tüm kaynakların mübadeleler yoluyla tahsis edileceğini varsaydığımız zaman, pareto ilerlemeler vasıtasıyla sosyal refahın maksimize olacağını kolaylıkla söyleyebiliriz. Nitekim piyasa sistemi de kabaca bunu ifade etmektedir. Piyasalarda sosyal etkileşim mübadeleler aracılığıyla gerçekleşmekte ve kişiler ancak kendi menfaatlerine hizmet eden şartlara rıza gösterdiği için, mübadeleler önünde engel olmadığı sürece refahın maksimize edildiği noktaya varılmaktadır. Nitekim ilk defa *Adam Smith* tarafından dile getirilen bu düşünce, ekonomi biliminde “*refah ekonomisinin birinci teoremi*”nin özünü teşkil etmektedir.

Teorem tüm piyasalarda “*tam rekabet*”<sup>178</sup> (*perfect competition*) şartlarının sağlanması durumunda, kaynakların sosyal refahı maksimize edecek şekilde üretilip, tahsis

---

<sup>176</sup> BUTLER, s.77; MICELI, s.4; SEIDENFELD, s.49; COLE/GROSSMAN, s.10; COLEMAN, *Philosophic Apects*, s.226; COLE/GROSSMAN, s.10

<sup>177</sup> Yukarıdaki örnekte, A, evin kullanımına B'den daha fazla değer attığına göre, etkinlik açısından evin B değil, A tarafından kullanılması gerekir. Zira kaynağın (*evin kullanımı*) bu şekilde tahsis, daha fazla refah (600 YTL) yaratmaktadır. B'nin evinin, rızası dışında elinden alınması ise, refahın arttığı gerçeğini değiştirmez. Salt refah artışı ya da etkinlik perspektifi (pareto benimsenmediği sürece), herkesin rızasını almayı gerektirmez.

<sup>178</sup> İlginç olan nokta, tam rekabet piyasasında aslında, günlük kullanımdaki rekabetin yani rakipliğin beraberinde getirdiği ekonomik yarış ya da mücadelenin bulunmamasıdır. Zira üreticilerin fiyat üzerinde bir

edileceğini ifade etmektedir<sup>179</sup>. Yani piyasalar toplumun arzuladığı mal ve hizmetleri optimum miktar ve bileşimde sağlayacak ve fiyatlar mal ve hizmetlerin gerçek değerini yansıtacaktır<sup>180</sup>. Bu, ekonominin “*pareto optimum*” noktada dengeye gelmesi ya da “*pareto etkin*” olmasını ifade etmektedir<sup>181</sup>.

Ekonominin “*pareto etkin*” ya da “*optimum*” olması ile kastedilen, kaynakların en etkin kullanıldığı durumdur. Öyle ki, bu durumda kaynakların en azından bir kişiyi olumsuz etkilemeksizin, kimsenin faydasını arttıracak şekilde yeniden tahsis edilmesi mümkün değildir. Fakat kimsenin durumunu kötüleştirmeden, bazı kişilerin faydasını arttırmak mümkün ise, kaynakların *pareto etkin* tahsis edildiği söylenemez<sup>182</sup>. Buna göre, bir tahsisin pareto etkin olup olmadığını belirleyen, pareto üstün ilerleme imkânının var olup olmadığıdır. Eğer kaynakların mevcut tahsisi itibarıyla, değişiklik, tek bir kişinin faydasını dahi olumsuz etkiliyorsa, tahsis pareto etkindir. Öte yandan faydanın ne şekilde etkilendiği kişi davranışlarına göre belirlendiğine göre, bir değişikliğin pareto ölçütüne uygunluğu bundan etkilenen herkesin rızasını<sup>183</sup> gerektirir<sup>184</sup>. Nitekim bu nedenle pareto üstün ilerlemelerin tipik örneği, mübadelelerdir<sup>185</sup>.

---

gücü olmadığına ve mallarda bir farklılaşmaya gidemediklerine göre, rekabetin anlamı yoktur. Dolayısıyla “rekabet” ya da “rakiplik” aslında tam rekabetin bulunmadığı hallerde söz konusu olur.

<sup>179</sup> Modern mikroekonominin en büyük başarısı olarak kabul edilen bu teoreme göre, bazı koşulların varlığı halinde, üretici ve tüketicilerin karşılıklı etkileşimi kaçınılmaz olarak tüm piyasalarda dengeye gelecek ve sadece tahsis değil; üretim etkinliği de sağlanarak kaynaklardan maksimum refah elde edilecektir. Bu durumda piyasalar toplumun arzuladığı mal ve hizmetleri optimum miktar ve bileşimde sağlayacak ve faydayı maksimize edecek şekilde tahsis edecektir. Teknik olarak mal ve hizmetler arasındaki ikame oranı herkes için aynı olduğu halde etkinlik söz konusu olur.

<sup>180</sup> Uzun dönemde (marjinal sosyal yarar = özel sosyal yarar = fiyat = marjinal özel maliyet = marjinal sosyal maliyet); yani (marjinal sosyal yarar = marjinal sosyal maliyet) koşulları gerçekleşir. Bunlara marjinalite şartları da denilebilir.

<sup>181</sup> Pareto etkinliği olarak da adlandırılan bu etkinlik tanımının, üretim ve tüketime ilişkin iki boyutu vardır: 1 -üretimde kullanılan girdi tahsisinin, toplumdaki bireylerin isteklerine en iyi şekilde uyum sağlayabilecek çıktı ya da ürünlerin üretilmesine imkân verip vermediği, 2 - bu çıktı ya da ürünlerin toplumdaki dağılımının bireylerin iyiliği açısından en yüksek faydayı sağlaması. Dolayısıyla tüketim açısından çıktı seviyesi veri kabul edilmekte, bu çıktı seviyesi ile maksimum fayda sağlanacak ürün bileşimi ve tahsis araştırılmaktadır.

<sup>182</sup> POSNER, 14,15; PARASIZ, s.286; MICELI, s.4; SEIDENFELD, s.49; HARRISON, s.50; BARNES/STOUT, s.11; ZERBE, s.3; COLE/GROSSMAN, s.10

<sup>183</sup> Rıza “*ex ante*” ya da “*ex post*” olabilir. Örneğin haksız fiil hukukunda olduğu üzere kişi sonradan telafi edilebilir (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/1/a)



Özetle pareto ölçütünün, “*pareto etkinliği*” ve “*pareto üstünlüğü*” olmak üzere iki farklı görünümü vardır. Bunlardan ilki bir durumun, diğeri ise bir değişikliğin değerlendirilmesinde kullanılmaktadır. Faydanın sübjektifliği sorununu bertaraf etmesi nedeniyle, pareto modern ekonominin standart etkinlik ölçütü olarak kabul edilir<sup>186</sup>.

### **b. Tam Rekabet Piyasası ve Pareto Etkinliği: Sorunlar**

Görüldüğü üzere ekonomik teori, sosyal refah sorununun çözümünde piyasaların tercih edilmesi yönünde güçlü savlar ortaya koymaktadır<sup>187</sup>. Piyasalar, refahı maksimize ettiği gibi, mübadelelere dayanması nedeniyle faydanın ölçümü ve mukayese edilmesi sorunları ile karşılaşmamaktadır. Ayrıca kaynakların kişilerin tercihlerine göre tahsis edilmesi, birey iradesine verilen önem nedeniyle<sup>188</sup>, pareto etkinliğini felsefi/politik açıdan meşru bir zemine oturtmaktadır<sup>189</sup>. Nitekim sayılan bu nedenler, ekonomistlerin kaynakların tahsisinde neden piyasaları tercih ettiğini izah etmektedir. Fakat çizilen bu

---

<sup>184</sup> MICELI, s.4; SCHAFER/OTT, s.22; COLE/GROSSMAN, s.11

<sup>185</sup> Pareto etkinliği tanımı icabı pareto üstün alternatiflerin varlığı hakkında analizi gerektirir. Belirtelim ki, pareto optimum noktanın tam rekabet dengesi olması gerektiği gibi, bu noktaya pareto ilerlemeler ile de ulaşılması şart değildir. Önemli olan pareto üstün değişikliğin mümkün olmamasıdır. Eğer pareto ilerleme imkanı yoksa, mevcut durum tanımı gereği pareto optimumdur.

<sup>186</sup> Ekonomik literatür incelendiğinde, ekonomik etkinlikten bahsedilince pareto kavramı anlaşılmaktadır (PARASIZ, s.20; COOTER/ULEN, s.16,17; ZERBE, s.3; SEIDENFELD, s.49; SCHAFER/OTT, s.8; PINDYCK/RUBINFELD, s.567). Bu nedenle bu kavramın standart etkinlik ölçütü olduğu söylenebilir. Fakat POSNER tarafından da dile getirildiği üzere (POSNER, s.14,15), aslında pratikte etkinlik ile kastedilen, KH ya da Marshall etkinliğidir. Bu garip durumun yani paretoya atıf yapılmasının nedeni ise, “*ordinalist fayda anlayışı*”nı benimseyen modern ekonominin, kişiler arası fayda mukayesesi yapmayan pareto ölçütüne açıkça atıf yaparak, tutarlı olma ve normatif ekonomik analizi bilimsel temele oturtma gayretidir.

<sup>187</sup> Krş. FRIEDMAN, s.25; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.371

<sup>188</sup> Kaynakların kişi tercihlerine göre üretilip tahsis edilmesi, ekonomi biliminde “tüketici egemenliği” (*consumer sovereignty*) prensibi olarak ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra herkesin rızasının aranması şartı, kişi iradesini ön plana çıkarması nedeniyle, bu kavramı sadece “*yararçı*” (*utilitarian*) felsefe değil, “*özgürlükçü*” (*libertarian*) düşünce açısından da cazip kılmaktadır. Bu nedenle de ölçüt (*ve dolayısıyla da refah ekonomisi*) sadece teknik değil, politik ve felsefi açıdan da meşruiyet kazanmaktadır.

<sup>189</sup> HARRISON, s.51

olumlu tabloya rağmen, teorem ve pareto ölçütünün (*özellikle hukukun ekonomik analizi açısından*) pek çok sorunsalı bünyesinde barındırdığı kolaylıkla gözlemlenebilir.

İlk olarak, gerçekleşme koşulları dikkate alındığında, her ikisinin de oldukça muhafazakâr olduğu görülmektedir. Örneğin pareto ölçütünü ele alalım. Bir değişikliğin pareto ölçütüne göre etkin olması, bunun kimseyi olumsuz etkilememesine veya herkesin onayına bağlıdır. Fakat gerçek hayatta, kimsenin olumsuz etkilenmediği ya da herkesin onay verebileceği işlem, politika veya kararların sayısı sınırlıdır. Hatta tipik örnek olan mübadeleler dahi, üçüncü kişileri olumsuz etkileyebilir<sup>190</sup>. Ama daha da önemlisi, pareto ölçütünün hukuk alanında uygulanma kabiliyeti neredeyse yok gibidir<sup>191</sup>. Zira hukuki işlem ve politikalar, açık bir rıza olmaksızın umumiyetle pek çok kişiyi olumlu ve olumsuz etkiler. Olumsuz etkilenen kişilerin telafi edilerek rızalarının alınması ise çoğu kez mümkün değildir. Örneğin haksız fiil hukukunda, tehlikeli madde depolayan kişilerin, kusursuz da olsa sorumlu tutulmalarına imkân veren bir yasa değişikliğinin gündeme geldiğini düşünelim. Bu değişiklik, refahı önemli ölçüde arttırsa bile, tehlikeli madde depolayan kişilerin menfaatlerini olumsuz etkiler. Fakat yasa yapmadan önce bu kişilerin rızalarını almak mümkün olmadığı gibi, onların bu değişikliğe rıza vereceklerini düşünmek için makul bir neden yoktur. Dolayısıyla pareto ölçütü esas alınrsa, yasanın etkin olmayacağı ve bu nedenle de yürürlüğe koyulmaması gerektiği söylenecektir. Özetle pareto

---

<sup>190</sup> Mesela yukarıdaki kira örneğinde dahi, eğer evi kiralamak isteyen başka kiracılar var ise, sözleşme pareto ilerleme olarak kabul edilemez. Zira evi kiralamak isteyen diğer kimselerin bu sözleşmeden olumsuz etkilendiği iddia edilebilir. Gerçi ekonomik açıdan burada gerçek anlamıyla bir maliyetin olmadığı, zira bu maliyetin saf parasal maliyet olduğu iddia edilebilir. Buna göre, sadece bir kaynak transferine yol açtığı, kaynakların değerini azaltmadığı için, bu maliyetlerin etkinlik açısından dikkate alınmaması gerektiği iddia edilebilir. Fakat düşüncemize göre pareto etkinliği açısından bu maliyetler dahi, maliyete katılanın rızasının alınmasını gerektirir. Belki bu konuda verilecek daha iyi bir örnek, yapılan sözleşmenin kamu yararı ya da hukukun emredici bazı normlarına aykırı olması halidir (BK.m.19,20). Örneğin ahlaka aykırı sözleşmeler, tarafların karşılıklı menfaatlerine hizmet etmekle birlikte, muhtemelen üçüncü kişiler ve bilhassa toplum açısından bazı maliyetlere (*dışsallıklara*) neden olmaktadır (bkz. İkinci bölüm §2/I). Mesela serbestçe temlik edilemeyen değerler (*organlar*) ya da konusu hukuka aykırı olan anlaşmalar (*başkasını öldürmek üzere kiralık katil tutmak*), bu kapsamda düşünülebilir. Hakkın himayesi açısından bu hallerin ekonomik teoride nasıl değerlendirildiği hakkında bkz. İkinci Bölüm §2/II/D/1.

<sup>191</sup> POSNER, s.14; FLETCHER, s.158; HARRISON, s.51; MERCURO/MEDEMA, s.59; krş. SEIDENFELD, s.54; MICELI, s.5; BARNES/STOUT, s.12; COLE/GROSSMAN, s.11

ölçütü, faydanın ölçüm ve mukayesesinden kaçınmak uğruna muhafazakâr bir kimliğe bürünmekte, fakat bu nedenle işlevselliğini yitirmektedir<sup>192</sup>.

Pareto ölçütünün tek zaafı bu değildir<sup>193</sup>. Özellikle dikkat çekilmesi gereken diğer bir zaafı, bu ölçütün kaynak (*refah*) dağılımı sorununu göz ardı etmesidir<sup>194</sup>. Örneğin bir işlemin pareto ilerlemesi sayılması için, faydanın nasıl paylaşıldığının önemi yoktur<sup>195</sup>. Daha da önemlisi pareto etkinliği, kaynakların toplumda nasıl dağılmış olduğunu dikkate almaz. Bunu veri kabul eder. Bu çerçevede, başlangıçta kaynakların farklı şekilde dağılmış olması, farklı mal ve hizmetlerin üretilerek, ekonominin farklı noktada pareto optimum olmasına neden olur<sup>196</sup>. Bunun bir sonucu, tek ve özgün bir pareto optimum noktanın bulunmamasıdır<sup>197</sup>. Ekonominin ulaştığı farklı noktalar optimum olabilir, fakat bunların hangisinin üstün olması gerektiği konusunda pareto ölçütüne göre değerlendirme yapılamaz<sup>198</sup>. Dolayısıyla pareto etkin durumlar arasındaki tercih, etkinlik dışı ölçütler çerçevesinde yapılabilir.

---

<sup>192</sup> Bir açıdan bakıldığında, ölçütün muhafazakârlığı, zımnen mukayese yapılması anlamına gelir. Şöyle ki; sadece bir kişinin olumsuz etkilenmesi ya da vetosu, değişikliğin yararı ne kadar büyük olursa olsun, etkin olmadığı anlamına gelir. Örneğin ülkedeki enerji sorunun çözümü açısından hayati bir baraj projesi olduğunu ve burada barajın yapılmasına ilişkin kararın pareto ölçütüne göre verildiğini düşünelim. Eğer barajın yapılacağı yerde mülk sahibi olan tek bir kişi bile rıza göstermezse, baraj yapılamaz. Burada bu mülkiyet parçasının istismâl edilmesi nedeniyle kişinin zararına, fayda karşısında sonsuz bir değer atfedilmektedir. Bu nedenle pareto ölçütü dolaylı da olsa fayda mukayesesini yapmaktadır.

<sup>193</sup> Farklı sorunlar için bkz. POSNER, s.14

<sup>194</sup> SEIDENFELD, s.54; BARNES/STOUT, s.11; COLE/GROSSMAN, s.11

<sup>195</sup> Pareto ilerlemesi de ölçütü de yaratılan faydanın paylaşımı konusunda sessizdir. Örneğin yukarıdaki sözleşmede, kira bedelinin 801 YTL, 1100 YTL ya da 1399 YTL olması pareto etkinliği açısından fark yaratmaz. Herhangi bir fiyat pareto ilerlemesidir. Anlaşma yapıldığı anda, artık pareto optimumu söz konusudur.

<sup>196</sup> Kişilerin mal ve hizmetlere atfettiği değerler, sahip oldukları servet ve kaynaklardan etkilenir. Başlangıçta farklı bir dağılımın olması, toplumun ihtiyaçlarında değişikliğe neden olur ve bu durumda piyasalar, farklı mal ve hizmetlerin farklı fiyatlarda üreterek, değişik şekilde tahsis ederler.

<sup>197</sup> Aslında burada iktisadi açıdan bir sınırdan bahsetmek yerindedir. Buna da mesela, “*refah sınırı*” denebilir. Özgün bir pareto optimum noktanın olmaması, refah ekonomisinin ikinci teoremini mümkün kılmaktadır. Zira tam rekabet şartları sağlandığı sürece, toplumun arzu ettiği herhangi bir dağılım, netice itibarıyla etkinliği sağlayacaktır. Teorik olarak (*tüketici tercihlerinin dışbükey olması halinde*) etkinlikten vazgeçmeksiniz, kaynakları adil bir şekilde paylaştırmak mümkündür.

<sup>198</sup> SEIDENFELD, s.54; MICELI, s.5

İşte bu, daha önemli diğer soruna işaret etmektedir. Eğer toplum kaynakların dağılımına dair belirli bir tercihe sahipse, ekonomide tam rekabet şartlarının sağlanması kendiliğinden kaynakları arzu edildiği şekilde dağıtmayabilir<sup>199</sup>. Örneğin başlangıçtaki kaynak dağılımı adaletsiz ise, ekonomi etkin olduğunda da adaletsiz dağılım muhafaza edilecektir. Bu nedenle, piyasalara dağılımsal amaçlar ile müdahale edilmesi anlamlı olabilir. Nitekim “*refah ekonomisinin ikinci teoremi*” (*second theorem of welfare economics*), götürü kaynak transferinin mümkün olması şartıyla, pareto etkin dengede dağılım sorununun çözülebileceğini belirtmektedir<sup>200</sup>. Fakat pratikte gelir dağılımına ilişkin politikalar, her zaman bazı maliyetlere yol açar. Bu ise, ekonomik etkinlikten ödün vermeksizin, dağılımsal amaçların izlenmesinin güçlüğü ve teoremin ideal olmadığını göstermektedir<sup>201</sup>.

Teoreme ilişkin eleştirilerin listesi uzatılabilir. Fakat en önemlisi, tam rekabet piyasası şartlarının son derece kısıtlayıcı olmasıdır. Tam rekabet piyasasından bahsetmek için ise, kabaca, çok sayıda alıcı ve satıcının bulunması, bunların mal ve hizmetlerin fiyat ve kalite koşulları hakkında tam bilgilerinin olması, giriş ve çıkışların serbestliği ve mal ve hizmetlerin homojenliği şartlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi şarttır<sup>202</sup>. Mesela dışsallık olmayacak, kişiler karşılıklı menfaatlerine hizmet eden bir mübadele olasılığının varlığı halinde herhangi bir maliyete katlanmadan anlaşmaya varacaklardır. Ayrıca ekonomik teoride açıkça bahsedilmemekle birlikte, tüm kaynaklar üzerinde özel mülkiyetin (*hak sahipliğinin*) tesis edilmiş olması da gerekir<sup>203</sup>. Gerçek hayatta bu şartların tamamına sahip piyasa olmadığı gibi; tüm ekonomide bu şartların gerçekleşmesi büsbütün

---

<sup>199</sup> PINDYCK/RUBINFELD, s.577; MICELI, s.30; MERCURO/MEDEMA, s.44

<sup>200</sup> MICELI, s.30; PINDYCK/RUBINFELD, s.577,578

<sup>201</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.370; PINDYCK/RUBINFELD, s.577,578; MICELI, s.30; MANKIW, s.5; POLINSKY, s.119

<sup>202</sup> Krş. PARASIZ, s.158, SEIDENFELD, s.35 vd.; PINDYCK/RUBINFELD, s.252,253; POLINSKY, s.87,88; MERCURO/MEDEMA, s.13,14

<sup>203</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4; SCHAFFER/OTT, s.7

imkânsızdır<sup>204</sup>. Bu nedenle piyasalar hiçbir zaman “*pareto optimum*” dengeye gelmeyecektir<sup>205</sup>. Teoremin ortaya koyduğu belki de tek şey kaynakların etkin kullanılmadığı ve sosyal refahın maksimize edilmediğidir. İşte bu noktada, piyasa paradigmasının hukuk ve ekonomi akımında neden bu kadar önem taşıdığı sorusu akla gelmektedir. Aşağıdaki başlık altında bu soruya yanıt arıyoruz.

### c. Piyasa Paradigmasının Önemi: Piyasa Aksaklıkları

Bu soruya verilebilecek ilk yanıt, bu yaklaşımın normatif analize genel bir çerçeve çizmesi ve bir perspektif sunmasıdır. Kısaca açıklamaya çalışalım. Sosyal refahın maksimize olduğu kabul edilen durum ve bunun şartları hakkında bilgi sahibi olmak, ekonomik bakış açısını kavramak açısından büyük öneme sahiptir. Zira hâkim olan yaklaşım, sorunların analizinde bu modeli “*referans*” noktası olarak almaktadır<sup>206</sup>. İlk olarak bu model, en azından yakın şartlara sahip piyasalar bakımından<sup>207</sup> üretici ve tüketicilerin davranışlarına ışık tutmaktadır<sup>208</sup>. Dolayısıyla tam rekabet modeli ekonomik analizde önemli bir analitik araç vazifesi görmektedir. Yukarıdaki kira yasası bunun örneğidir. Fakat hukuk ve ekonomi öğretisi açısından daha da önemli olan, bu modelin, devletin piyasalara müdahalesi ve hukukun ekonomik açıdan oynaması gereken role dair genel bir çerçeve çizmesidir<sup>209</sup>. Yani ekonomik etkinliği temel alan hukuk politikası açısından bakıldığında zaman, devletin hukuk kuralları ile müdahalesinin gerekliliği ve

---

<sup>204</sup> COOTER/ULEN, s.43; PARASIZ, s.158; PINDYCK/RUBINFELD, s.590; SEIDENFELD, s.35; SCHAFFER/OTT, s.7

<sup>205</sup> Teknik ayrıntılara girmeksizin tam rekabet ve pareto optimum durumun koşullarının aslında yukarıda sayılanlardan ibaret olmadığını, daha kısıtlayıcı olduğunu belirtelim (bkz. bu konuda PARASIZ, s.287 vd.; PINDYCK/RUBINFELD, s.590,591;300; SEIDENFELD, s.54)

<sup>206</sup> COOTER/ULEN, s.44; SCHAFFER/OTT, s.7; krş. JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.317,371; PINDYCK/RUBINFELD, s.574; COLE/GROSSMAN, s.13

<sup>207</sup> Her ne kadar tam rekabetin kısıtlayıcı şartları nedeniyle buna %100 uygun piyasalardan bahsedilemese de, yakın şartlara sahip piyasalar tam rekabet piyasası gibi ele alınmaktadır. Örneğin tarım ürünlerini konu alan piyasaların, tam rekabet koşullarını taşıdığı varsayılmaktadır. Bu ekonomi bilimindeki pragmatizmin diğer bir örneğidir.

<sup>208</sup> COOTER/ULEN, s.44; PINDYCK/RUBINFELD, s.252,253; SEIDENFELD, s.35 MANKIWI, s.65

<sup>209</sup> COOTER/ULEN, s.44; krş. COLE/GROSSMAN, s.13 vd.

meşruiyeti, bu modele göre belirlenir. Tam rekabet şartlarından bir ya da birkaçının yokluğu, piyasaların aksamasına ve sosyal açıdan istenen sonucun ortaya çıkmamasına yol açar. İşte devlet ancak bir aksaklığın varlığı halinde müdahale etmeli ve hukuk kuralları ile “*piyasa aksaklığını*” (*market failure*) düzeltmelidir<sup>210</sup>.

Dikkat edileceği üzere, tam rekabet şartları “*ideal*” olan durumu ifade ettiği için, aslında piyasaya müdahaleyi meşru kılacak aksaklığın var olup olmadığı, kategorik olmaktan çok bir “*derece*” sorunudur. Modelin şartlarını tam olarak taşımasa bile, temel özellikleri bakımından buna yakın piyasalara hukuki müdahalenin uygun olmadığı, zira bizatihi müdahalenin bünyesel sorunları nedeniyle çözüm getirmeyeceği ileri sürülmektedir<sup>211</sup>. Yani piyasa aksaklığın ağır ve önemli olması, ayrıca hukuk kuralları bunu çözmeye elverişli bir araç olmalıdır. İlk dikkate alınması gereken unsur ise, aksaklığın ne ölçüde refah kaybına yol açtığıdır. Diğer önemli bir parametre ise, hukuki müdahalenin neden olacağı maliyetlerdir<sup>212</sup>. Ekonomik açıdan ideal bir yaklaşım, doğal olarak asgari maliyetle piyasa şartlarının iyileştirilmesidir<sup>213</sup>. Görüldüğü gibi ekonomik etkinlik açısından hukuka biçilen çerçeve rol, piyasa aksaklığının bulunduğu haller ile sınırlıdır. Atfedilen amaç ise aksaklığın neden olduğu refah kaybının telafisidir.

Hangi hallerde piyasa aksaklıklarından söz edilebileceği ise, tam rekabet için aranan şartlardan çıkarılabilir. Nelerin piyasa aksaklığı olduğu tartışılabilirse de,

---

<sup>210</sup> MANKIW, s.11; COOTER/ULEN, s.44; SEIDENFELD, s.61; MERCURO/MEDEMA, s.15

<sup>211</sup> MANKIW, s.11; bu sorunlar hakkında bkz. PARASIZ, s.331 vd.

<sup>212</sup> Esasen bu, hukuk ve ekonomi öğretisindeki normatif yaklaşımın esas aldığı KH etkinlik ölçütünü ifade eder. Yani ilk aşamada tam rekabet modeli çerçevesinde, hangi şartlar altında yasal müdahalenin gerekli olduğu tespit edilmekte, ikinci aşamada yasal müdahalenin somut olayda ekonomik açıdan etkin olup olmayacağı yarar ve maliyetleri muhasebe edilerek belirlenmektedir.

<sup>213</sup> Şüphesiz iyileştirilmesi ile kastedilen aslında mümkün mertebe optimum ya da marjinal koşulların sağlanmasıdır. Örneğin fiyatların marjinal maliyetlere yaklaşması amaçlanır. Fakat bu koşulların iyileştirilmesinin son tahlilde sosyal refahı artırıp arttırmadığı tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen “*en iyi ikinci teorisi*” (*theory of second best*) piyasa paradigmasını sorgulamakta ve olduğunca çok piyasada marjinal koşullarının sağlanmasının, piyasalar arasındaki bağımlılık ilişkisi nedeniyle sosyal refahın artmasına neden olmayabileceğini ileri sürmektedir (PARASIZ, s.293 vd.; HARRISON, s.77,78).

“tekelleşme”<sup>214</sup>, “bilgi eksikliği”<sup>215</sup>, “dışsallık”<sup>216</sup> ve “işlem maliyetleri”<sup>217</sup> başlıca aksaklık

<sup>214</sup> Hatırlanacağı üzere tam rekabet modelinde, piyasadaki fiyatı etkilemeyecek sayıda alıcı ve satıcının bulunması şartı aranıyordu. Bu modelde fiyat üreticiler için bir veri idi. Oysa gerçek hayatta, pek çok piyasada bu ideal durum karşımıza çıkmaz. Piyasadaki yapı, firmaların fiyatı etkilemesine olanak sağlayabilir. Bu durum “piyasa yoğunlaşması” olarak adlandırılmaktadır. Yoğunlaşma, tekel, kartel ya da oligopol şeklinde karşımıza çıkabilir. Bunun temel sakıncası, bu piyasalarda olması gerekenden daha az üretimin yapılması ve fiyatın yüksek seyretmesidir. Yani tam rekabet şartlarındaki fiyatın marjinal maliyete eşitliği söz konusu değildir. Bu ise kaynakların tahsisinde etkisizliğe neden olmaktadır ve refah kaybına neden olmaktadır. (tekelleşmenin neden olduğu sosyal maliyet hakkında bkz. SANLI, Tekelci Fiyatlandırma, s.84-86).

<sup>215</sup> Tam rekabet modelinde, kişinin mübadelelere girerken davranışlarının sonuçları hakkında bilgisinin olduğu varsayılmaktadır. Fakat gerçek hayatta mübadele tarafları arasında “ciddi” bilgi asimetrisi ya da tarafların bilgisizliği söz konusu olabilir. Bu durumun doğal sonucu ise, tarafların karşılıklı menfaatlerine hizmet eden mübadeleler yapamaması ve kaynakların etkin tahsis edilmemesidir. Dolayısıyla hukukun bilgi sorununu azaltacak şekilde düzenlemeler öngörmesi, mübadelelere dayanan piyasa sistemi açısından hayati önem taşır.

Bilgi asimetrisi açısından ilginç bir noktaya dikkat çekelim. Mübadelenin tarafları arasında bir dereceye kadar asimetri olması doğaldır. Mesela, satıcı malını alıcıdan daha iyi tanıyabilir ve bu özel bilgiyi mübadele öncesi pazarlıklarda lehine kullanır. Fakat pek çok halde piyasanın kendi dinamikleri, bilgisizliği sorun olmaktan çıkarır. Ama bazen bu piyasanın işleyişini tehdit edebilir. Doktrinde *“aşağı doğru rekabet”* olarak da adlandırılan bu duruma, ikinci el araba piyasası ve turistlerin ziyaret ettiği restoranların sunduğu hizmetler örnek gösterilmektedir (*market for lemons*). Kısaca özetleyelim. İki kurgu düşünelim. Bunlardan ilkinde, kasabaların ziyaret ettiği lokal bir restoran bulunsun. Eğer restoran herhangi bir nedenle iyi hizmet veremezse, müşteriler kısa süre içerisinde bu durumun farkına varırlar ve piyasadaki bilgi akışı sonucunda bu restoran hızla müşterilerini ve piyasa payını diğer lokantalara kaptırır. İşte bu durum, restoran sahibinde, hizmet kalitesini belirli bir seviyede yönünde kuvvetli bir saik yaratır (reputasyon kaygısı). Şimdi bir de sadece turistlerin ya da seyahat edenler uğradığı bir restoran tasavvur edelim. Eğer restoran sahibi, herhangi bir nedenle hizmet kalitesini düşürürse, bu tüketicileri olumsuz etkilese bile, bu durum restoranın gelirini olumsuz bir şekilde etkilemez. Zira, tüketiciler arasında bu lokantanın hizmet kalitesine dair sağlıklı bir bilgi akışı olmaz. Doğal olarak bu durumda piyasa, lokanta sahiplerini kaliteli hizmet sunmaları yönünde baskı kuramaz. Bilakis etkinin tam aksi yönde olduğu beklenmelidir. Örneğin bir restoran sahibinin daha kaliteli hizmet sunmak istediğini varsayalım. Bu durum doğal olarak maliyetlerini ve fiyatlarını bir ölçüde arttırır. Fakat bu lokanta piyasaya kalite sinyali veremezse, bu farktan haberdar olmayan tüketiciler, doğal olarak diğer lokantaları tercih edecektir. Zira varsayım olarak onlar daha ucuza hizmet sunmaktadırlar. Hatta rekabet burada sona ermeyecek, kalite sinyalinin algılanmadığını gören restoran sahipleri, fiyat açısından daha ucuz ama kalite açısından daha da kötü servis yapma eğilimi göstereceklerdir. Görüldüğü üzere bu gibi hallerde restoran sahipleri arasında aşağı doğru bir rekabet vardır ve sunulan hizmetin kalitesi her zaman düşük olacaktır. Benzer durum ikinci el oto piyasası açısından da geçerlidir. Bu gibi hallerde, devlet doğrudan ya da dolaylı olarak *üstün bilgiye sahip tarafı* bilgi sağlama yönünde teşvik ederek aksaklığı giderebilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. AKERLOF G. “The Market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 84 (1970), s.488-500).

<sup>216</sup> İdeal model, ekonomik faaliyetlerin neden olduğu tüm yarar ve zararların sözleşmelerin şartlarına ya da fiyata yansıtılarak taraflarca içselleştirileceğini, örneğin 3. kişilerin aktivitelerden olumsuz etkilenmeyeceğini varsaymaktadır. Tabii ki bu gerçekçi bir varsayım değildir. Gerçek hayatta kişiler, bilinçli ya da bilinçsiz olarak sözleşme dışı ilişkiler ile 3. kişilerin faydasını olumlu ya da olumsuz etkilemektedir. İşte piyasa fiyatlarına yansıtılmayan maliyet ve fayda, “dışsallık” olarak adlandırılmaktadır. “Pozitif” ve “negatif” olmak üzere iki tür dışsallıktan bahsedilebilir. “Pozitif dışsallık”, faaliyetin diğer kişilerin faydasını arttırması, fakat faaliyet sahibinin bundan tam olarak yararlanamaması halidir. Örneğin denizlerdeki fenerler gibi kamusal mallar, pozitif dışsallık örneğidir. “Negatif dışsallık” ise, kişinin 3. kişiler üzerinde rızaya dayanmayan maliyetlere neden olması halidir. Çok yaygın olarak karşımıza çıkan bu durumun tipik örneği, çevrenin kirletilmesidir. Belirtelim ki hukukun ekonomik analizinde dışsallık önemli bir yer tutar ve haksız fiiller de

nedenleri olarak sıralanabilir.<sup>218</sup>. Bu kavramlar dikkatle incelendiği zaman, pozitif hukuktaki pek çok yasal düzenlemenin bu perspektif ile açıklanmasının mümkün olduğu görülebilir. Mesela piyasadaki tekelleşme riski, rekabet hukuku ve bazı düzenleyici kurulların varlık nedenini, eğitim, adalet ve milli savunma gibi piyasalardaki pozitif dışsallıklar devletin bu alanlardaki varlığını açıklamaktadır<sup>219</sup>. İşlem maliyetleri, bilgi eksikliği ve olumsuz dışsallıklar ise, marka hukuku, fikri/sınaî hukuk, sözleşmeler hukuku ve çevre hukuku gibi çok sayıda hukuki düzenlemenin ekonomik gerekçesini oluşturmaktadır. Örneğin bu perspektiften bakıldığı zaman, haksız fiil hukukunun, diğer pek çok hukuk dalı gibi varlık nedeni, olumsuz dışsallık sorununun çözümlenmesidir. Tazminat, piyasa işlemleri tarafından içselleştirilmeyen maliyetleri fiyatlandırmakta ve kaynakların etkin tahsis edilmesine hizmet etmektedir<sup>220</sup>.

Fakat yine de, piyasa aksaklığını temel alan bu yaklaşımın, pozitif olarak hukuk sistemini açıklama yeteneğinin sınırlı olduğunu belirtelim. Bu durumun bariz bir nedeni, devlet müdahalesi ve hukukun sadece ekonomik kaygılara dayanmamasıdır. Kanun koyucu ekonomik olmayan nedenlerden dolayı da düzenlemeler yapmaktadır. Diğer bir neden ise, ekonomik kaygıların önemli olmasına rağmen, ekonomik etkinliğin tek veya nihai amaç

---

dâhil olmak üzere, pek çok hukuki problem, ekonomik açıdan dışsallık olarak nitelendirilerek meseleye yaklaşılır. Bkz. İkinci Bölüm §2/I

<sup>217</sup> Tam rekabet modelinde mübadelelerin sosyal refahı maksimize edebilmesi önünde engellerin olmaması gerektiği belirtilmişti. Oysa bizatihi işlem yapmanın külfet ve zorlukları, yani “işlem maliyetleri” (*transaction cost*), çoğu kez her iki tarafın da yararına olan mübadelelerin yapılmasını engeller. Akit tarafın bulunması, müzakere aşaması, sözleşmenin kaleme alınması, stratejik davranışlar, ifanın denetimi, hukuki sorunların çözümlenmesi gibi olguların her biri işlem maliyetleri olarak görülebilir. Bu maliyetlerin azaltılması, mübadelelerin yaygınlaşmasına, bu ise tahsis etkinliğinin sağlanarak sosyal refahın artmasına neden olacaktır. Nitekim hukukun ekonomik analizinde hukuk kurallarına atfedilen en önemli rollerden biri, işlem maliyetlerinin azaltılmasıdır. Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>218</sup> SEIDENFELD, s.61 vd; krş. MICELI, s. 31,32; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s..329-365; COOTER/ULEN, s.44-47; PARASIZ, s.300 vd.; PINDYCK/RUBINFELD, s.593,594

<sup>219</sup> Bazı kaynakların özel mülkiyete elverişli olmaması, bir diğer piyasa aksaklığı nedenidir. Ekonomide bunlar “*kamusal mal*” (*public good*) olarak adlandırılmaktadır. Özel mülkiyete elverişsizliğin nedeni, malların 3. kişiler tarafından kullanımının malın değerini azaltmaması (*non rivalrous consumption*) ve daha önemlisi, malın gösterdiği özellikler nedeniyle, bunu sağlayan kişinin bu tür kullanımları önleme imkânının olmamasıdır (*non excludability*). Milli savunma, adalet, bayındırlık hizmetleri bunların tipik örneğidir.

<sup>220</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/I; §2/II ve §2/II/E



olarak görülmemesidir. Kira yasası örneğinde olduğu üzere, dağılımsal amaçlar veya gelir adaletinin sağlanması kaygısı, her zaman hukuk politikasında önemli yer tutmuştur<sup>221</sup>. Dolayısıyla bu paradigmanın hukuku pozitif olarak izah ettiğini ileri sürmek mümkün değildir. Fakat bu bakış açısı, devletin piyasalara müdahalesine ilişkin genel ve tutarlı çerçeve çizerek, hukuk bilimine önemli bir katkı sağlama potansiyeline sahiptir.

### 3. Kaldor-Hicks Etkinliği ve Servet Maksimizasyonu

#### a. Kavramlar

Gerçek hayatta izlenen politikalar, bazı kişilerin kazançlı çıkmasına, bazılarının ise zarar görmesine yol açar. Bu ise pareto ölçütünün tatbik imkânını ortadan kaldırır. Bu durum, ekonomistleri işlevsel bir ölçüt arayışına itmiştir. Bunun sonucunda “*potansiyel pareto*” olarak da adlandırılan “*Kaldor-Hicks etkinliği*” (KH) ölçütü ortaya atılmıştır<sup>222</sup>. Buna göre, bir işlem ya da politikadan olumlu şekilde etkilenen kişiler, olumsuz etkilenen kişileri *potansiyel* olarak telafi edebiliyor ve geriye net *refah* kalıyorsa, o işlemin “*Kaldor-Hicks*” (KH) ölçütüne göre etkin olduğu kabul edilir<sup>223</sup>. Görüldüğü gibi pareto ölçütündeki gibi değişiklikten herkesin olumlu etkilenmesi ya da rızası gerekli değildir. Böylelikle rızaya dayanmayan işlemler de etkinlik ölçütüne göre değerlendirilebilir hale gelmektedir. Bu, normatif analize geniş uygulama alanı kazandırmaktadır<sup>224</sup>. Dikkat çekilmesi gereken

---

<sup>221</sup> MANKIW, s.11

<sup>222</sup> Bu ölçüt KALDOR ve HICKS adında iki iktisatçı tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. KALDOR Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, The Economic Journal, Vol.49, 1939, s.549-553; HICKS J. R., “The Foundations of Welfare Economics”, The Economic Journal, Vol.49, 1939, s.696-712;

<sup>223</sup> COOTER/ULEN, s.48; SEIDENFELD, s.55; COLE/GROSSMAN, s.12; MERCURO/MEDEMA, s.19; HARRISON, s.59; MICELI, s.6; BARNES/STOUT, s.16; ZERBE, s.5; SCHAFER/OTT, s.30

<sup>224</sup> Özellikle 19. yy.’ın sonunda hâkim olan ordinalist/pozitivist yaklaşım nedeniyle normatif sorunlar karşısında sessiz kalan ekonomi bilimi, bu ölçütün ortaya atılması ile birlikte bir anlamda tekrar işlerlik kazanmıştır.

diğer bir nokta, işlemden olumsuz etkilenen kişilerin fiilen telafisinin gerekmemesidir<sup>225</sup>. Önemli olan potansiyel telafiyi mümkün kılacak ölçekte net refah yaratılmasıdır<sup>226</sup>.

KH ölçütü, herkesin rızasını aramadığına göre, somut işlemin “*net refah*” artışına yol açıp açmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla faydanın ölçümü ve mukayesesi kaçınılmazdır. Bu noktada, KH ölçütünün hukuk ve ekonomi öğretisindeki tatbikatı, refah ekonomisinden ayrılmaktadır<sup>227</sup>. Yöntem aynı olmakla kavramsal temel “*refah*” değil “*servet*” (*wealth*) kavramıdır. Kısaca belirtmek gerekirse, KH ölçütünde, fayda yerine esas alınan, mal ve hizmetlere atfedilen ekonomik değerdir. Ölçüm ve toplam sorunu, atfedilen değerlerin ortak bir payda üzerinden ifade edilmesi ile çözümlenmekte ve tahmin edileceği üzere para birimi, örneğin YTL, kullanılmaktadır<sup>228</sup>. Bu bağlamda verilen değer, “*ödemeye hazır para miktarı*” (*ya da mala sahip bulunduğu bir durumda, bundan vazgeçilmesi için “talep edilen para miktarı”*) ile eşitlenmektedir. Mukayese sorunu ise paranın herkes için aynı değeri taşıdığı kabul edilerek çözümlenmektedir (*sole owner*

---

<sup>225</sup> Burada telafi ile kastedilen, işlemden olumsuz etkilenen kişilerin nakdi veya aynı tazminat yolu ile en azından değişiklikten önceki duruma getirilmesi, yani iki durum arasında kayıtsız olmasıdır. Fakat KH ölçütü “*potansiyel*” telafiyi yeterli görür. Eğer zaten böyle bir telafi zorunluluğu olsa idi, KH ile pareto ölçütleri arasındaki fark olmazdı. Bu aynı zamanda KH ölçütünün neden “*potansiyel pareto*” olarak adlandırıldığını da açıklamaktadır. Telafinin ödenmesinin gerekli görülmemesinin altında yatan düşünce ise, telafinin bir paylaşım ya da dağılım sorunu olarak olup, bunun ekonomik değil politik bir mesele olduğudur. Dolayısıyla telafi ya da gelir paylaşımına karar vermesi gereken ekonomistler değil, siyasal iktidarlardır. Böylece KH ölçütü, bir anlamda kişilerarası fayda mukayesesinin mümkün olmaması prensibi ile meşru kılınmaya çalışılmış, ölçüt değeri yargılarından soyutlayarak, daha sağlam bilimsel temele oturtulmak istenmiştir.

<sup>226</sup> Burada belki iki ölçüt arasında önemli bir fark, işlem maliyetleri nedeniyle KH ölçütüne göre etkin sayılan bir politikanın, pareto ilerlemesi sayılmamasıdır. Zira işlem potansiyel olarak net refah yaratsa bile, olumsuz etkilenen kişilerin telafi edilerek rızalarının aranması bir takım maliyetlere neden olur ve bu maliyetler potansiyel refah artışını ortadan kaldırabilir.

<sup>227</sup> Yukarıda vurgulandığı üzere refah ekonomisinde önem taşıyan fayda ve faydaların toplamından oluşan sosyal refah kavramıdır. Her ne kadar farklı ekonomik değer ya da servet gibi farklı kavramlar ikame ediliyorsa da nihai amaç her zaman fayda/refahın maksimize edilmesidir. Dolayısıyla analizde ekonomik değerlerin esas alınması, analitik kolaylık ve açıklık sağlama kaygısına dayanır. Yoksa servet ya da ödeme gücü desteklenen tercihler, refah ve faydayı ikame etmez. Nitekim refah ekonomisi açısından KH ölçütü de fayda temeline dayanır. Dolayısıyla “*servet*” refah ekonomisi kavramı değildir (bkz. SHAVELL, Foundations, s.667).

<sup>228</sup> Bu aşamada “*para*” kavramına kısaca değinelim. Görüldüğü gibi para birimi kullanılmasının temel nedenleri, kişinin herhangi bir şeye verdiği değeri daha kolay ifade etmesine ve tek bir payda olması itibarıyla ölçüm ve mukayeseye imkân vermesidir. Dolayısıyla para aslında verilen değeri gösteren bir araçtan başka bir şey değildir. Aslında para yerine başka bir ortak payda, örneğin elma ya da armut da kullanılmaktadır. Fakat bu takdirde, diğer malların, paraya kıyasla kişiler için farklı değerleri ifade etmesi söz konusu olacaktır.

*principle*)<sup>229</sup>. Görüldüğü üzere, gibi fayda yerine “*ödemeye hazır olduğu para miktarı*” veya “*ekonomik değer*” (*economic value*) ikame edilmiştir. Hukuk ve ekonomi doktrininde benimsenen bu yaklaşım “*servet maksimizasyonu*” (*wealth maximization*) olarak anılmaktadır<sup>230</sup>. Bu itibarla maksimize edilen doğrudan sosyal refahın kendisi değil, para birimi ile ifade edilen “*servet*”tir<sup>231</sup>.

Arz ettiği önem açısından “*servet*” ile neyin kastedildiğini açıklayalım. Servet, kişilerin değer verdiği her türlü şeyin para birimi üzerinden ifade edilmesidir<sup>232</sup>. Sadece piyasalarda tedavül eden mal ve hizmetler değil, toplumun değer verdiği, elde etmek için para ödemeye hazır olduğu her şey servet kapsamına girmektedir. Bu itibarla yalnız maddi değil, manevi değerler de servetin kapsamındadır. Neyin servetin kapsamına girdiği ise, kişi tercihlerine göre belirlenir. Buradaki yegâne koşul, tercihin ödeme gücü ile desteklenmesidir. Özetle servet temeline dayalı KH etkinliği, toplumda önem verilen maddi ve manevi her türlü değer, bunlara en fazla para ödemeye hazır olan kişilere tahsis edilmesini veya tercihe dayanan servetin maksimize edilmesini ifade etmektedir<sup>233</sup>. Görüldüğü gibi, “*servet*” geniş kapsamlı olsa da, refah kavramından farklıdır<sup>234</sup>. Bu açıdan ideal olmadığı açıktır. Fakat servet, faydanın mahiyetinden kaynaklanan sorunları büyük ölçüde ortadan kaldırmakta ve etkinlik kavramını işlevsel kılmaktadır.

Servet temeline dayanan KH ölçütünün mübadele ve piyasalar bağlamında uygulanması herhangi bir özellik arz etmez. Zaten piyasalarda kaynaklar ödeme gücü ile desteklenen tercihlere göre tahsis edilmektedir. Dolayısıyla piyasalar aynı esaslar dâhilinde refahı da, serveti maksimize eder<sup>235</sup>. Burada belki de yegâne farklılık, en azından teorik

---

<sup>229</sup> SCHAFFER/OTT, s.31,32

<sup>230</sup> POSNER, s.12; BARNES/STOUT, s.6; MERCURO/MEDEMA, s.59; SCHAFFER/OTT, s.31

<sup>231</sup> POSNER, s.13; MICELI, s.6

<sup>232</sup> Krş. SEIDENFELD, s.40; BARNES/STOUT, s.9

<sup>233</sup> Yani aslında bir anlamda, servet maksimizasyonu, servetin değerinin maksimize edilmesidir.

<sup>234</sup> SHAVELL, Foundations, s.668

<sup>235</sup> Kira örneği çerçevesinde bu ifade edilenleri somutlaştıralım. Yukarıdaki kira örneğinde sizin eve 800 YTL değer biçtiğinizi, A'nın ise ev için en fazla 1400 YTL ödemeye hazır olduğunu belirtmiştik. Bu sözleşme bu iki rakam arasında herhangi bir noktada akdedildiği takdirde, 600 YTL'lik bir artı değer yaratılmaktadır.

olarak, yaratılan servetin ölçüm ve dağılımı hakkında niceleyici değerlendirmenin daha kolay yapılabilmesidir<sup>236</sup>. Nitekim klasik ekonomik yaklaşım, paranın tedavül ettiği piyasalarda normatif analizi “değer” veya “servet” esasına dayandırmaktadır<sup>237</sup>. Ekonomik doktrinde sıklıkla karşılaşılan “ekonomik artı değer”<sup>238</sup> (*economic surplus*) ya da “tekelin refah kaybı”<sup>239</sup> (*welfare loss of monopoly*) ifadeleri aslında servet ile ilintilidir<sup>240</sup>.

Fakat KH ölçütünün asıl uygulama alanı, rızaya dayanmayan ve bazı kimseleri olumsuz etkileyen işlem ve politikalar bakımındandır. Temel yaklaşım esasen basittir. KH ölçütüne göre bir işlemin etkin olabilmesi için, olumlu etkilenen kimselerin, olumsuz etkilenen kimseleri telafi edecek ölçüde yarar sağlaması gerekir. Yarar ve zararın ölçüsü ise, kişilerin değişikliğe atfettiği değere göre belirlenmekte, olumlu etkilenen kişilerin, işlemin neden olduğu sonucu elde etmek için “ödemeye hazır olduğu bedel”in (WTP),

---

Örneği değiştirelim; sözleşme görüşmeleri devam ederken eve 1700 YTL vermeye hazır olan B'nin araya girdiğini ve 1500 YTL önerdiğini varsayalım. Bu durumda B'nin bu teklifi, A'yı saf dışı bırakacak ve evin kiracısı B olacaktır. A'nın olumsuz etkilenmesi nedeniyle, sözleşme pareto ölçütüne etkin değildir (*tart.*). Buna karşılık KH ölçütü açısından işlem etkindir. Zira B ile imzalanan sözleşme 600 değil, 900 TL refah artışı yaratmıştır. Prensipte olarak B'nin bu artı değerden daha fazla zarar gördüğü söylenemez. Zira paranın arz ettiği değer herkes için aynı olduğuna göre, daha fazla zarar görseydi ya da evden daha fazla fayda sağlayacak olsa idi, daha fazla bedel ödeyerek evi kiralayabileceği söylenebilirdi. Dolayısıyla potansiyel telafi de mümkündür.

<sup>236</sup> Örneğin yukarıdaki kira sözleşmesinde kiralayanın evi 800 YTL'den kiralamaya hazır olduğu, A'nın ise eve 1400 YTL bedel ödemeye hazır olduğunu belirtmiştik. Burada sözleşme 600 YTL'lik artı değer ya da servet artışı yaratma potansiyeline sahiptir. 1100 YTL üzerinden anlaşma olduğu bir durumda bu artı değer eşit olarak paylaşılmıştır. Yani tüketicisi artışı ile üreticisi artışı eşittir. Oysa servet yerine faydanın esas alındığı bir durumda, kimin ne kadar fayda sağladığı ya da yaratılan toplam faydanın ne olduğu hakkında kantitatif bir değerlendirme yapmak mümkün olmayacak, sadece sözleşmenin pareto ölçütüne göre etkin olduğundan bahsedilecekti. Nitekim bu sonuç, refahı değil serveti esas alan etkinlik ölçütünün temel avantajıdır.

<sup>237</sup> Krş. MANKIW, s.142, 147; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.317

<sup>238</sup> Burada tüketicilerin mal ve hizmetler için ödemeye hazır olduğu para miktarı ile üreticilerin maliyetleri arasındaki fark “ekonomik artı değeri” belirtmektedir. Normatif analiz de bunu esas almaktadır. Piyasa fiyatı ile tüketicilerin mal veya hizmetlere verdiği maksimum değer toplamı arasındaki fark, “tüketici artışı”nı (*consumer surplus*), bu fiyat ile üreticilerin talep ettiği minimum fiyat (ya da fırsat maliyeti) arasındaki fark ise “üretici artışı”nı ifade etmektedir (MANKIW, 138 vd.; SEIDENFELD, s.16,17, PINDYCK/RUBINFELD, s.123-125, 269,276).

<sup>239</sup> Tekel ya da monopolun toplumsal açıdan sakıncalı görülmesinin temel nedeni, sosyal refahta azalmaya neden olmasıdır. Burada refah ile kastedilen ise, rekabetçi piyasada ortaya çıkması beklenen ekonomik artı değer, yüksek fiyat ve talepteki daralmaya bağlı olarak küçülmesidir (bu konu için bkz. Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s.85). Bu ise servet temeline dayanan bir değerlendirmedir.

<sup>240</sup> Nitekim bazı yazarlar aslında KH etkinliğinin, “*Marshal etkinliği*” kavramından farklı olmadığını, her ikisinin de aynı anlama geldiğini belirtmektedir (FRIEDMAN, s.18).

olumsuz etkilenen kimselerin zarar verici sonuca rıza göstermesi için “*talep ettikleri bedel*”den (WTA) daha yüksek olması şartı aranmaktadır<sup>241</sup>. Olumlu etkilenenlerin toplamda daha fazla bedel ödemeye hazır olması durumunda, toplumun işleme daha fazla değer verdiği, bir anlamda bunun sonuçlarını satın almaya hazır olduğu söylenebilir. Dikkat edilirse bir anlamda yapılmaya çalışılan, piyasa sonuçlarının taklit edilmesi, tabiri caizse “*yapay piyasa*” yaratılmasıdır<sup>242</sup>. Bu metot ise, aslında piyasa perspektifinden maliyet-yarar analizinin (*cost-benefit analysis*) bir görünümüdür<sup>243</sup>.

Bu ifade edilenler çerçevesinde, servet temeline dayanan KH ölçütünün dört temel özelliği bulunmaktadır. Bunlardan ilki, prensip olarak değerlendirilmede kişilerin tercihlerinin esas alınması, ikinci olarak tercihlerin ödeme gücü ile desteklenmesi zorunluluğu, üçüncü olarak olumsuz etkilenen kişilerin “fiilen” telafi edilmemesi ve nihayet değerlemelerde farklı referans noktalarının esas alınmasıdır. Her ne kadar serveti temel alan KH ölçütü, işlevselliğe dair sorunları bertaraf ediyorsa da, tartışmalı denebilecek pek çok özelliği bünyesinde barındırmaktadır. Aşağıda bu sorunlara yer veriyoruz.

## **b. Sorunlar**

İlk sorun, servetin, sosyal refahın “ideal” olmayan ikamesi olmasıdır<sup>244</sup>. Gerçi servet ile refah arasında bir pozitif korelasyon olduğunda şüphe yoktur. Bilhassa servetin geniş kapsamı olması nedeniyle, servetin, refah ya da mutluluğun bir aracı olduğu, hatta en

---

<sup>241</sup> Bu son özelliğe ilişkin olarak çeşitli yöntemlerin kullanılabilceğini, hukuk ve ekonomi doktrininde genellikle tercih edilenin ise “*telafi varyasyonu*” (*compensation variation*) olduğunu belirtelim. Buna göre, işlemde olumsuz etkilenen kişilerin, değişikliğin yapılması için ödemeye hazır olduğu maksimum tutar (WTP), olumsuz etkilenen kimselerin ise değişikliğe rıza göstermeleri için talep ettiği minimum tutar (WTA) esas alınmaktadır. Buna karşılık ihtilaf konusu kaynak ya da değer üzerinde herhangi bir hak sahipliği ya da psikolojik bağlılık söz konusu değilse, o zaman sadece (WTP) değeri esas alınır ve en fazla bedel ödemeye hazır olan taraf kaynak üzerinde hak sahibi sayılır. Belirtelim ki tutarlı olması kaydıyla değerlendirilmede farklı yöntemler kullanılabilir.

<sup>242</sup> Bir anlamda “*İşlem maliyetlerinin olmadığı bir durumda, rıza dışı işlemde etkilenen kişiler bir araya gelip işlemin sonuçlarını sağlayan bir anlaşma yapar mıydı ya da bu tür bir piyasa oluşur muydu?*” sorusunun cevabının aranmasıdır (POSNER, s.16).

<sup>243</sup> MERCURO/MEDEMA, s.19; COOTER/ULEN, s.48; MICELI, s.6

<sup>244</sup> HARRISON, s.59; SHAVELL, Foundations, s.668

uygun aracı olduğu iddia edilebilir<sup>245</sup>. Servetin artması, diğer şartlar aynı kaldığı sürece, fayda ya da refahı olumlu etkiler. Fakat pek tabii ki son tahlilde bir şeye verilen değer, bu şeyden elde edilecek faydanın tam bir göstergesi olamaz. Bir kere para birimi herkese aynı faydayı sağlamaz. Yani 1000 YTL, fakir için de zengin için de 1000 YTL değildir. Azalan marjinal fayda prensibine göre, 1000 YTL'nin değeri farklı refah seviyesinde bulunan kişiler için farklıdır<sup>246</sup>. Oysa servet maksimizasyonu bu farklılıkları, pratik nedenlerden değil, teorik tutarlılık adına dikkate almaz. Bu açıkça azalan marjinal fayda prensibi ile çelişmektedir<sup>247</sup>. Bu çelişki, toplumsal düzlemde ele alındığı zaman, bu tür bireysel farklılıkların ortalama önemsiz kalacağı argümanı ile izah edilmektedir<sup>248</sup>.

Daha önemli bir sorun, tercihlerin ödeme gücü ile desteklenmesi zorunluluğu, değer ile fayda arasındaki korelasyonu zayıflatmaktadır. Zira ödeme gücü, belli bir malvarlığına sahip olmayı gerektirir. Kişinin değer verdiği herhangi bir şey için, etik kaygılar ya da bütçe kısıntısı gibi herhangi bir nedenle para ödemeye istekli olmaması halinde, onun bu tercihi servet denklemi içerisinde yer almaz. Somutlaştırmak gerekirse, bir evin kiralık olduğunu ve evin, biri evsiz bir fakir, diğeri zengin bir kişi olmak üzere iki müşterisi olduğunu varsayalım. Fayda temeline dayalı anlayış benimsenirse, evin fakir kişiye kiralanmasının refahı maksimize edeceği söylenebilir. Fakat servetin maksimize edildiği durum, evin fakir değil, tercihini ödeme gücü ile destekleyen kişi tarafından kiralanmasıdır. Ödeme gücünün olmaması, ne kadar güçlü olursa olsun tercihi ve muhtemel faydayı servet denklemi dışında bırakmaktadır<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> POSNER, s.16

<sup>246</sup> Örneğin bir işlemin 1 milyon YTL serveti olan kimsenin malvarlığında 1000 TL'lik bir artışa neden olduğunu, 1000 TL serveti olan kişide de 500 TL azalmaya neden olduğunu düşünelim. Paranın değerinin herkesi için aynı olduğu kabul edilirse, bu işlemin etkin olduğunda şüphe yoktur. Zira işlem 500 TL net servet artışına neden olmuştur. Buna karşılık sosyal refah perspektifinden bakılırsa, her ne kadar kesin şekilde belirtmek mümkün olmasa da, bu işlemin refahı azalttığı iddia edilebilir.

<sup>247</sup> SEIDENFELD, s.56, FRIEDMAN, s.22; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.470

<sup>248</sup> FRIEDMAN, s.23

<sup>249</sup> Krş. POSNER, s.13

Bu çarpıcı örnek, aslında ekonomik etkinlik ölçütü ile ilgili genel bir soruna da işaret etmektedir. Aynen pareto ölçütünde olduğu gibi, KH ölçütü de, kaynak ya da gelir dağılımı sorununu normatif analizin kapsamı dışında tutar. Bir kere sadece ödeme gücüne dayanan tercihlerin dikkate alınması, malvarlığına sahip olmayan kimselerin sosyal refah içerisindeki konumunu reddeder. Başlangıçta kaynakların adaletli dağılmadığı bir toplumda bu yaklaşımın çarpık sonuçları olduğu açıktır<sup>250</sup>. Ayrıca etkinlik açısından önemli olan servetin maksimize edilmesidir. Bunun nasıl paylaşıldığı dikkate alınmaz<sup>251</sup>. Kişiler arası fayda mukayesesinin mümkün kabul edilmemesi nedeniyle ekonomistin bu konuda söz söyleme yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Nihayet olumsuz etkilenen kimselerin telafi edilmemesi de, gelir dağılımı perspektifinden bakıldığında olumsuz bir başka olgudur. Özellikle kişinin malvarlığı üzerinde önemli etkisi olan değişikliklerde telafi şartının aranmaması, bu ölçütün meşruiyetini tehlikeye atmaktadır. Bu eleştiriler karşısında ileri sürülen tipik savunma ise şudur: Başka bir ölçüt yerine KH ölçütünün tercih edilmesi, toplumsal serveti artırır ve uzun vadede toplumun tüm kesimleri bu artıştan faydalanır<sup>252</sup>. Dolayısıyla uzun vadede, KH ölçütünün pareto üstün olduğu kabul edilir.

KH ölçütünün rızaya dayanmayan işlemler bakımından diğer bir olumsuzluğu ise, fayda yerine ödeme kabiliyetini esas almasına rağmen, uygulama güçlüğüdür<sup>253</sup>. Değerin subjektif niteliği nedeniyle kaynakların serveti arttıracak şekilde tahsis edilip edilmediği hususunda emin olunamaz<sup>254</sup>. Gerçi az sayıda kişinin etkilendiği ve/veya piyasada tedavül eden mal ve hizmetleri etkileyen işlemler bakımından önemli bir problem yoktur. Burada piyasa değerleri esas alınarak, kişilerin verdiği değerler yaklaşık olarak belirlenebilir<sup>255</sup>.

---

<sup>250</sup> POSNER, s.15; SEIDENFELD, s.56; BARNES/STOUT, s.11

<sup>251</sup> POSNER, s.15; SEIDENFELD, s.55; krş. POLINSKY, s.7

<sup>252</sup> MICELI, s.6

<sup>253</sup> SEIDENFELD, s.55; MICELI, s.6; POLINSKY, s.135

<sup>254</sup> POSNER, s.16; MANKIW, s.229; BARNES/STOUT, s.15

<sup>255</sup> Aslında piyasa değerlerinin esas alınması dahi en azından iki nedenden dolayı problematiktir. İlk olarak piyasa değeri, sadece mal ya da hizmete toplumun verdiği ortalama değeri ifade eder. Fakat ekonomi biliminde kişinin verdiği subjektif değeri esas alındığı için, bu değer piyasa değerine eşit olmaması ihtimali vardır. Örneğin bir arabanın piyasa değeri olsa bile, kişi o arabaya manevi nedenlerden dolayı fazla değer atfedebilir. Dolayısıyla rızanın alınmadığı hallerde piyasa değeri ile subjektif değer arasında fark oluşabilir (bu soruna haksız fiil hukukunda nasıl yaklaşıldığı hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/1/a). İkinci neden

Fakat özellikle piyasada tedavül etmeyen şeyler bakımından değerlendirilmesi son derece güçtür<sup>256</sup>. KH ölçütünün rıza aramaması nedeniyle son tahlilde değerlemenin ve dolayısıyla da analizin bir ölçüde tahmin ve keyfiyet içermesi oldukça muhtemeldir<sup>257</sup>. Tabiatıyla KH ölçütünün uygulama zorluklarına ilişkin tartışmalara yer vermek çalışmamızın kapsamını aşar<sup>258</sup>. Yalnız şu kadarını belirtelim; eksik yönlerine rağmen, bu ölçüt özellikle hukuk ve ekonomi akımında büyük ölçüde benimsenmektedir. Ayrıca değerlendirme güçlüklerinin, istatistik ve ekonometri biliminde yaşanan ilerlemeler sayesinde kısmen aşıldığı söylenebilir.

### §3. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinin Genel Özellikleri

Hukuk ve ekonomi öğretisinin ilk akla gelen özelliği, “*disiplinler arası*” karakteridir. Bunun bazı sonuçları bulunmaktadır. Mesela disiplinler arası çalışmaların, kendine özgü zorlukları vardır<sup>259</sup>. Her iki bilimin temel kavramları hakkında bilgi sahibi olmaksızın, bu alanda çalışma yapmak, hatta literatürü takip etmek güçtür. Terminoloji, metot, yaklaşım farklılıkları ve ön yargılar, bilimsel çalışmalara zemin oluşturacak ortak bir paydanın bulunmasını güçleştirir. Bu zorluklar hukuk ve ekonomi öğretisi açısından da geçerlidir. Fakat hukukçu açısından olumlu mahiyette bir saptama yapılabilir. Hukukun ekonomik analizi, ekonomist sıfatına sahip olmayı gerektirmez. Önemli olan sorunlara ekonomik açıdan bakabilme yeteneğinin kazanılmasıdır. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, ekonomik analiz basit sayılabilecek temeller üzerine inşa edilmiştir. Temel kavramlar ve bunlar arasındaki ilişki hakkında bilgi sahibi olmak, kanımca ekonomik bakış

---

ise, yürürlükteki hukukun, mal ve hizmetlerin mevcut piyasa değerlerini etkilemesidir (bkz. mesela Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ee). Yani fiyat ile hukuk sistemi arasında bir bağımlılık vardır. Dolayısıyla herhangi bir kuralın yarar/maliyet analizinde mevcut fiyatları esas almak çelişkili olabilir. Bu açıdan ekonomik analizde, genellikle inceleme konusu hukuk kuralının fiyatlar üzerinde etkisinin fazla olmadığı varsayılır.

<sup>256</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/b

<sup>257</sup> POLINSKY, s.137

<sup>258</sup> Temel bazı metotlar için bk.z COLE/GROSSMAN, s.324-325

<sup>259</sup> COOTER/ULEN, s.11



açısını kazanmak için yeterlidir<sup>260</sup>. Nitekim ekonomik analizin basitliği, ABD’nde hukuk ve ekonomi öğretisinin başarısının önemli sebeplerden biri olarak görülmektedir<sup>261</sup>.

Terminolojik farklar ise, doğal olarak bir takım güçlükler yaratabilir. Ekonomik terminoloji, öğretilerdeki çalışmalarda oldukça yaygındır. Mesela bu çalışmada sıklıkla adı geçen, maliyet, sosyal maliyet, işlem maliyeti, olumsuz dışsallık, etkinlik, pareto, KH, etkin özen gibi kavramlar bilinmeksizin, yapılan açıklamaların tam olarak kavranması güçtür. Belki bu sorunu daha da ağırlaştıran başka bir faktör ise, ekonomi bilminde kavramların neyi ifade ettiği konusunda tartışmaların varlığı ve aynı kavramın farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmasıdır. İşlem maliyeti bunun güzel bir örneğidir<sup>262</sup>. Daha da önemlisi, hukuki kavramlara farklı anlamlar yüklenmekte, doğal olarak bu durum da terminolojik kargaşaya yol açmaktadır<sup>263</sup>. Mesela “hak” ve “sorumluluk” tabirlerine verilen anlamlar bunun örneği olarak görülebilir<sup>264</sup>. Önemli bir başka sorun ise, metot konusundadır. Metot, ekonomi bilminde de tartışmalı olmakla beraber, bu tartışmalar hukuk ve ekonomi öğretisinde daha yoğun olarak hissedilir. Temel sorun ise neo-klasik ekonomik metodun hukuka uygun olup olmadığıdır. Bu konuya aşağıdaki başlıklar altında değineceğiz<sup>265</sup>. Yalnız bu aşamada metot açısından zikredilmesi gereken bir nokta, bu alandaki çalışmalarda bazen cebir, grafik gibi hukukçu açısından alışılmamış ifade araçlarına başvurulmasıdır. Her ne kadar bu yaklaşımın, analize berraklık ve kesinlik kazandırdığı iddia edilebilirse de, bu ekonomik analizin hukuk alanında yaygınlaşmasına engel oluşturacaktır.

---

<sup>260</sup> BUTLER, s.3

<sup>261</sup> Bu saptama, Milton FRIEDMAN’ın, hukuk ve ekonomi öğrenimleri arasındaki temel farkı açıklayan düşünceleri ile teyit edilmektedir. Yazar’a göre, fiyat teorisi hakkında yeterli bilgisi olan herhangi bir öğrenci, ekonomik teorinin yanıtlayabildiği pek çok sorunu çözebilecek yeteneğe sahiptir. Zaten tipik bir ekonomi eğitimindeki derslerin önemli bir kısmı, fiyat teorisinin uygulama alanından ibarettir. Oysa hukuk eğitimi açısından, herhangi bir ders ya da alan hakkında bilgi sahibi olunması, genellikle sadece o alan hakkında işe yarar. Örneğin idare hukukunu bilen bir öğrenci, rekabet hukukunu öğrenmek istiyorsa bu alanı baştan öğrenmelidir (FRIEDMAN M., s.12). Türk Hukuku açısından da büyük ölçüde geçerli olan bu saptama, bu alanda hukukçuların daha avantajlı olduğunu göstermektedir.

<sup>262</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>263</sup> Ekonomistlerin teknik kavramların anlamlarını bulandırdığı hakkında bkz. FLETCHER, s.169

<sup>264</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/a ve §2/II/D/1 ve §2/E

<sup>265</sup> Bkz. aşağıda §6/II

Disiplinler arası çalışmaların bir diğeri özelliği, değer yargıları ve yaklaşım farklılıklarının, tartışmaları ve düşünsel rekabeti beraberinde getirmesidir. Nitekim bu hukuk ve ekonomi öğretisi için de geçerlidir. Ekonomi bilimi içindeki görüş ayrılıkları da buna eklenince, bugün birbirinden farklı ve hatta karşıt pek çok görüş ve düşünce okulu öğretisi içerisinde varlığını sürdürmektedir<sup>266</sup>. Dolayısıyla hukuk ve ekonominin homojen bir düşünce akımı olduğu düşünülmemelidir. Bu çeşitliliğe rağmen, düşünsel anlamda hukuk ve ekonomi öğretisinin ortak bazı özelliklerini sayabiliriz.

Herhalde ilk dikkati çeken özellik, hukuk ve ekonomi öğretisinin temsil ettiği düşüncenin serbest piyasalara olan güvenidir. Akım içerisinde hâkim olan “*neo-klasik*” ekonomik düşünce, ekonomik analizde yoğun bir şekilde hissedilmektedir. Piyasaların sosyal refahın artırılmasının en uygun aracı olduğu kabul edilmekte, devlet müdahalesi şüphe ile karşılanmaktadır. Ayrıca davranış teorilerine ilişkin güçlü varsayımlara bağlı olarak, anti-paternalist bir yaklaşım hâkimdir. Buna paralel olarak bireyin irade serbestisini esas alan, özgürlükçü ve liberal düşüncelerin bu akım içerisinde etkili olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bireycilik sadece metodolojik değil, normatif açıdan, yani birey tercih ve seçimlerinin üstün tutulması boyutuyla da akımın belirleyici özelliğidir.

Hukuk ve ekonomi öğretisinin bir başka özelliği, felsefi açıdan “*yararcı*” (*utilitarian*) düşüncenin etkisi altında olmasıdır<sup>267</sup>. Ekonomi biliminden kaynaklanan bu özellik, bilhassa normatif analizde kendisini hissettirir. Bu bakış açısı aynı zamanda felsefi açıdan, “*sonuçsal etik*” (*consequentialist ethics*) düşüncesinin benimsendiğine işaret etmektedir<sup>268</sup>. Ekonomik analiz hukuk kurallarının toplumdaki etkilerini temel almakta, kural sadece toplumsal sonuçlarına göre değerlendirilmektedir. Bu itibarla kuralın etkilerini ve sonuçlarını esas almayan deontolojik görüşler ya da doğal görüşler sosyal refah

---

<sup>266</sup> Bkz. aşığıda §5

<sup>267</sup> HARRIS, s.40 vd.

<sup>268</sup> Sonuçsal etik kabaca belirtmek gerekirse, bir durum ya da davranışın iyi ya da kötü olduğunu, bunun toplum üzerindeki sonuçlarına göre belirleyen düşünce sistemidir.

içerisinde yer almadığı sürece dışlanmaktadır<sup>269</sup>. Benzer şekilde, hukuki pozitivism de hukuk ve ekonomi öğretisinden tamamen farklılaşmaktadır. Pozitivizm, kural koymaya yetkili makam tarafından usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe sokulan kuralların, sırf bu nedenle meşru olduğunu kabul ederken, ekonomik analiz, meşruiyeti kuralın refah üzerindeki etkisine göre yapmaktadır.

Nihayet öğretinin bir diğer özelliği, ABD merkezli olmasıdır. Bu nedenle yapılan akademik çalışmalar büyük oranda Anglo-sakson hukuk sistemini ve bilhassa “*ortak hukuku*” konu almaktadır. Dolayısıyla bu alandaki çalışmaların, diğer hukuk sistemleri açısından geçerliliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Öğreti son 20 yıl içerisinde uluslararası nitelik kazanmış olmasına rağmen, diğer hukuk sistemlerini konu alan özgün çalışmaların sayısı sınırlıdır. Hatta mukayeseli çalışmalarda dahi, ABD hukukunun büyük etkisinin olduğu görülmektedir. Bu nedenle, diğer hukuk sistemleri ve bu arada genel olarak Kara Avrupası Hukuku ekonomik analiz açısından keşfedilmemiş bir alan olarak durmaktadır. Tabiatıyla bu durum Türk hukuku açısından evleviyetle geçerlidir.

#### **§4. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinin Gelişimi**

Hukuka ekonomik açıdan yaklaşan çalışmaların, Beccaria ve Bentham’ın eserleri<sup>270</sup> ile 18 ve 19. yüzyıllara kadar uzandığı söylenebilirse de<sup>271</sup>, hukuk ve ekonominin bir öğreti olarak ortaya çıkışı 1960’lı yılların başlarına rastlar<sup>272</sup>. Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki bir grup akademisyen tarafından önce rekabet hukuku ve ekonomik regülasyon gibi ekonomik faaliyeti düzenleyen hukuk dallarında uygulanan ekonomik

---

<sup>269</sup> SCHAFFER/OTT, s.4,5; krş. FRIEDMAN, s.22

<sup>270</sup> BECCARIA Cesare, “On Crimes and Punishments and Other Writings”, 1767 (*edited by Richard Bellamy, translated by Richard Davies, Virginia Cox and Richard Bellamy*), Cambridge University Press New York 1995; BENTHAM Jeremy, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, 1789, (Reprint of 1823 Edition) New York 1973

<sup>271</sup> POSNER, *Uses and Abuses*, s. 282; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.377; SHAVELL, *Foundations*, s.4; MERCURO/MEDEMA, s. 51; HOVENKAMP, s.993

<sup>272</sup> HOVENKAMP s.994; POSNER, s.25; COOTER/ULEN, s.2

analizin<sup>273</sup>, daha sonra hukukun diğer alanlarına da teşmil edilmesi, hukuk ve ekonomi öğretisinin doğuşunda belirleyici olmuştur<sup>274</sup>. Öğretinin başlangıcı genellikle üç önemli çalışma ile ilişkilendirilmektedir<sup>275</sup>. Bunlardan en önemlisi *Ronald Coase* tarafından 1960

---

<sup>273</sup> Açıkça piyasaları düzenleyen bu hukuk dallarına tatbik edilen ekonomik analiz, “*eski hukuk ve ekonomi*” olarak adlandırılmaktadır. 1960’lı yıllardan itibaren hukukun diğer alanlarının da ekonomik analizin konusu olması ile ortaya çıkan (bugünkü anlamıyla) hukuk ve ekonomi ise, “*yeni hukuk ve ekonomi*” olarak adlandırılmaktadır (POSNER, s.25).

<sup>274</sup> Bu noktada öğretinin doğuşundan önce ABD’nde hukuk bilimini etkileyen farklı öğretilerin gelişimine de değinmek isabetli olur. 19. yy.’ın sonlarından itibaren, diğer bilimlerdeki pozitif akımlara paralel olarak hukuk biliminde de pozitivist bir yaklaşım egemen olmaya başlamıştır. Özellikle Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı *Christopher Columbus Langdell* ile özdeşleştirilen bu yaklaşımın temel çabası hukuku bilimsel kılmaktır. Kısaca belirtmek gerekirse, mahkeme kararlarından, tarafsız, evrensel ve rasyonel prensipler çıkarılabilir. Hukukun kendi kendine yeterli yapısı (*self-contained*), bu prensipler etrafında her türlü ihtilafı çözmeye yetkindir. Dolayısıyla hâkimler hukuk yaratmayı, sadece hukuku uygulamaktadır. Bu “*biçimcilik*” (*formalism*), hukuku diğer sosyal bilimlerden ayırarak, ona ayrı ve özerk bir statü kazandırmış, hukuk bir anlamda sosyo-politik etkilerden arındırılmıştır. Nitekim amaçlanan da bir bakıma budur. Zira bu sayede hukukun, hâkimlerin ideolojileri, kişisel değer yargıları ve etik görüşlerinden etkilenmeyeceği ve toplum nazarında hukukun meşruiyet kazanacağı kabul edilmiştir. Bu yaklaşım ABD hukuk öğreniminde geçerli olan “*dava (olay) metodu*”nun (*case method*) yerleşmesini sağlamıştır.

Bu yaklaşım daha 20. yy’ın başında eleştirilmeye başlanmış, sosyal ve ekonomik koşulların hukuk uygulamasından soyutlanamayacağı ve dolayısıyla hukukun bir ölçüde bazı sosyal amaçların elde edilmesinin bir aracı olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim 1930’lu yıllar ile birlikte ortaya çıkan realizm akımı bu biçimci ve pozitivist yaklaşımı şiddetle eleştirmiştir. Teorideki hukuk ile yaşayan hukukun çok farklı olduğu, dolayısıyla hâkimlerin büyük ölçüde sosyo-ekonomik koşullardan, ideolojik ve etik görüşlerden etkilendiği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla ihtilafı çözen hukuk değil, büyük ölçüde yargıcın kendisidir. Ayrıca hakların objektif olarak belirlenemeyeceği ileri sürülmüş, kategorik sınıflamalar, katı kurallar ve içtihatların rolü reddedilmiştir. Bu akıma göre hukuk belirli amaçların elde edilmesinde araçtır, bu nedenle hukuk ile ekonomik ve sosyal şartlar arasındaki bağ iyi kurulmalıdır. Her kararın toplumda yansımaları vardır ve bunlar hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Realistler, hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkiye dikkat çekmişler; özellikle kurumsal ekonomistlere yakın durmuşlardır (bkz. aşağıda §5/III). Realizm hukuk biliminde etkili olmakla birlikte, hiçbir zaman egemen hale gelmemiş, nitekim 1940’lı yıllardan itibaren pozitivist akıma paralel görüşleri olan ve hukukun özerkliğini yeniden tesis etmeyi amaçlayan “*hukuki süreç*” (*legal process*) akımı ortaya çıkmıştır. Bu akım süreç ve yöneme odaklanmış ve bunun “*nötr*” olduğunu vurgulamıştır.

1960’lı yıllardan itibaren ise, hukukun özerkliği fikri yine gücünü kaybetmiştir. Bunun temel nedenleri ise, **1-**1950’li yıllarda ABD’nde hâkim olan politik uzlaşmanın çözülmesi; **2-**sosyal bilimlerde yaşanan önemli gelişme ve ilerlemeler; **3-**hukukçuların önemli meseleleri kendi başlarına çözebileceğine dair inancın kaybolması; **4-**klasik özerklik perspektifinden hukuk alanında söylenecek fazla bir şeyin kalmaması; **5-**bilimsel metodun artan itibarı ve otoritesi; **6-**Anayasa ve yasanın toplumda artan rolü ve klasik yorum metodlarının bu metinleri analizde yeterli olmaması olarak sayılmaktadır. Bu sebepler, hukuki analizi daha sağlam temellere oturtmak amacıyla, hukukçuları diğer disiplinlerden faydalanmaya itmiş ve bunun sonucunda hukuk ile diğer bilimler arasında disiplinler arası çalışmalarda ciddi bir artış yaşanmıştır. Dolayısıyla artık en azından ABD’nde hakim olan yaklaşım, hukuku kendi kendine yetebilen, özerk ve bağımsız bir yapı olarak görmemektedir. İşte bu gelişmeler hukuk ve ekonomi öğretisinin ortaya çıkışına zemin hazırlamıştır (bkz. bu konuda MERCURO/MEDEMA, s.6-13).

<sup>275</sup> SHAVELL, Foundations, s.4; HARRIS, s.662

yılında yazılan “*Sosyal Maliyet Problemi*”<sup>276</sup> isimli makale, diğeri *Garry Becker* tarafından ekonomik analizin *ayırıcılık* alanında uygulandığı “*Ayırıcılığın Ekonomik Analizi*” isimli doktora tezi<sup>277</sup> ve üçüncüsü de *Guido Calabresi* tarafından 1961 yılında kaleme alınan “*Haksız Fiil Hukuku ve Riskin Dağılımı Üzerine Düşünceler*”<sup>278</sup> adlı makaledir<sup>279</sup>. Öğretinin ortaya çıkışında belirleyici olan diğerk olgu da, 1958 yılından itibaren yine Chicago Üniversitesi’nde çıkarılmaya başlanan “*Hukuk ve Ekonomi Dergisi*”dir (*Journal of Law and Economics*). Dergi ekonomik teorinin hukuka uygulandığı çalışmaların bir arada yayınlanmasını sağlamış ve öğretinin sesini duyurmuştur.

Hukuk ve ekonomi, 1970’li yıllardan itibaren çok ciddi bir gelişme göstermiş, hukukun çok çeşitli alanlarında bilimsel çalışmalar yapılmıştır. Öğretinin gelişiminde ise, şüphe yok ki *Richard Posner*’in çok büyük katkısı olmuştur<sup>280</sup>. Hukukçu/ekonomist olan *Posner*, hukuk ve ekonomi alanındaki çalışmaların, en azından ilk yıllarda, büyük ölçüde ekonomik analizin hukuka tatbikiyle sınırlı kalmasına sağlamıştır<sup>281</sup>. 1972 yılında, ekonomik analizini ilk kez bütünlük içerisinde hukukun pek çok alanına uyguladığı “*Hukukun Ekonomik Analizi*”<sup>282</sup> isimli eserini yayınlamış ve yine aynı yıllarda, Chicago Üniversitesi’nde “*Hukuki Çalışmalar Dergisi*” (*Journal of Legal Studies*) adı altında yeni bir dergi çıkarılmasına öncülük etmiştir. Bu iki yayın, ekonomik analizin bilhassa hukuk

---

<sup>276</sup> COASE Ronald, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Econ.* Vol. 3 (1960), s.1-40 (sonradan Coase teoremi olarak adlandırılan bu çalışma hakkında kapsamlı bilgi için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C)

<sup>277</sup> Yazar ekonomik analizi klasik alanın dışında tatbik ederek önemli bir yol açmış, nitekim daha sonra “*Aile Hukukunun Ekonomik Analizi*” ve “*Suç ve Ceza: Ekonomik Bir Yaklaşım*” adlı eserleriyle bu geleneği devam ettirmiştir. Bu konudaki çalışmalar için BECKER Gary, “The Economic Approach to Human Behavior”, The University of Chicago Press, 1976

<sup>278</sup> CALABRESI Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal* Vol.70 (1961), 499 vd.

<sup>279</sup> Ekonomik prensiplerin ilk defa hukukun geniş bir alanına sistemli bir şekilde tatbik edildiği bu çalışma, basit bazı ekonomik prensiplerin haksız fiil hukukunun temel yapısını açıklamada ne kadar başarılı olabileceğini göstermiştir. Yazar daha sonra bu çalışmayı 1970 yılında yayınladığı “*Kazaların Maliyeti: Ekonomik ve Hukuki Analiz*” isimli eseri ile haksız fiil hukukuna ilişkin ekonomik prensiplerden yararlanarak normatif bir sistem oluşturma çabası içine girmiştir (CALABRESI Guido, “The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, 1970).

<sup>280</sup> MERCURO/MEDEMA, s.51

<sup>281</sup> HARRIS, s.664

<sup>282</sup> POSNER A. Richard, “Economic Analysis of Law”, First Edition, Little Brown, Boston 1972

doktrininde yaygınlaşmasında önemli rol oynamıştır. Ayrıca *Posner* tarafından ileri sürülen iddialı fikirler, öğretinin gelişimini derinden etkilemiştir. Mesela yazar “*servet maksimizasyonu*” (*wealth maximization*) kavramının en iddialı savunucusu olmuş ve “*ortak hukukun pozitif ekonomik teorisi*”ni ortaya atmıştır.

*Posner*’ın görüşleri, akademik çevrelerde büyük ilgi toplamış ve hukuk ve ekonomi öğretisini hukuk bilimindeki tartışmaların merkezi haline getirmiştir. 1980’li yıllardan itibaren ise, gerek “*servet maksimizasyonu*”, gerekse Chicago Okulu ile özdeşleştirilen “*neo-klasik*” ekonomik teori ciddi eleştirilere muhatap olmuş, teorinin dayandığı temel varsayımlar sorgulanmaya başlanmıştır. Nitekim bu yıllardan itibaren akım içerisinde farklı görüşler ve yaklaşımlar kendini göstermeye başlamıştır<sup>283</sup>. Farklı yaklaşımlar, ekonomik analize zenginlik kazandırmış, standart fiyat teorisinin yanı sıra, “*oyun teorisi*”, “*farklı davranışsal teoriler*” ve “*kurumsal metod*” analize dâhil olmuştur. Ayrıca bu dönemdeki çalışmalar sadece teorik analiz ile sınırlı kalmamış, teorinin test edilmesini amaçlayan ampirik araştırmalar da yaygınlaşmaya başlamıştır.

Özetle son 20 yıl içerisinde öğreti içerisinde düşünsel çeşitlilik yaşanmış, birbiriyle yarışan çeşitli okullar belirmiştir. Hukuk ve ekonomi öğretisi ile özdeşleştirilen yayınların sayısı ciddi boyutlarda artmış ve özellikle ABD’ndeki hukuk fakültelerinde ve müfredatta önemli bir yere sahip olmuştur. Somutlaştırmak gerekirse, bugün ABD’nde münhasıran bu alandaki çalışmaları konu alan çok sayıda dergi yayınlanmakta<sup>284</sup>, pek çok üniversitede bu alanda akademik merkezler faaliyet göstermekte ve lisansüstü seviyede programlar sunulmaktadır. Nitekim hukuk ve ekonomi, ABD’nde hukuk üzerinde en etkili düşünce akımı olarak kabul edilmektedir.

---

<sup>283</sup> Bkz. aşağıda §5

<sup>284</sup> Bunlar: *Hukuk ve Ekonomi Dergisi (Journal of Law and Economics)*, *Hukuki Çalışmalar Dergisi (Journal of Legal Studies)*, *Hukuk, Ekonomi ve Organizasyon Dergisi (Journal of Law, Economics and Organization)*, *Hukuk ve Ekonomide Araştırma (Research in Law and Economics)*, *Hukuk ve Ekonomi Dergisi (Review of Law and Economics)*, *Kamu Tercihi (Public Choice)* ve *Anayasal Siyaset Ekonomisi (Constitutional Political Economy)* dergileridir.

Diğer taraftan hukukun ekonomik analizi, 1980’li yıllardan itibaren Atlantik’in diğer tarafına da sıçramış ve uluslararası bir nitelik kazanmıştır<sup>285</sup>. Öncelikle rekabet hukuku gibi, ekonomik faaliyeti düzenleyen hukuk dallarında etkisini gösteren ekonomik yaklaşım, akabinde hukukun diğer alanlarına yayılmıştır<sup>286</sup>. ABD’deki kadar etkili olmasa da, bugün hukuk ve ekonomi öğretisi Avrupa’daki hukuk fakültelerinde lisans ve lisansüstü düzeyde eğitiminin parçası haline gelmiş, münhasıran bu alanda faaliyet gösteren akademik merkezler kurulmuştur<sup>287</sup>. Ayrıca sadece hukuk ve ekonomi alanındaki çalışmaların yer aldığı çeşitli dergiler yayınlanmakta ve bu alanda Avrupa çapında uluslararası bir örgüt faaliyet göstermektedir<sup>288</sup>.

## § 5. Hukuk ve Ekonomi Öğretisindeki Okullar

Yukarıdaki belirtildiği gibi, hukuk ve ekonomi, homojen bir öğreti değildir. Bunun nedenleri çeşitlidir. Ekonomik analizin geniş bir uygulama alanına sahip olması, ekonomi biliminde farklı yaklaşımların varlığı ve hukuk ve ekonomi bilimleri arasındaki ilişkiye daha genel yaklaşan çalışmalar yapılması bu nedenlerin başında gelir. İşte bu

---

<sup>285</sup> Hukuk ve ekonominin uluslararası alanda yaygınlaştığına dair herhalde en güzel örnek, çeşitli ülke ve bölgelerde kurulan hukuk ve ekonomi birlik ve dernekleridir. Son 20 yıl içerisinde Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya, Güney Amerika, Güney Kore, Çin, İsrail ve daha pek çok ülkede hukuk ve ekonomi dernekleri kurulmuş ayrıca uluslararası çalışmaların yayınlanması için 1985 yılında “*Uluslararası Hukuk ve Ekonomi Dergisi*” (*International Review of Law and Economics*) faaliyete geçmiştir.

<sup>286</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisinin Avrupa ülkelerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit (editors), “*Encyclopedia of Law and Economic Vol. I,*”, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, s.118-383

<sup>287</sup> Avrupa hukuk ve ekonomi alanında faaliyet göstermek üzere, Almanya’da Hamburg Üniversitesi’nde, Saarland’da, Hollanda’da Rotterdam Üniversitesi’nde, Belçika’da Ghent Üniversitesi’nde ve İsveç’te Linköping Üniversitesi’nde merkez ve enstitüler bulunmakta, ayrıca bu alanda Erasmus Programı çerçevesinde Avrupa’daki çeşitli üniversitelerin ortaklaşa yürüttüğü uluslararası bir yüksek lisans programı sunulmaktadır. Bunun haricinde Hamburg, Viyana, Ghent, Siena ve Utrecht gibi üniversitelerde ulusal (yüksek lisans ve doktora seviyesinde) lisansüstü programlar sunulmaktadır.

<sup>288</sup> 1984 yılında “*Avrupa Hukuk ve Ekonomi Birliği*” kurulmuş (*European Association for Law and Economics-EALE*) ve 1994 yılından itibaren “*Avrupa Hukuk ve Ekonomi Dergisi*” (*European Journal of Law and Economics*) ve 2004 yılından itibaren de “*Erasmus Hukuk ve Ekonomi Dergisi*” (*Erasmus Law and Economics Review*) yayınlanmaya başlamıştır.

yaklaşım farkları, öğretide çeşitli okulların<sup>289</sup> ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>290</sup>. Doktrinde farklı sınıflamalar yapılmakla birlikte, bunları “*Chicago*”, “*Kamu Tercih Teorisi*”, “*Kurumsal Ekonomi*” ve “*Yeni Kurumsal Ekonomi*” okulu olmak üzere dörde ayırmak mümkündür. Aşağıda bu okulların temel özellikleri açıklanmaktadır.

## I. Chicago Okulu

Hukuk ve ekonomi öğretisindeki baskın görüş, “*Chicago Okulu*” ile özdeşleştirilebilir. Bu okulun belirleyici özellikleri, “*neo klasik*” ekonomik teoriyi<sup>291</sup> benimsemesi ve standart fiyat teorisini hukuka uygulamasıdır. Özetle, kişiler, piyasa ilişkilerinde olduğu gibi, hukuki ilişkilerinde de faydalarını maksimize etme eğilimindedir<sup>292</sup>. Hukuka uygun ya da aykırı davranmaya ilişkin karar, davranışın marjinal faydası ile maliyeti arasındaki ilişkiye bağlıdır. Hukuka aykırı davranışın sağladığı fayda, maliyetinden fazla ise, kişinin hukuka aykırı davranması rasyoneldir. Hukuk kuralları, yaptırımlar aracılığı ile davranışın maliyetini arttırmakta, yani zımni fiyatlandırma (*implicit pricing*) yapmaktadır<sup>293</sup>. Bu ise kişilerin davranışlarını bu yeni koşullara uyarlamasına neden olmaktadır. Dolayısıyla hukuk adeta, piyasaların yerine geçerek fiyat mekanizması rolünü üstlenmektedir<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> Burada “*okul*” ile kastedilen, belirli bir alanda ortak teorik temelleri ve yaklaşımları paylaşan bilim adamları ya da araştırmacılar topluluğudur.

<sup>290</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisindeki okul ve farklı yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MERCURO Nicholas / MEDEMA Steven G., “Economics and the Law: From Posner to Post-modernism”, Princeton University Press, New Jersey 1997; BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit (editors), “Encyclopedia of Law and Economic Vol. I.”, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, s.402-790

<sup>291</sup> Neo klasik ekonomik teori, Marshal ile başlayan ve Keynes ile devam eden marjinalist yaklaşımın uzantısıdır. Soyutlama, tümevarım, matematik, statik analiz, optimizasyon bu teorinin temellerini oluşturur.

<sup>292</sup> MERCURO/MEDEMA, s.57

<sup>293</sup> COOTER/ULEN, s.4; MERCURO/MEDEMA, s.58

<sup>294</sup> Örneğin haksız fiil hukuku kuralları da bu şekilde değerlendirilmektedir. Faydasını maksimize etme eğiliminde olan birey, kural olarak davranışlarının başkaları üzerindeki zararlarını dikkate almaz. Bu durumda, kişi davranışının tüm maliyetini dikkate almamış olur ve etkin olmayacak şekilde davranır. İşte haksız fiil hukuku bu dışsal maliyetleri (zararları) fiyatlandırarak, bunların içselleştirilmesine hizmet etmektedir (bkz. İkinci Bölüm §2/1).



Bu düşünceye göre, hukukun temel işlevi, kişilerin saikini etkilemek suretiyle onları üretken ve etkin davranmaya sevk etmek olmalı, normatif analizde de belirleyici ölçüt (*serveti temel alan*) ekonomik etkinlik olmalıdır<sup>295</sup>. Dağılımsal amaçlar ise, politik bir sorun olması itibarıyla ekonomik analizin kapsamı dışında olmalıdır. Bu okul, ortak hukukun (*common law*) ekonomik mantığı olduğunu ve mahkemelerin örtülü de olsa, ekonomik etkinlik prensibine uygun karar verdiklerini iddia etmektedir. Nitekim buna paralel olarak, ortak hukukun kural ve doktrinlerini ekonomik teori yardımı ile açıklamak mümkündür. Öte yandan devletin ekonomik hayata müdahalesi ihtiyatla karşılanmakta, müdahalenin yol açacağı maliyetlerin, genellikle yararından fazla olacağı belirtilmektedir<sup>296</sup>. Buna paralel olarak yasama faaliyetine şüphe ile bakılmaktadır.

Bu noktada, metot ve temel varsayımlar açısından Chicago okulu ile özdeş olan, buna karşılık normatif analiz açısından farklı özellikler taşıyan *New Haven* yaklaşımını da ayrıca belirtelim<sup>297</sup>. Kısaca belirtmek gerekirse, hukukun ekonomik analizinde etkinliğin belirleyici ölçüt olamayacağı, hakkaniyet, adalet ve dağılımsal amaçlara daha fazla önem verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>298</sup>. Ayrıca piyasaların iddia edildiği kadar etkin olmadığı, piyasa aksaklıklarının sanıldığından yaygın olduğu ve dolayısıyla da devlet müdahalesine daha fazla gereksinim olduğu kabul edilmektedir<sup>299</sup>. Ekonomik analizin öncelikli amacı ise, refah devletinin, sosyal ve ekonomik hayatta artan rolünü tanımlamak ve meşru bir temele oturtmaktır<sup>300</sup>. Bu çerçevede ilgi alanları ortak hukuktan ziyade, kamu hukukudur. Bu yönüyle kamu tercihi teorisi (*public choice theory*) ile de kesişmektedir.

---

<sup>295</sup> MERCURO/MEDEMA, s.59

<sup>296</sup> KITCH, Chicago School, s.227

<sup>297</sup> Bu yaklaşımın *New Haven* olarak adlandırılmasının nedeni, ekolün temsilcileri arasında sayılan Bruce ACKERMAN, Guido CALABRESI gibi bilim adamlarının *New Haven* eyaletindeki Yale Üniversitesi'nde çalışmalarınıdır.

<sup>298</sup> MERCURO/MEDEMA, s.80,81

<sup>299</sup> Bu okul ile özdeşleştirilen bilim adamlarının, aslında büyük ölçüde sol görüşlerden etkilendiği söylenebilir. Chicago Okulu'nun politik olarak muhafazakâr; *New Haven* Okulu'nun ise "liberal" ya da en azından "daha az muhafazakâr" olduğu belirtilmektedir.

<sup>300</sup> MERCURO/MEDEMA, s.79

## II. Kamu Tercih Teorisi Okulu

“*Kamu Tercih Teorisi*” (*public choice theory*), ekonomik analizin, piyasa haricindeki kolektif karar alma sürecinin söz konusu olduğu, seçim yasaları, düzenleyici işlemler, seçmen, bürokrasi ve siyasal parti politikaları gibi politik ve kamusal nitelikli davranışlara tatbik edilmesi olarak tanımlanabilir<sup>301</sup>. Analizin konusu, siyasal süreçte hukukun oluşumu ve uygulanmasıdır. Böylelikle neo-klasik ekonomik teorinin genelde sistem dışı olarak algıladığı kurumlar, ekonomik analize dâhil edilmektedir<sup>302</sup>. Bu okulun ortaya çıkışı, Chicago Okulu ile aynı yıllara rastlamakta ve faaliyetleri bugün büyük ölçüde George Mason Üniversitesi merkezli olarak sürmektedir. Kamu Tercih Teorisi Okulu, neo-klasik teorinin varsayım ve metotlarından yararlanır. Kamu görevlilerinin kamu yararı ya da başkaca üstün amaçlar peşinde değil, aynen ekonomik aktörler gibi, kendi faydalarını maksimize etme peşinde koştukları kabul edilir<sup>303</sup>. Bu temel yaklaşım ışığında, politik sürecin nasıl işlediği, örneğin bürokratların ya da seçmenlerin ne şekilde karar verdiği ve davrandığı açıklanmaya çalışılmaktadır. Bir anlamda politik süreç, piyasa modeli açıklanmakta, politik piyasaların kaynakları tahsisindeki rolü incelenmektedir<sup>304</sup>.

Bu okulun önemli savlarından birisi, seçmenin “*rasyonel ilgisizliği*” (*rational ignorance*) nedeniyle, demokratik sürecin genelde kaynakların tahsisinde etkin olmayan sonuçlar üretmesidir. Yani seçmenlerin demokratik sürece dâhil olmasının maliyeti, genellikle bunun sağlayacağı özel faydadan fazladır<sup>305</sup>. Bu nedenle, seçmenlerin politik süreçten uzaklaşması doğal karşılanmalıdır. Okulun bürokrasiye olan yaklaşımı da buna paraleldir. Teoriye göre, bürokratların fayda fonksiyonu, sosyal refah (*ya da kamu yararı*)

---

<sup>301</sup> MERCURO/MEDEMA, s.84,85; MACEY, s.171; bu okul hakkında geniş bilgi için bkz. Van den HAUWE Ludwig, “Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. II, Edward Elgar, 2000, s.603-641

<sup>302</sup> MERCURO/MEDEMA, s.86,87

<sup>303</sup> Şüphesiz burada fayda, inceleme konusu kişinin konumuna göre, siyasal iktidar, politik gelir, nüfuz, oy gibi farklı parametreleri içermektedir.

<sup>304</sup> MERCURO/MEDEMA, s.87

<sup>305</sup> MERCURO/MEDEMA, s.89,90

amacı ile örtüşmez<sup>306</sup>. Bu nedenle kamu kaynakları israf edilir. Ayrıca siyasi otorite, bürokrasinin performansını yeterince denetleyemez. Nitekim bu teorinin temel kaygılarından biri, siyasal ve kamusal sürecin neden olduğu israfın ve özellikle “*politik rant kollamaya dayanan davranışlar*”ın azaltılmasıdır<sup>307</sup>. Dolayısıyla teorinin normatif yönü, kamu görevlileri ve politikacıları sosyal refahı esas alan etkin davranışlar sergilemeye teşvik edecek hukuki düzenlemeler ile ilgilendir. Bu teorinin, hukukun ve ekonomi öğretisindeki önemli etkilerinden biri, devletin piyasa aksaklarının çözümündeki zaaflarına dikkati çekmesidir.

### III. Kurumsal Ekonomi Okulu

“*Kurumsal ekonomi okulu*”, (*institutional economics*) ekonomi bilimindeki alternatif bir yaklaşımın, hukuk ve ekonomi öğretisindeki uzantısıdır<sup>308</sup>. 20. yüzyılın başlarında neo-klasik teoriye alternatif olma iddiası ile ortaya çıkan bu yaklaşım, ekonomik aktivitenin sosyal normlar, alışkanlıklar, adetler ve hukuksal yapı gibi kurumlar tarafından yönlendirildiğini kabul eder<sup>309</sup>. Dolayısıyla sadece piyasaları esas alan bireysel ekonomik davranış modeli ve fiyat teorisi gerçek hayatı tanımlamada yetersizdir<sup>310</sup>. Hukuk ve

---

<sup>306</sup> MERCURO/MEDEMA, s.85

<sup>307</sup> MERCURO/MEDEMA, s.96,97

<sup>308</sup> Kurumsal ekonomistlerin zaten bir kurum olarak hukuku ele aldıkları düşünülürse, hukuk ve ekonomi öğretisinde yer alan kurumsal ekonomi okulunu, ekonomi bilimindeki yaklaşımdan ayırmak kolay değildir. Akım esas olarak 1900-1930 yılları arasında etkili olmuştur. “*Evrimsel Ekonomi Birliği*”, bu yaklaşımın kurumsal çatısını, “*Ekonomik Meseleler Dergisi*” (*Journal of Economic Issues*) ise yayın organını teşkil etmektedir. Bu noktada kurumsal ekonomi okulunun “progresivist okul” ile özdeşleştirildiğini de ifade edelim. Her iki hareket de 1930’lu yıllardan itibaren kişiler arası fayda mukayesesinin mümkün olmadığını kabul eden pozitivist ekonominin hakim hale gelmesiyle birlikte, etkilerini yitirmiştir.

<sup>309</sup> Neo klasik metot ile aralarındaki 3 temel fark; metodolojik bireysellik yerine, kolektif davranışın (*ya da metodolojik kolektivizm*); analizde mekanik yerine evrimsel yaklaşımın ve tündengelim metodu yerine ampirik verilere dayalı bir analizin tercih edilmesi olarak sıralanabilir.

<sup>310</sup> Kurumsal ekonomistlerin temel yaklaşımlarını kısaca belirtmekte fayda vardır. Bir kere kişinin içinde bulunduğu kurumsal çevre, davranışını önemli ölçüde etkilemekte, öte yandan davranış da akabinde kurumsal yapıyı etkilemektedir. Kişi ve kurumlar arası bu karşılıklı etkileşim ise, evrimsel bir süreçtir. Dolayısıyla ekonomik analizde evrimsel bir bakış açısı şarttır. Teknoloji ve parasal kurumların dayattığı şartlar, evrimsel sürecin analizinde önemli rol oynar. Klasik ekonomik yaklaşım piyasalarda kaynakların sorunsuz ve uyumlu şekilde tahsis edildiğini öne çıkarırken, kurumsal ekonomistler ekonomik hayattaki çelişki ve menfaat çatışmasını ön plana çıkarırlar. Bu çatışmaların sosyal kontrolünü sağlayan kurumsal mekanizmaların kurulması ihtiyacı vardır. Ekonomik davranış modelinin anlaşılabilirliği için psikoloji, antropoloji ve sosyoloji

ekonomi öğretisi bakımından bu okulun temel ilgi alanı, hukuk ve ekonomi arasındaki iki yönlü etkileşim ve özellikle bir kurum olarak hukuk sisteminin ekonomik davranış ve performans üzerindeki etkisidir<sup>311</sup>. Bu okul, hukuk ve ekonomi arasındaki karmaşık ilişkiyi açıklamaya çalışmakta ve özellikle evrimsel süreci ve ekonomik ilişkilerdeki çatışmayı ön plana çıkarmaktadır. Analizde ekonomik teoriden ziyade, diğer sosyal bilimlerden yararlanılmaktadır.

Hukuk sistemine atfedilen temel rol, toplumda var olan ekonomik ve sosyal çatışmayı istikrar içerisinde çözümlenecek bir çerçeve sunmaktır<sup>312</sup>. Okulun etkinlik kavramına bakışı da farklıdır<sup>313</sup>. Ekonomik etkinliğin önemi kabul edilmekle birlikte, tek başına yetersiz olduğu, bunun refah dağılımı ve hakların mevcut yapısı (*tanımı ve tahsisi*) ile bir arada ele alınması gerekir. Kaynakların etkin tahsis edildiği özgün bir durum olmadığına göre, ekonomik etkinlik, kaynak dağılımı ve hakların mevcut yapısına bağlıdır. Hakların farklı bir şekilde yapılandırılması, etkin tahsisin farklı bir konumda ortaya çıkmasına neden olur. Bu nedenle refah dağılımına önem verilmesi daha isabetlidir.

---

bilimlerinden yararlanmak gerekir. Bu açıdan disiplinler arası bir yaklaşım şarttır. Görüldüğü üzere bu özellikler, kurumsal ekonomistlerin klasik ekonomik teoriden oldukça farklı bir bakış açılarının olduğunu ortaya koymaktadır (MEDEMA/MERCURO/SAMUELS, s.423,424).

<sup>311</sup> MEDEMA/MERCURO/SAMUELS, s.418

<sup>312</sup> Kurumsal ekonomistler, hakların tanımı ve tahsisini temel alarak hukuka yaklaşmaktadır. Sosyal ve ekonomik hayattaki bağımlılık ilişkisinin sonucu olarak, kişinin davranışı, büyük ölçüde diğer kişilerin varlık, karar ve davranışları ile sınırlanmaktadır. Kişiler, alternatiflerini kısıtlardan kurtarmak istediği sürece, bilinçli ya da bilinçsiz olarak 3. kişilerin hareket alanını ve davranışlarını kısıtlar (*dışsallık*). Diğer kişilerin hareket alanını etkileme kudreti ise, karşılıklı nispi güç durumuna bağlıdır. Bu sürekli etkileşim kaçınılmaz olarak ihtilaflara neden olmakta ve hukuk bu noktada devreye girmekte, hakları tahsis ve tanımlayarak ihtilafları bir ölçüde çözümlenmektedir. Fakat hakların tahsisi bir taraf için menfaat sağlarken, diğer taraf için maliyete neden olmaktadır. Bu ise hakların karşılıklı ya da iki yanlı özelliğini göz önüne sermektedir. Dolayısıyla hukuk sistemi, sorunu tam anlamıyla ortadan kaldırmayıp, hakların tahsisinden kimin yararlanıp kimin zarar göreceğini belirli bir doğrultuda belirlemektedir. Bu noktada ise devlet, merkezi bir rol oynamaktadır. Haklar önceden var olmayıp, devlet bunları tanıdığı için mevcuttur. Hakların nasıl var olduğu ve tanındığı ise somut ihtilafa ve kimin menfaatinin korunacağına bağlıdır. Bu çerçevede önemli olan devletin ekonomik ve sosyal hayata ne ölçüde müdahale ettiği değil, kimin menfaatlerini korumak üzere müdahale ettiği, kimin tarafından kontrol edildiğidir. Dolayısıyla hukuk insan ürünü olup, politik ve hukuki çekişmede galip gelenlerin değer yargılarını yansıtmaktadır.

<sup>313</sup> Bkz. MERCURO/MEDEMA, s.118 vd.

Kurumsal ekonomi okulu, teori üretmekten ziyade tanımlayıcı olmuştur<sup>314</sup>. Nitekim belki de bu sebeple etkisi sınırlı olmuştur.

#### IV. Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu

“Yeni kurumsal ekonomi” (*new institutional economics*), hukuk, organizasyon teorisi, siyaset bilimi, sosyoloji ve antropoloji gibi disiplinlerden yardım alarak sosyal, siyasal ve ekonomik kurumların varlık nedenlerini, nasıl işlediklerini, değişime uğradıklarını ve ekonomi üzerindeki etkilerini inceleyen bir yaklaşımdır<sup>315</sup>. Kurumsal ekonomiden temel farkı, büyük ölçüde neo-klasik teoriyi benimsemesidir. Dolayısıyla metodolojik bireysellik, rekabet ve kaynakların kıt olması esaslarını temel alır<sup>316</sup>. Fakat neo-klasik teorinin rasyonalite varsayımının gerçekçi olmadığı, kişilerin davranışlarında önemli rol oynayan sosyal, siyasal ve ekonomik kurumların<sup>317</sup> göz ardı edildiği ileri sürülmektedir<sup>318</sup>. Kurumların dikkate alınması durumunda ise, ekonomik ilişkileri daha iyi anlamak ve gerçekçi tahminlerde bulunmak mümkün olacaktır<sup>319</sup>. Bu açıdan analiz genellikle tam rekabet modeli referans alınarak değil, sorunu çözümlenebilecek gerçekçi alternatif kurumlar esas alınarak yapılmaktadır. Nitekim bu yöntem *mukayeseli kurumsal analiz* (*comparative institutional economics*) olarak adlandırılır<sup>320</sup>. Bu akımın başlangıcı,

<sup>314</sup> MEDEMA/MERCURO/SAMUELS, s.420

<sup>315</sup> KLEIN, s.456; EGGERTSSON, s.666; krş. MERCURO/MEDEMA, s.130 vd.

<sup>316</sup> KLEIN, s.457; EGGERTSSON, s.665

<sup>317</sup> Bu noktada “kurum” kavramı üzerinde duralım. Kurumlar bir toplumda oyunun kuralları ya da daha doğru bir tabirle, kişilerin ilişki ve etkileşimini düzenleyen ve insanlar tarafından oluşturulmuş sınırlamalar olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla kurum, bireylerin tercihlerini belirler ve kısıtlar. Kurum sosyal veya hukuki olabilir; fakat tümü, yaptırımlar ile desteklenmektedir. Günlük hayata dair kurallar koyarak belirsizliği azaltırlar, insan ilişkileri için bir rehber vazifesi görürler (EGGERTSSON, s.665; KLEIN, s.458).

<sup>318</sup> MERCURO/MEDEMA, s.131; EGGERTSSON, s.665

<sup>319</sup> COASE bir konuşmasında yeni kurumsal ekonominin önemini şu şekilde açıklamaktadır : “*Ekonomik büyümenin özü üretimde uzmanlaşmadır. Bunun mümkün olabilmesi ise, mübadelelere bağlıdır. Fakat mübadelelerin zorlukları, yani işlem maliyetleri, büyümeye engel olabilir. İşlem maliyetlerinin etkisi ise ekonomideki kurumların, hukuk, şirket, sosyal kurumlar ve kuralların, etkisine bağlıdır. İşte bunların incelenmesi ve ıslah edilmesi ekonomik büyüme açısından son derece önemlidir.*” (COASE Ronald, *The New Institutional Economics*”, *The American Economic Review*, Vol. 88 (1998), s. 72-74)

<sup>320</sup> Yukarıda açıkladığımız gibi, neo-klasik yaklaşımın temel unsurlarından biri tam rekabet paradigmasıdır. Analiz, kabaca, mübadelelere dayanan ideal koşullardan sapma teşkil eden hallerin belirlenmesi ve bunun telafi edilmesini konu alır. Örneğin özel ve sosyal maliyetler farklılaşması, ideal koşullardan bir sapmadır ve

“şirket’in varlık nedeninin ele alındığı Ronald Coase’un 1937 yılındaki makalesine kadar uzanmaktadır<sup>321</sup>. Fakat okul esasen 1970 yıllardan itibaren etkili olmaya başlamıştır<sup>322</sup>. Kurumsal ekonomiden farklı olarak, yeni kurumsal ekonomi hukuk ve ekonomi öğretisinde önemli bir yer tutar.

Genel olarak kişilerin davranışları ve ekonomik ilişkiler, “kurumsal çevre” (*institutional environment*) ve “kurumsal düzenlemeler” (*institutional arrangements*) olmak üzere iki ayrı düzlemde incelenmektedir. Kurumsal çevre, kişinin davranışlarını etkileyen ve hukukun yanı sıra normlar, adetler ve diğer sosyal kurumların oluşturduğu arka plan kurallarını ifade etmektedir<sup>323</sup>. Kurumsal düzenlemeler ile kastedilen ise, ekonomik ilişkileri tanzim eden ve yönlendiren, sürekli sözleşme ilişkileri, şirket, dernek gibi bir takım yönetim yapılarıdır<sup>324</sup>. Bunlardan bilhassa “sözleşmeler” ve “şirket” üzerinde durulmakta, “işlem maliyetleri”<sup>325</sup> veya “acente teorisi” (*agency theory*) vasıtasıyla ekonomik sorunlara ışık tutulmaktadır. İşlem maliyetlerinin mübadele ve kurumları açıklamadaki başarısı, “işlem maliyetleri ekonomisi” (*transaction cost economics*)<sup>326</sup> adında

---

bu olumsuz dışsallık sorunu olarak adlandırılır. Hal böyle olunca devlet bu sorunu çözmek ve refahı arttırmak için müdahale edebilir (geniş açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm §2/I/A ve §2/I/B). Bu yaklaşım tarzı yeni kurumsal ekonomistler tarafından “Nirvana yaklaşımı” (*Nirvana approach*) olarak adlandırılır. Mukayeseli kurumsal analiz ise, ideal koşullar ile mevcut koşullar arasındaki mukayeseye değil, alternatif kurumların mukayesesini esas alır (mesela bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B). Neo-klasik teorinin öngördüğü koşullar gerçekçi olmadığına göre, herhangi bir müdahalenin isabetli olup olmadığına bu koşullar değil, mevcut kurumlar mukayese edilmelidir.

<sup>321</sup> COASE Ronald H., “The Nature of the Firm”, *Economica*, Vol. 4 (1937), 386-405

<sup>322</sup> Bu okulun en önemli temsilcileri Oliver WILLIAMSON, Douglas NORTH ve Ronald COASE’dur.

<sup>323</sup> KLEIN, s.458-562

<sup>324</sup> KLEIN, s.463 vd.

<sup>325</sup> Kavram için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>326</sup> İşlemlerin idaresi ya da yönetimi meselesi üzerinde duran bu yaklaşımın temel mantığı, özellikle karmaşık veya sürekli sözleşmelerde, ilişkinin olumsuz bir takım sonuçları üretmesi ve dolayısıyla bunu önlemek için bir mekanizmanın oluşturulması gerektiği düşüncesidir. Uygun ya da isabetli yönetim yapısı (*ya da koruyucu mekanizma*) ise işlemin özelliklerine bağlıdır. Dolayısıyla işlem maliyetleri ekonomisi mukayeseli bir sözleşmesel analiz yöntemi benimser. Temel çıkış noktası ise “tam olmayan” (*incomplete*) sözleşmelerdir. Tarafların sınırlı bilgileri ve idrak kabiliyetleri ve gerçek hayattaki belirsizlikler nedeniyle, sözleşmelerde, ilişki süresince ortaya çıkabilecek her olasılığın öngörülmesi ve sözleşmenin buna göre kaleme alınması mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmeler kaçınılmaz olarak eksiktir (*incomplete*). Bu eksiklik ise, taraflar için çeşitli risklere neden olur. Örneğin sözleşme taraflarından birinin, edimin ifası için spesifik bir yatırım yapması (*batık maliyet*) halinde, diğer tarafın sömürü veya istismara (*hold up*) kalkışması pek muhtemeldir. Yatırım yapacak olan taraf bu sorunu önceden öngörür ve olması gerekenden daha az yatırım yapabilir ya da

bir alt dalın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu yaklaşımın, rekabet hukukunda somut yansımalarının olduğunu da belirtelim<sup>327</sup>.

## §6. Hukuk ve Ekonomi Öğretisine Yöneltilen Başlıca Eleştiriler

Hukuk ve ekonomi öğretisi, çok çeşitli eleştirilerin muhatabı olmuştur. Bu eleştirilerin, hukuk ve ekonominin politik açıdan muhafazakâr bir öğreti olduğu<sup>328</sup>, analizin dayandığı varsayımların ve metodun fazlaca basit ve hatta yanlış olduğu, normatif yaklaşımın (*ahlaki açıdan*) kabul edilemez olduğu gibi farklı görünüşleri vardır. Eleştirilerin bir kısmında haklılık payı olmakla birlikte, bunların geçerliliği, ekonomik analize atfedilen öneme ve/veya temel varsayımların ne derece benimsendiğine bağlıdır. Öğreti içerisinde bu konuda yeknesak bir tutum olmadığına göre, okuyucunun eleştirileri bu hususu dikkate alarak değerlendirmesi isabetli olur. Kanımca eleştiriler, ekonomik analizin sınırlarının belirlenmesi, öğretilerdeki bazı yeni yaklaşımların açıklanması ve kavramların netleştirilmesi bakımından önemlidir. Bu başlık altında, eleştirilerin yoğunluğunu göz önünde tutarak, sadece önemli gördüklerimize yer verilecektir. Bunları ise, davranış teorileri, metot ve normatif analiz olmak üzere üç alt başlık altında ele alıyoruz.

### I. Davranış Teorilerine Yöneltilen Eleştiriler

#### A. Genel Olarak

---

sözleşmeye hiç girişmeyebilir. Bu durumda ise, sözleşmenin yaratacağı olası refahtan mahrum kalınır. İşlem maliyetleri ekonomistleri, bu sakıncayı önlemek için, (*özellikle dikey anlaşmalar bakımından*), uzun dönem sözleşmeler akdetmek ya da daha radikal biçimde dikey birleşmelere yönelmek gibi çok çeşitli alternatiflerin söz konusu olduğunu ve durumun özelliklerine göre bunlardan birisinin tercih edilebileceğini önermektedirler (KLEIN, s.466 vd.).

<sup>327</sup> ABD ve hatta Avrupa Birliği Hukukunda, gerek birleşmeler ve gerekse dikey anlaşmalara olan katı tutum, işlem maliyetleri kavramını esas alan düşünceler ile büyük ölçüde değişmiştir. Şüphesiz bunda Chicago Okulu'nun da etkisi bulunmaktadır (KLEIN, s.478).

<sup>328</sup> FRIEDMAN, s.13; POSNER, s.29,30; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.471

Hukukun ekonomik analizi, kabaca, kişinin rasyonel olarak faydasını maksimize etme eğiliminde olduğunu varsayarak, bunun hukuk alanında ne gibi sonuçları olduğunu inceler. Bu açıdan davranış teorileri, analizin merkezinde yer alır<sup>329</sup>. Öncelikle, davranış teorilerinin, özellikle rasyonalite varsayımının, ekonomi biliminde de eleştiri konusu olduğunu ve bu konuda çeşitli tartışmaların yaşandığını belirtelim. Fakat davranış teorilerinin atipik bir alanda, yani piyasa dışı ilişkilere uygulanması, bu eleştirilerin daha yoğun ve etkili bir şekilde dile getirilmesine neden olmuştur<sup>330</sup>. Örneğin kişinin, suç işlemeyen önce bunun muhtemel maliyet ve faydasını muhasebe ederek davrandığı varsayımını, pek çok kişi gerçekçi bulmayacaktır. Eleştirilerin konusu, temel varsayımların gerçekçi olmadığı, yani kişilerin günlük hayatta bu şekilde davranmadığı şeklinde özetlenebilir.

Eleştirilere yer vermeden önce, bazı tespitler yapmak yerinde olur. İlk olarak davranış teorilerinin dayandığı varsayımların gündelik hayattaki tecrübelerimiz ile tam olarak örtüşmediği herkes tarafından kolaylıkla gözlemlenebilir. Örneğin kişi kendisi için en uygun seçimin ne olduğu konusunda kararsız olabilir veya açık bir şekilde menfaatine aykırı davranışlar sergileyebilir. Kişinin önündeki alternatifler konusunda somut ve belirli bir tercihi olmayabilir<sup>331</sup> veya tercihleri zaman içerisinde değişebilir. Hatta bizatihi hukuk

---

<sup>329</sup> Bunlar hakkında bkz. yukarıda §2/III/A

<sup>330</sup> Ekonomik davranış modelinin piyasa dışı davranışlarına kıyasla piyasa davranışlarını açıklamada daha başarılı olabileceği 3 nedene bağlanabilir **1-** Piyasa davranışları sık ve rutindir (*frequency*). Yani kişi herhangi bir şekilde irrasyonel davranırsa, bunu takip eden işlemlerde öğrenip telafi etme imkânına sahiptir. Oysa piyasa dışı davranışlar genellikle daha az tekrarlanırlar (evlilik, suç işleme vs.). Dolayısıyla bu hallerde tecrübe ile öğrenme ihtimali daha zayıftır. **2-** Daha da önemli bir farklılık piyasa işlemlerinin ortak bir payda, para üzerinden ifade edilmesi ve dolayısıyla alternatifler arasında mukayesenin kolay olmasıdır (*incommensurability*). Oysa piyasa dışı işlemler para ile ifade edilemediği için, kişinin seçim yapması (*ya da fayda maliyet muhasebesi yapması*) daha güç ve karmaşık olabilir. Bu durumda irrasyonel kararlar verilebilir. **3-** Nihayet piyasa davranışları, göz önünde tutulan parametreler itibarıyla genellikle oldukça basittir (*transparency*). Oysa piyasa dışı davranışlar daha karmaşıktır; düşünce denklemine hangi parametrelerin nerede yer alması gerektiği ve bunlara ne kadar önem verilmesi gerektiği belirsizlik arz eder (bkz. ULEN, s.795,796).

<sup>331</sup> Kişilerin “*a priori*” belirli bir takım tercihleri olduğu varsayımı şüphelidir. Genel olarak tercihlerin, seçimin yapıldığı zaman geçerli olan şartlardan ve karar sürecinden etkilendiği, dolayısıyla farklı hallerde birbiriyle çelişen “*ad hoc*” tercihlerin olabileceği ileri sürülmektedir.



kuralları bu konuda rol oynayabilir<sup>332</sup>. Keza kişiler bilgisiz ve/veya irrasyonel davranışlar da sergileyebilir<sup>333</sup>. Bu açıdan, modelin tanımlayıcı yönü zayıftır. Nitekim bu durum ekonomistler tarafından da kabul edilmekte ve gerçek yaşamda kişilerin her zaman ekonomik modele uygun davranmadığı belirtilmektedir<sup>334</sup>. Hatta bu tür sapmalar ekonomik analize dâhil edilmekte ve bu halleri dikkate alan çalışmalar yapılmaktadır<sup>335</sup>. Bu nedenle eleştirilerin önemli bir kısmının, hukuk ve ekonomi öğretisi açısından özgün bir vasfı yoktur.

Düşüncemize göre davranış teorileri tanımlayıcı (*deskriptif*) olmaktan ziyade, ekonomik analizde çıkarımlar yapılmasına imkân veren metodolojik araç olarak görülmelidir. Bu nedenle gerçekçi olması şart değildir<sup>336</sup>. Ayrıca, eleştirilere rağmen, henüz bu teorilere alternatif bir davranış teorisi ortaya konmamıştır<sup>337</sup>. Dolayısıyla ekonomi

---

<sup>332</sup> Ekonomik teori, tercihlerin dışsal ve “*sabit*” olduğunu varsayar. Bu, davranışlar hakkında tahmin yürütülmesinin ön şartıdır. Bu bağlamda hukuk kurallarının etkisi, sadece fırsat maliyetleri açısından ele alınır (aradaki fark için bkz. MANKIOW, s.70). Yani bir aktivitenin yaptırma bağlanması, örneğin alkol kullanımının suç olarak kabul edilmesi, bir tür zımnî fiyat artışıdır. Davranışın suç olması, “*ex ante*” maliyetini arttırır ve buna alternatif davranışları daha cazip kılar. Bu ise alkollü içkilere olan talebi azaltır. Analiz ilk bakışta makul gözükmeyle birlikte, mesele daha karmaşıktır. Zira bir davranışın yasaklanması, sadece fırsat maliyetlerini değil, bazen kişinin davranışa dair “*tercih*” ya da değer yargılarını da etkiler (HARRISON, s.151). Bilhassa dar anlamda ekonomik olmayan ilişkilerin düzenlendiği hallerde durum böyledir. Hatta hukuk kuralları bazen doğrudan değer yargılarını etkilemeyi amaçlar. Kuralın tercihleri de değiştirdiği (*teknik tabirle talepte kaymaya neden olduğu*) hallerde, ekonomik analizin sağlıklı sonuçlar vermesi mümkün değildir.

<sup>333</sup> Kişi davranışlarının tercihleri yansıttığı ya da tercihlerin tutarlılığı varsayımı her zaman geçerli değildir. Zayıflamaya gayret eden ya da alkolden kurtulmaya çalışan kişilerin durumunda olduğu gibi, kişinin irade gücünün sınırlı (*bounded willpower*) olması nedeniyle, davranışları her zaman tercihlerine uygun ve tutarlı olmaz (HARRISON, s.81;128,129; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.15).

<sup>334</sup> POSNER, s.17, FRIEDMAN, s.8,9; SCHAFFER/OTT, s.5; krş. BARNES/STOUT, s.4; PARASIZ, s.3,153, 232; PINDYCK/RUBINFELD, s.6; SHAVELL, Foundations, s.661,662

<sup>335</sup> Bkz. bu yönde Dördüncü Bölüm §2/III/D

<sup>336</sup> Hâkim ekonomik metodun en önemli savunucularından olan ABD’li ünlü ekonomist Milton FRIEDMAN’ın bu konudaki yaklaşımını çarpıcı şekilde özetleyen sözlerini aynen aktaralım: “*Önemli ve anlamlı hipotezlerin gerçeği yanlış bir şekilde temsil eden varsayımlara sahip olduğu ve genellikle de teorisinin ne kadar önemliyse, varsayımlarının da o ölçüde gerçek dışı olduğu gözlemlenebilir. Bunun sebebi basittir. Hipotez azdan çok şey açıklayabildiği, yani, karmaşık ve detaylı şartlar ile çevrelenen fenomenlerden ortak ve önemli unsurları soyutlayabildiği ve sadece bunlara dayanarak geçerli çıkarımlarda bulunduğu ölçüde önemlidir. Bu açıdan hipotezin önemli olabilmesi için varsayımları bir ölçüde gerçek dışı olmalı, başarısı bir ölçüde diğer şartlar ile ilgisinin olmadığını göstermesinde yattığı için, diğer şartların hiçbirini dikkate almamalı ya da hesabını vermemelidir.*” (FRIEDMAN M. s.14; 7). Genel olarak ekonomik teorisinin varsayımları ve bunların bilimsel geçerliliği hakkındaki tartışmalar için bkz. FRIEDMAN M., s.3-43

<sup>337</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.470

bilimindeki davranış teorisi, halen sosyal bilimler alanında en başarılı modeldir<sup>338</sup>. Nihayet eleştiriler, amaçları açısından farklılaşmaktadır. Bir kısmı, temel varsayımlarının gerçekçi olmadığını temel alarak, hukuk ve ekonomi yaklaşımını tümden reddetme eğilimindedir. Diğer bir kısmı ise, davranış teorilerinin eksik yönlerine rağmen yararlı olduğunu, fakat yeni bilimsel bulgular ışığında uyarlanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>339</sup>. Dolayısıyla bu eleştirilerin amacı, davranış teorisini daha gerçekçi kılmaktır. Nitekim burada, hukuk ve ekonomi öğretilerindeki yansımaları dikkate alarak, bilhassa ikinci grup eleştiriler üzerinde durulacaktır.

## B. Davranış Teorisini Revize Etmeyi Amaçlayan Eleştiriler

Bu gruptaki eleştiriler bilhassa “*rasyonalite*” varsayımını hedef alır. İlk ciddi eleştiri, “*sınırlı rasyonellik*” (*bounded rationality*) kavramı adı altında ifade edilen ve kısaca, kişilerin bilgi ve zihinsel kapasitelerinin kısıtlı olduğunu vurgulayan savdır<sup>340</sup>. Kısaca belirtecek olursak, kişilerin alternatifler hakkında tam bilgisi olmadığı gibi, bunların değerlerini mükemmel bir şekilde belirleme yani bilgiyi işleme becerileri de sınırlıdır<sup>341</sup>. Bu sava yanıt olarak, “*bilgi maliyetleri*” (*information costs*) kavramı ileri sürülmüştür. Bilginin de bir mal olduğu göz önünde tutulursa, rasyonel olmayan davranışlar klasik teori içerisinde açıklanabilir<sup>342</sup>. Bilgiye sahip olmanın, işlemenin ve idrak etmenin bir maliyeti

---

<sup>338</sup> ULEN, s.795; rasyonel seçim teorisinin başarısını açıklayan üç neden gösterilmektedir. 1-Varsayımı basit ve akla uygundur. 2- Açık ve nettir. 3-Matematiksel tekniklerin kullanılmasına imkân vermektedir (PARASIZ, s.18-19).

<sup>339</sup> Bu yönde bkz. TVERSKY Amos / KAHNEMAN Daniel (ed.), “Choices, Values and Frames”, Cambridge University Press, 2000; Thaler Richard, “Quasi Rational Economics”, New York 1994

<sup>340</sup> Bu konuda genel olarak bkz. SIMON A. Herbert, “A Behavioral Model of Rational Choice”, 69 Quarterly Journal of Economics, Vol. 69 (1955) s.99-118; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.14,15

<sup>341</sup> Sınırlı rasyonellik görüşüne göre, kişi karar verirken, önündeki alternatifleri klasik teorisinin öngördüğü gibi mukayese edemez. Zira zihinsel muhasebe yeteneği sınırlı ve çevresindeki koşullar belirsizdir. Ayrıca kişinin, farklı vasıf ve nitelikteki alternatifleri mukayese edecek genel ve tutarlı bir fayda fonksiyonu yoktur (SIMON A. Herbert, Rational Decision Making in Business Organizations” American Economic Review, Vol. 69 (1979), s. 493-513,501).

<sup>342</sup> POSNER, s.17,19; MERCURO/MEDEMA, s.58; ayrıca bkz. PINDYCK/RUBINFELD, s.164,165

vardır<sup>343</sup>. Dolayısıyla bilginin maliyetli olduğu hallerde (*karmaşık ve uzmanlık isteyen bilgi*) rasyonel olan, kişinin tam bilgi sahibi olmaksızın davranmasıdır. Kişinin tam değil, optimum bilgiye sahip olması beklenmelidir<sup>344</sup>.

Bu eleştirinin yanı sıra, son yıllarda, davranış bilimciler ve psikologlar ampirik veriler ışığında, kişilerin rasyonel modelden sistematik olarak sapan davranışlar sergilediğini ortaya koymuşlardır. Sapma teşkil eden davranışların, genellikle birbiriyle ilişkili farklı görünüşleri vardır. Örneğin “*mülkiyet etkisi*” (*endowment effect*) olarak adlandırılan duruma göre, kişinin herhangi bir şeye atfettiği değer, buna sahip olup olmadığına göre değişir<sup>345</sup>. Kişi, bir şeyin sahibi olduğu kurguda, sahip olduğu şeye, sahip olmadığı kurguda atfetmesi muhtemel değerden daha fazla değer vermektedir<sup>346</sup>. Yani sadece bir şeyin mülkiyetine sahip olma, WTA ile WTP arasında bir farka neden olmaktadır<sup>347</sup>. Bu durum, ekonomik teoride genel olarak kabul görmekte ve çeşitli açılardan izah edilmeye çalışılmaktadır<sup>348</sup>. Bu izahatın tatmin edici olup olmadığı sorunu bir yana<sup>349</sup>,

---

<sup>343</sup> Görüldüğü üzere bilgi maliyeti kavramı, rasyonel seçim teorisinin katı koşullarını gevşetmektedir. Kişi, ancak bilgiden fayda sağladığı sürece, bunu elde etmenin maliyetine katlanacaktır. Bu açıdan kişinin görece önemli kararlar bakımından bilgi edinmek yönünde daha fazla bir saiki olduğu kolaylıkla söylenebilir.

<sup>344</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisi açısından bilgi maliyeti kavramı etrafındaki bu tartışmalar, özellikle kişinin muhatap olduğu hukuk kuralları ve bunların yaptırımları hakkındaki bilgisi bakımından önem taşır. Kişi, ancak kendisi açısından fayda sağladığı ölçüde kuralları öğrenme yönünde çaba harcayacaktır. Örneğin haksız fiil hukuku açısından baktığımız zaman bunun bir yansıması, kişinin önemli riskler açısından, önleyici tedbirler için daha fazla bilgi maliyetine katlanmasıdır (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b).

Burada standart analiz hakkında bir eleştiriye yer vermek isabetli olur. Analiz, kişinin kurallar ya da en azından davranışın hukuki sonuçları hakkında bilgi sahibi olduğunu varsayar. Fakat hukukun her dalı açısından bu varsayım fazla iyimserdir. Üstelik sürekli değişen, bilgi akışının tam olmadığı hukuk sistemlerinde, kişilerin kural hakkında bilgili olduğunu kabul etmek, gerçekçi değildir. Dolayısıyla yapılan analizin ampirik veriler ile desteklenmesi büyük önem taşımaktadır. Hukuk kurallarının bilinmemesinin mazeret olarak kabul edilmemesi, kişilerde hukuku öğrenmeye dair bir saik yaratır. Fakat buna rağmen gerçekte kişilerin ekonomik analizin öngördüğü ölçüde kurallardan etkilendiği şüphelidir

<sup>345</sup> Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. CURRAN Christopher, *The Endowment Effect*, Encyclopedia of Law and Economics, (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. II, Edward Elgar, 2000, s.819-835; ULEN, s.804,805; THALER/KNETSCH/KAHNEMAN, s.212,213.

<sup>346</sup> HARRISON, s.127

<sup>347</sup> Daha açık bir ifadeyle, bir kimsenin kendisinin sahibi olmadığı bir şey ödemeye istekli olduğu azami tutar ile hâlihazırda sahip olduğu aynı şeyi elinden çıkarmak için kabul etmeye istekli olduğu tutar arasında fark vardır. Kişi, maliki olduğu şeyi daha yüksek bir tutara elinden çıkarma eğilimindedir.

<sup>348</sup> Klasik teori bunu üç ayrı açıdan açıklamaktadır. Kişinin hâlihazırda bir şeye sahip olması, daha fazla malvarlığına sahip olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla daha fazla değer atfetmesi sadece bu açıdan doğal görülmelidir. Nitekim bu durum “*servet etkisi*” (*wealth effect*) olarak adlandırılır (POSNER, s.20;

buna paralel olan bir başka durum “*kayıptan sakınma*” (*loss aversion*) halidir<sup>350</sup>. Araştırmalar kişinin kayıplara karşı, kazançlarına kıyasla daha fazla duyarlı davrandığına, yani kayıplara daha fazla değer atfettiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla kişilerin “*statüko*”yu koruma yönünde tercihlerinin olması beklenmelidir. Bu bulguların akla gelen ilk sonuçları, olağan şartlarda her iki taraf için faydalı olan mübadelelerin gerçekleşme ihtimalinin, sanıldığından daha düşük olması ve ayrıca mevcut refah dağılımının, kaynakların nasıl tahsis edileceğini önemli ölçüde etkilediğidir<sup>351</sup>.

“*Beklenen fayda teorisi*” de çeşitli eleştirilere muhatap olmuştur<sup>352</sup>. Kısaca belirtmek gerekirse, kişilerin, ihtimallere atfettiği olasılık ve değerlerin şartlardan yapay olarak etkilendiği, riskleri algulamakta ekonomik teorinin öngördüğü ölçüde başarılı olmadığı ve beklenen değeri hesaplamakta güçlük çektiği belirlenmiştir<sup>353</sup>. Mesela sıklıkla ve sürekli olarak göz önünde olan ve dikkat çeken ya da tecrübe edilen bir takım risklerin, kişiler tarafından hatalı algılandığı, bunların olasılık değerlerinin abartıldığı tespit edilmiştir. “*Salisence heuristics*” olarak adlandırılan bu durumun tipik örnekleri, uçak

---

POLINSKY, s.136). Fakat yapılan araştırmalar, servet üzerindeki etkisi görece az olan değerler bakımından da benzer sonuçların ortaya çıktığını ortaya koymaktadır. Bu ise, bu açıklamanın tamamen geçerli olmadığını ortaya koyar (HARRISON, s.127). Diğer açıklama ise, marjinal alıcı olduğu durumlar hariç tutulursa, kişinin mala sahip olması, buna piyasa değerinden fazla değer atfettiğini göstermektedir. Nitekim tüketici artışının altında yatan mantık da budur (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B71). Nihayet kişinin intibak etmeye dair tercihi (*adaptive preferences*) olabilir. Bu durumda maldan vazgeçilmesi, faydayı olumsuz etkileyerek kişi için ek maliyete neden olur (POSNER, s.20).

<sup>349</sup> Klasik teorinin getirdiği açıklamalar kabul edilse dahi, bu açıklamaların normatif analiz açısından olumsuz bazı yansımaları vardır. Normatif analiz, kaynakların bunlara en fazla değer atfeden kişilere tahsisini önerdiğine göre, değerlemenin kaynakların mevcut dağılımından bu ölçüde etkilenmesi, paylaşım ya da dağılım sorununun aslında daha önemli oluğuna işaret eder (HARRISON, s.128).

<sup>350</sup> Belki de en çarpıcı olanı, kişilerin “*fırsat maliyetleri*” ile “*gerçek maliyetleri*” (*masrafları*) eşdeğer görmemesi, gerçek maliyetlere görece daha fazla değer atfetmesi olasılığıdır.

<sup>351</sup> Haksız fiil hukuku açısından ise muhtemel bir sonucu, kişinin riskleri olduğundan daha değerli olarak görmesi ve optimum seviyeden daha fazla değer atfetmesidir. Bu bir anlamda risk sakınma durumunun paralelidir.

<sup>352</sup> Bu teoriye bir anlamda alternatif olarak ortaya atılan “*olasılık teorisi*”ni (*prospect theory*) zikrederim. Bu teorinin temel farklılıklarını kısaca belirtmek gerekirse; kazançlar kayıplardan farklı değerlendirilir. Kişi kayıplara her zaman görece daha fazla değer atfeder. Kesin ve kesin olmayan (*belirsiz*) sonuçlar mukayese edildiğinde, kişiler kesin sonuçlara, kesin olmayan sonuçlara kıyasla daha fazla değer atfederler. Problemin nasıl ortaya konduğu, seçimi ve dolayısıyla sonucu etkiler (KAHNEMAN Daniel/ TVERSKY Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, Vol. 47 (1979), s.263-291).

<sup>353</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.15

kazaları ya da terör olaylarına karşı risk algılamasındaki sapmalardır<sup>354</sup>. Buna benzer olarak, kişilerin seçimi ya da cevapları, alternatiflerin nasıl sunulduğu ya da kurgulandığına göre önemli ölçüde değiştiği, yani sonuçlara atfedilen değerlerin ve dolayısıyla da yapılan seçimlerin şartlardan yapay olarak etkilendiği tespit edilmiştir<sup>355</sup>. “*Kurgu etkisi*” (*framing effect*) olarak adlandırılan durumun tipik örneği, alışverişlerde kredi kartı kullanımının neden olduğu ekstra maliyetlerin, “*kart komisyonu*” yerine “*nakit indirim*” olarak sunulduğu takdirde tüketicilerin farklı davranmasıdır.

Davranış teorilerinden sapma olarak nitelendirilen hallerin listesini uzatmak mümkündür. Örneğin araştırmalar, kişilerin hükümlerinde “*aşırı iyimserlik*”<sup>356</sup> ve “*kısa görüş*” (*handsight bias*)<sup>357</sup> gibi çeşitli ön yargılara sahip olduğunu, ayrıca aşırılıklardan kaçınma eğilimi (*extreme aversion*) sergilediğini göstermektedir<sup>358</sup>. Kısaca açıklamaya çalıştığımız bu bulgu ve eleştiriler, davranış teorilerinin çeşitli eksikleri olduğunu, bilhassa tanımlayıcı yönünün zayıf olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, doğal olarak

---

<sup>354</sup> Örneğin bir uçak kazasının objektif gerçekleşme olasılığının %001 olduğunu varsayalım. Eğer kişi yakın zaman içerisinde herhangi bir şekilde uçak kazasının olduğu haberini almışsa, onun için kaza olasılığı önemli ölçüde yükselmekte, örneğin subjektif olasılığı %1 gibi bir değer olarak algılamaktadır.

<sup>355</sup> HARRISON, s.128

<sup>356</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.4,39

<sup>357</sup> RACHLINSKI J. Jeffrey, “A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight”, Behavioral Law and Economics, Edited by SUNSTEIN R. Cass, Cambridge University Press, 2000, s.95-115  
JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.4,38-41

<sup>358</sup> Ekonomik modelden bir başka sapma durumu ise, doktrinde “*ultimatom oyunu*” (*ultimatom game*) olarak adlandırılan haldir. Bilhassa sözleşme müzakerelerinde ortaya çıkan bu duruma göre, kişiler sadece işbirliği sonucu elde edilecek artı değerın büyüklüğünü değil, bunun taraflar arasında nasıl paylaşıldığını da önemserler. Artı değerın taraflar arasında eşit ya da eşite yakın bölüşülmediği durumlarda, karşılıklı menfaatlerine hizmet etse dahi tarafların işbirliğine yanaşmaktan çekindiği deneyler ile ortaya konmuştur. Dolayısıyla işlem maliyetlerinin olmadığı hallerde dahi, artı değerın varlığı işbirliğinin gerçekleştirilmesi için yeterli olmayabilir. Paylaşım önemlidir (bkz. bu konuda HARRISON, s.81-83; ULEN, s.803,804; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.21 vd.).

Kira örneğinde somutlaştırmak gerekirse, A'nın evini kiralamak için 800 YTL üzerindeki herhangi bir bedeli kabule hazır olduğunu, B'nin ise 1500 YTL'sına kadar ödemeye hazır olduğunu varsayalım. Standart ekonomik teoriye göre, her iki fiyat da pareto ilerlemesi olduğuna göre, 801 YTL ya da 1499 YTL üzerinden sözleşmenin kurulması beklenebilir. Oysa tarafların birbirlerinin tehdit değerleri hakkında en ufak bir fikre sahip olduğu durumda, bu rakamlar üzerinde uzlaşma olması neredeyse imkânsızdır. Bu durumda kişiler bir açıdan irrasyonel davranmaktadır. Zira sözleşme aralığındaki herhangi bir fiyat her iki tarafın faydasını arttırmakta, buna rağmen sözleşme kurulamamaktadır. Standart ekonomik teori açısından bu durum, kişilerin hakkaniyet ya da bölüşüm konusunda bir tercihlerinin olduğu şeklinde izah edilmektedir. Böylelikle adil dağılım yapılması da faydayı arttıracaktır (*manevi gelir*).

ekonomik analizin vardığı sonuçların geçerliliği konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Nitekim son yıllarda kişi davranışlarını inceleyen ampirik çalışmalarda bir artış gözlenmektedir<sup>359</sup>. Neo-klasik modelden sapma teşkil eden hallerin sistematik özellikler taşıdığı, bu nedenle daha gerçekçi bir davranış modeli oluşturmanın mümkün olduğu iddia edilmektedir.

### C. Eleştirilerin Değerlendirilmesi

Yukarıda belirttiğimiz eleştirileri konu alan çalışmaların hukuk ve ekonomi öğretisi açısından önemi, “*davranışsal hukuk ve ekonomi*” (*behavioral law and economics*) adı altında yeni bir yaklaşımın ortaya çıkışına zemin olmasıdır<sup>360</sup>. Metot ve normatif yönlerden Chicago Okulu’na paralel olan bu yaklaşım, davranış modelinin varsayımları açısından farklılık göstermektedir. Bu yeni yaklaşımın temel iddiası, davranış teorisinin gerçekçi varsayımlara dayanması halinde, ekonomik analizden elde edilen çıkarımların daha doğru ve sağlıklı olacağıdır. Bu yaklaşım öncelikle hukuk ve ekonomi öğretisinde hâkim olan “*anti-paternalist*” düşünceyi sorgulamaktadır<sup>361</sup>. Buna göre kişilerin teorisinin öngördüğü derecede rasyonel davranmaması, hukukun ekonomik ilişkileri düzenlemede daha fazla rol oynayabileceğine işaret etmektedir. Dolayısıyla bugün için, hukuk ve ekonomi öğretisinin yukarıda özetlediğimiz eleştirilerin en azından bir kısmını içselleştirdiğini söylemek herhalde yanlış olmayacaktır.

Fakat tüm bu bulguların bilimsel açıdan tartışmalı olduğunu tekrar hatırlatalım. Bulgular, ekonomik davranış teorilerini tamamen çürütmediği gibi, sapma kabul edilen bazı hallerin klasik model çerçevesinde izah edilmesi mümkündür<sup>362</sup>. Ayrıca, ekonomik teoriyi

---

<sup>359</sup> Nitekim bu durum neo-klasik ekolün hukuk ve ekonomi öğretisindeki en iddialı temsilcileri tarafından da kabul edilmektedir. POSNER, s.20,21; COOTER/ULEN, s. 15; FRIEDMAN, s.4

<sup>360</sup> Bu bakış açısı yansıtan eserler: SUNSTEIN Cass R., “Behavioral Law and Economics”, Cambridge University Press, New York 2000; HARRISON Jeffrey L., “Law and Economics: Cases, Materials and Behavioral Perspectives”, West Group, Minnesota 2002

<sup>361</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.46,47

<sup>362</sup> Yukarıda dile getirilen eleştiriler, bazı yazarlar tarafından klasik teori çerçevesinde açıklanmaya çalışılmaktadır (bkz. POSNER, s.19-21). Esasen rasyonaliteye yöneltilen eleştirilerin önemli bir kısmı, bilgi

gerçekçi kılma yönündeki çabaların yerindeliği kuşkuludur. Zira ekonomik analiz açısından önemli olan kişinin gerçekte nasıl davrandığı değil, modele uygun davrandığı varsayıldığında ortaya çıkan sosyal sonuçların tespit edilmesidir. Bilimsel açıdan bu tespitin doğruluğu ise, modelin gerçekçi olmasına bağlı değildir<sup>363</sup>. Klasik teori de, zaten kişilerin her zaman rasyonel davrandığını varsaymaz. Fakat irrasyonel davranışların, toplumsal düzlemde ele alındığı zaman, ortalamada göz ardı edilebileceği kabul edilir. Dahası irrasyonel davranışların iki nedenden dolayı önemsiz olduğu varsayılır. İlk olarak tekrarlanan durumlarda, irrasyonel davranışlar bilgi ve tecrübe ile zaman içerisinde düzeltilebilir. İkinci olarak rekabetçi piyasaların kişileri rasyonel davranmaya sevk edeceği (ve bu anlamda disipline edeceği), zira aksi durumun başarısızlığa yol açarak kişileri piyasa dışında bırakacağı belirtilmektedir<sup>364</sup>.

## II. Ekonomik Metoda Yöneltilen Eleştiriler

Hukuk ve ekonomi akımı, metot açısından da eleştiri konusudur. Hatırlanacağı üzere ekonomik analizin temel özellikleri “*metodolojik bireysellik*”, “*tümdengelim*” ve “*ex ante*” yaklaşımıdır<sup>365</sup>. Kuralın davranış üzerindeki etkisi, yapay ve teorik bir model tahtında incelenir. Bu modelin şartları genellikle oldukça kısıtlayıcıdır. Örneğin kişilerin risk karşısında kayıtsız ve/veya tam bilgiye sahip olduğu varsayılır<sup>366</sup>. Piyasa davranışları inceleniyorsa tam rekabet şartları olduğu kabul edilir. Takip eden aşamalarda kısıtlayıcı şartlar gevşetilir ve model daha gerçekçi kılınır<sup>367</sup>. İki önemli özellik, analizin çıkarımlarının mümkün merteye gözleme dayalı (*ampirik*) veriler ile doğrulanması ve

---

maliyeti kavramından yararlanarak izah edilebilir. Örneğin kişilerin sistematik olarak irrasyonel davranışlar sergilemesi, bu hallerde rasyonel davranmanın maliyetinin, irrasyonel davranmanın maliyetinden fazla olmasından kaynakladığını iddia edilebilir.

<sup>363</sup> FRIEDMAN M., s.8,14

<sup>364</sup> FRIEDMAN M., s.22; ULEN, s.794; krş. JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.19

<sup>365</sup> Bkz. yukarıda §2/I

<sup>366</sup> Nitekim bu yaklaşım bu çalışmada da benimsenmiştir. Dolayısıyla aynı eleştiriler bizim açımızdan da geçerlidir. Bkz. Dördüncü Bölüm §2/I ve ayrıca §2/III/A/1/a

<sup>367</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/

analize konu değerlerin ölçümü mümkün kılacak ortak bir payda, genellikle para birimi üzerinden ifade edilmesidir.

Metot hakkındaki eleştiriler üç başlık altında toplanabilir. Ekonomik metodun gerçek hayattaki karmaşıklığı bu denli basite indirilmesi eleştirilmekte, buna dayalı sonuçların geçerli olamayacağı ileri sürülmektedir. Doğal olarak burada eleştirilen, analizin teorik ve yapay modeller üzerine inşa edilmesidir<sup>368</sup>. Örneğin diğer tüm şartların aynı kaldığını varsayarak, neden-sonuç ilişkisinin sadece iki değişkenin kontrolü altında olduğunu kabul etmek veya kişinin tam bilgi sahibi olduğunu varsaymak, basitliğinin ötesinde gerçekçi gözükmemektedir. Bir anlamda, basitlik, analitik kolaylık ve matematiksel kesinlik adına, doğrulardan ödün verildiği ileri sürülmektedir. Mesela kusur sorumluluğunda, kişilerin her zaman mahkemenin belirleyeceği özen standardına uygun davranacağı ve sorumlu tutulmayacakları gerçekçi bir varsayım değildir<sup>369</sup>. Benzer şekilde sorumluluk kurallarının analizinde, sosyal normların analizin dışında görülmesi de bir noksanlıktır.

Bu eleştirilere karşılık olarak ise, basit ve yapay modellerin bilimsel yaklaşımın ön şartı olduğu, bu metodun öngörüye dair ve normatif soruları net bir şekilde cevaplamaya imkân verdiği, kuralların somut etkilerini aydınlattığı ve hukuk politikası hakkında çıkarım yapmayı kolaylaştırdığı belirtilmektedir<sup>370</sup>. Modellerin karmaşık hale getirilmesi, temel sorunu kavramayı güçleştirecek, buna karşılık pek fayda sağlamayacaktır<sup>371</sup>. Ekonomik

---

<sup>368</sup> Dolayısıyla bu eleştiriler, ampirik ekonomik analiz açısından geçerlilik taşımaz.

<sup>369</sup> Klasik varsayım, kişinin başkalarına verebileceği zarar, bunun gerçekleşme olasılığı ve bunu önleyen tedbirler hakkında bilgi sahibi olduğunu, tedbirlerin risk üzerindeki değerini öngörebileceğini ve en etkin tedbiri alabileceğini varsaymaktadır. Şüphesiz kişinin bu derece rasyonel davranması mümkün değildir.

<sup>370</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.375,376; ; SHAVELL, Foundations, s.662; krş. PARASIZ, s.18; POSNER, s.18, MANKIW, s.22; POLINSKY, s.2

<sup>371</sup> Burada söz konusu olan, analizin kendisi için yapılan marjinal yarar-maliyet muhasebesidir. Analizin karmaşıklaştırılmasının neden olacağı maliyetler ile bunun sağlayacağı yarar ile tartılmakta ve yararın daha fazla olması halinde kısıtlayıcı varsayımlar gevşetilmektedir. Buradaki yarar, analizin gerçekçi kılınması iken; maliyet, modelin analitik vasfının ortadan kalkması ve karmaşık bir modelin veriler ile test edilmesinin güçleşmesidir (bkz. FRIEDMAN M., s.17; POSNER, s.18). Bu yaklaşım, ekonomi bilimindeki pragmatizmi göstermesi açısından ilgi çekicidir.



teorinin varsayımlar ve metot açısından değil, gerçek hayattaki ilişkileri açıklamadaki ve öngörüdeki başarısı ile değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>372</sup>.

Metot hakkındaki diğer bir eleştiri, her türlü değerın metalaştırılmasıdır (*commodification*). Ekonomik yaklaşım, genellikle toplumun değer verdiği şeylerin ortak paydaya indirgenebileceğini ve para birimi üzerinden ifade edilebileceğini kabul eder<sup>373</sup>. Bunun temel amacı ise, değerlerin ikamesi, ölçümü ve mukayesesinin mümkün kılınmasıdır. Fakat hukukun ekonomik analizinde bu bazı sorunlara neden olabilir. İlk sorun, her değerın ortak bir paydaya indirgenmesinin teorik olarak mümkün olup olmadığıdır. Zira bir kısım yazarlar, bazı değer ve prensiplerin “*mukayese edilemez*” (*incommensurables*) olduğunu, dolayısıyla da bunların aynı paydada ifadesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir<sup>374</sup>. Buna paralel olarak bazı değerler “*ekonomik (yaracı) denklem*”in (*utilitarian calculus*) konusu olamaz<sup>375</sup>.

Esas itibarla felsefi olan bu sorunu bir yana bırakıp, kavramsal olarak bu yöntemin mümkün olduğunu düşünsek bile<sup>376</sup>, pratikte değerlendirme önemli bir sorun olarak karşımıza

---

<sup>372</sup> FRIEDMAN M. s.8; PINDYCK/RUBINFELD, s.6; PARASIZ, s.3; POSNER, s.18

<sup>373</sup> HARRISON, s.109; krş. POLINSKY, s.10

<sup>374</sup> Bu, konudaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/a

<sup>375</sup> HARRISON, s.109,110

<sup>376</sup> Bu soruna ilişkin olarak takip eden başlıklar altında açıklamalar yapılmıştır (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3). Fakat bu noktada bizim de katıldığımız ekonomik yaklaşımı kısaca açıklayalım. Gerçekten ilk bakışta manevi menfaatler dahil, her türlü menfaate parasal değer atfedilebileceği fikri problematiktir. Kişiler, doğal olarak, bazı değerlerin parasal karşılığı olmadığını düşünürler. Konuyu bu konudaki klasik örnek çerçevesinde açıklayalım.

İnsan hayatı ve benzer değerlerin (*soyu tükenmekte olan canlı türleri, tarihi yapılar, milli parklar vs.*) parasal karşılıkları olmadığı düşünülür. Mesela kişi herhangi bir parasal menfaat karşılığında hayatından vazgeçmeyeceği gibi, çoğu kez vücudunun herhangi bir şekilde zarara uğramasına da rıza vermez. Örneğin herhangi bir kişiye kaç YTL karşılığında kolundan vazgeçebileceğini sorduğunuz zaman, muhtemelen yanıtı herhangi bir şart altında kolunun satılık olmadığı şeklinde olacaktır. Bu durumda acaba kişinin kolunun değeri sonsuz mudur? Muhtemelen değildir.

Önce burada bazı hususları aydınlatalım. Bir menfaate parasal değer atfetmek, bunun piyasada tedavülü ya da satılması amacını taşımaz. Yukarıda değinildiği üzere paranın yegâne fonksiyonu ölçüm ve mukayeseye imkân vermesidir. İkinci olarak, sorumluluk ya da tazminat hukukunda olduğu üzere gerçek hayatta çoğu kez bu tür değerler para birimi üzerinden ifade edilmektedir. Fakat daha da önemlisi kişiler zımnen de olsa bu değerleri mukayese etmekte, hatta ekonomik açıdan değerlemektedir. Yadırgatıcı olarak görülen bu durum aslında kaynakların kıt olması gerçeğinin kaçınılmaz sonucudur. Risk kavramı yardımıyla kısaca açıklayalım.

çıkılmaktadır. Özellikle analiz konusu menfaat, piyasada tedavül etmiyorsa, “değerleme” (*valuation*) yapmak güçtür<sup>377</sup>. Mesela insan hayatının veya cismani zararların parasal değeri nasıl belirlenecektir? Nitekim bunun bir sorun olduğu ekonomi doktrininde de kabul edilmekte<sup>378</sup>, bazı değerlerin analizde göz ardı edilmesine yol açabileceği ve sonucun bir ölçüde keyfi olabileceği belirtilmektedir<sup>379</sup>. Nitekim haksız fiil hukukunda yaygın bir şekilde ortaya çıkan bu sorun hakkında, ekonomik teorinin yaklaşımı aşağıdaki başlıklar altında açıklanmaktadır<sup>380</sup>.

Nihayet hukuk ve ekonomi öğretisinde ampirik analizin, yani teorik analize ilişkin çıkarımların pratik gerçekliğinin test edilmesine yönelik çalışmaların eksikliği de eleştiri konusudur. Yani öğretilerdeki çalışmalar daha ziyade teorik analiz ve değerlendirmeleri konu almaktadır<sup>381</sup>. Ekonomi bilimi uygulaması ile kıyaslandığı vakit, bu alanda bir eksikliğin olduğu açıktır. Örneğin haksız fiil hukukunu konu olan çok sayıda teorik çalışma olmasına rağmen, bu alandaki ampirik çalışmaların sayısı son derece sınırlıdır. Doğal olarak bu durum, ekonomik analizin bilimsel değerini azaltır. Herhangi bir konudaki teorik

---

Eğer gerçekten insan hayatı ya da benzeri değerlerin sonsuz ekonomik değeri olduğunu düşünüyorsak, riskin olmadığı ya da minimuma indirildiği bir hayatı tercih etmemiz gerekirdi. Oysa günlük hayatımızda çoğu kez zımnen ve bazı hallerde de açıkça, hayatımızı, vücut tamlığımızı tehlikeye, yani riske sokan davranışlar sergilediğimiz açıktır. Tipik örnek olarak trafik kazalarını ele alalım. Eğer gerçekten bu değerlerin sonsuz bir ekonomik değeri olduğu düşünülseydi, muhtemelen tank benzeri arabalar imal edilir, mümkün olan en güvenli donanım tercih edilir ve en güvenli süratte yolculuk yapılırdı. Kısaca riskleri azaltmak için her türlü ekonomik fedakârlığa katlanılırdı. Keza devlet de her köşe başında trafik ışığı ve polisi bulundurur, böylelikle kazalar (*ve risk*) en aza indirilirdi. Peki, neden bu tür tedbirler alınmamaktadır? Neden, mesela herkes arabasına ABS fren sistemi veya hava yastığı almıyor ya da tank benzeri arabalar kullanmıyor? Bunun temel nedeni, bu seçimlerin maliyetli olmasıdır. İnsanlar çoğu kez faydasını maksimize etmek ya da maliyetlerden kaçınmak uğruna, hayatlarını ya da vücut tamlıklarını riske sokmakta ve ne yazık ki bazen de bunun bedelini ödemektedir. Dolayısıyla kişiler, açık sorular karşısında ekonomik değer biçmekten kaçındığı bu gibi menfaatler bakımından, gerçek hayatta zımnen de olsa bir değer biçmektedir. Dolayısıyla eğer soru, “cismani zarar görme riskinde %10'luk bir artışı kabul için ne kadar talep edersiniz?” şeklinde sorulursa, bunun cevabı farklı olacaktır.

Sonuç olarak ekonomik açıdan bakıldığında en azından bu tür şeylere ekonomik değer biçilmesi teorik açıdan isabetlidir. Sorun ise daha ziyade bu değerlerin nasıl belirleneceği noktasındadır. Bu yaklaşımın manevi tazminat açısından yansımaları için bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/b

<sup>377</sup> MANKIW, s.230

<sup>378</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.372; POLINSKY, s.135,136

<sup>379</sup> POLINSKY, s.138

<sup>380</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/b

<sup>381</sup> Nitekim bu çalışmada da teorik yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. Üçüncü ve Dördüncü Bölüm

çıkarımların deneye dayalı olarak test edilmemesi, analizi şüpheli kılar. Nitekim bu eleştirinin haklılığı doktrinde teslim edilmektedir. Bunun önemli bir nedeni, analizin piyasa dışı davranışları konu almasıdır. Bu halde veri toplamak güç olduğu gibi, elde edilen veriler de genellikle değerlemeye imkan vermez. Hal böyle olunca, ampirik araştırmalar yapmak güçtür<sup>382</sup>. Bir diğer neden ise, bu alanda bilimsel çalışma yapanların (hukukçu-ekonomist) genellikle istatistiksel yeteneklerden yoksun olmalarıdır. Nihayet bu eksikliğin bilimin ilerlemesi ile ilgili bir sorun olduğu ve zamanla bu eksikliğin ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Nitekim son yıllarda, bu tür çalışmalarda önemli bir artış da yaşanmaktadır<sup>383</sup>.

### III. Normatif Ekonomik Analize Yöneltilen Eleştiriler

#### A. Genel Olarak

Hukuk ve ekonomi öğretisi, esas itibarla normatif yönü ile eleştirilmiştir<sup>384</sup>. Bunu doğal karşılamak gerekir. Zira son tahlilde normatif analiz, hukukun adalet, eşitlik gibi geleneksel prensiplerden ziyade, “*ekonomik etkinlik*” prensibi ışığında kaleme alınması ve uygulanmasını önermektedir. Buna göre, hukukun amacı, sosyal refahın (*veya servetin*)

---

<sup>382</sup> Bilimsel metodun özeti olarak ifade edebileceğimiz bu aşamalardan, ekonomi bilimi için belki de en güç olanı, konusunun toplum ve gerçek ilişkiler olması itibarıyla ampirik verilerin elde edilmesinde yaşanmaktadır. Diğer sosyal bilimlerden de geçerli olan bu güçlük, ekonomistleri doğal deneylerden, yani günlük yaşantının gözleme dayalı verilerinden yararlanmaya itmektedir. Bu ise, hukuk ve ekonomi alanındaki çalışmalarda ise daha da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira geleneksel piyasaları konu almayan hallerde fiyat gibi ölçüme imkân veren unsurlar olmadığı gibi, veri toplama alışkanlığı da yerleşmemiştir.

<sup>383</sup> 2000’li yıllardan itibaren ampirik araştırmalarda önemli bir sıçrama yaşandığı gibi, ABD’deki üniversitelerde ampirik araştırmalar ile uğraşan akademik kadroda artış yaşanmış; hatta (*Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki Ampirik Hukuki Araştırmalar Programı, Wake Forest Ampirik Hukuki Araştırmalar Merkezi gibi*) bazı üniversitelerde bu konuda program ve merkezler açılmıştır. Örneğin bugün hukuk alanındaki ampirik çalışmalarını konu alan “Ampirik Hukuk Çalışmalar Dergisi” (*Journal of Empirical Legal Studies*) dergisi yayınlanmaktadır. Deneysel hukuk ve ekonomi ve bu alanın ele aldığı konular hakkında bkz. Mc ADAMS H. Richard, “Experimental Law and Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics* (editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit), Vol. I, Edward Elgar, 2000, s.539-561

<sup>384</sup> Bkz. POSNER, s.29-31; SHAVELL, Foundations, s.661 vd.

maksimize edilmesi olmalıdır<sup>385</sup>. Eleştirilere geçmeden önce, temel bazı tespitler yapmak isabetli olur. İlk olarak ekonomik analizin mutlaka normatif bir boyut içermesi şart değildir. Hukuka ekonomik yaklaşım, sadece pozitif analizden ibaret olabilir. Bu durumda, normatif analize yöneltilen eleştirilere yer yoktur. İkinci olarak, her ne kadar hukukun ekonomik etkinlik prensibi etrafında şekillenmesi gerektiği ileri sürülüyorsa da, bunun tek ya da nihai amaç olmadığı da belirtilmektedir. Zira bu prensibin ahlaki ve teknik sınırları olduğu herkes tarafından kabul edilir<sup>386</sup>. Dolayısıyla hukuk ve ekonomi öğretisinde, normatif analizin “*tek belirleyici*” olması gerektiği şeklinde bir düşünce yoktur<sup>387</sup>. Buna paralel olarak, etkinliğin hukukun her alanında aynı şekilde tatbik kabiliyeti olmadığı belirtilmektedir. Örneğin ekonomik etkinlik amacının aile hukuku ile sözleşmeler hukukunda aynı öneme sahip olmayacağı kolaylıkla söylenebilir<sup>388</sup>. Son olarak normatif analizde farklı görüşlerin bulunması nedeniyle, eleştirilerin kimi ve hangi çalışmaları hedef aldığı, bunların geçerliliği açısından mutlaka dikkate alınmalıdır<sup>389</sup>.

İlgili bölümdeki açıklamalarımızda, “*ekonomik etkinlik*” ölçütünün bir takım olumsuz özelliklerine zaten değinilmişti<sup>390</sup>. “*Fayda*” ve “*refah*” yerine, ödeme gücüne dayanan değer ve servet (*wealth*) kavramlarının ikame edilmesinin sonuçları üzerinde durulmuş, aralarında tam bir ilişkinin bulunmaması nedeniyle, ölçütün zaten kusursuz olmadığı vurgulanmıştı. Bunun yanı sıra uygulamasındaki değerlendirme veya bilgi sorunu

---

<sup>385</sup> Haksız fiil hukukunda bunun görünümü ve anlamı hakkında İkinci Bölüm §3/II/A

<sup>386</sup> POSNER, s.13, FRIEDMAN, s.24; MICELI, s.3; COOTER/ULEN, s.48

<sup>387</sup> POSNER, 29; FRIEDMAN, s.22

<sup>388</sup> Hukuki analiz, ekonomik analizden ibaret olmadığına göre, yapılacak değerlendirmede, normatif analizin çıkarımlarının ne gibi bir ağırlık taşıyacağı hususu, olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterecektir. Öğretide, ekonomik analizin “*ya hep ya hiç prensibine göre rol oynaması gerektiği*” şeklinde bir iddia da söz konusu değildir. Normatif analizin çıkarımlarından ne ölçüde yararlanılacağı, analistin subjektif düşüncesi çerçevesinde şekillenecektir (krş. MICELI, s.3).

<sup>389</sup> Nitekim eleştiriler gözden geçirildiğinde, bunların genellikle normatif yaklaşımın en iddialı temsilcisi olduğunu söyleyebileceğimiz Richard POSNER’i hedef aldığı ve servet temeline dayanan KH etkinliğini muhatap aldığı görülmektedir. Servet maksimizasyonu kavramının kısa bir eleştirisi ve bunun önemli olup olmadığı hakkında SHVAELL, Foundations, s.667-670

<sup>390</sup> Sadece KH değil pareto ölçütüne de değinilmiş ve onun olumsuz yönleri ele alınmıştır (bkz yukarıda §2/III/C/2/a ve §2/III/C/3/b).

üzerinde durulmuş<sup>391</sup> ve ayrıca gelir dağılımı açısından olumsuz bir takım sonuçları olduğu belirtilmişti. Bu eleştirilere, burada tekrar yer verilmeyecektir. Fakat hukuk ve ekonomi öğretisinde taşıdığı önem ve özellikle “*adalet*” kavramı ile ilişkilendirilmesi nedeniyle<sup>392</sup>, ekonomik etkinlik ile gelir dağılımı arasındaki münasebete tekrar değinmeyi uygun görüyoruz<sup>393</sup>.

## B. Refah Dağılımı ve Ekonomik Etkinlik

Kısaca hatırlayalım. Servet temeline dayanan etkinlik ölçütü açısından önem taşıyan, servetin (*ya da klasik tabirle pastanın*) büyütülmesidir. Servetin toplumda nasıl dağıtıldığı sorunu ise, göz ardı edilmektedir<sup>394</sup>. Gerçi somut kuralın analizinde her zaman bu iki amaç birbiriyle çatışma içinde olmayabilir. Yani ekonomik açıdan etkin olan kural, aynı zamanda pastayı eşit dağıtan kural olabilir. Mesela sivil hava aracını işleten kişinin kusursuz sorumlu olması, ekonomik açıdan etkin olduğu gibi, muhtemelen dağılımsal açıdan da isabetlidir<sup>395</sup>. Ama aksinin geçerli olduğu haller de yaygındır. Bu durumda etkinlik ile eşitlik arasında bir tercih yapmak gerekir. Hukuk ve ekonomi öğretisinde tercih, etkinlikten yana kullanılır.

Fakat bu yaklaşımın dağılımsal amaçların refah ekonomisinde önemsiz olduğu gibi bir düşünceden kaynaklanmadığını önemle vurgulayalım<sup>396</sup>. Dağılımsal amaçların etkinlik açısından göz ardı edilip edilmeyeceği, büyük ölçüde etkinliğin hangi temele

---

<sup>391</sup> Belirtelim ki servet temeline dayanan KH ölçütünün ya da yarar/maliyet analizinin yürütülmesi güç bir analiz olduğu ekonomistler tarafından da kabul edilmektedir (MANKIW, s.229). Fakat alternatifi olmadığı için, isabetli ve yapıcı yaklaşımın, bu metodu geliştirmek olduğu belirtilmektedir. Bu konuda çok geniş bir literatür mevcuttur (bkz. ZERBE, s.298-320).

<sup>392</sup> Özellikle sosyal adalet ve gelir dağılımı arasındaki yakın ilişki için bkz. İZVEREN, s.159,160; krş. KAPLOW/SHAVELL, s.28; SCHAFER/OTT, s.8,9

<sup>393</sup> Ekonomistler bunu ifade etmek ve genellikle etkinlik kavramından ayırt etmek için bunu “*hakkaniyet*” (*equity*) MANKIW, s.5

<sup>394</sup> COOTER/ULEN, s.8; POLINSKY, s.7; BARNES/STOUT, s.17; SHAVELL, Foundations, s.666

<sup>395</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/E/2

<sup>396</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.370; SHAVELL, Foundations, s.666; KAPLOW/SHAVELL, s.29

dayandırıldığına bağlıdır. Örneğin Posner'in ileri sürdüğü gibi, etkinlik, servet temeline dayandırılırsa, teorik olarak dağılımsal amaçların analizde yer bulmaması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat bu çalışmada etkinliği refah temeline dayandırdığımız için, bu görüşün yeri yoktur. Düşüncemize göre dağılımsal amaç ve politikalar, en azından üç sebepten dolayı ekonomik teori açısından arzu edilir. İlk olarak azalan marjinal fayda prensibi kabul edilirse, kaynakların dağılımına dair bir politika sosyal refahı artırır<sup>397</sup>. İkinci olarak, bizatihi gelir dağılımı sosyal refahın bir unsuru olarak kabul edilebilir. Yani kişiler ve dolayısıyla toplum, gelirin eşit dağılımına bir değer atfedebilir ve bu durumda gelirin nasıl dağıtıldığı sosyal refahı etkiler<sup>398</sup>. Örneğin bu durumda eşitlikçi dağılımsal politikalar refahı artırır. Nihayet kişiler, diğerlerinin (*sözgelimi sokakta yaşayan kimselerin*) belirli bir gelir seviyesinin altında olmasından olumsuz etkilenebilirler. Bu durumda bu kişilerin durumların iyileştirmeyi amaçlayan politikalar sadece o kişilerin değil, genel olarak refahı artırabilir<sup>399</sup>. Dolayısıyla aslında sosyal refahı esas alan etkinlik kavramı, teorik olarak dağılımsal mülahazaları bünyesinde barındırabilir.

Peki, dağılımsal amaçlar normatif analizde neden dikkate alınmamaktadır? Bu büyük ölçüde pratik nedenlerden kaynaklanır<sup>400</sup>. Hukuk ve ekonomi öğretisinde, dağılımsal amaçların doğrudan bunları hedefleyen vergi, gelir yardımı ya da sübvansiyon gibi düzenlemeler vasıtasıyla yapılması, hukukun ise sadece ekonomik etkinliğe odaklanması önerilmektedir<sup>401</sup>. Zira genellikle benimsenen düşünceye göre, doğrudan gelir transferini hedefleyen düzenlemeler, hukuk kuralları ile kıyaslandığında dağılımsal amaçlar gütmek

---

<sup>397</sup> “Azalan marjinal fayda prensibi”, yani fakirin aynı malvarlığı değerini örneğin 100 YTL’yi zenginden daha değerli gördüğü benimsenecek olunursa, paranın zenginden alınıp fakire verilmesinin, fakirin faydası üzerindeki olumlu etkisi, zenginlik faydasındaki olumsuz etkisinden daha fazla olacak, dolayısıyla kaynak transferi net refah artışına neden olacaktır. Bu dağılımsal politikaların ekonomik açıdan arzu edilebilir olduğunu ortaya koymaktadır (KAPLOW/SHAVELL, s.30).

<sup>398</sup> KAPLOW/SHAVELL, s.30,31

<sup>399</sup> KAPLOW/SHAVELL, s.31

<sup>400</sup> Örneğin KAPLOW ve SHAVELL, dağılımsal mülahazaların göz ardı edilmesinin nedenlerinden birinin analitik kolaylık olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre, dağılımsal kaygıların sosyal refahın dışında görülmesi, analizden sonuç çıkarmayı sağlamakta ve hukuk kurallarının etkilerini daha net bir şekilde göstermektedir (KAPLOW/SHAVELL, s.32). Nitekim bu yukarıda belirttiğimiz metoda ilişkin eleştiriler ile örtüşen bir noktadır.

<sup>401</sup> SHAVELL, Foundations, s.666; SCHAFFER/OTT, s.28; POLINSKY, s.125; FRIEDMAN, s.24

için çok daha etkin hukuki kurumsal yapılardır<sup>402</sup>. Bu nedenle, dağılımsal kaygılara yer veren bir ekonomik etkinlik ölçütü, analizi gereksiz yere karmaşıklaştıracaktır<sup>403</sup>. Bu bağlamda genel yaklaşımı özetleyelim. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin olduğu hallerde, hukuk kurallarının menfaatler dengesini değiştirmesi güçtür<sup>404</sup>. Zira yukarıda verdiğimiz kira örneğinde olduğu gibi, uzun dönemde taraflar, yasal düzenlemenin neden olduğu değişikliği, aralarındaki ilişkiye yansıtarak menfaatlerini dengeleyebilir<sup>405</sup>. Sözleşme ilişkisinin olmadığı hallerde ise, teorik açıdan, hukukun dağılımsal amaçlara hizmet etmesi mümkündür. Örneğin haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi halinde, tazminat alacağı zarar görenlerin refahını arttırabilir<sup>406</sup>. Fakat bu tür kurumsal yapılar, doğrudan gelir transferi düzenlemelerine kıyasla dört ayrı nedenle oldukça maliyetli bir seçenektir<sup>407</sup>.

İlk olarak hukukun (*genellikle*) “*ex post*” tatbik edilmesi nedeniyle, uygulanan yaptırım (*mesela tazminat*) gelir dağılımını ciddi ölçüde etkilemez<sup>408</sup>. Zira transfer, sadece ihtilafın çıktığı bir durumda gerçekleşir. İhtilaf çıkmadığı, zarar doğmadığı sürece gelir transferi olmaz. Daha da önemlisi, hukuk kuralları “*hedef hassasiyeti*” ya da “*kesinlik*” açısından dağılımsal politikalar için uygun değildir<sup>409</sup>. Zira kuralın düzenlediği ihtilafın tarafları, sistematik olarak gelir transferi için amaçlanan kesimler olmayabilir. Örneğin kanun koyucunun Karayolları Trafik Kanunu’nu kabul etmesinde temel amacının refahı yeniden dağıtmak olduğunu varsayalım. Fakat bu düzenlemenin dağılımsal amaca hizmet etmesi güçtür. Bir kere ortaya çıkan ihtilaflarda, zarar gören davacıların, araç işleten karşısında daha fazla korumaya layık konumda olduğu iddia edilemez. Zarar gören yaya,

---

<sup>402</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.370,376,465; FRIEDMAN, s.24; SHAVELL, Foundations, s.666; COOTER/ULEN, s.9; POLINSKY, s.125

<sup>403</sup> JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.376; KAPLOW/SHAVELL, s.33

<sup>404</sup> COOTER/ULEN, s.9; HARRISON, s.230; POLINSKY, s.122,123; KAPLOW/SHAVELL, s.33

<sup>405</sup> Bkz. yukarıda §2/I

<sup>406</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/E/2

<sup>407</sup> Bkz. bu konuda KAPLOW Louis /SHAVELL Steven, Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income”, Journal of Legal Studies, Vol. 23 (1994), 667-681

<sup>408</sup> POLINSKY, s.126; KAPLOW/SHAVELL, s.33

<sup>409</sup> COOTER/ULEN, s.9; POLINSKY, s.125

pekâlâ işletenden daha fazla servete sahip olabilir. Bu açıdan muhtemel ihtilafların tarafları hakkında kesin bir bilgi olmaksızın, hukuk kuralları ile dağılımsal amaçların güdülmesi anlamlı değildir. Ayrıca yargılama sisteminin maliyetleri (*idari maliyetler*), doğrudan gelir transferini hedefleyen idari düzenlemeler ile kıyaslandığında oldukça yüksektir<sup>410</sup>. Nihayet son olarak, hukuk kuralları ile dağılımsal amaçlar güdülmesinin fiyat sistemi üzerindeki olumsuz etkisi, doğrudan gelir transferini hedefleyen kurallar ile kıyaslandığı zaman, çok daha fazladır<sup>411</sup>. Sayılan bu nedenlerden dolayı, hukuk ve ekonomi öğretisi hukuk politikası tercihinin salt etkinlikten yana yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

### C. Kaldor-Hicks Ölçütüne Yöneltilen Eleştiriler

Öğretideki baskın görüş etkinlik açısından KH ölçütünü benimsediği için, eleştirilerin önemli bir kısmı bu ölçütün teorik ve pratik sorunlarını konu almaktadır<sup>412</sup>. Doktrinde sıklıkla dile getirilen bir eleştiri, bu ölçütün olumsuz etkilenenlerin rızalarını aramamasıdır<sup>413</sup>. Örneğin haksız fiil hukukunda, zarar verenin, davranışının sosyal maliyetinden sorumlu tutulması ekonomik etkinlik açısından yeterlidir. Zarar görenin tüm zararının giderilmesi gerekmez<sup>414</sup>. Doktrinde, bazı kişilerin olumsuz etkilenmesine cevaz veren bu ölçütü, toplumun neden benimseyeceği sorgulanmaktadır. Eleştiriye göre olumsuz etkilenen kimselerin rızalarının aranmaması, ölçütü sadece kaynak dağılımı değil, etik ve felsefi meşruiyet açısından da sorunlu kılmaktadır<sup>415</sup>. Buna karşılık öne sürülen savunma, aslında KH ölçütünün “*uzun vadede pareto üstün*” olduğudur<sup>416</sup>. Yani yukarıda da belirtildiği gibi, KH ölçütünün uygulanması uzun vadede toplumsal serveti veya pastayı

---

<sup>410</sup> COOTER/ULEN, s.9; ayrıca bkz. İkinci Bölüm §3/II/E

<sup>411</sup> KAPLOW/SHAVELL, s.34; COOTER/ULEN, s.9

<sup>412</sup> Eleştiriler hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. ZERBE, s.8-11; ayrıca Hofstra Hukuk Dergisi'nin 1980 yılındaki 9 numaralı cildi ve Valparaiso Hukuk Dergisinin 1990 yılındaki 24 numaralı cildi, hukuk ve ekonomi öğretisinin ve özellikle servet maksimizasyonunun tartışma konusu yapıldığı sempozyum tebliğlerini içermektedir.

<sup>413</sup> HARRISON, s.59

<sup>414</sup> Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ea; §4/II/B/2/e/eb ve §4/II/C/2/b

<sup>415</sup> ZERBE, s.8; SCHAFER/OTT, s.32

<sup>416</sup> MICELI, s.6; MERCURO/MEDEMA, s.60; SCHAFER/OTT, s.32; bkz. bu konuda POLINSKY Mitchell A., “Probabilistic Compensation Criteria”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol.86 (1972), s.407-425



daha fazla büyütecektir. Kurallar toplumun bazı kesimlerini sistematik olarak olumsuz etkilemiyorsa<sup>417</sup>, bu büyümeden toplumun tüm kesimleri faydalanacaktır. Bu durumda ise KH ölçütüne herkesin “*ex ante farazi rıza*” gösterdiği söylenebilir<sup>418</sup>.

Bir başka eleştiri konusu “*normatif bireysellik prensibi*”dir<sup>419</sup>. Normatif analiz, davranışlarda ifadesini bulan kişi tercihlerini esas alır. Tercihlerin dışsal olmasının bir sonucu olarak, bu tercihler ne kadar aykırı olursa olsun her türlü tercihe önem verilir. Sosyal açıdan iyinin ne olduğu, toplumun tercihlerine göre belirlenmelidir. Bu yaklaşım ilk bakışta son derece makul gözükmemektedir. Buna karşılık hukuk gibi normatif bir alanda bazı sorunlara yol açmaktadır<sup>420</sup>. Örneğin bir toplumdaki çoğunluğun, azınlıklardan hoşlanmadığını ve onları toplumdan tasfiye etmek istediğini varsayalım. Eğer iyi olan, mevcut toplumsal tercihe göre belirlenir ise, o zaman azınlığın tasfiyesini amaçlayan bir kuralın etkin olduğu pekâlâ iddia edilebilir (*meddlesome preferences*). Bunun ise kabul edilebilir olmadığı ortadadır. Bu yaklaşımın metodolojik yansımaları da yadırgatıcıdır<sup>421</sup>. Mesela suç işleyen kişinin bu eylemden sağladığı faydanın refah denklemi içerisinde yer alması gerektiği yaygın bir şekilde kabul edilmektedir<sup>422</sup>. Bir başka eleştiri, KH ölçütünün

---

<sup>417</sup> Servet temeline dayalı KH ölçütünün benimsenmesi halinde, hukuk kurallarının sistematik olarak düşük gelir seviyesindeki grupları olumsuz etkileyeceği hakkında bkz. BEBCHUK A. Lucian, “Pursuit of a Bigger Pie”, Hofstra Law Review, Vol.8 (1980), s.671-709

<sup>418</sup> Aslında “*ex ante*” rıza kavramının ikinci bir anlamı olduğu söylenebilir. Buna göre, her zaman olmasa bile, pek çok durumda kişilerin kendilerini daha olumsuz konuma sokmalarının altında yatan, bu olumsuz konumu önleyebilecek (*daha az riskli*) davranışın seçilmemiş olmasıdır. Riskli olan davranış, tipik olarak daha az maliyetlidir ve telafi bir anlamda bu davranışın seçilmesi ile tasarruf edilen para olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla kişinin bu zarara önceden rıza verdiği de söylenebilir. POSNER tarafından ileri sürülen ve KH ölçütünü, pareto ile bağdaştırma kaygısı taşıyan bu savın doktrinde çok ciddi şekilde eleştirildiğini belirtelim.

<sup>419</sup> Pre nsip hakkında bkz. SCHAFER/OTT, s.5

<sup>420</sup> Krş. SCHAFER/OTT, s.45

<sup>421</sup> Normatif bireysellik, “*tercihlerin dışsal*” olması prensibi ile bir araya gelince, bu tür durumların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Tercihlerin veri olarak kabul edilerek toplumdaki yerleşik sosyal değerlerin filtresinden geçirilmemesi, hukuk alanında yadırgatıcı sonuçlar doğurabilir. Klasik örnek, kişinin tecavüzden özel bir zevk alması ve dolayısıyla bu eylemden fayda sağlaması halidir. Ekonomik analizde baskın yaklaşım, bu faydanın meşruiyetini sorgulamaz ve bundan elde edilen fayda refah denklemine yer alır. Hatta bu tür zora dayalı bazı faaliyetler açısından, işlem maliyetleri tahtında ileri sürülen piyasanın ikame edildiği kaygısı da geçerli değildir (bkz. Dördüncü Bölüm §1/I/B). Temel etik değerleri dışlayan bu yaklaşım, hukuk gibi normatif bir alanda ekonomik analizin uygulanma sınırlarını göstermesi bakımından ilgi çekicidir.

<sup>422</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/1; §2/II/C/2; ayrıca Dördüncü Bölüm §1/I/A ve §1/I/B

hakları yeterince önemsemediğidir. Buna göre, bu ölçütün benimsenmesi halinde temel hak ve özgürlükler, refah (*ya da servetin arttırılması*) uğruna çiğnenebilir.

Bu örnekler normatif ekonomik analizin sınırlarını göstermektedir. Ayrıca felsefi ve etik açıdan yöneltilen eleştirilerin listesi uzatılabilir. Fakat bu aşamada, KH ölçütüne yöneltilen teknik bazı eleştirilere yer vermeyi uygun görüyoruz. Herhalde ilk akla gelen “Scitovsky ikilemi”dir (*scitovsky paradox*)<sup>423</sup>. Kısaca belirtmek gerekirse, A durumundan B durumuna geçişe yol açan bir politikanın KH ölçütüne göre etkin olduğunu varsayalım. Bazı hallerde, bunun tersi, yani B durumundan A durumuna geçiş de etkin olabilmektedir<sup>424</sup>. Bu ikilemin temel nedeni, etkinliğin, servetin nasıl dağıldığı meselesine bağlı olmasıdır. Eğer değişiklik kişinin serveti üzerinde hissedilir bir etki yaparsa, bu durum kişinin değerlemesini de etkileyecek, dolayısıyla WTA ve WTP değerlerindeki değişim bu ikileme neden olabilecektir<sup>425</sup>.

WTA ile WTP arasında farkın oluşması, etkinlik açısından başka sorunlara da neden olmaktadır. “Teklif-talep problemi” (*offer-asking problem*) olarak da adlandırılan bu durum, özellikle kişinin servetinin önemli ölçüde etkilendiği ve piyasada tedavül etmeyen mal ve hizmetler bakımından söz konusu olur. Tabiatıyla bu olgu, etkinlik analizinde esas alınacak metodu önemli kılmaktadır. Öğretide genellikle “*telafi varyasyonu*” kullanılmakta ve WTA ve WTP değerleri, kaynaklar üzerindeki mevcut hak sahipliği ve zilyetlik durumlarına göre belirlenmektedir<sup>426</sup>. Fakat bu, en azından iki nedenle problematiktir<sup>427</sup>. İlk olarak malvarlığına sahip olmak değerlemeyi sandığından fazla etkilediğine göre, mevcut

---

<sup>423</sup> SCITOVSKY T., “A Note on Welfare Propositions in Economics”, Review of Economic Studies, Vol. 9 (1941), s.77-88

<sup>424</sup> ZERBE, s.9

<sup>425</sup> Benzer olarak ekonomik değer, kaynakların toplumda ne şekilde dağılmış olduğuna bağlı olduğundan, farklı bir dağılım, ekonomik açıdan etkin olan tahsisin farklı bir şekilde yapılmasına neden olur (POSNER, s.15).

<sup>426</sup> Bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §4/II/B/1/a ve ayrıca §4/II/C/3/b/bc/bca ve §4/II/C/3/b/bc/bcb

<sup>427</sup> KH ölçütü, bazı yazarlarca bu ikilemi dikkate alacak şekilde uyarlanmıştır. Buna göre, “*bir değişiklik, ancak bundan faydalanan kişilerin, zarar gören kişileri telafi ettikten sonra net fayda sağlamaları ve zarar gören kişilerin yararlanmaları değişiklikten vazgeçecek şekilde telafi ederek başlangıç noktasına dönmeye ikna edememelerine bağlıdır*” (MERCURO/MEDEMA, s.50).

kaynak ve servet dağılımının kaynakların etkin tahsisi üzerindeki etkisi belirleyici olmaktadır. Bunun olağan sonucu ise statükonun genellikle etkin sayılmasıdır<sup>428</sup>. İkincisi, hukuken hak sahibinin belirsiz olduğu ya da ihtilafli olduğu hallerde, mahkeme kararı doğrudan sonucu belirleyebilir<sup>429</sup>. Görüldüğü üzere hukuk ve ekonomi öğretisinde benimsenen ekonomik etkinlik ölçütünün sadece etik açıdan değil, teknik açıdan da kusurları söz konusudur. Bu itibarla normatif analizin, her hukuki soruna tutarlı bir cevap vereceği söylenemez. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre verilen cevabın toplumdaki yerleşik değer yargılarının ve belki de adaletin filtresinden geçirilmesi gerekebilir. Dolayısıyla okuyucunun, ekonomik teoriye dayanan normatif çıkarımları, bu hususları göz önünde tutarak değerlendirmesi gerekir.

---

<sup>428</sup> HARRISON, s.160

<sup>429</sup> Bu “*Coase teoremini*” de bir ölçüde sakatlamaktadır (Teorem için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C). Somutlaştıralım: evinizin önüne inşaat yapıldığını ve bu inşaatın manzaranızı kapatma riski olduğunu düşünelim. İşlem maliyetleri “0” ise (kavram için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b), teorem tarafların pazarlık ederek etkin sonuca ulaşacaklarını, hukukun kimin menfaatini himaye ettiğinin önemsiz olduğunu öngörür. Yani hukukun inşaat sahibini ya da manzaradan yararlanan kişinin menfaatini himaye etmesi önemsizdir. İnşaatın yapılıp yapılmayacağı, tarafların sübjektif değerlemelerine göre belli olacak, manzara sahibi eğer manzaraya daha fazla değer atfediyorsa inşaat sahibi ile anlaşıp inşaatı durduracak; aksi durumda inşaat yapılacaktır. Sonuçta hak kim buna fazla değer atfediyorsa, ona tahsis edilecek ve etkinlik sağlanacaktır. Ama bir an için manzara sahibinin mahkemeye başvurduğunu ve mahkeme kararı ile inşaatı durduğunu varsayalım. Bu durumda inşaat sahibi, inşaatın kendisi için ifade ettiği değere kadar, örneğin 10000 YTL, teklif yapacak (WTP) ve farz edelim siz de bunu reddedeceksiniz (WTA>WTP). Bu durum sizin manzaraya aslında 10000 YTL’den fazla değer verdiğiniz ve inşaat sahibinin ise bu tutardan daha az değer verdiği anlamına gelir. Bu durum teorem açısından etkindir.

Buna karşılık diğer senaryoda, mahkemenin inşaatı durdurmadığını düşünelim. Manzaraya 10000 YTL’den daha fazla değer atfettiğiniz için, kural olarak bu tutara kadar teklif yapmanız ve inşaat sahibinin de kural olarak bunu kabul etmesi beklenir. Ama yukarıda belirttiğimiz sorun bunun gerçekleşmeyebileceğini öngörmektedir. Örneğin inşaat sahibi, 10000 YTL vermeniz durumunda, inşaatın vazgeçebileceğine dair bir teklif yapsa bile, teklifin reddedilmesi pek muhtemeldir. Zira burada hak sahipliği değerlemenizi etkileyecek, WTA ve WTP değerleri farklılaşacaktır. Ya da diğer bir ihtimal olarak, daha fazla değerlemenize rağmen bütçe kısıdınız nedeniyle 10000 YTL vermeniz mümkün olmayacaktır. Görüldüğü gibi ilk senaryoda inşaatın yapılmaması etkin sonuç iken, ikinci durumda inşaatın yapılması etkin sonuç olacaktır.



## İkinci Bölüm

### Haksız Fiil Hukukuna Ekonomik Açıdan Genel Bakış

#### § 1. Kavram Olarak Haksız Fiil ve Haksız Fiil Hukuku

Haksız fiil hukukunu ekonomik açıdan değerlendirmeden önce, haksız fiil ve haksız fiil hukuku kavramları ile neyi ifade ettiğimizi açıklamak uygun olur. Doktrinde farklı anlamlarda kullanılmakla birlikte, bu çalışmada “*haksız fiil*” ile kastedilen kişinin bir başkasına hukuka aykırı bir fiil ile zarar vermesidir. Zarar görenin bu fiile rızası olmadığı gibi, kural olarak taraflar arasında önceden bir ilişki, örneğin bir sözleşme yoktur<sup>1</sup>. Haksızlık ile kastedilen fiilin hukuka aykırı olması, daha açık bir ifadeyle kişileri zarardan korumayı amaçlayan (*yazılı veya yazısız*) objektif bir hukuk normunu ihlal etmesidir<sup>2</sup>. Başkalarına zarar veren, buna karşılık bu türden bir normu ihlal etmeyen davranışlar “*haksız fiil*” sayılmaz. Fakat fiile esas anlamda hukuka aykırılık vasfını kazandıran unsur, çoğu kez fiilin bir zarara neden olmasıdır<sup>3</sup>. Bu nedenle *zarar* kavramı, hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında belirleyici unsurdur. İşte “*haksız fiil hukuku*” da bu tür zararlı davranışların hukuki sonuçlarını düzenlemekte; zarar görenin, hangi şartlar altında, nasıl ve ne ölçüde zararını telafi edebileceğini belirtmektedir. Bu açıdan “*haksız fiil hukuku*” (*sözleşme dışı*) zararlardan kimin, ne ölçüde sorumlu olacağını belirleyen kurallar bütünü

---

<sup>1</sup> Pek tabii ki haksız fiil teşkil eden bir fiilin aynı zamanda sözleşmeden doğan borca aykırılık teşkil etmesi, yani taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olması mümkündür. Fakat burada prensip olarak sözleşmenin olmadığı haller kastedilmektedir. Bu halleri ekonomik açıdan işlem maliyetinin yüksek olduğu durumlar olarak da adlandırabiliriz (bkz. aşağıda §2/II/C/4/b ve §2/II/D/2).

<sup>2</sup> Hukuka aykırılık hakkında genel olarak bkz. Üçüncü Bölüm §5 ve özellikle §5/II/A

<sup>3</sup> Benimsediğimiz görüş çerçevesinde, zarar, mutlak hak konusu menfaatin olumsuz etkilenmesinden kaynaklanıyorsa, hukuka aykırılık bu sonuç nedeniyle gerçekleşir. Dolayısıyla zararın doğmasıyla birlikte, haksız fiil hukuku açısından buna neden olan davranışın hukuka aykırı olduğunu söyleyebiliriz (bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §5/II/A ve §5/II/D; §4/II/B/2/d/dc, ayrıca Dördüncü Bölüm §1/IV). Öte yandan salt ekonomik zararlarda olduğu gibi, zarar mutlak hakkın himayesi dışında kalan menfaatlerin olumsuz etkilenmesinden kaynaklanmışsa, bu durumda davranış, salt zarara yol açtığı için hukuka aykırı olmaz. Bu halde davranış hukuka aykırı hale getiren bir hukuk kuralının bulunması gerekir. Tabiiyle bu durumda davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olur (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/d/da/daa).

olarak tanımlanabilir. Nitekim haksız fiil hukuku geniş anlamda sorumluluk hukukunun bir parçasıdır<sup>4</sup>.

Bu açıklamalar, haksız fiil kavramına geniş bir anlam yüklediğimizi ortaya koymaktadır. Zira doktrinde haksız fiil ile genellikle kastedilen, hukuka aykırı zararlı davranışın, aynı zamanda kusurlu olarak gerçekleştirilmesidir<sup>5</sup>. Bu dar anlamda haksız fiil olarak adlandırılabilir<sup>6</sup>. Oysa benimsediğimiz tanım çerçevesinde kusur, haksız fiilin zorunlu bir unsuru değildir<sup>7</sup>. Önemli olan hukuka aykırı fiilin bir zarara neden olması, yani zarar ile fiil arasında bir illiyet bağının bulunmasıdır. Dolayısıyla haksız fiil için, “zarar”, “hukuka aykırılık” ve “nedensellik bağı” olmak üzere asgari üç şartın gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir<sup>8</sup>. Haksız fiil kavramına verdiğimiz geniş anlam çerçevesinde sadece kusur sorumluluğu değil, Borçlar Kanunu ve diğer bazı kanunlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri de haksız fiil kavramı içerisinde yer almakta ve dolayısıyla çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Buna karşılık, zararın hukuka uygun davranışlardan

---

<sup>4</sup> Sorumluluk, bir kişinin hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir hukuki ödevde ya da hukuki bir ilişkiden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranarak başkasına zarar vermesi ve hukuken bu sonuçtan mesul olmasıdır. İşte sorumluluk hukuku da, bu mesuliyetin şartları ve sonuçlarını düzenlemektedir. Türk Hukukunda bu tabir, hem akdi, hem de akit dışı sorumluluk hallerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Burada yer verilen haksız fiil hukuku kavramının yerine, “dar anlamda sorumluluk hukuku” tabiri kullanılmaktadır. Dar anlamda sorumluluk hukuku ise kendi içerisinde, “kusur sorumluluğu”, “sebeplendirilmiş sorumluluk” ve “hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk” olmak üzere üçe ayrılmaktadır (EREN, s.444,445). Biz burada “haksız fiil hukuku” tabirini hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk hallerini kapsayacak şekilde kullanıyoruz. Bazı yazarlar bunu haksız fiil sorumluluğu (OĞUZMAN/ÖZ, s.483,484), bazıları ise sorumluluk hukuku olarak adlandırmaktadır (EREN, s.445).

<sup>5</sup> EREN, s.468; TANDOĞAN, s.9; krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.483

<sup>6</sup> EREN, s.447

<sup>7</sup> Düşüncemize göre, Türk Hukukunda haksız fiil kavramını, sadece kusur sorumluluğunu içerecek şekilde kullanmak için yeterli sebep yoktur. Terminolojik açıdan haksız fiil tabiri, hukuka aykırılık dışında fiilin aynı zamanda kusurlu olması gerektiğine dair bir anlam ihtiva etmez. Önemli olan hukuka aykırı olarak zarara sebebiyet verilmesidir. Bunun yanı sıra, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanı bulduğu haller, sorumluluğun gerçekleşme şartları itibarıyla kusur şartı dışında herhangi bir özellik arz etmez. Zarar, hukuka aykırılık ve nedensellik bağı ve genel olarak kusursuz sorumluluğun uygulanma ilkeleri aynen kusur sorumluluğundaki gibidir. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da ikinci ayırımın başlığı “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” olarak muhafaza edilerek haksız fiil tabiri, hem kusur, hem de kusursuz sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

<sup>8</sup> Nitekim Üçüncü Bölüm bu kavramların ekonomik açıdan yorumunu konu almaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm §3, §4 ve §5.

<sup>9</sup> Kusur ve kusursuz sorumluluk kavramlarına verdiğimiz anlam için bkz. Dördüncü Bölüm §2/II ve ayrıca Üçüncü Bölüm §2/II/A

kaynaklandığı haller, ancak haksız fiil hukuku ile ilintili olduğu ölçüde sınırlı olarak ele alınmaktadır<sup>10</sup>.

Haksız fiil hukukunu oluşturan kurallar, büyük ölçüde Borçlar Kanunu'nda yer alır. Kanun haksız fiili, borçların bir kaynağı olarak 41 ila 60. maddeler arasında düzenlemiştir. Bu kurallar sorumluluğun temel ilkelerini belirlemekte ve genel hüküm vasfını taşımaktadır. 41. maddede genel kural öngörülmekte, takip eden maddelerde ise zarar ve tazminatın nasıl tayin edileceği, çeşitli özel durumlar ve bazı kusursuz sorumluluk hallerine yer verilmektedir. Borçlar Kanunu'nun yanı sıra Medeni Kanun ve diğer bazı kanunlarda haksız fiil sorumluluğuna dair özel düzenlemeler yer almaktadır<sup>11</sup>. Borçlar Kanunu, sorumluluğun kurulmasında kusur esasını benimsemiştir. Bu itibarla sorumluluğun doğabilmesi için hukuka aykırılık, illiyet bağı ve zarar şartlarının yanı sıra kusurun varlığı da aranır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olması için ise, özel bir kanun hükmünün gerekip gerekmediği tartışmalıdır<sup>12</sup>.

Haksız fiile ilişkin hükümlerin önemli bir özelliği “çerçeve norm” olmalarıdır. Kanun koyucu haksız fiil hukukuna dair ayrıntılı düzenleme yapmamış, örneğin, kusur, zarar ve nedensellik bağı gibi temel kavramları dahi tanımlamamıştır. Bunun çalışmamız açısından bazı yansımaları vardır. İlk olarak haksız fiil hukukunun şekillenmesi ve gelişiminde, hukuk doktrin ve uygulaması önemli bir işleve sahiptir. Buna paralel olarak yorum faaliyeti, yani kanun hükümlerine verilecek anlam ve yorumda esas alınacak amaç son derece önemlidir. Sorumluluğunun hangi amaca hizmet ettiğini belirlemeden, zarar görenin hangi şartlar altında ve ne ölçüde telafi edileceğini öngörmek güçtür. Nihayet çerçeve normlar, farklı şekillerde yorum yapmaya elverişlidir. Dolayısıyla pozitif hukukun

---

<sup>10</sup> Bkz. bu konuda aşağıda §2/II/C ve Üçüncü Bölüm §5/I/C ve §5/II/C

<sup>11</sup> Mesela MK.'da yer alan 25, 26, 120, 174, 369, 1007. maddeler, KTK.'daki 85, 86. maddeler, ÇK.'daki 28. madde, TSHK.'daki 134. madde, PK.'ndaki 86. madde, MMMK.'daki 62. madde, FSEK.'daki 68. madde ve RKHK.'da yer alan 57. madde diğer kanunlarda yer alan düzenlemelere örnek gösterilebilir (ayrıca kusursuz sorumluluk normları için bkz. Dördüncü Bölüm §2/II).

<sup>12</sup> Doktrinde bir kısım yazarlar kanun boşluğu bulunduğu fikrinden hareketle, içtihatla kusursuz sorumluluk hali yaratılamayacağını belirtmekle birlikte (OĞUZMAN/ÖZ, s.488); Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır (Yarg. 10. HD. 18.4.1975 T.,1298 E., 2284 K., bkz. KARAHASAN, s.1028 vd.).

sınırları içerisinde kalarak, haksız fiil hukuku kurallarının ekonomik açıdan yorumlanması düşüncemize göre mümkün gözükmemektedir. Nitekim her ne kadar bu çalışma normatif özelliğe sahipse de, haksız fiil hukukunun temel kavramlarının ekonomik açıdan yorumunu içeren üçüncü bölümdeki açıklamalar, bu husus göz önünde tutularak değerlendirilmelidir.

Aşağıda iki alt bölüme yer verilmiştir. Evvela, bir olgu olarak haksız fiilin ekonomik açıdan neyi ifade ettiği açıklanacak ve bu çerçevede haksız fiil hukukunu meşru kılan ekonomik temel anlatılacaktır. Bu çerçevede, ekonomik açıdan haksız fiil hukuku ile aynı olguyu düzenleyen diğer hukuki düzenlemeler ile olan ilişkiler üzerinde de durulacaktır. Diğer alt bölümde ise, Türk Hukukunda haksız fiil hukukuna atfedilen amaç, bu amacın isabetli olup olmadığı ve ekonomik açıdan haksız fiil hukukunun amacının ne olması gerektiği tartışılacaktır. Kısacası bu bölüm, haksız fiil hukukunun ekonomik teorisine giriş özelliği taşımakta ve temel kavramların ekonomik yorumuna temel teşkil etmektedir.

## **§2. Ekonomik Açıdan Haksız Fiilin Nitelendirilmesi ve Bu Nitelendirme İşığında Haksız Fiil Hukukunun Değerlendirilmesi**

Yukarıda haksız fiili, sözleşme ya da benzeri bir rızai ilişki olmaksızın hukuka aykırı bir davranış ile başkasına zarar verilmesi olarak tanımlamıştık. Bu başlık altında bu davranışın ekonomi bilimindeki izdüşümü, yani haksız fiilin ekonomik açıdan nasıl nitelendirildiği ele alınacaktır. Nitelendirmede, hukuka aykırılık unsurunun dikkate alınması anlam taşımaz<sup>13</sup>. Dolayısıyla “*aralarında bir sözleşme olmaksızın bir kişinin diğerine zarar vermesi*” olgusu esas alınacaktır. Haksız fiilin ekonomik açıdan nitelendirilmesi, kanımca çeşitli açılardan önemlidir. Bu, haksız fiil hukukuna genel ekonomik bakış açısını ortaya koyacaktır. Yani haksız fiillerin yol açtığı sorun, bunun

---

<sup>13</sup> Bunun temel nedeni, “*hukuka aykırılık*” kavramının ekonomi biliminde bir konumunun olmaması, hukuk alanına ait tamamen normatif bir karakter arz etmesidir (bkz. §5/1/D).



ekonomik açıdan nasıl tanımlandığı ve neden hukuki müdahaleye ihtiyaç olduğu açıklanacaktır. Böylelikle haksız fiil kurallarının ekonomik açıdan “*ratio legis*”ini belirlemek mümkün olacaktır.

Bu yaklaşımın temel faydası ise, haksız fiil hukukuna genel bir perspektiften bakmayı mümkün kılmasıdır. Şöyle ki; ekonomik açıdan haksız fiillerin yol açtığı sorun, aslında oldukça yaygındır. Bu sorunu farklı “*hukuki kurumsal yapı*”lar içerisinde düzenlemek mümkündür. Nitekim yürürlükteki hukuk da sorunu oldukça karmaşık bir kurumsal yapı içerisinde ele almakta; bazen haksız fiil hukukuna alternatif, bazen de onu tamamlayıcı hukuki düzenlemeler uygulanmaktadır. Hal böyle olunca, haksız fiil hukukunun aynı sorunsalı ele alan diğer hukuki düzenlemelerden soyutlanıp kendi içerisinde analiz edilmesi büyük resmin gözden kaçırılması sonucunu doğurur. Zira haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında tatbik edilmesinin yerinde olduğu, büyük ölçüde alternatif hukuki kurumsal düzenlemeler karşısındaki mukayeseli üstünlüğüne bağlıdır.

Bu alt bölümde, haksız fiilin nitelendirilmesini takiben, ekonomik açıdan aynı sorunu ele alan hukuk kuralları belirtilecek ve mukayeseli kurumsal analize giriş yapılacaktır. Bu analizin, haksız fiil hukukunun sınırlarını çizerek, bilhassa hukuka aykırılık kavramı etrafındaki tartışmalarda yol gösterici olabileceğini düşünüyoruz<sup>14</sup>. Ayrıca bütünsel bakış açısı haksız fiil hukuku ile eş zamanlı tatbik edilen hukuk dalları ile olan ilişkilere de ışık tutacaktır<sup>15</sup>. Kanımca haksız fiil hukukuna dair sağlıklı ve tutarlı bir hukuk politikası, ancak meseleye genel bir perspektiften bakılması ile oluşturulabilir.

---

<sup>14</sup> Nitekim mukayeseli kurumsal analiz, son bölümde ele alınacak ve burada yer verilen hukuki kurumsal yapıların mukayese edilerek, haksız fiil hukukunun hangi hallerde uygulanmasının yerinde olduğuna dair çıkarımlar yapılacaktır (bkz. Dördüncü Bölüm §1/I; §1/II ve özellikle §1/IV).

<sup>15</sup> Bilhassa aynı olgu ve davranışa, çeşitli hukuk kurallarının eş zamanlı veya kademeli uygulanması meselenin genel bir perspektiften ele alınmasını ve haksız fiil hukukunu da bir bütün içerisinde değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

## I. Nitelendirme: Olumsuz Dışsallık

### A. Kavram

Bir kimsenin, sözleşme ilişkisi olmadan diğer bir kişiye zarar vermesi ekonomik açıdan “*olumsuz dışsallık*” (*negative externality*) olarak nitelendirilir<sup>16</sup>. En genel tanımıyla olumsuz dışsallık, “*kişinin davranışları ile başkasının (beklenen) faydasını onun istemi dışında menfi yönde etkilemesi olarak tanımlanabilir*”<sup>17</sup>. Bu tanıma göre, dışsallığın üç unsuru bulunmaktadır: *faydanın azalması* ve bunun kişinin “*rızasına dayanmaması*”<sup>18</sup> ve nihayet bu duruma *bir başkasının neden olması*<sup>19</sup>. Son iki unsur bir açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek kadar açıktır, bu nedenle “*faydanın azalması*” kavramı üzerinde duracağız.

Hatırlanacağı gibi ekonomi biliminde “*fayda*” (*utility*) genel bir anlam taşımakta; mutluluk, haz, tatmin gibi kavramlar ile özdeşleştirilmektedir<sup>20</sup>. Dolayısıyla fayda esas

---

<sup>16</sup> Burada dışsallık ile kastedilen, kişinin davranışlarının olumlu ve/veya olumsuz sonuçlarının bir kısmının kendi üzerinde değil başkalarının üzerinde kalmasıdır. Kişilerin davranışlarının bir başkası üzerindeki etkilerinin dışsallık olarak nitelendirilmesinin nedeni, kişinin bunun için herhangi bir şekilde bir piyasa mübadelesi yapmaması, örneğin başkalarını telafi etmemesi veya başkalarının kişiyi telafi etmemesi yatar. Eğer dışsallaştırılan faktörler maliyet ise, bu “*olumsuz dışsallık*”; yarar ise “*olumlu dışsallık*” adını almaktadır. Bir kahve dükkânının dışarıya yaydığı kahve kokuları, estetik açıdan güzel bir bina veya park, üniversitelerin verdiği eğitim, araştırma geliştirme faaliyetleri hep olumlu dışsallığa örnek teşkil eder. Bu çalışmada sadece “*olumsuz dışsallıklar*” ele alınacağından, sadece “*dışsallık*” tabiri kullanıldığı vakit kastedilen olumsuz dışsallıktır.

<sup>17</sup> SHAVELL, Foundations, s.77; MICELI, s.31; JACKSON/KAPLOW/SHAVELL/VISCUSI/COPE, s.351; SEIDENFELD, s.63,64; COOTER/ULEN, s.44,45; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, s. 324; PINDYCK/RUBINFELD, s.621,622; MANKIW, s.204, 206; krş. BEGG/FISCHER/DORNBUSCH, s.248; PARASIZ, s.325; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.69

<sup>18</sup> Eğer kendisine maliyet yüklenen kişinin rızası var ise, kural olarak burada bir mübadele vardır ve bu maliyetler mübadele ile içselleştirilmiştir. Tabiatıyla bunun için kişinin rasyonel davranma yeteneğine sahip olması gerekir. Öte yandan bu maliyetin içselleştirilmesi için mutlaka rıza veren kişinin ekonomik olarak telafi edilmesi de gerekmez. Dikkat edilirse bu anlamıyla dışsallık ve zarar arasında bir paralellik vardır. Bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §4/I/A; §4/II ayrıca §5/I/C ve §5/II/C/2.

<sup>19</sup> Tabiatıyla bir başkasının davranışı yok ise, örneğin maliyet bir doğa olayından kaynaklanıyorsa, dışsallıktan bahsedilemez. Zira burada piyasa mübadeleleri ile içselleştirilmesi mümkün bir maliyet yoktur. Öte yandan haksız fiil hukukunda davranış kavramı, aynı zamanda olumsuz davranışları yani hareketsiz kalınmasını da kapsamaktadır (bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/B). Bu durumda herhalde olumsuz dışsallıktan bahsedilip bahsedilmeyeceği tartışılabilir. Bu tartışmada hangi görüş benimsenirse benimsensin, bu hallerde ekonomik teori sorunun çözümünde yarar sağlayabilir (bkz. Üçüncü Bölüm §5/II/D)

<sup>20</sup> Fayda kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1

alınarak yapılan tanım, dışsallığın oldukça geniş ve belirsiz bir kapsamı olduğuna işaret eder. Bir anlamda kişinin arzu etmediği, onu olumsuz yönde etkileyen her türlü olgu ve davranış olumsuz dışsallık olarak görülebilir. Olumsuz yönde etkilenme, kişinin değer ve önem verdiği şeylere müdahale<sup>21</sup> edilmesinden kaynaklanır. Yani kişi temiz havaya önem veriyorsa kirlilik, sessizliğe değer veriyorsa gürültü, eşyasına değer veriyorsa bunun tahrip edilmesi, hep olumsuz dışsallıktır.

Nitelendirme açısından dışsallığa neden olan davranışın mahiyeti önemsizdir. Keza kişinin kusurlu veya kusursuz olması da fark yaratmaz<sup>22</sup>. Mesela bir kişinin kusursuz bir şekilde diğerini yaralaması da, kasten yaralaması da dışsallıktır. Davranışın tek ya da birden fazla kişi tarafından gerçekleşmesi önem taşımaz. Önemli olan fiilin bir başkasının faydasını azaltmasıdır<sup>23</sup>. Dışsallığın fiziksel bir etkisinin olması da gerekmez. Örneğin dışsallığın kişinin yaralanması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, sadece üzülmeye biçiminde de gerçekleşmesi mümkündür. Ayrıca bir davranışın dışsallık sayılması için, olumsuz etkilenen kişinin, bunun doğrudan muhatabı olması da gerekmez. Fiilden dolayı olarak etkilenmesi de mümkündür. Örneğin kişiler doğrudan mağduru olmasa bile, yaşadıkları bölgede işlenen hırsızlık, gasp gibi suçlardan olumsuz etkilenirler. Bu durumda söz konusu

---

<sup>21</sup> Hukuken müdahale, başkasının hukukça korunan mal veya şahıs varlığının bir insan davranışı ile ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır (İŞGÜZAR, s.30). Bunun farklı alanlarda daha geniş ya da daha dar tanımı olabilir. Mesela komşuluk hukuku açısından müdahale, taşınmazın işletilmesi ya da kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan ve komşu taşınmaz üzerinde etkili olan halin mutad cereyanına uygun, istenmeyen neticeler olarak tanımlanır (ULUSAN, s.159). Yukarıda müdahale terimi, aslında bu tanımlara benzer bir anlam taşır. Aradaki fark (*esasen komşuluk hukukuna son derece paralel olarak*), kişinin değer atfettiği varlığın, hukuken korunmasının gerekli olmamasıdır. Yani müdahale açısından hukuka aykırılığın varlığı ya da yokluğu önemsizdir.

<sup>22</sup> Ekonomi biliminde olumsuz dışsallık sorunu kusur kavramından bağımsız olarak tartışılmaktadır. Klasik ekonomi kitaplarında, dışsallığın kasten gerçekleştiği durumlara ilişkin örnek neredeyse yok gibidir. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinde de genellikle dışsallık sorunu etrafındaki tartışmalar, dışsal maliyete kasten yol açılmadığı halleri kapsamaktadır.

<sup>23</sup> Her ne kadar sonuç önem taşıyorsa da, kişiler bazı hallerde müdahalenin nasıl ve hangi şartlar altında gerçekleştirildiğine de değer atfedebilir ve bu durumda bu değer ihlal edilmesi de faydayı daha fazla veya az etkileyebilir. Örneğin bir başkasının malına kasten zarar verilmesi ile ihmal suretiyle zarar verilmesi arasında fark vardır ve pekâlâ zarar gören, malın zararının aynı olmasına rağmen, ikincisinden daha olumsuz etkilenebilir. Dolayısıyla sadece sonuç değil, bu sonucun nasıl meydana geldiği de faydadaki azalmanın ölçüğü açısından önem taşıyabilir.

eylemler onlar için dışsallıktır ve çok sayıda kişinin etkilendiği bu gibi hallerde kamusal dışsallıktan bahsedilir<sup>24</sup>.

Olumsuz dışsallığı belirsiz kılan temel neden, faydanın kişinin iç âlemine ilişkin bir olgu olmasıdır. Bu soruna ekonomi biliminde nasıl yaklaştığı yukarıda açıklanmıştır<sup>25</sup>. Belirsizliğin diğer nedenleri ise, dışsallığın kişinin tercih ve değer yargılarıyla yakından ilgili olmasıdır. Davranışın fayda üzerindeki etkisi, kişilerin tercihlerine göre değiştiğine göre olumsuz dışsallık subjektif ve izafidir. Örneğin işkembeciden gelen kokular pek çok insanı rahatsız ederken, bazı kişilerin hoşuna gidebilir. Ayrıca faydanın ne yönde etkileneceği, kişinin beklentileri ve referans durumu ile ilintilidir. Referans durumunu belirleyen çevresel şartların farklılığına bağlı olarak, aynı kişinin aynı olgudan değişik biçimlerde etkilenmesi pekâlâ mümkündür. Mesela kişinin referans durumu gürültülü bir ortam ise, gürültü herhangi bir etki yapmazken; sessizlik *olumlu dışsallık* teşkil eder<sup>26</sup>. Dolayısıyla hangi davranışların olumsuz dışsallık teşkil ettiğine dair belirleme yapmak son derece güçtür. Ekonomi bilimindeki yerleşik uygulama, günlük hayat tecrübeleri ve sağduyu ışığında kişileri genel olarak olumsuz etkilediği kabul edilen hallerin olumsuz dışsallık olarak nitelendirilmesi yönündedir. Dolayısıyla istenmeyen durumlara (*veya varlığına değer atfedilen şeylere*) ilişkin toplumun ortalama beklentilerini esas alan “varsayımlar” yapılmaktadır. Herhalde ses, koku, gürültü ve görüntü kirliliği bu varsayımın en tipik örneğidir<sup>27</sup>.

Haksız fiil hukukuna paralel olması ve kavramın daha rahat anlaşılması açısından, dışsallığın pasif tarafını esas alarak olumsuz dışsallıkları “*maddî*” ve “*manevî*” olmak üzere ikiye ayırabiliriz<sup>28</sup>. “*Maddî olumsuz dışsallıklar*” kişinin ekonomik değer atfettiği

---

<sup>24</sup> COOTER/ULEN, 167

<sup>25</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2

<sup>26</sup> SHAVELL, Foundations, s.79

<sup>27</sup> MANKIW, s.204; COOTER/ULEN, s.44; PINDYCK/RUBINFELD, s.621,623; PARASIZ, s.324; COLE/GROSSMAN, s.14,15; FRIEDMAN, s.29; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.69

<sup>28</sup> Bildiğimiz kadarıyla ekonomi doktrininde olumsuz dışsallıklar bu türden bir ayırma tabi tutulmamıştır. Fakat bu ayırım düşüncemize göre kavramayı kolaylaştırır. Ama bazı çekinceler belirtelim. Her şeyden önce

menfaatlerin olumsuz etkilenmesi halinde söz konusu olur<sup>29</sup>. Bu bağlamda kişinin malvarlığının azalması, yani hukuki anlamda “*maddi zarar*” olumsuz dışsallığın tipik görünümüdür. Fakat tabii ki dışsallık faydayı temel aldığı ölçüde maddi zarar kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir<sup>30</sup>.

“*Manevi olumsuz dışsallıklar*” ise, ekonomik değerler dışında kalan tüm diğer değerlere yapılan istem dışı müdahaleleri ifade etmektedir. Bu kapsama giren hallerin belirlenmesi daha sorundur. Dışsallığın neden olduğu maliyetin bir piyasa değeri olmadığı gibi, çoğu kez menfaatin konusu maddi-fiziki bir varlık dahi değildir. Ayrıca bu, ekonomik olmayan ahlaki, siyasal ve estetik değerler ile ilişkili olması nedeniyle değerlendirme maddi dışsallıklara göre daha sübjektiftir<sup>31</sup>. Manevi olumsuz dışsallıkların tipik örnekleri, kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet gibi değerlerine yapılan müdahalelerde görülebilir<sup>32</sup>. Nitekim hukuk düzeni, bu tür manevi değerleri “*kişilik (şahıs varlığı) hakları*” çerçevesinde himaye etmekte ve bu değerlerdeki azalma da “*manevi*

---

maddi ve manevi dışsallıklar arasındaki farklar siliktir. Olumsuz dışsallık fayda kavramını temel aldığına göre, tüm dışsallıkların son tahlilde manevi olduğu söylenebilir. Ayrıca bir davranışın bazıları için maddi, diğerleri için manevi değerlere ilişkin olması ya da her iki boyutunun bir arada bulunması pekâlâ mümkündür. Maddi ve manevi değerlerin arasındaki sınırların silik olmasına örnek olarak kişilik hakkı kapsamındaki iktisadi özgürlüklere yapılan aşırı müdahaleler hem maddi hem de manevi olumsuz dışsallık kapsamında mütalaa edilebilir. Ayrıca bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §4/II/A/2 ve §4/II/B

<sup>29</sup> Maddi menfaatler, piyasada tedavül eden, para ile ölçülebilen değerleri ifade eder. Maddi ya da gayri maddi malların değerinin azalmasına neden olacak müdahaleler, mesela kişinin bir malının tahrip edilmesi (*damnum emergens*) hiç şüphe yok ki ilk akla gelen örneklerdir. Genel olarak maddi olumsuz dışsallıklar, kişinin “*malvarlığı*” ile yakından ilişkilidir. Yani olumsuz dışsallık kişinin malvarlığı içerisinde yer alan değerlere müdahale edilmesinden kaynaklanır. Buna karşılık bir başkasının malının tahrip edilmesi, kural olarak maddi olumsuz dışsallığa yol açmaz.

<sup>30</sup> Örneğin kişinin hak sahibi olmaya dair referans durumu, mevcut hukuki durum ile örtüşmeyebilir. Yani kişi hak sahibi olmamasına rağmen, aksini düşünebilir veya maddi değerler üzerinde beklentisi olabilir. Bu gibi hallerde maddi değerlere yapılan müdahale olumsuz dışsallık teşkil eder. Ama bu teknik anlamıyla zarar sayılmaz. Olumsuz dışsallık, referans durumu olarak kişinin sübjektif tercih ve beklentilerini esas alır. Dolayısıyla ancak bu referans durumu veya kişinin beklentileri, gerçek ve mevcut olan hukuki durumu ile örtüştüğü ölçüde olumsuz dışsallık aynı zamanda hukukten zarar olarak nitelendirilebilir. Örneğin kişinin maliki olduğunu düşündüğü bir araziye ekip biçtiği bir kurguda, arazi maliki ekinleri tahrip ederse, ortada olumsuz dışsallık olmasına rağmen, hukukten bir zarar yoktur.

<sup>31</sup> Nitekim sayılan bu nedenler, neden hukuk uygulamasında manevi zararın giderilmesine ilişkin talepler karşısında çekingen bir tavır sergilendiğini de açıklamaktadır.

<sup>32</sup> Örneğin kişinin yaralanması, sağlığının bozulması, hakarete maruz kalması, bir yakını kaybetmesi hallerinde hep faydası olumsuz etkilenir. Burada müdahaleye konu değer ekonomik olmadığına göre, tüm bu hallerde manevi olumsuz dışsallık söz konusudur.

zarar” adını almaktadır. Fakat yukarıda olduğu gibi, manevi olumsuz dışsallık, şahıs varlığı ve dolayısıyla manevi zarar kavramından daha geniştir<sup>33</sup>.

Şimdi cevaplanması gereken soru, haksız fiilin “*olumsuz dışsallık*” olarak nitelendirilmesinin ne anlama geldiğidir. Buna ekonomik teorinin bağladığı sonuç, özellikle bu hallerin hukuk tarafından düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı ve haksız fiil hukukunun ekonomik gerekçesini de ortaya koyacaktır

## **B. Olumsuz Dışsallığa Bağlanan Sonuç**

Olumsuz dışsallığa bağlanan sonucu açıklamak için, ekonomik teorinin temel varsayımlarını hatırlamak gerekir<sup>34</sup>. İlk bölümde, kişilerin faaliyetlerinden kendilerinin faydalandığı ve diğer kimselerin olumsuz etkilenmediği bir piyasa kurgusunda sosyal refahın maksimize olacağı belirtilmişti. Etkileşimin temel görünümü olan mübadeleler, yani anlaşmalar, tam bilgiye sahip bireylerin davranışlarının tüm yarar ve maliyetlerini içselleştiriyordu. Böylece piyasa sistemi içerisinde bireysel rasyonellik grup rasyonelitesini beraberinde getiriyor ve faydayı maksimize eden davranışlar aynı zamanda sosyal refahı maksimize ediyordu<sup>35</sup>. Esasen bir sosyal kurum olarak piyasaların kaynakların tahsis edilmesindeki üstünlüğü de bundan kaynaklanmaktaydı.

---

<sup>33</sup> Kişinin manevi değer atfettiği her türlü menfaat, kişilik hakkı ve dolayısıyla da şahıs varlığı içerisinde yer almaz. Hatta hukuk tatbikatında manevi zararın giderilmesi konusundaki çekingenlik nedeniyle, kişilik hakkının oldukça sınırlı kapsamda manevi menfaati kapsadığı söylenebilir. Belirtelim ki çekingenlik eğilimi değişmekte ve kişilik hakkının kapsamı gün geçtikte genişlemektedir.

<sup>34</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2

<sup>35</sup> Temel mantık şu şekilde özetlenebilir. Eğer kişinin davranışları sadece kendi menfaati veya faydasını etkiliyorsa, özel fayda sosyal fayda ile eşdeğerdir. Normalde kişinin faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayıldığı için, kişinin davranışı aynı zamanda sosyal refahı da maksimize eder. Sorun ise, davranışların başkalarının faydalarını olumlu ya da olumsuz etkilemesi halinde ortaya çıkar. Bu gibi halleri ise rızaya dayanan ve dayanmayan ilişki olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. Eğer bu gibi haller bir sözleşme ya da anlaşma gibi rızaya dayalı bir ilişki tahtında gerçekleştiriliyorsa, o zaman yine davranışların sosyal refahı maksimize ettiği söylenebilir. Zira tarafların rızası olduğuna göre, bu tür etkiler içselleştiriliyordur. Öyleyse kural olarak bu davranışlar kişilerin karşılıklı faydasını ya da sosyal refahı arttırıyordu. Nitekim piyasa paradigması bu şartların varlığı halinde refah ekonomisinin birinci teoreminin gerçekleşeceğini ve refahın maksimize edileceğini belirtmektedir. Buna karşılık kişilerin rızalarının olmadığı hallerde davranışların sosyal refah üzerindeki etkileri belirsizleşir. Kişinin davranışı kendisi açısından fayda

Kuşkusuz bu varsayımlar gerçekçi değildir. Sosyal hayatın doğal bir sonucu olarak, davranışlar herhangi bir nedenle mübadeleler tarafından içselleştirilmeksizin başkalarının maddi ve/veya manevi menfaatlerini olumsuz (*ya da olumlu*) etkiler. Hatta mübadeleler veya sözleşmeler dahi bu tür *yan etkiler* doğurabilir. İşte *olumsuz dışsallık* bireysel davranışların, sosyal refahı maksimize etmediği, yani mübadelelere dayanan piyasanın aksadığı hallerin başında gelir<sup>36</sup>. Davranışlar, diğer kişiler üzerinde maliyetlere yol açmakta ve fakat davranış sahibi tarafından göz önünde tutulmadığı için refah kaybı yaşanmaktadır<sup>37</sup>. Dolayısıyla ekonomik açıdan *olumsuz dışsallık* arzu edilmeyen bir durumu ifade eder ve “*piyasa aksaklığı*” (*market failure*) olarak adlandırılır<sup>38</sup>.

Bu açıklamaları, ekonomi biliminde klasikleşmiş çevre kirliliği örneği ile somut hale getirelim<sup>39</sup>. Çelik üretimi yapan işletmenin zehirli atıklar yoluyla çevreyi kirlettiğini düşünelim. Kirliliğin, çevredekiler için zarara neden olduğunu, mesela komşu *mera*

---

sağlamakla birlikte, başkasının faydasını azaltma ihtimalinin olması, net refahın artıp artmadığı konusunda tereddütlere neden olur. İşte dışsallık sorunun özü de burada yatmaktadır.

<sup>36</sup> MANKIW, s.204; PINDYCK/RUBINFELD, s.622 vd.; COOTER/ULEN, s.44,45; BUTLER, s.86, 357 vd.; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.39

<sup>37</sup> Önemle belirtelim ki dışsallığa neden olan davranışın sosyal refah üzerindeki etkisi tamamen somut olayın özelliklerine bağlıdır. Aritmetik bir örnek ile durumu açıklayalım. Meselenin basitleştirilmesi adına, faydayı YTL üzerinde ifade edelim ve herkes için aynı değeri olduğunu varsayalım. Farz edelim, sigara içmek kişiye 3 birim fayda sağlasın. Kural olarak sigara içmek, yapılan satım sözleşmesi gereğince semen borcu gibi maliyetler dışında, sağlığa zarar vermesi nedeniyle çeşitli örtülü maliyetlere neden olur. Fakat kişinin faydasını maksimize etme eğiliminde olduğunu kabul ettiğimizden dolayı, rasyonel bireyin bu eylemden net ve en fazla fayda sağladığı kabul edilebilir. Mesela sigara içmenin maliyetleri kişi için 2 birim olsun. Eğer sigara içilen yerde herhangi bir kişi yok ise, sigaranın herhangi bir başka risk doğurmadığını ve atmosfer üzerindeki olumsuz etkisinin olmadığını düşünürse, kural olarak sigara içmek herhangi bir dışsallığa neden olmaz. Bu durumda kişinin davranışı faydasını ve sosyal refahı da maksimize eder. Yani net 1 fayda birimi refah artmıştır. Fakat olaya başkaları da dâhil olduğu zaman mesele değişir. Eğer başkaları sigara dumanından rahatsız oluyor, örneğin sağlıklarından kaygı duyuyor ya da dumanın neden olduğu kokudan rahatsız oluyorsa, bu kişilerin faydasında bir azalma olacaktır. İşte sorun, bu durumda davranışın net refah üzerindeki etkisinin belirsizleşmesidir. Mesela farz edelim bu kişilerin faydaları 1'er birim azalsın. Bu durumda açıktır ki sigara içmek etkin değildir, zira net refah kaybı söz konusudur. Sigara içen bu maliyetleri karşılamak yani içselleştirmek durumunda olduğu takdirde, “*ex ante*” bu eylemi hiç gerçekleştirmeyecektir. Fakat neyin etkin olduğu tamamen somut olayın özelliklerine bağlıdır. Rakamlar değiştirildiği takdirde, sigara içmeye devam etmek ve herhangi bir önlem almamak etkin olabileceği gibi, olumsuz etkilenen kişilerin o bölgeden uzaklaşması da etkinliği sağlayabilir.

<sup>38</sup> Piyasa aksaklıkları için bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2/c

<sup>39</sup> Benzer örnek için bkz. PINDYCK/RUBINFELD, s.622,623; SEIDENFELD, s.63; COOTER/ULEN, s.44,45; MICELI, s.31; COASE, s.1; MANKIW, s.206

*sahibinin* işletmesinin olumsuz etkilediğini varsayalım. Bu şartlar altında işletme faaliyetinin çevredekiler için bir takım maliyetlere neden olduğu açıktır. Fakat kendi karını maksimize etmeyi amaçlayan çelik işletmesi, harici neden olmadığı sürece, kararlarında bu maliyetleri dikkate almaz, yani dışsallaştırır. Bireysel açıdan tamamen rasyonel olan bu davranış, sosyal açıdan arzu edilen bir durum değildir. Zira ekonomik açıdan çelik üretimi sadece özel maliyetleri oluşturan iş gücü, enerji, hammadde gibi kaynakların değil, çevresel kaynakların da fiilen tüketilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle fiilen kirlilik de üretim sürecinde bir maliyet unsurudur. İşletme kararlarının “sosyal” açıdan etkin olabilmesi için, *ex ante* tüm maliyetlerin göz önünde tutulması gerekir<sup>40</sup>. Aksi durumda çeliğin fiyatı, bunun üretiminde kullanılan kaynakların sosyal değerini yansıtmayacak, fiyat mekanizması tüketicilere doğru sinyali göndermeyecek ve sosyal açıdan optimum seviyeden daha fazla çelik ve kirlilik üretilecektir<sup>41</sup>. Bu ise piyasaların kaynakları etkin bir şekilde tahsis edememesi veya “*israf etmesi*” anlamına gelir<sup>42</sup>.

Görüldüğü gibi “*olumsuz dışsallık*” piyasanın işleyişini aksatmaktadır. Buradaki aksaklık, sosyal ve özel maliyetlerin farklılaşması nedeniyle *kişinin dışsal maliyetleri dikkate almaması ve söz konusu faaliyeti sosyal açıdan arzu edildiği seviyeden daha fazla yapmasıdır*. Piyasaların bu şekilde aksaması ise, klasik ekonomik teoriye göre devletin bu aksaklığı düzeltmek üzere müdahale etmesine meşru bir zemin oluşturur<sup>43</sup>. Devlet hukuk kuralları vasıtasıyla kişi davranışlarını sosyal açıdan arzu edilen yönde değiştirerek refahı arttırabilir. Bu amaç, haksız fiil hukuku da dâhil olmak üzere, çeşitli hukuki kurumsal yapılar aracılığı ile gerçekleştirilebilir. Nitekim dışsallık kapsamındaki tartışmaların önemli

---

<sup>40</sup> Dolayısıyla özel maliyet, üretim açısından, üreticinin mal veya hizmeti üretmek için katlandığı maliyetleri ifade eder. Sosyal maliyet ise, özel maliyetlerin yanı sıra, bu ürünün üretimi ve tüketiminde toplumun katlandığı ve fiyatlara yansımaya değer (dışsal) maliyetleri kapsar. Dolayısıyla sosyal maliyet, dışsal ve özel maliyet toplamından oluşur (BUTLER, s.368).

<sup>41</sup> Eğer çelik piyasasının tam rekabetçi özellikler gösterdiğini varsayarsak, o takdirde işletme fiyatı veri olarak alır ve sosyal açıdan arz etmesi gerekenden daha fazla çelik arz edilir.

<sup>42</sup> COOTER/ULEN, s.45; PINDYCK/RUBINFELD, s.623; SEIDENFELD, s.63; MANKIW, s.206; HARRISON, s.60; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.70,72

<sup>43</sup> BUTLER, s.85; COOTER/ULEN, s.44; MICELI, s.30; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, s.325; krş. MANKIW, s.209 vd.



bir kısmı da, hangi hukuki kurumsal yapının, hangi şartlar altında uygulanmasının yerinde olduğu sorusuna cevap aramaktadır. Bu ise takip eden başlıklar altında açıklanmaktadır<sup>44</sup>.

Fakat bundan önce, dışsallığın neden olduğu piyasa aksaklığının niteliğine ilişkin iki önemli noktaya dikkati çekmek gerekir. Pek tabii ki olumsuz dışsallık veya “*dışsal maliyet*”, tanım gereği arzu edilmeyen bir olgudur<sup>45</sup>. Fakat burada sorun, sanıldığı gibi aksine maliyetin kendisi; örneğin kirlilik değil, bu kirliliğin işletme tarafından dikkate alınmamasıdır<sup>46</sup>. Zira dışsal maliyetler sosyal hayatın doğal sonucu olup, çoğu kez sosyal açıdan yararlı faaliyetlerin kaçınılmaz neticesidir. Örneğin çelik üretimi, refahı arttıran bir faaliyettir ve mevcut teknolojik imkânlar çerçevesinde mutlaka bir miktar hava kirliliğine neden olur. Ekonomik açıdan önemli olan, sosyal açıdan optimum seviyede hava kirliliğinin üretimidir<sup>47</sup>. Zira kirliliğin azaltılması da işletmeye çeşitli maliyetler yükler. Ek maliyetlere katlanmanın isabetli olup olmadığı ise, kirliliğin azaltılmasından sağlanacak yarar ile dengelenmelidir<sup>48</sup>. Dengeleme bir seçim ya da karar sorunudur. Nitekim hukuk politikası açısından temel sorun, kişiyi bu kararı almaya teşvik etmektir. Dolayısıyla bir ön saptama olarak hukuki müdahalenin amacı olumsuz dışsallığın tamamen ortadan kaldırılması değil; (*marjinde*) tüm (*sosyal*) yarar ve maliyetleri göz önünde tutacak şekilde karar vermeye teşvik etmesi olmalıdır.

---

<sup>44</sup> Bkz. aşağıda §2/II ve Dördüncü Bölüm §1

<sup>45</sup> Maliyet zaten ekonomik açıdan istenmeyen bir durumu ifade eder. Faydasını (*ya da karını*) maksimize etmek isteyen kişi, bunları asgariye indirmeye çalışır ve bundan kaçınmak için belirli bir tutarı gözden çıkarmaya açıktır (krş. FRIEDMAN, s.29). İşte bu maliyetin parasal ifadesidir. Rızaya dayanan bir ilişkide kişinin maliyetlere katlanmasının nedeni ise, karşılığında açık veya örtülü fayda sağlamasıdır. Aksi halde rıza göstermesi beklenmez.

<sup>46</sup> FRIEDMAN, s.29

<sup>47</sup> Tabiatıyla optimum seviye bazen, “0” seviyesi olabilir. Bu önleyici tedbirin son derece verimli olduğu hallerde karşımıza çıkar.

<sup>48</sup> Somut olayın özelliklerine göre, pekala sosyal açıdan bir ölçüde kirlilik optimum olabilir Aritmetik bir örnek ile somutlaştıralım. Çelik üretiminin bireysel maliyetleri 1000 YTL, dışsal maliyetinin ise 75 YTL olduğunu düşünelim. İşletmenin 100 YTL kar elde ettiği bir durumda işletme faaliyeti sosyal açıdan faydalıdır. Bu şartlar altında faaliyetin kısılması ya da filtre takılması gibi önleyici tedbirin alınması 25 YTL’den daha az fayda sağlayacaksa (*veya 75 YTL’den daha maliyetli olacaksa*), o zaman işletmenin aynen faaliyetine devam etmesi ve mera sahibinin zarara katlanması ekonomik açıdan etkindir. Bu tamamen kirliliğin değerine ve bunu ortadan kaldıran seçeneklerin maliyetlerine bağlı bir olgudur.

İkinci önemli nokta ise, dışsal maliyetin her zaman piyasa aksaklığına yol açmamasıdır. Mesela bazı hallerde dışsal maliyeti olan bir davranış, yol açtığı kaynak transferi nedeniyle aynı zamanda dışsal yararlar sağlayabilir. Eğer bu davranışın dışsal yararı, dışsal maliyetler ile eşit ya da maliyetlerden fazla ise, sosyal refahta bir azalma olmaz. Ekonomik açıdan önem taşıyan, doğrudan kaynak kullanımını ilgilendiren ve bu nedenle de toplumsal refahta azalmaya yol açan maliyetlerdir. Bunun olmadığı hallerde ise, hukuki müdahale zaruri değildir. Dolayısıyla olumsuz dışsallık, ancak davranışın *sosyal maliyete* yol açtığı hallerde gerçek anlamıyla bir aksaklıktır. Ekonomi biliminde net dışsal maliyetin ortaya çıkmadığı haller, “*saf parasal dışsallık*”(pecuniary externalities) olarak adlandırılır<sup>49</sup>. Haksız fiil hukukunda bu durum fiilin kar kaybı şeklinde zarara (*ekonomik zarar*) yol açması halinde ve “*rekabet*” sürecinde ortaya çıkmaktadır<sup>50</sup>.

Bir örnek vererek somutlaştıralım. Tek bir havayolu şirketinin faaliyette bulunduğu bir piyasaya yeni bir şirketin girmesi, rekabet nedeniyle ilk şirketin fiyatlarını ve karlılığını azaltır. Bu durumda, yeni şirketin piyasaya girmesi ve hâlihazırdaki şirket ile rekabete girişmesi, ilk şirketin pazar payını kaybetmesi ve bu yüzden bazı ilave maliyetlere katlanması anlamına gelir ki bunun olumsuz dışsallık olduğu düşünülebilir. Ama piyasaya yeni giriş yapan firmanın fiyatını düşürmesi ve/veya kaliteli hizmet sunması, tüketicilerin bundan yarar sağlaması sonucunu doğurur. Mevcut firmanın zararı ve tüketicilerin yararını birlikte düşündüğümüz zaman, ortada bir sosyal maliyetin olmadığı kolaylıkla görülür. Hatta aksine, tüketicinin kazancı çoğu kez piyasadaki firmanın kaybindan daha fazla olur. Nitekim bu rekabetin sağladığı sosyal yarara (*refah artışına*) işaret etmekte ve rekabetin neden hukuka aykırı olmadığını açıklamaktadır<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Krş. POSNER, s.7; FRIEDMAN, s.32; PARASIZ, s.125

<sup>50</sup> Sosyal maliyetin olmaması ya da zarar görenin zararından farklılaşması ekonomik teoriyi esas alan hukuk politikası açısından önemli yansımaları neden olur. Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ea ve §4/II/B/2/e/ed/eda

<sup>51</sup> Saf parasal dışsallıklara diğer bir örnek ise, doğrudan gelir ya da kaynak transferleridir. Kişilerin paradan aynı faydayı sağladığını varsayarsak, gelir transferi net refah kaybına neden olmaz. Yani A’dan alınıp B’ye verilen 10 YTL her ikisi içinde aynı değere sahipse, bu transfer refahta bir azalmaya neden olmaz. Sadece saf parasal dışsallık teşkil eder.

Burada benzer bir kaynak transferi olan “*hırsızlık*” olgusunun neden hukuk düzeni tarafından suç olarak düzenlendiği sorusu akla gelebilir. Zira hırsızlığın bir tahribata ya da kaynak israfına neden olmadığı hallerde,

### C. Olumsuz Dışsallık ve Haksız Fiil: Ön Saptamalar

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, haksız fiil ve haksız fiil hukukuna dair bazı saptamalar yapmak yerinde olacaktır. İlk önemli saptama, ekonomik teori açısından haksız fiil hukukunun meşru bir temeli olduğudur. Olumsuz dışsallığın piyasa aksaklığı olması, buna yol açan fiillerin hukuk kuralları tarafından düzenlenmesini gerektirir. Böylelikle haksız fiil hukukunun en azından ilk bakışta, ekonomik açıdan “*ratio legis*”i vardır. Kısaca açıklamak gerekirse, zarar, dışsal bir maliyettir ve tazminat ödeme riski *ex ante*, bu maliyetlerin zarar veren tarafından göz önünde tutulmasını sağlar. Bu maliyetleri göz önünde tutan kişi ise, olası zararı azaltmak için tedbir alır veya genel olarak özen gösterir. Yani haksız fiil hukuku “*ex post*” uygulanmasına rağmen, kişiyi etkin (*özenli*) davranmaya teşvik etmektedir. Bu çerçevede, *haksız fiil hukuku kuralları tazminat yaptırımını vasıtasıyla dışsal maliyetlerin içselleştirmesi amacına hizmet etmektedir*<sup>52</sup>. Bu, haksız fiil

---

sadece kaynaklar el değiştirmektedir. Dolayısıyla görünürde bir refah kaybı yaşanmamaktadır. Hatta malın zengin bir kimseden fakir bir kimseye transfer edildiği bir ihtimalde, azalan marjinal fayda prensibi kabul edilirse refah artışı dahi yaşanabilir. Zira çalan kişinin faydasındaki artış, kaybeden kişinin faydasındaki azalmadan daha fazla olabilir.

Ekonomik açıdan meseleyi açıklamak kolaydır. Bir kere hırsızlık, çoğu kez gerek hırsızlık yapan gerekse hırsızlık mağduru taraf açısından bazı yatırımlar yapılmasına neden olur. Örneğin hırsız, çalacağı malı tespit etmek, uygun zamanı kollamak ve gerekli malzemeleri almak gibi çeşitli yatırımlar yapar. Keza mağdur da, mallarını hırsızlıktan korumak için alarm, kilit takmak gibi koruyucu tedbirlere başvurur. Ayrıca mallarını daha güvenli muhafaza etmek için normal şartlar altında yapmayacağı bazı yatırımlara katlanır. Örneğin arabasını ışığın altına park eder, cüzdanını daha güvenli bir cebinde taşır, sürekli dikkat sarf eder. Bu gibi yatırımlar, hırsızlık olgusu üretken bir aktivite olmadığından dolayı net bir kaynak israfıdır. Yani kişiler açısından her ne kadar rasyonel gözükse de, sosyal açıdan bakıldığında aktivite herhangi bir üretime yol açmamaktadır. Dolayısıyla sosyal açıdan arzu edilmeyen harcamalar olarak görülebilir. Nitekim doktrinde bu gibi kaynak transferi sağlamaya yönelik davranışlar “*rent kollamaya dayanan davranış*” (*rent seeking behaviour*) olarak adlandırılmakta ve refah kaybının önemli nedenlerinden biri olarak görülmektedir (kavram için bkz. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, s.422). Bunun yanı sıra çoğu kez hırsızlık kaynak israfına da yol açar. Örneğin hırsız araba teybi için arabanın camını kırar ya da evin kapısına zarar verir. Ayrıca hırsızın bu mallara sahibinden daha fazla değer atfettiği çok şüphelidir. Zira çalıntı olan mallar çoğu kez piyasa değerinin çok altında alıcı bulur ve değer kaybına yol açan bu durum mal sahibinin aslında malına daha fazla değer atfettiğini gösterir (bkz. FRIEDMAN, s.32-34).

<sup>52</sup> Bu nedenle ön saptama olarak, haksız fiil hukukunun ekonomik etkinlik amacına hizmet ettiği iddia edilebilir. Şüphe yok ki bu saptamanın doğruluğu, meselenin etraflıca incelenmesini gerektirir. Nitekim çalışmamızın üçüncü ve özellikle dördüncü bölümünde de bu konu ele alınmaktadır (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III).

sorumluluğunun ekonomik açıdan temel işlevinin dışsallıkların *içselleştirilmesi* olduğuna işaret etmektedir<sup>53</sup>.

İkinci önemli saptama ise, olumsuz dışsallığın münhasıran haksız fiil hukuku tarafından düzenlenmediğidir. Olumsuz dışsallık, kişinin değer atfettiği her türlü maddi veya manevi menfaate rızası dışında üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmesi olarak tanımlanınca, hukukun pek çok dalının bu tür davranışları konu edindiğinde şüphe yoktur. Dolayısıyla olumsuz dışsallıklar, haksız fiillerden daha geniş bir kapsama sahiptir. Kural olarak haksız fiil teşkil eden her davranış ve olgu olumsuz dışsallıktır. Fakat dışsallığa yol açan davranışlar her zaman haksız fiil değildir<sup>54</sup>. Kavramların netleştirilmesi için bu iki kavram arasındaki ilişkiyi biraz açalım. Olumsuz dışsallığın haksız fiilden daha geniş bir kapsamı olmasının en azından üç nedeni vardır.

İlk neden, olumsuz dışsallıkta hukuka aykırılık unsurunun önem taşımamasıdır. Dışsallık için ihlal edilen değer ya da menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması şart değildir. Kişinin değer atfettiği her türlü maddi-manevi menfaate yapılan müdahale olumsuz dışsallık sayılır. Oysa haksız fiilden bahsetmek için, ihlal edilen değer veya menfaatlerin “*hukuki değer*” vasfını taşıması, yani hukuk düzeni tarafından korunmaya layık olması gerekir<sup>55</sup>. Üstelik hukuki korumanın “*nitelikli*” olması da şarttır. Şöyle ki; haksız fiil sorumluluğundan bahsetmek için söz konusu hukuki değer kişiye özgülmesi,

---

<sup>53</sup> Krş. COOTER/ULEN, s.320; PINDYCK/RUBINFELD, s.640, BUTLER, s.359; COLE/GROSSMAN; s.212,213, SHAVELL, Foundations, s.95,96

<sup>54</sup> Gerçi bu ifadeye ilişkin bir çekince belirtmekte yarar vardır. Kişi, malvarlığı veya şahıs varlığı içerisinde yer alan bir değere, subjektif olarak bir değer atfetmiyorsa, bu değere yapılan müdahale haksız fiil teşkil etmekle birlikte, olumsuz dışsallık teşkil etmeyebilir. Fakat zarar görenin faydasını haricen gözlemlemek mümkün olmadığına göre, bu hallere ilişkin bir çıkarım yapmak güçtür. Kişinin hakkının ihlal edilerek, malvarlığının ya da şahıs varlığının eksilmesi kural olarak olumsuz dışsallık sayılır. Zaten kişi zararının giderilmesi için tazminat davası açıyorsa, aksini düşünmek için bir neden yoktur.

<sup>55</sup> Düşüncemize göre salt ekonomik teori açısından, bir değer ne zaman hukuken korunması ve “*hukuki değer*” sayılması gerektiği hakkında bir çıkarım yapılamaz. Belki de yapılabilecek çıkarım, hukukun ne zaman müdahale etmesi gerektiğine ilişkin olabilir. Örneğin müdahalenin sağlayacağı fayda, müdahalenin maliyetinden az ise, ihlal edilen değer hukuken korunması ekonomik açıdan isabetli olmaz. Benzer şekilde eğer söz konusu değere müdahale edilmesinin neden olduğu maliyet, salt parasal bir dışsallık vasfını taşıyorsa yine hukuki müdahalenin yerinde olmadığını söyleyebiliriz. Krş. Üçüncü Bölüm §5/II/B

yani bu değerin kişinin şahıs ve/veya malvarlığı içerisinde olması gerekir. Eğer hukuki değer, kişinin şahıs veya malvarlığı içerisinde yer almıyorsa, ortada haksız fiil hukukunu ilgilendiren bir durum yoktur<sup>56</sup>.

Dolayısıyla ikinci neden, “zarar” ile “faydanın azalması”, yani “maliyet” arasında farkın bulunmasıdır. Zarar, sadece mal ve şahıs varlığının eksilmesi halinde karşımıza çıkarken, maliyet, kişinin değer atfettiği her türlü menfaate müdahale edilmesinden kaynaklanabilir. Mal ve şahıs varlığı ise, kişinin değer atfettiği menfaatlerin ancak bir kısmını kapsar. Bu açıdan zarar kavramı, dışsal maliyete kıyasla daha dar bir anlama sahiptir<sup>57</sup>. Özellikle manevi zararın, kişilik hakkı kapsamındaki tanımı bunu net bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>58</sup>. Ayrıca fiilin bir zarara yol açmamasına rağmen, salt riskin faydayı azaltması ve maliyete neden olması mümkündür. Bu nedenle risk yaratan davranışlar da, olumsuz dışsallık sayılır<sup>59</sup>. Oysa bunlar haksız fiil değildir.

---

<sup>56</sup> Bazı değerler hukuken korunmakla birlikte, bunlar kişilere tahsis edilmediği, onlara tanınan sübjektif hakların konusu olmadığı için haksız fiil hukukunun kapsamı dışında kalırlar. Haksız fiilden bahsetmek için ise ancak, söz konusu değerin doğrudan kişilerin menfaatlerinin himaye edilmesi amacı ile düzenlenmiş olması gerekir. Salt kamu menfaati mülahazaları ile korunan değerler, buna örnektir. Mesela şehirleşme olgusu ve şehirleşmeyi düzenleyen kurallar, imar mevzuatları ile düzenlenmektedir. Burada kişi yaşadığı şehirdeki çevresel koşullara estetik değer atfetmektedir. Çarpık ve kötü yapılaşma ise, bu estetik değerlere müdahale teşkil ederek, onun faydasını ve dolayısıyla sosyal refahı azaltmaktadır. Nitekim 3194 sy. İmar Kanunu (RG. 9.5.1985 T.) ve bu kapsamdaki mevzuat, çarpık yapılaşmayı önleyerek, olumsuz dışsallıkları farklı bir şekilde düzenlemektedir.

<sup>57</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/I/A; §4/II/A ve §5/B

<sup>58</sup> Takip eden başlıklarda da açıklanacağı üzere, kişilik hakkı, sadece bazı manevi değerleri hukuken himaye etmektedir. Bu durumda kişinin manevi değer atfettiği pek çok menfaat, kişilik hakkı kapsamında kaldığı ölçüde, manevi zarar sayılmayacak ve haksız fiil hukukunun kapsamı dışında kalacaktır. Bkz. Üçüncü Bölüm §4/I/B/2

Gerçi bunların bir kısmı, diğer bazı düzenlemeler çerçevesinde himaye edilebilir. Mesela kişi tabiat ve kültür varlıklarına bir değer atfediyorsa, bu varlıklara müdahale edilmesi halinde olumsuz dışsallık meydana gelebileceğini düşünebiliriz. İşte hukuk düzeni burada olumsuz dışsallığı sübjektif hak tanımaksızın, kamu hukuku vasıtasıyla himaye etmektedir. 2863 sy. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (RG.23.7.1983 T.) veya 2872 sy. Çevre Kanunu (RG. 9.8.1983 T.) olumsuz dışsallık teorisi açısından bu şekilde düşünülebilir.

<sup>59</sup> Nitekim hukuk düzeni sadece zarar gerçekleşikten sonra (*yani ex post*) değil, *ex ante* müdahale de yapmakta ve hatta çoğu kez riskli davranışları düzenlemektedir. Regülasyonlar bunun tipik örneğidir (bkz. aşağıda §2/II/B/2; Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bc/bca ve Dördüncü Bölüm §1/IV).

Üçüncü neden ise, hukuken zarar olarak nitelendirilmesine rağmen, dışsal maliyete neden olan bazı davranışların, hukuka aykırı sayılmamasıdır. Bu kapsamdaki haller çeşitlidir<sup>60</sup>. Fakat tipik örnek, dışsal maliyetin salt ekonomik zarar tarzında ortaya çıkmasıdır<sup>61</sup>. Burada üçüncü kişinin fiili, bir zarara, dolayısıyla da dışsal maliyete neden olmaktadır. Fakat haksız fiil hukukunda, kural olarak salt ekonomik menfaatler hukuken himaye edilmemektedir. Bu durumda, ekonomik zarara neden olan davranışlar haksız fiil değildir. Gerçi bu hallerde, olumsuz dışsallıktan bahsetmenin ne derece uygun olduğu tartışılabilir. Zira ekonomik zarar, genellikle saf parasal dışsallığa örnek teşkil eder<sup>62</sup>. Fakat son tahlilde bu ilişkiyi somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekir. Genel olarak bu ikisi her zaman örtüşmediğine göre, haksız fiil daha dar kapsama sahiptir.

Özetle olumsuz dışsallıklar kısmen haksız fiil hukukunun konusunu oluşturur. Trafikte tehlikeli araba kullanmak gibi, sadece risk yaratan davranışlar açısından haksız fiil hukukunun tatbik edilmediği aşikârdır<sup>63</sup>. Öte yandan zararın gerçekleştiği hallerde dahi, daima haksız fiil hukuku tatbik edilmez. Hukuki bir değer ihlal edilmesi kaydıyla, bu hallerde idare, ceza ve vergi hukuku gibi çok farklı hukuk dalları uygulama alanı bulabilir. Bazı hallerde ise dışsallık teşkil eden davranış, haksız fiil hukuku ile birlikte farklı hukuk dallarının eş zamanlı uygulanmasına yol açar<sup>64</sup>. Sürat limitlerini aşarak tehlikeli araba kullanan kişinin bir yayaya çarparak onun ölümüne sebep olması, bu türden “eş zamanlı” uygulamanın bir örneğidir<sup>65</sup>. Dolayısıyla yürürlükteki hukuka bakıldığı zaman, dışsallığın

---

<sup>60</sup> Mesela bkz. Üçüncü Bölüm §5/II/C

<sup>61</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/d/da/daa ve §4/II/B/2/d/da/dac

<sup>62</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ea

<sup>63</sup> Risk yaratan davranışlar için kural olarak kamu hukuku kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık hakkı himaye eden bazı özel hukuk kuralları da, risk karşısında tatbik edilebilir. MK.m.25, 730 ve 981. madde hükümleri buna örnek gösterilebilir. .

<sup>64</sup> Örneğin kasten başkasının malına zarar verdiği takdirde failin sadece ceza hukuku açısından değil, (TCK.m.151); borçlar hukuku açısından da sorumluluğu doğmaktadır. Fail bir taraftan şikâyete bağlı bu suç nedeniyle para cezasına muhatap olur, diğer taraftan haksız fiil esasına dayalı bir tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalır.

<sup>65</sup> Bu halde kişi, trafik kuralını ihlal etmesi nedeniyle, bu kuralın yaptırımına muhatap olacağı gibi, haksız fiilden de sorumlu tutulur. Zira fiili bir başkasının ölümüne neden olmuştur ve ölenin desteğinden yoksun kalanlar, sürücüye karşı haksız fiil esasına dayanan tazminat davası açarlar (BK.m.45). Bunların yanı sıra

farklı hukuki düzenlemelere konu olduğu ve karmaşık bir “*hukuki-kurumsal yapı*” içerisinde ele alındığı görülmektedir. Aşağıda hukuk ve ekonomi öğretisinin dışsallık sorununa temel yaklaşımı ve haksız fiil hukukunun konumu anlatılacaktır.

## **II. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Olumsuz Dışsallık Sorununa Yaklaşım ve Haksız Fiil Hukuku**

### **A. Genel Olarak**

Yukarıda dışsallıkların yaygın bir piyasa aksaklığı olduğunu ve bu nedenle farklı hukuk dalları tarafından düzenlendiğini belirttik. Pozitif hukuka ekonomik açıdan bakıldığında, haksız fiil hukuku da dâhil olmak üzere çok sayıda hukuki kurumsal yapı dışsallıkları konu almaktadır. Doğal olarak bu durum, hukuk ve ekonomi öğretisi için zengin bir çalışma alanı oluşturmaktadır. Bu başlık altında öğretilerdeki genel yaklaşımın özetlenmesine çalışılacaktır. Bu kısım, haksız fiil hukukunun ekonomik teorisine dair açıklamalarımıza temel oluşturacağı gibi, *işlem maliyeti (transaction cost)*, *Coase teoremi* gibi hukuk ve ekonomi öğretisinde merkezi öneme sahip bazı temel kavramların izah edilmesine de imkân verecektir.

Dışsallıkların hukuk kuralları ile düzenlenmesinde amaçlanan, dışsallığın neden olduğu refah kaybının (*sosyal maliyetin*) asgariye indirilmesidir. Dolayısıyla *ekonomik teoriyi esas alan hukuk politikası açısından amaç, sosyal refahın maksimize edilmesidir*<sup>66</sup>. Burada sosyal refah, dışsallığa taraf olan ya da bundan etkilenen kişilerin faydalarından oluşmaktadır<sup>67</sup>. Hukuk kuralının bu amacı sağlaması, *ex ante* açıdan kişileri etkin davranmaya teşvik etmesi ile mümkün olur. Etkin davranış ise, kabaca, kişinin başkalarına

---

sürücü aynı zamanda TCK. hükümlerince de sorumlu tutulur. Zira burada taksirle bir başkasının ölümüne sebebiyet vermiştir.

<sup>66</sup> Bunun haksız fiiller açısından, ne anlama geldiği hakkında bkz. aşağıda §3/II/A

<sup>67</sup> Sosyal refah kavramı hakkında bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/1

vereceği muhtemel zararı göz önünde tutarak, sosyal maliyeti asgariye indirecek şekilde davranmasını ifade etmektedir.

Bu amacı sağlamaya elverişli birbiriyle ikame edilebilir çeşitli hukuki düzenlemeler olabilir. Ekonomik açıdan temel mesele, en fazla refah yaratan kurumsal yapının belirlenmesidir. Dolayısıyla haksız fiil veya başka bir kurumsal yapının tercih edilmesi hususunda “*apriori*” bir yargı yoktur. Daha etkin bir hukuki kurum mevcutsa, bunu haksız fiil hukuku ile ikame etmek çözümler arasındadır<sup>68</sup>. Kurumsal yapının etkinliği ise, somut olayın özellikleri ile ilgilidir. Somut olayın özellikleri, dışsallığa hukuken müdahale edilmemesini gerektirebileceği gibi, birden fazla hukuk dalı tarafından düzenlenmesini de gerektirebilir. Fakat çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkması karşısında, dışsallıkların farklı hukuki kurumsal yapılar eliyle düzenlenmesi kaçınılmazdır. Nitekim yukarıda vurguladığımız üzere yürürlükteki hukukun arz ettiği görüntü de bu şekildedir.

İşte dışsallıkların hangi şartlar altında, nasıl bir hukuki kurumsal yapı içerisinde düzenlenmesi gerektiğinin belirlenmesi, hukuk ve ekonomi öğretisi açısından sorunun özünü teşkil eder. Bu sorunun cevabı, haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında tatbik edilmesinin yerinde olduğu ve ne zaman diğer bir hukuki düzenleme ile ikame ya da tamamlanması gerektiği hakkında fikir verecektir. Şüphesiz bu kapsamda bir analiz bu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Burada sadece, dışsallığı ele aldığı kabul edilen bazı hukuki düzenlemeler çerçevesinde, öğretilerde soruna nasıl yaklaşıldığı belirtilecek ve bu arada haksız fiil hukukuna atfedilen işlev açıklanacaktır<sup>69</sup>. Hukuk politikası açısından haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında uygulanmasının yerinde olacağına dair değerlendirme ise, son bölümde yapılacaktır<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Krş. CALABRESI, s.23

<sup>69</sup> Olumsuz dışsallıkların hukuken düzenlenmesinde ekonomik teorinin yaklaşımı ve aşağıdaki açıklamalar ile mukayese için bkz. BUTLER, s.382 vd.; SHAVELL, Foundations, s.77-109; FRIEDMAN, s.38-32,36-62; PINDYCK/RUBINFELD, s.625-641

<sup>70</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1



Açıklamalara geçmeden üç ayrı çekince belirtelim. Aşağıda yer alan inceleme, dışsallıkların her zaman hukukun konusu olduğu şeklinde algılanmamalıdır. Doğal olarak dışsallıklar daima hukuk tarafından düzenlenmez<sup>71</sup>. Örneğin hukuk dışı normlar (*sosyal normlar*) da dışsallıkları son derece etkin bir şekilde düzenleyebilmektedir<sup>72</sup>. Burada dışsallık teşkil eden davranışın bir hukuki değeri ihlal ettiğini varsayıyor ve sosyal normların etkisinin olmadığını varsayıyoruz<sup>73</sup>. İkinci bir çekince, anlatımın gerçekçi olması ve doktrindeki çalışmalara paralellik teşkil etmesi bakımından, dışsallık teşkil eden davranışın bir ekonomik faaliyet olduğu varsayılacaktır. Böylelikle faaliyetin sağladığı fayda ve neden olduğu maliyetler para cinsinden ifade edilebilecektir. Diğer bir çekince, aşağıda dışsallıkları düzenlediği belirtilen hukuki kurumsal yapıların, pozitif hukuktan büyük ölçüde soyutlanmış olmasıdır<sup>74</sup>. İnceleme konusu yapılan alternatifler, hukuk ve ekonomi öğretisinde ele alınan türleri içermektedir.

Aşağıda öncelikle ekonomi bilimindeki klasik yaklaşım ele alınacak ve bu bağlamda “*vergileendirme*” ve “*regülasyon*” alternatifleri zikredilecektir. Akabinde klasik yaklaşımı sorgulayarak dışsallıklara dair farklı bir perspektif sunan *Coase teoremi*

---

<sup>71</sup> Bir kere dışsallığa müdahale edilmemesi ekonomik açıdan etkin olabilir. Mesela dışsal maliyetlerin önemsiz olduğu ya da ölçülemediği veya hukuki müdahalenin maliyetli olduğu hallerde durum böyledir. Bazı hallerde ise, dışsallığın mahiyeti hukuki müdahaleye elverişli olmayabilir. Mesela kişilerin menfaatleri toplumda yerleşik ahlaki değerler açısından korumaya layık değilse, bu menfaat hukuki değer vasfını taşımaz. Nihayet bazı hallerde hukuk dışı normlar dışsallık sorununu etkin bir şekilde düzenleyebilir. Dolayısıyla olumsuz dışsallık her durumda hukuki müdahaleyi gerekli kılmaz. Nitekim dışsallığın günlük hayattaki yaygınlığı düşünüldüğü zaman, bunun aksi bir durumu tasavvur etmek de güçtür.

<sup>72</sup> Ahlak, gelenekler ve görgü kuralları gibi hukuk dışı normlar, sadece hukukun sorunu düzenlemediği hallerde değil, hukukun uygulandığı hallerde de etkin vasıta olabilir. Eksiksiz olma iddiasındaki bir analiz, bu normların etkisini dikkate alması gerekir. Fakat burada biz sadece hukukun etkili olduğunu varsayıyoruz. Bunun istisnası için bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bc/bcb

<sup>73</sup> Bir değer ne zaman hukuken himaye edilerek, “*hukuki değer*” statüsünü kazanacağı ise son derece karmaşık bir sorun olup bu çalışmanın dışında tutulmuştur. Bir değer hukuken korunmasında, ekonomik etkinlik, dağılımsal kaygılar haricinde, toplumun sosyal, ahlaki, siyasi ve diğer ekonomik değer yargıları rol oynayabilir. Ayrıca hukuki pragmatizm de önemlidir.

<sup>74</sup> Önemli olan meselenin hukuk kuralı ile düzenlenmesidir. Kuralın, Kanun, KHK., tüzük veya yönetmelik şeklinde karşımıza çıkması konumuz açısından çok önemli olmadığı gibi, kuralı koyan makam ya da kuralın nasıl yürürlüğe girdiği de önemsizdir. Önemli olan kuralın bir yaptırıma bağlanmış olması ve muhatap olan kişi ya da kişilerin davranışlarını değiştirmesidir. Aşağıda ele alınan hukuki kurumsal yapılar, büyük ölçüde ekonomik açıdan önem taşıyan bazı ölçütler çerçevesinde yapılan tasnife dayanmaktadır. Bu konuda bkz. §2/II/E

açıklanacaktır. Bunu takip eden başlık altında, *Coase*'un sunduğu özgün perspektif ışığında haksız fiil hukukuna atfedilen rol belirtilecektir. Nihayet son başlık altında bu çalışmada ele alınan düzenlemeler temel özellikleri açısından belirtilecektir.

## B. Klasik Ekonomik Yaklaşım

Klasik ekonomik yaklaşıma göre dışsallık sorunu, sosyal ve özel maliyetlerin farklılaşmasından kaynaklanır<sup>75</sup>. Dışsal maliyetler nedeniyle faaliyetin sosyal maliyeti ile özel maliyeti ayırışmakta ve karını ya da faydasını maksimize etmeyi amaçlayan kişi sadece özel maliyetleri göz önünde tuttuğu için, sosyal açıdan arzu edilmeyen tarzda davranmaktadır. Ekonomik aktivite açısından bakıldığında, dışsal maliyetler faaliyetin fiyatına yansımaz ve bu nedenle mal ve hizmetlerin piyasa fiyatı sosyal değerinden daha düşük olur. Bu durumda, piyasa sistemi kaynakları etkin bir şekilde tahsis edemez, yani söz konusu mal veya hizmet sosyal açıdan arzu edilenden daha fazla üretilir ve tüketilir. Bu “*tahsis etkinsizliği*” anlamına gelir. Böyle bir durumda devletin piyasalara müdahale ederek refahı arttırması mümkündür.

Devlet temelde soruna iki ayrı açıdan yaklaşabilir. Sorunun kaynağı özel ve sosyal maliyetler ayrışması olduğuna göre, ilk akla gelen çözüm yöntemi dışsallığa neden olan faaliyet sahibinin, dışsal maliyetlerden sorumlu kılınmasıdır. Bu mali sorumluluk sosyal ve özel maliyetler arasındaki farkı ortadan kaldırarak, sosyal maliyetlerin tamamen “*içselleştirilmesi*” yönünde saik yaratır<sup>76</sup>. İkinci bir yöntem ise, doğrudan etkin olan faaliyet tarzının ya da davranışın belirlenerek, bunun hukuk kuralında ifade edilmesidir. Teorik açıdan bakıldığı zaman her iki yöntemin farklı hukuki kurumsal yapılar içerisinde uygulanması olasıdır. Mesela haksız fiil sorumluluğu, ilk yöntemin özel hukuk yapısı içerisindeki uygulama halidir. Fakat klasik ekonomik yaklaşım, *kamu hukuku* araçlarını

---

<sup>75</sup> MICELI, s.31; COOTER/ULEN, s.45; BEGG/FISCHER/DORNBUSCH, s.249

<sup>76</sup> Pek tabii ki sorunun, üretim, fiyat gibi terimler ile ifadesi klasik ekonomik analizin bunları konu alması sebebine dayanır. Bu yaklaşım aynı zamanda meseleyi anlamayı da kolaylaştırmaktadır. Fakat takip eden başlıklar altında da ifade edileceği üzere, üretim ve fiyatların olmadığı hallerde de analiz geçerliliğini korur.

tercih etmekte ve “*vergilendirme*” ve “*regülasyon*” alternatifleri üzerinde durmaktadır<sup>77</sup>. Her iki alternatif açısından ortak özellik, kuralların “*ex ante*” vasfının olması ve sorunun sadece dışsal maliyete yol açan faaliyet odaklı değerlendirmesidir. Yani dışsal maliyete yol açan faaliyet sahibinin davranışlarının düzenlenmesi esastır<sup>78</sup>. Aşağıda sırasıyla bu iki yöntem kısaca anlatılacaktır.

## 1. Vergilendirme

Her ne kadar pozitif hukuk açısından popüler olmasa da, ekonomik literatürde dışsallıkların düzenlenmesinde ilk akla gelen hukuki kurumsal yapı “*vergilendirme*”dir<sup>79</sup>. Ekonomist *Pigou* tarafından ortaya atılmış olması nedeniyle<sup>80</sup> *Pigocu vergi* (*Pigouvian tax*) olarak anılan bu yöntem, faaliyet sahibinin yol açtığı muhtemel dışsal maliyetler ölçüsünde vergilendirilmesini öngörür<sup>81</sup>. Yukarıdaki fabrika-kirlilik örneği çerçevesinde ifade etmek gerekirse, devlet kirliliğin beklenen maliyeti ölçüsünde vergi koyarak, fiilen söz konusu kirliliği fiyatlandırır. Böylelikle işletme kirliliği göz önünde tutar ve gerekirse kirliliğin bedelini ödeyerek, neden olduğu dışsal maliyetleri aynen diğer maliyet unsurları gibi üretim fonksiyonuna dâhil eder<sup>82</sup>. Bu ise faaliyetin neden olduğu sosyal-özel maliyetleri eşitler. Sosyal ve özel maliyetlerin eşitlenmesi, işletmenin kirlilik maliyetini içselleştirmesi anlamına gelir. Bu durum faaliyetin sosyal açıdan arzu edilen şekilde devamını sağlar.

---

<sup>77</sup> ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.72,73; MANKIW, s.212,213,214; PINDYCK/RUBINFELD, s.625 vd.; FRIEDMAN, s.30,31

<sup>78</sup> FRIEDMAN, s.21

<sup>79</sup> MANKIW, s.207,213; MICELI, s.7,31; SHAVELL, Foundations, 94; krş. POSNER, s.411

<sup>80</sup> Bkz. PIGOU C. Arthur, “The Economics of Welfare”, 4th edition, Mc. Millan and Co., London 1932

<sup>81</sup> *Pigou*'nun öncülük ettiği bu dışsallık sorununa dair klasik yaklaşımın dört temel varsayım üzerinde kurulduğu söylenebilir: 1-Piyasalar rekabetçi yapıda bile olsa, özel ve sosyal maliyetler farklılaşabilir. 2-Bu farklılaşma beraberinde kaynak tahsisinde etkinsizliği getirir. 3-Bu farklılaşmanın bir müsebbibi vardır. 4-Ekonomik etkinliği sağlamak için bu kişinin faaliyetinin neden olduğu zararlar ölçüsünde vergilendirilmesi ya da sorumlu kılınması gerekir.

<sup>82</sup> Önce dışsallaştırılan maliyetin ekonomik değerinin belirlenmesi gerekir. Somut olayın özelliklerine göre bu oldukça güç bir değerlendirme faaliyeti olabilir. Daha sonra kirliliğin belirlenen değeri, belirli bir ölçek birimi üzerinden ifade edilmelidir. Mesela fabrika örneğinde, belirli bir atık biriminin, örneğin 1 ton atığın neden olduğu dışsal maliyetin ekonomik değeri tespit edilir. Bu değer, vergiye esas alınan değerdir ve genellikle bir çıktı seviyesi ile ilişkilendirilir. Yani fabrika 1 ton atık ürettiği takdirde belirli bir vergi ödeyecek, bunu azaltırsa vergisi de azalacak artırırsa vergi de artacaktır (bkz. MANKIW, s.213).

Aritmetik bir örnekle somutlaştıralım. Çelik üreten işletmenin senede 100 YTL gelir elde ettiğini ve fakat üretimin bir miktar kirliliğe yol açtığını düşünelim. Kirlilik, çevredeki mera işletmesindeki hayvanların hastalanmasına ve senelik 75 YTL beklenen maliyete ( $50 \times 150$ ) yol açsın. İşletmenin dışsal maliyetler ölçüsünde vergilendirilmesi, işletmeyi bu maliyetleri içselleştirmek yönünde teşvik eder. İçselleştirmenin işletme faaliyetinde fiilen nasıl tezahür edeceği ise, somut olaya göre değişir. Fakat karını maksimize etmeyi amaçlayan işletme, vergi (*kirlilik*) maliyetlerini azaltmanın yollarını arayacaktır ki sosyal açıdan arzu edilen de budur. Genellikle işletmenin üretimi kısmak ve/veya önleyici tedbirler almak şeklinde iki seçeneği söz konusu olur. Örneğin vergi yükünden daha maliyetsiz olduğu sürece işletme üretim teknolojisini değiştirecek, mesela 50 YTL maliyeti olan bir filtre ile bu zararın önlenmesi mümkün ise, işletme bu filtreyi takacaktır.

Önleyici tedbirlerin, vergi yüküne oranla maliyetli olduğu durumlarda ise, üretim seviyesine ilişkin tedbirlere yönelecek, örneğin üretimini kısacak; hatta faaliyetin karlı olmadığı hallerde üretimi durduracaktır. Fakat her halükarda işletmenin etkin yöntemi izleyeceği söylenebilir. Zira sahip olduğu bilgi avantajı nedeniyle bu kararı verecek en uygun konumdadır<sup>83</sup>. Vergilendirmenin neden olduğu durum aşağıdaki tabloda daha rahat gözlemlenebilir. Dışsallığın düzenlenmesi, işletmenin etkin tedbir alması nedeniyle üretilen toplam değerde 25 YTL'lik bir artış sağlamış ve sosyal refahı arttırmıştır.

---

<sup>83</sup> Şüphesiz hangi yöntem tercih edilirse edilsin vergilendirme işletmeye bir takım maliyetler yükler. Bu ise, piyasa şartlarına bağlı olarak, üretilen malın fiyatını artırır ve böylelikle fiyat mekanizması sunulan mal ve hizmetin gerçek değeri konusunda piyasalara doğru sinyalleri göndermiş olur (krş. ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.73).

**Tablo I**

	Şirket Karlılık	Tedbir	Beklenen Zarar	Mera S. Kar	Toplam Değer
Serbest Piyasa	100	0	75	25	125
Vergilendirme	50	50	0	100	150

Görüldüğü üzere bu yöntem, finansal yaptırımlar vasıtasıyla etkin davranma yönünde saik yaratmakta ve aslında dışsallık sorununun somut olarak nasıl çözüleceğini işletmenin kararına bırakmaktadır. Bu hukuk politikası açısından esnek bir çözümdür. Böylelikle şartlarda herhangi bir değişiklik yaşanması, örneğin filtre teknolojisinin değişmesi halinde işletme aldığı tedbirleri kendiliğinden gözden geçirecek ve kendi faaliyetine dair sahip olduğu bilgi avantajı nedeniyle yine etkin yolu seçecektir. Nitekim bu nedenler, vergilendirme yönteminin ekonomi bilimindeki popülaritesini de bir ölçüde izah etmektedir. Bir diğer önemli avantajı, devlet açısından gelir yaratması ve bu özelliği ile kamu politikası açısından son derece cazip olmasıdır<sup>84</sup>. Vergilendirmenin temel sorunu ise, dışsal maliyetlerin değerlendirilmesi<sup>85</sup>. Bu iki nedenden kaynaklanır. İlk neden, çoğu kez dışsal maliyetin piyasa değerinin olmamasıdır. Diğer neden ise, değerlemenin *ex ante* vasfıdır. Yani burada devlet, kirlilik gerçekleştiikten sonra zararı değil, kirlilik riskini değerlemektedir. Bu ise aynı zamanda olasılık değeri hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir. Doğal olarak bu faktörler vergilendirmeyi idari açıdan maliyetli hale getirir<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Vergilendirme, “*aciz sorunu*” (*judgement proof problem*) ve dışsallığa neden olan kişinin bilgisi açılarından mukayeseli üstün bir hukuki kurumdur. Keza müşterek özen kurgusunun geçerli olduğu hallerde zarar görenin davranışlarının düzenlenmesi açısından da avantajlıdır. Bu faktörler hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B ve özellikle §1/II/B/3

<sup>85</sup> FRIEDMAN, s.31; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.74

<sup>86</sup> Beklenen dışsal maliyeti ölçmek, bunun gerçekleştiği yani zarara dönüştüğü bir olasılıkta zararı ölçmekten daha güçtür. Bu açıdan benzer hukuki kurumsal yapı olan haksız fiil hukuku daha avantajlıdır. Ayrıca hangi faaliyetin ne ölçüde dışsal maliyete neden olduğunu belirlemek ve daha ötesi bu faaliyet sahiplerinin ayrı ayrı vergilendirmek (*verginin ölçüğü ne olacak?*) olağanüstü derecede güçtür. Yani vergilendirme, bunu uygulayan makamın bilgi maliyetleri açısından sorunludur (*fakat regülasyona göre avantajlıdır*). Bu faktörler vergilendirmenin idari maliyetinin yüksek olabileceğine işaret etmektedir. Vergilendirmenin bir başka sorunu, alternatif özen kurgusunda, zarar gören riski en az maliyetle ortadan kaldıracıyorsa (*cheapest cost avoider*), vergi kaynak israfına neden olur. Nihayet bir diğer sorun, dışsallığın etkin olması ihtimalidir. Yani eğer önleyici tedbirin veya faaliyet seviyesinin değiştirilmesinin maliyeti, bunların dışsallık maliyetinde

## 2. Regülasyon

Dışsallıkların düzenlenmesindeki bir diğer yöntem, “*regülasyon*” adını alır<sup>87</sup>. Burada işletmenin uyması gereken hareket tarzı ya da biçimi doğrudan hukuk kuralında belirlenmektedir. Yani hukuk kuralı standart öngörerek, belirli bir şekilde davranmayı (*veya davranmaktan kaçınmayı*) emretmektedir<sup>88</sup>. Burada artık işletmenin dışsal maliyetleri göz önünde tutması söz konusu olmayıp, sadece kuralda ifadesini bulan hareket tarzını yerine getirmesi yeterlidir. Mesela yukarıdaki örnekte, hukuk kuralının çelik işletmelerine filtre takma mecburiyeti yüklemesi veya doğrudan ne kadar üretim yapılacağını belirtmesi halinde sorun “*regüle*” edilmiştir. Şüphesiz bu kurala uyulmaması halinde de bazı yaptırımlar uygulanmaktadır. Fakat bu yaptırım herhangi bir şekilde dışsal maliyetler ile ilişkili değildir. Dolayısıyla dışsallığa neden olan kişinin, bunun maliyetlerini dikkate alması gerekmez. Sadece regülasyondaki hareket tarzına uygun davranması yeterlidir<sup>89</sup>. Doğal olarak bu özellik, kurala muhatap olanlar açısından önemli bir bilgi avantajı sağlamaktadır<sup>90</sup>.

Dikkat edilirse, bu türden bir kuralın ekonomik açıdan etkin olması, devletin sorun hakkında kapsamlı bilgisinin olmasına bağlıdır. Zira devlet bir anlamda işletmenin yerine zihinsel muhasebe yapmakta ve bunun sonucunda sosyal açıdan arzu edilen (*etkin*) davranış standardını hukuk kuralında belirlemektedir<sup>91</sup>. Dolayısıyla bu yöntemin, temel

---

sağlayacağı azalmanın değerinden yüksekse, vergi sadece kaynak transferine neden olacaktır (bkz. bu konuda POSNER, s.410-416; SHAVELL, Foundations, s.93 vd.).

<sup>87</sup> Bu konuda bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bc/bca, ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/A

<sup>88</sup> Krş. ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.72,73

<sup>89</sup> Bazı hallerde faaliyet, bunu gerçekleştiren kişiye çok az fayda sağlamakla birlikte, çok yüksek bir sosyal maliyete neden olabilir. Fayda ve maliyetler hakkında kabaca bilgi sahibi olunduğu takdirde, bu gibi faaliyetlerin baştan yasaklanması söz konusu olur. Burada artık o faaliyet sosyal açıdan arzu edilememektedir. Bu tür yasaklama halleri de bir tür regülasyondur.

<sup>90</sup> Regülasyonun diğer avantajları, zarar görenin davranışlarının kontrol edilmesine imkân vermesi ve aciz sorunu (*judgement proof problem*) ile karşılaşılmasındadır. Bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/3 ve §1/II/B/5

<sup>91</sup> Eksik bilgi ile hareket edilirse, belirlenen standartların çok sıkı ya da çok gevşek olması mümkündür. Örneğin faaliyetin beklenen maliyeti abartılırsa veya önleyici tedbirin maliyeti ya da faaliyetin sağladığı fayda

sorunu kural koyulmasında daha fazla bilgiye ihtiyaç göstermesidir (*bilgi maliyetleri*)<sup>92</sup>. Vergilendirme yönteminde, sadece dışsal maliyetler hakkında bilgi sahibi olunması gerekirken, burada üretim, karlılık ve tedbir maliyetleri hakkında bilgiye ihtiyaç vardır. İşletmeler arasındaki farklar düşünüldüğü zaman, kural koyucunun bu tür bir bilgiye sahip olması güçtür<sup>93</sup>. Ayrıca bir an için tam bilgi sahibi olduğu varsayılsa bile, teknolojik ilerleme nedeniyle bunun güncellenmesi ve standartların değiştirilmesi gerekecektir. *Regülasyon* açısından ise bu tür bir esneklikten bahsetmek güçtür<sup>94</sup>. Nitekim bu nedenler<sup>95</sup> klasik ekonomik literatürde *vergilendirmenin*, *regülasyon* alternatifine tercih edilmesini de açıklamaktadır<sup>96</sup>.

Pozitif hukuka bakıldığı zaman ise, kanun koyucunun regülasyona çok daha fazla itibar ettiği kolaylıkla söylenebilir. Günümüzde riskler, tüzük, yönetmelik ve tebliğ gibi hukuki düzenlemeler ile kontrol edilmektedir. Dolayısıyla ekonomik teori ile hukuk tatbikatı arasında görünürde bir uyumsuzluk vardır.

---

küçümsenirse standartlar çok sıkı olacaktır. Dolayısıyla kural koyucunun ciddi bir bilgi avantajına sahip olması şarttır.

<sup>92</sup> FRIEDMAN, s.30; MANKIW, s.213

<sup>93</sup> PINDYCK/RUBINFELD, s.627; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.73

<sup>94</sup> Üstelik vergilendirme ile mukayese ettiğimiz zaman, regülasyona tabi firmaların daha etkin önleyici tedbirler arama ve bulma yönündeki güdülerini de zayıftır. Zira firmaların regülasyonda öngörülen hareket tarzında uygun davranması yeterlidir. Bu durumda önleyici tedbirler konusunda teknolojik ilerleme gerçekleşmesi beklenemez. Oysa vergilendirmede tüm dışsal maliyete katlanan firmaların, bu maliyetleri azaltmak için daha etkin tedbirler bulma yönünde kuvvetli güdülerini olur (krş. MANKIW, s.214; BUTLER, s.413; PINDYCK/RUBINFELD, s.628).

<sup>95</sup> Regülasyonun olumsuz yönleri bunlardan ibaret değildir. Bir diğer olumsuzluğu, tatbik edilmesinin idari açıdan görece maliyetli olmasıdır (bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/2). Regülasyonun başka bir olumsuz yönü, genel düzenleme olması itibarıyla, somut olaydaki farkları (*mesela risk değerindeki, özen maliyetindeki değişiklikleri*) dikkate almamasıdır (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bc/bca). Nihayet kamu seçimi teorisinde (Bkz. Birinci Bölüm §5/II) yaygınlıkla dile getirilen önemli bir olumsuzluğu, kural koyucu kurumun siyasi ve sosyal baskılara daha fazla muhatap olma riskidir (*regulatory capture*). Bu durumda kural koyulurken sosyal refahtan ziyade, baskı gruplarının (*mesela fabrika sahiplerinin*) menfaatlerini daha fazla gözetilmekte ve etkin olmayan standartlar öngörülebilmektedir (*daha ucuz filtrenin takılmasının öngörülmesi vs.*). Bkz. bu konuda PELTZMAN, s.211 vd.; FRIEDMAN, s.30; MICELI, s.236; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, s.38,39

<sup>96</sup> BUTLER, s.413; FRIEDMAN, s.30,31; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.72,73; MANKIW, s.213;

## C. Coase Teoremi

### 1. Genel Olarak

Dışsallık sorununa ilişkin yukarıda özetlediğimiz bu yaklaşım (*özellikle vergilendirme*), Ronald Coase tarafından 1960 yılında kaleme alınan “*Sosyal Maliyet Problemi*” (*The Problem of Social Cost*) adlı makalede eleştiri konusu olmuş<sup>97</sup> ve bu makale ekonomi biliminde hâkim olan bakış açısını önemli ölçüde etkilemiştir<sup>98</sup>. Hukuk ve ekonomi öğretilerinde büyük önem taşıyan ve ABD hukuk literatüründe kendisine en fazla atıf yapılan bu makalenin çok farklı yansımaları vardır<sup>99</sup>. Fakat konumuz açısından bu yansımalarından sadece üçünü belirtmek yeterlidir.

*Coase* ilk olarak, dışsallık sorununun tanımında hataya düştüğünü belirtmektedir. Nedensellik ilişkisi çerçevesinde zarar verenin sorumlu tutulması, örneğin vergilendirilmesi veya regüle edilmesi ekonomik açıdan gerekli olmadığı gibi, etkin olmayan sonuçlara da neden olabilir<sup>100</sup>. Zarar iki taraflı bir olgudur<sup>101</sup>. Bu nedenle soruna yaklaşırken, (*görünürde*) zarar görenin davranışlarının zarar üzerindeki etkisi dikkate alınmalıdır. İkinci olarak olumsuz dışsallık her zaman devletin kamusal araçlar ile müdahalesini (*public solutions*) gerektiren bir sorun değildir<sup>102</sup>. Hukuk düzeni müdahale edilen değerler üzerinde hakları açık ve belirli bir şekilde tahsis ederse, dışsallığın tarafları (*private solutions*) pazarlık ederek sorunu etkin bir şekilde çözebilir<sup>103</sup>. Hatta işlem maliyetinin olmadığı bir kurguda hakkın kime tahsis edildiği ya da nasıl himaye edildiği

---

<sup>97</sup> COASE, s.28 vd.

<sup>98</sup> COASE Ronald, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (1960), s.1-44

<sup>99</sup> Coase teoremini konu alan çok geniş bir literatür mevcuttur ve teoreme dayanan çok çeşitli çıkarımlar yapılmaktadır. Burada teorem etrafındaki tüm bu tartışmalara yer vermek çalışmanın sınırlarını aşar (tartışmalar için bkz. MEDEMA/ZERBE, s.839 vd.). Dolayısıyla sadece temel bazı noktalara temas edeceğiz. Teoremi konu alan çalışmaların bibliyografyası için bkz. MEDEMA/ZERBE, s.878-892

<sup>100</sup> COASE, s.1,2; De MEZA, s.272; COLE/GROSSMAN, s.73

<sup>101</sup> COASE, s.2

<sup>102</sup> MEDEMA/ZERBE, s.839; MICELI, s.168; BUTLER, s.394

<sup>103</sup> MEDEMA/ZERBE, s.839; COASE, s.18; De MEZA, s.270; COOTER/ULEN, s.89; FRIEDMAN, s.38



dahi önemsizdir<sup>104</sup>. Tarafların pazarlıkları her halükarda ekonomik açıdan etkin sonucu sağlar.

*Coase teoremi* olarak ifade edilen bu saptama, dışsallıkların (ve hatta hukukun ekonomik) analizinde yeni bir perspektif sunmuştur<sup>105</sup>. Kişilerin değer atfettiği menfaatler üzerinde hak sahibi kılınması, dışsallık sorununun tarafların pazarlık veya hakkı himaye eden davalar ile çözülmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla *Coase* dışsallık sorununun çözümünde hak tahsisine ve himayesine dayanan alternatif hukuki kurumsal yapılara dikkati çekmiştir. Böylelikle haksız fiil hukuku da ekonomik analize dâhil olmuştur<sup>106</sup>.

*Coase teoreminin* hukuk ve ekonomi öğretisinde taşıdığı önemi dikkate alarak, aşağıda dışsallık sorununu teorem bağlamında ele alacağız. Fakat açıklamalardan önce belirtelim ki, *Coase* dışsallık sorunun çözümünde belirli bir yöntemin, mesela hak tahsisi ve pazarlıklara dayalı çözümün diğerinden üstün olduğunu belirtmemektedir. O'na göre ekonomik etkinliği temel alan hukuk politikası açısından yapılması gereken, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, mukayeseli kurumsal bir analiz ile *en fazla refah (değer) yaratan* kurumsal hukuki yapının belirlenmesidir. Bu açıdan teoremin pazarlıklara dayalı çözümü, kamusal müdahaleden daha üstün olduğu ima edilmemektedir<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> COASE, s.10

<sup>105</sup> Sosyal maliyet problemi isimli çalışmada yer verilen saptama, ilk defa STIGLER tarafından 1966 yılında teorem adı altında ifade edilmiştir (STIGLER, s.187). Dolayısıyla orijinal makalede, bu bir teorem olarak sunulmamıştır. Gerçi teoremde yer verilen saptama, ilk olarak COASE tarafından yazılan Federal İletişim Komisyonu adlı makalede yer almaktadır (bkz. COASE Ronald H., “The Federal Communications Commission” Journal of Law and Economics, Vol. 2 (1959), s.27)

<sup>106</sup> Coase ile birlikte ekonomik literatürde daha önceden pek dikkate alınmayan, hakkın himayesi esasına dayalı tazminat, önleme ve durdurma davaları gibi hukuki kurumsal yapılar analize dâhil olmuştur. Coase dışsallık sorunlarını 19. yy. İngiliz mahkemeleri içtihatları çerçevesinde tartışmış ve hakimlerin, pek çok durumda ekonomistlere kıyasla daha sağduyulu kararlar verdiğini belirtmiştir. Teoremi ise demiryolunun kıvılcımlar nedeniyle çevresindeki ekinlere zarar vermesi olayı üzerinde tartışmıştır (son derece ilginç bir karar için bkz. Yarg. 4. HD. 1.6.1965 T. 5433 E. 2913 K; Yarg. 4 HD. 15.1.1975 T. 9680 E. 543 K.; Yarg. 4. HD. 5.6.1984 T. 3454 E. 5407 K.).

<sup>107</sup> COASE, s.18; De MEZA, s.270; COLE/GROSSMAN, s.84; POSNER, s.56; MEDEMA/ZERBE, s.877

## 2. Nedensellik ve Zararın Karşılıklılığı

Teoremi açıklamadan evvel, Coase'un makalesinde dışsallığın tanımlanmasına dair farklılığa değinelim. Yukarıda özetlenen klasik yaklaşım, dışsal maliyetin tek yönlü olduğunu, örneğin çelik işletmesinin mera sahibine maliyet yüklediğini varsayar. Bunun çözümünde doğal olarak çelik işletmesinin faaliyetine odaklanılır. Kirliliğin nedeni çelik işletmesi ise, sorumluluk da ona ait olmalıdır. Bu yaklaşım hukuken de makul gözüktür. Fakat *Coase* sorunun bu şekilde algılanmasını hatalı bulmaktadır. Maliyete neden olan kişiyi vergilendirmekle, hukuk düzeni mera sahibini hukuken himaye etmekte ve “*fail*” ve “*mağdur*”un kimlikleri konusundaki tercihini baştan açıklamaktadır<sup>108</sup>. Yani klasik yaklaşım, kimin menfaatinin himaye edileceği konusunda belirli bir değer yargısı esas olarak soruna yaklaşmaktadır<sup>109</sup>. Oysa soruna bu şekilde yaklaşmak zorunlu olmadığı gibi, bunun ekonomik açıdan etkin sonucu sağlaması ancak tesadüfî olabilir.

*Coase*'a göre ekonomik açıdan sorun kimin zarara (*dışsal maliyet*) yol açtığını tespit etmek değil, her iki faaliyet açısından daha ciddi zararların oluşmasının önüne geçilmesidir<sup>110</sup>. Bu ise sadece zarara sebebiyet veren değil, her iki tarafın faaliyetinin birlikte değerlendirilmesi ile mümkün olabilir<sup>111</sup>. Zira çoğu kez zarar verenin yanı sıra, zarar görenin karar ve davranışları da zarar üzerinde etkili olur<sup>112</sup>. Bu açıdan bazen zarar

---

<sup>108</sup> Nedenselliğe dair nitelendirmedeki bu farklılık, hak tahsisi açısından önem taşır. Şöyle ki, aslında kimin zarar veren ve kimin zarar gören olduğu, somut faaliyet ya da faaliyetler açısından toplumun ve/veya hukuk düzeninin kimi hak sahibi kıldığı ile yakından alakalıdır. Örneğin mera sahibinin dışsal maliyete muhatap olduğuna dair ifade, referansın temiz hava olması ve ayrıca mera sahibinin de temiz havaya hak sahibi olduğunu ima etmektedir. Buna karşılık referans noktası hava kirliliği, hak sahibi de fabrika olsa, bu durumda kirliliğin maliyetinden bahsetmek güçtür.

<sup>109</sup> Krş. WESTON, s.927; MICELI, s.168; SEIDENFELD, s.92; SHAVELL, Foundations, s.81

<sup>110</sup> COASE, s.2

<sup>111</sup> POSNER, s.56; FRIEDMAN, s.37; De MEZA, s.271; COLE/GROSSMAN, s.73

<sup>112</sup> Burada zarara, görünürde zarar gören kişinin sebebiyet vermesi, aslında zarara yol açma eylemi açısından değil, zararlı önleme açısından değerlendirilmektedir. Bu hukuki terminoloji ile olumsuz davranışlar ile zarara yol açmak olarak betimlenebilir (bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/B). Hukuka aykırı zararlı fiilin sadece olumlu değil (*fabrikanın kirliliğe neden olması*), olumsuz davranışlar (*mera sahibinin kirliliğin zararlı sonucunu ortadan*

görenin zarara katlanması ekonomik açıdan etkin olabilir. Dolayısıyla sorun A'nın B'ye zarar vermesi değil, A ve B'nin birlikte zarara yol açması şeklinde karakterize edilmelidir (*reciprocal nature of the harm*)<sup>113</sup>.

Yukarıdaki örnek çerçevesinde somutlaştıralım<sup>114</sup>. Hatırlanırsa, çelik işletmesi neden olduğu kirliliğin tüm maliyetlerinden sorumlu kılındığı durumda, 50 YTL'lik filtre kullanarak etkin bir şekilde bu maliyetleri içselleştirmekteydi. Yani vergi çözümü işletmeyi etkin davranmaya teşvik ediyordu. Oysa bu yanıltıcı olabilir. *Ekonomik açıdan önemli olan, her iki faaliyetin sağladığı toplam servetin maksimize edilmesi* olduğuna göre, sadece işletmeye odaklanmak sorunun kısmen ele alınmasıdır. Mesela aynı zararın, mera işletmesi tarafından 25 YTL'lik bir aşılama maliyeti ile ortadan kaldırılabildiği bir durumda, fabrikanın değil, mera işletmesinin sorumlu olması daha isabetlidir. Bu örnek klasik yaklaşımın eksikliğini göstermektedir. Dışsallık sorunu her zaman bir tarafın sosyal maliyetleri içselleştirilmesi ile çözümlenmez. Zararın karşılıklı bir olgu olduğuna dikkat çekilmesi, sorunun bir bütün olarak görülmesini sağlamakta ve zarar üzerinde her iki tarafın da karar ve davranışlarının etkili olduğunu göstermektedir<sup>115</sup>.

Bu çerçevede hukuk kuralının her iki tarafa da etkin saik sağlaması şarttır. Bu durum, dışsallık sorununun çözümünün klasik yaklaşımın öngördüğünden daha karmaşık olabileceğine işaret etmektedir. Zira ekonomik açıdan etkin çözüm, her iki tarafın

---

*kaldırması ya da etkisini azaltması*) ile de yapılması mümkün olduğuna göre, *Coase*'un yaklaşımı hukuk uygulamasına çok da yabancı değildir.

Fakat belirtelim ki, klasik anlamda nedensellik, hukuk uygulamasında bu şekilde değerlendirilmez. Bir kere pozitif hukuk çoğu kez kimin hak sahibi olduğunu belirlediği için, nedensellik ve dolayısıyla dışsallık tanımı, hukuki durum referans alınarak tanımlanır. Yani kirlilik, mera sahibinin hayvanlarının ölümüne neden olduğu zaman, mutlak hak ihlali söz konusudur. Nedensellik bu hakkın ihlali bağlamında, çelik işletmesinin, mera sahibine zarar vermesi olarak tanımlanır. Bunun haricinde görünürde zarara neden olan, yani olumlu davranışta bulunan bir kişi varsa, hareketsiz kalıp da zararı önleyebilecek kişilerin durumu hukuk uygulamasında nadiren ve açık bir hüküm var ise dikkate alınır. Dolayısıyla mesele salt nedensellik değil; aynı zamanda hukuka aykırılık sorunudur (bkz. Üçüncü Bölüm §5/II/D). Fakat yine de sorunu *Coase*'un sunduğu perspektiften değerlendirmek, hukuk politikası açısından son derece önemlidir.

<sup>113</sup> COASE, s.2; FRIEDMAN, s.38

<sup>114</sup> Bkz. yukarıda §2/II/B1

<sup>115</sup> COASE, s.13; De MEZA, s.272

faaliyetlerini dikkate almayı ve daha fazla bilgi edinmeyi gerektirir<sup>116</sup>. Dolayısıyla dışsallık sorununun genel geçer bir çözümü yoktur. Mesela *Pigocu vergi*, alternatif özen kurgusunda zarar görenin zararı “*en az maliyetle önleyen*” (*cheapest cost avioder*) taraf olması halinde etkin değildir<sup>117</sup>. Bu halde farklı bir düzenleme şarttır. Zarar görenin zarardan sorumlu olması ilk bakışta garip gözükse de, aslında bu özel hukuktaki “*zarara uğrayan kimsenin buna katlanması*” ilkesi ile uyumludur. Bu açıdan haksız fiil hukukunda buna paralel bir uygulamanın olduğu söylenebilir<sup>118</sup>.

### 3. Coase Teoremi ve Dışsallık Sorunu

*Coase* dışsallık sorununa yaklaşımdaki bu hatayı ortaya koyduktan sonra, bunun mutlaka devletin müdahalesini gerektirmediğini de ortaya koymaktadır. Hakların açıkça tahsis edildiği ve tarafların dışsallık sorunu hakkında pazarlık edebildiği bir kurguda piyasalar sosyal ve özel maliyetler arasındaki farkı kapatarak sorunu etkin bir şekilde çözebilir<sup>119</sup>. Dolayısıyla bu şartlar altında bir piyasa aksaklığı söz konusu olmadığı gibi, kamu hukuku müdahalesine de gereksinim yoktur. Hatta işlem maliyetinin olmadığı bir kurguda, ekonomik etkinlik açısından hakkın kime tahsis edildiği dahi önem taşımaz<sup>120</sup>. Teorem, tarafların pazarlık yapmak suretiyle her halükarda ekonomik açıdan etkin sonucu sağlayacağını, yani uyuşmazlık konusu menfaate en fazla değer atfeden kişinin hak sahibi olacağını belirtmektedir. Bu bağlamda menfaat uyuşmazlığına konu olan hak, başlangıçta

---

<sup>116</sup> Zarar görenin davranışlarının kontrol edilmesi açısından çeşitli kurumsal yapıların mukayesesi için bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/4

<sup>117</sup> Vergilendirme, “*müşterek özen*” (*joint care*) kurgularında genel olarak etkindir (bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/5). Buna karşılık “*alternatif özen*” kurgusunda sadece zarar verenin zararı en az maliyetle ortadan kaldırması halinde etkin olabilir. Bu etkinlik ise, alınan önleyici tedbir sonrasında zarar görenin zarara katlanmaması veya katlansa da bu zararın onun davranışlarını değiştirmemesi halinde gerçekleşir. Özen kurguları hakkında bkz. LANDES/POSNER, s.60,61

<sup>118</sup> Kusur ve kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin davranışlarının zarar üzerindeki etkisi hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/2 ve §2/III/B/2

<sup>119</sup> POSNER, s.56; BUTLER, s.383; ŞENATALAR/KİRMANOĞLU/ŞENER, s.75

<sup>120</sup> COASE, s.10; COLE/GROSSMAN, s.75; LANDES/POSNER, s.7; FRIEDMAN, s.39; HARRISON, s.157; BUTLER, s.385; DE MEZA, s.270; MICELI, s.170; SEIDENFELD, s.91; PINDYCK/RUBINFELD, s.640; MANKIW, s.210; COOTER/ULEN, s.88,89; SCHAFER/OTT, s.87; CALABRESI/MELAMED, s.1094,1095

etkin bir şekilde tahsis edilmemiş olsa bile, tarafların pazarlıkları hakkın etkin bir şekilde tahsisini sağlayacaktır. Dolayısıyla *Coase teoremi*, hakların açıkça ve belirli bir şekilde tahsis edildiği ve işlem maliyetlerinin olmadığı bir kurguda, hukukun yaklaşımı nasıl olursa olsun pazarlıkların ekonomik etkinliği sağlayacağını öngörmektedir<sup>121</sup>.

*Coase* böylece dışsallık sorunu karşısında pazarlıklara dayalı bir çözüme dikkati çekmiş ve işlem maliyetinin olmadığı durumda, hukukun yaklaşımının önem taşımadığını belirtmiştir. Geçerliliği için gerçekleşmesi gereken koşulları açıklamadan önce, bir örnekle teoremi somutlaştıralım.

**Tablo II**

	Şirket Karlılık	Mera S. Karlılık	Zarar	Toplam Değer
Tedbirsizlik	100	25	75	125
Filtre (25 YTL)	75	100	0	175
Aşı (50 YTL)	100	50	0	150

Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere, kirlilik mera sahibi açısından senelik 75 YTL maliyete neden olmakta ve 100 YTL’lik gelirini 25 YTL’ye düşürmektedir. Bu zarar mera sahibi tarafından 50 YTL, çelik işletmesi tarafından da 25 YTL’lik bir maliyet ile tamamen ortadan kaldırılabilir. Bu kurgu çerçevesinde ekonomik açıdan etkin olan hiç şüphe yok ki, çelik işletmesinin filtre takmasıdır. Zira ancak bu durumda dışsallık en

<sup>121</sup> Teoremin çeşitli tanımları yapılmıştır. Örneğin CALABRESI teoremi; “kişilerin rasyonel olduğu, işlem maliyetleri ve pazarlıklara yasal engeller olmadığı sürece, kaynakların etkin olmayacak şekilde tahsis edildiği tüm haller piyasalar tarafından pazarlıklar ile düzeltilecektir” şeklinde tanımlamaktadır (CALABRESI, Transaction Cost, s.68). POLINSKY ise teoremi “işlem maliyeti “0” olduğu sürece, etkin sonuç hukuk kuralı seçiminden bağımsız olarak gerçekleşecektir” şeklinde ifade etmektedir (POLINSKY, s.12). Buna karşılık çeşitli çekinceleri de tanıma dahil eden FRECH, “talepte servet etkisi yoksa, işlem maliyetleri bulunmuyorsa, kirlilik yaratma veya kontrol etmeye dair haklar belirli ise (haklar tahsis edilmişse), hakların başlangıçtaki tahsisinden bağımsız olarak kaynakların tahsisine dair çözüm değişmeyecek ve optimal olacaktır” (FRECH, Coase Theorem, s.254).

düşük maliyetle ortadan kaldırılmakta ve toplam değer 175 YTL'ye çıkmaktadır. Teorem açısından bakıldığı zaman, bu uyuşmazlıkta hukuk düzeninin mera sahibinin menfaatini himaye etmesi, yani hakkı ona tahsis etmesi ekonomik açıdan etkin sonucu sağlayacaktır<sup>122</sup>.

İki kurgu tasavvur edelim ve ilk kurguda, hukuk düzeninin bu menfaat uyuşmazlığında hakkı mera sahibine tahsis ettiğini, mesela çelik işletmesinin yarattığı olumsuz durumun MK.m.737 anlamında bir “kaçınılmaz taşkınlık” olduğunu varsayalım. Böyle olunca mera sahibi hakkını ancak tazminat davası yoluyla himaye edebilir

---

<sup>122</sup> Türk hukuku açısından bakıldığı zaman bu gibi hallerde çevre hukuku ve Medeni Kanun'un komşuluk hukukuna dair hükümleri uygulama alanı bulur. Çevre Kanunu'nun 28. maddesi kusursuz sorumluluk öngörmekle bir açıdan her zaman kirlilik şeklinde ortaya çıkan dışsallıklarda, zarar görenin menfaatini himaye etmektedir. Dolayısıyla yukarıda yer verdiğimiz hipotetik örnekte, hukuk düzeninin hakkı her zaman mera sahibine tahsis ettiği söylenebilir.

Diğer taraftan, bir an için Çevre Kanunu'nun uygulama alanı bulmadığını varsaydığımızda, bu tür dışsallıklar MK.'nun 730 ve 737. maddeleri ile düzenlenecektir. Örneğin 730. madde: “Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı olarak kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir. Hâkim yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.” hükmünü öngörmektedir. MK.m.737 ise, “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek derecede aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkararak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır. Yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır” şeklinde düzenleme getirmiştir. Bu çerçevede malik, taşkınlık oluşturan fiiller açısından kusursuz olarak sorumludur. Burada sorumluluk MK.m.730 hükmüne dayanır ve bu madde haksız fiil sorumluluğunun özel bir uygulama alanıdır. Bunun dışında, zarar gören ya da zarar tehlikesi altında olan taraf dilerse eski hale iade ve tehlikenin giderilmesi davası da açabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.458-460). Madde taşkınlık sayılabilecek bazı fiilleri örnek kabilinden saymışsa da, esasen neyin taşkınlık sayılacağı hususunda hâkime geniş takdir yetkisi vermiştir. Doktrinde hâkimin bu yetkiyi kullanırken, taşınmazın durumunu, tahsis amacını, niteliğini ve yerel âdeti nazara alabileceği belirtilmektedir. Öte yandan yapılan değerlendirme sonucunda taşkınlık kaçınılmaz olsa bile, zarar gören fedakârlığın denkleştirmesi ilkesi çerçevesinde zararın tazminini isteyebilir. Görüldüğü üzere, bir taşkın fiilin mevcudiyeti halinde, Medeni Kanun kural olarak zarar görenin menfaatlerini himaye etmekte ve tazminat davasının dışında, eski hale iade (*durdurma*) ve tehlikenin giderilmesi (*önleme*) davası açabileceğini belirtmektedir. Fakat kaçınılmaz taşkınlıklar açısından zarar görenin yegâne imkânı tazminat davasıdır.

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, bir çekinceye yer verilmelidir. MK.m.737 hükmü kusursuz sorumluluk öngörmekle birlikte, “taşkınlık” kavramını kullanmakla, taraf menfaatleri ve somut olayın özelliklerini dikkate almak mümkündür. Dolayısıyla taşkınlık kavramı, tarafların menfaat dengelerinin tartılmasına, yani fayda/maliyet analizine zemin oluşturabilir. Yani birinin diğerine verdiği her türlü rahatsızlık taşkınlık değildir. Bunun taşkınlık olabilmesi için, hoş görülebilir seviyenin aşılması gerekir (PETEK, s.184,185). Hal böyle olunca hâkim dışsallıktan kaynaklanan menfaat uyuşmazlığında, hakkı taraflardan biri ya da diğerine tahsis etme hususunda takdir yetkisine sahiptir. Çevre hukukunda olduğu gibi, her zaman zarar görenin ya da olumsuz etkilenen kişinin menfaatinin himaye edilmesi söz konusu değildir (bu konuda geniş bilgi için bkz. PETEK Hasan, “Taşınmaz Malikinın Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu”, Yetkin Yayınları, Ankara 2005).

(*fedakârlığın denkleştirilmesi*). “*Ex ante*” açıdan bakıldığında işletme; üretime aynen devam ederek bu tazminat riskini üstlenmek veya filtre maliyetine katlanmak seçenekleri ile karşı karşıyadır. Karını maksimize etme eğiliminde olan işletme en az maliyetli olması nedeniyle filtreyi takacaktır (25 YTL<75 YTL). Dolayısıyla tazminat riski işletmeyi etkin davranmaya sevk eder ve sorunu refahı maksimize edecek şekilde çözer. Bu çözüm, çelik işletmesinin zararı en ucuz bertaraf eden taraf olması (*cheapest cost avoider*) nedeniyle de etkindir.

Bu kurguyu değiştirip, hukuk düzeninin mera sahibinin değil, çelik işletmesinin menfaatini himaye ettiğini varsayalım<sup>123</sup>. Acaba hukuk kuralındaki bu başkalık etkinlik açısından fark yaratır mı? İşletme zarardan sorumlu kılınmazsa doğal olarak faaliyetini değiştirmek yönünde bir saiki olmayacak; yani filtre takmadığı gibi üretimini de kısmayacaktır. Bu durumda, zarara mera sahibi katlanmak zorunda kalır ve doğal olarak bu zararını azaltmanın yollarını araştırır<sup>124</sup>. Mera sahibinin önündeki iki seçenek vardır: hiçbir şey yapmamak veya aşılama yapmak<sup>125</sup>. Hareketsiz kalmanın bedeli 75 YTL, aşılamanın maliyeti 50 YTL’dir. *Coase* ise burada üçüncü bir seçenek olarak “*pazarlığı*” önermektedir. Gerçekten de mera sahibi çelik işletmesi ile pazarlık ederek onu filtre takmak yönünde ikna edebildiği takdirde, maliyetlerini 25 YTL’ye kadar azaltabilir. Filtre takılması, mera sahibinden 25 YTL’nin üzerinde bir teklif geldiği takdirde çelik işletmesi açısından da avantajlıdır. Dolayısıyla her iki tarafın da karşılıklı menfaatine hizmet eden; yani refah arttıran bir anlaşma zemini mevcuttur. Tarafların rasyonel davrandığı bir durumda, mera sahibi filtre takması için çelik işletmesine 50 YTL’ye kadar teklif yapacak ve taraflar 25 ila

---

<sup>123</sup> Çevre hukukunun uygulanmadığını ve buradaki kirliliğin de MK.m.737 anlamında “taşkınlık” sayılmadığını varsayalım.

<sup>124</sup> Bir bakıma burada hukuk düzeninin mera sahibini sorumlu kıldığı söylenebilir. Zira burada hukuk düzeni çelik işletmesini mera sahibinin zararlarından muaf tuttuğu gibi, mera sahibinin hukuk dışı yollar ile bu zararı çelik işletmesine yıkması riskini de bertaraf etmektedir. Dolayısıyla zararın doğal sebeplerden de olduğu söylenemez. Zararın düştüğü yerde kalmasına dair kural, son tahlilde bir hukuk kuralıdır ve bilinçli bir hukuk politikası tercihi yansıtır.

<sup>125</sup> Aslında diğer bir seçeneği faaliyetine tamamen son vermek olabilir. Bu ise faaliyetin sağladığı kazancın büyüklüğüne bağlıdır. Olayımızda bu parametreyi tamamen kapsam dışı bıraktık. Fakat bu parametreyi dâhil ederek kurgulamak da mümkündür. Eğer 25 YTL’den daha az bir kazanç elde ediyorsa herhalde etkin olan, mera sahibinin bu faaliyeti hiç yapmamasıdır.

50 YTL arasında bir bedel (*örneğin 37.5 TL*) üzerinden anlaşacaktır<sup>126</sup>. Sonuçta hukuken sorumlu olmamasına rağmen çelik işletmesi filtreyi takacak ve pazarlık süreci etkin sonucu sağlayacaktır.

Görüldüğü üzere hak tahsisindeki farklılığa rağmen pazarlıklar ekonomik açıdan etkin sonucu sağlamış ve her iki örnekte de çelik işletmesi önleyici tedbiri almıştır<sup>127</sup>. Durumu özetlemek gerekirse, ilk kurguda hukuk düzeni hakkı en fazla değer atfeden kişiye tahsis ettiğinden, tarafların karşılıklı çıkarına hizmet eden bir anlaşma zemini yoktur. Dolayısıyla pazarlık olmaz. Fakat ikinci kurguda hak başlangıçta etkin tahsis edilmemiştir. Bu durumda hakkın mübadele ile yeniden tahsis edilmesi, tarafların karşılıklı menfaatine hizmet eden bir anlaşma zemini yaratır. İşlem maliyetinin olmadığı varsayıldığı için, taraflar pazarlık ederek hakkı etkin şekilde tahsis ederler<sup>128</sup>. Bu itibarla hukukun kimi hak

---

<sup>126</sup> Bunu farklı şekilde ifade etmek de mümkündür. Hatırlanacağı üzere klasik ekonomik yaklaşım burada özel maliyetler ile sosyal maliyetlerin, ortaya çıkan dışsal maliyetler nedeniyle ayrıştığını ve işletmenin dışsal maliyetler ölçüsünde sorumlu kılınarak içselleştirmenin gerekli olduğunu belirtiyordu. Coase'un burada vurguladığı ise, işlem maliyetlerinin olmadığı bir durumda diğer tarafın zararı azaltmak üzere yapacağı teklif de aslında aynı sonucu doğuracaktır. Zira eğer bu anlaşmayı kabul etmezse, zarara neden olan işletmenin kendisine yapılan teklif ölçüsünde bir "*fırsat maliyeti*" olacaktır. Yani çelik işletmesi filtre takmazsa, bunun fırsat maliyeti kendisine yapılacak maksimum teklif tutarı olacaktır. Bu teklif edilen tutar da bir tür zımnî maliyet olduğuna göre aslında özel ve sosyal maliyetlerin ayrıştığından bahsetmek biraz güçtür.

<sup>127</sup> Önemle belirtelim ki, Coase teoreminin koşulları gerçekleşse bile, pazarlıkların vardığı sonuç her olayda aynı olmayabilir. Diğer bir anlatımla, pazarlıklar son tahlilde etkin sonucu sağlayacak ve hak buna en fazla değer atfeden kişiye tahsis edilecektir. Fakat bu her durumda kaynakların aynı şekilde kullanılacağı, örneğin yukarıdaki örnekte olduğu üzere bir tarafın filtre takacağı, diğer tarafın da aşılama yapacağı anlamına gelmez. Esas itibarla servet etkisinden kaynaklanan bu netice nedeniyle, teoremin iki türü olduğu da kabul edilir. Teoremin basit ya da iddiasız olan versiyonu (*etkinlik hipotezi*), sadece pazarlıkların etkin sonucu sağlayacağını belirtip, her durumda kaynakların aynı şekilde tahsis edileceğini ima etmez. Buna karşılık teoremin güçlü versiyonu (*değişmezlik hipotezi*), aynı zamanda kaynakların da her zaman aynı şekilde kullanılacağını belirtir. Yani yukarıdaki örnekte olduğu gibi, haklar farklı tahsis edilse bile, çelik işletmesi her zaman önleyici tedbiri alacaktır. Doktrinde, hakların farklı tahsis edilmesinin refah dağılımı üzerindeki etkileri nedeniyle, "*değişmezlik hipotezinin*" (veya *teoremin güçlü versiyonunun*) her durumda gerçekleşmeyebileceği belirtilmektedir (MEDEMA/ZERBE, s.862; CALABRESI/MELAMED, s.1095).

<sup>128</sup> Esasen işlem maliyetinin olmadığı kurguyu, başka bir şekilde tasavvur etmek mümkündür. Eğer çelik işletmesi ve mera sahibi ortak girişim kurarsa veya tek bir tüzel kişilik çatısı altında bir araya gelirse, ortaya çıkacak sonuç da etkin olacaktır. Burada artık tek bir hak sahipliği olduğunda göre, menfaat uyumsuzluğu söz konusu olmayacak, kişi karını maksimize eden üretim şekli (ve önleyici davranış) her ne ise onu yapacaktır. İşte Coase'un öngördüğü işlem maliyetinin olmadığı kurgu, tarafların işbirliğine yatkın olmaları açısından buna benzerdir (krş. COOTER/ULEN, s.87; LANDES/POSNER, s.32).



sahibi kıldığı nihai sonuç üzerinde etkili değildir. Nitekim rakamların değiştirilmesi ya da hakkın farklı bir şekilde himaye edilmesi halinde de sonuç aynıdır<sup>129</sup>.

İşlem maliyeti yok ise, hakların nihai tahsisi hukuk kuralları tarafından değil, pazarlıklar yani piyasalar tarafından belirlenmektedir<sup>130</sup>. Bu itibarla hukukun hakkı tahsis eden hükümleri, sadece tarafların pazarlıkları açısından referans noktasıdır<sup>131</sup>. Pazarlık ekonomik açıdan etkin sonucu sağladığına göre, dışsallık sorununun çözümünde kamu hukuku müdahalesine de gerek yoktur. Hatta bu tür bir müdahalenin neden olabileceği maliyetler, sorunu iyileştirmekten çok kötüleştirir. Hukuk düzeninin hakkı taraflardan herhangi birine tahsis etmesi yeterlidir. Mesela yukarıdaki uyuşmazlıkta, yargıcın çelik işletmesi ya da mera sahibi arasında etkinlik ölçütünü esas alan bir tercih yapması söz

---

<sup>129</sup> Örneği değiştirip, mera sahibinin aşılama yapmasının daha etkin olduğu, aritmetik açıdan simetrik bir kurgu bağlamında *Coase Teoremini* ele alalım. Burada filtre takılmasının 50 YTL; aşılamanın ise 25 YTL maliyeti olsun; buna karşılık diğer tüm parametreler aynı kalsın. Ekonomik etkinlik yani maksimum değer yaratılması perspektifinden bakıldığı zaman, hiç şüphe yok ki arzu edilen çözüm mera sahibinin aşılama yapmasıdır.

Klasik ekonomik yaklaşım, bu durumda dışsallığa görünürde neden olan çelik işletmesini vergilendirmeyi öngörür. İşletme dışsallık ölçüsünde yani 75 TL vergilendirildiği zaman, bu zararı içselleştirmenin yollarını arar ve vergi yükünden daha maliyetsiz olan filtreyi takar. Fakat bu kurguda arzu edilen sonuç bu değildir. Öte yandan tarafların pazarlık etme yönünde de bir güdüsü olmaz. Zira vergilendirme devlet tarafından yapılmaktadır (ancak tarafların ve devletin pazarlık edebildiği hallerde etkin çözüme ulaşılabilir).

*Coase*'un öngördüğü üzere, hak tahsisi ve pazarlıklara dayalı çözüme baktığımız zaman ise durum değişir. İlk kurguda menfaat uyuşmazlığında (*kirletmeye dair*) hakkın çelik işletmesine tahsis edildiğini varsayalım. Bu durumda çelik işletmesi kirliliğin verdiği zararlardan sorumlu olmayacağı için, herhangi bir şekilde önleyici tedbir almak, mesela filtre takmak yönünde bir saiki olmayacaktır. Buna karşılık zarara katlanacak olan mera sahibinin doğal olarak zarar azaltma yönünde saiki olacaktır. Bu durumda, net fayda sağlaması itibarıyla 25 YTL'lik önleyici tedbiri alacak ve aşılama yapacaktır. Bu ise etkin sonuçtur. Bu kurguyu değiştirip, hukuk düzeninin hakkı mera sahibine tahsis ettiğini ve haksız fiil hukukuna göre himaye sağladığını düşünelim. Bu durumda doğal olarak tazminat maliyeti, çelik işletmesini önleyici tedbir almaya sevk eder. İlk etapta çelik işletmesinin 50 YTL maliyeti olan filtreyi takabileceği söylenebilir. Fakat çelik işletmesinin önündeki bir diğer alternatif, mera sahibi ile pazarlık ederek onu daha maliyetsiz olan aşılama yapmaya ikna etmesidir. Eğer çelik işletmesinin bu konuda bilgisi var ise ve işlem maliyetleri düşük ise, çelik işletmesi ile mera sahibi pazarlık edecek ve 25 ila 50 YTL arasında bir bedel karşılığında mera sahibi aşılama yapacaktır. Görüldüğü üzere bu kurguda da etkin sonuç ortaya çıkmıştır.

<sup>130</sup> Aslında bu, refah ekonomisinin birinci teoreminin farklı bir ifadesidir (bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2/a). Farklılık, toplumsal kaynaklar yerine, kaynaklar üzerindeki hakların mübadele konusu olmasıdır. Mübadeleler de son tahlilde sosyal refahı maksimize edecek şekilde hakları tahsis etmektedir. Bu açıdan bakıldığı zaman teoremin aslında bir totoloji olduğunu söylemek de mümkündür. Zira aslında teoremin son tahlilde öngördüğü, faydasını maksimize etme eğiliminde olan rasyonel bireylerin, faydalarını arttırma imkânı bulunduğu ölçüde faydalarını arttıracığı ve karşılıklı menfaatlerine hizmet eden anlaşmaları akdedeceğidir (krş. SHAVELL, Foundations, s.84).

<sup>131</sup> COLEMAN, *Philosophic Apects*, s.225

konusu olamaz. Bunun bir sonucu, işlem maliyetinin olmadığı bir kurguda ekonomik etkinliğin hukuk politikası hedefi olmadığıdır. Bu hallerde hukukun adalet ya da eşitlik gibi farklı amaçlar izlemesi daha anlamlı olur.

Fakat dikkat edilmesi gereken husus, hakkın farklı şekilde tahsis edilmesinin etkinlik açısından olmasa da, *refah (servet) dağılımı* açısından önemli olduğudur<sup>132</sup>. Bir uyuşmazlıkta, taraflardan birinin menfaatinin himaye edilmesinin kişinin servetinde bir artmaya neden olduğunda şüphe yoktur. Bu nedenle hakkın A veya B'ye tahsis edilmesi refah dağılımını etkiler<sup>133</sup>. Mesela yukarıdaki örnekte çelik işletmesinin sorumlu kılındığı kurguda filtre maliyetlerine katlanması karını 75 YTL'ye indirmekte, diğer kurguda ise mera sahibi bu maliyetleri yüklenerek 50 YTL fakirleşmektedir. Pazarlık yapıldığı bir durumda ise, mera sahibi 37.5 YTL fakirleşmekte, buna karşılık çelik işletmesi 12.5 YTL zenginleşmektedir<sup>134</sup>. Bu nedenle dışsallık sorununun çözümü, her ihtimalde refahın taraflar arasında nasıl dağıldığı üzerinde etkilidir<sup>135</sup>.

Ayrıntılara girmeksizin hak tahsisi ile servet dağılımı arasındaki bu etkileşimin, bazı hallerde teoremin sonucunu ve hatta geçerliliğini etkilediğini belirtelim<sup>136</sup>. Bilhassa somut menfaat uyuşmazlığına konu olan değer, tarafların refahı karşısında görece önemli ise, hakkın A ya da B'ye tahsis edilmesi sadece taraflar arasındaki servet dağılımını değil,

---

<sup>132</sup> MICELI, s.171; POSNER, s.56; COLE/GROSSMAN, s.76; SCHAFER/OTT, s.92; HARRISON, s.158; SEIDENFELD, s.93,94; COOTER/ULEN, s.103; POLINSKY, s.12; SHAVELL, Foundations, s.103; LANDES/POSNER, s.34,35; COLEMAN, Philosophic Apects, s.225

<sup>133</sup> Esasen menfaati himaye eden her türlü hukuki düzenleme için geçerlidir. Örneğin gürültü yapmanın yasaklandığı bir durumda, gürültü sevenler fakirleşirken, gürültüden rahatsız olanlar zenginleşirler.

<sup>134</sup> Durumu özetlemek gerekirse, çelik işletmesi sorumlu olduğu bir durumda karlılığı 75 YTL, mera sahibinin 100 YTL'dir. Mera sahibinin sorumlu olduğu bir durumda, pazarlık yapılmıyorsa mera sahibi 50 YTL çelik işletmesi 100 YTL, pazarlık yapıyorsa, mera sahibi 62.5 YTL ve çelik işletmesi de 112.5 YTL kar elde etmektedir.

<sup>135</sup> Hatta bu gibi işlem maliyetinin olmadığı ve tarafların hakları serbestçe mübadele ettikleri bir durumda, hukuk düzeninin dağılımsal amaçlar izlemesi daha anlamlıdır. Burada ekonomik etkinlik ile dağılımsal amaçlar arasında bir çatışma yoktur. Esas itibarla bu saptama da refah ekonomisinin ikinci teoreminin farklı bir ifadesidir (MICELI, s.171). Kavram için bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2

<sup>136</sup> Krş. POSNER, s.56; HARRISON, s.159; COOTER/ULEN, s.90,91; SHAVELL, Foundations, s.103

pazarlıkların sonucu yani kaynakların nihai tahsisini de değiştirir<sup>137</sup>. Doktrinde “*servet etkisi*” (*wealth effect*) olarak ifade edilen bu durumun temel nedeni, hak tahsisinin servet üzerinde yaptığı etkiye bağlı olarak kişilerin alım gúcünün ve ihtilaf konusu şeye ilişkin súbjektif değerlemelerinin farklılaşmasıdır<sup>138</sup>.

#### 4. Coase Teoremi, Hak Tahsisi ve İşlem Maliyetleri

Özetle *Coase* teoremi, klasik ekonomik yaklaşımın aksine olumsuz dışsalılığın başlı başına sorun olmadığını, hakların belirli bir şekilde tahsis edilmiş olması ve işlem maliyetlerinin bulunmaması halinde, tarafların (*piyasanın*) pazarlık ederek kaynakları etkin

---

<sup>137</sup> İstisnai bazı hallerde ise, taraflardan herhangi birinin hukuken himaye edilmesi, hakkın konusu menfaatin taraflar için hayati önem taşıması nedeniyle nihai tahsis haline gelebilir. Zira hak sahibi olmayan taraf, diğer tarafı ikna edecek kadar cazip bir teklifle gelemmez ve pazarlık gerçekleşmez. Bir an için bu durumun sorun teşkil etmediği, zira pazarlığın yapılmamasının mevcut tahsisinin zaten etkin olmasından kaynaklandığı iddia edilebilir. Fakat paradoksal olan, diğer tarafın hak sahibi olduğu alternatif bir kurguda da aynı sonucun ortaya çıkması, yani hak sahibi kılınan diğer tarafın pazarlık ile ikna edilememesidir.

<sup>138</sup> Mesela doktrinde teklif-talep (*offer-asking problem*) problemi bunun tipik bir görünümdür. Hakkın A'ya tahsis edildiği bir durumda, A'nın serveti görece artacağından, bu hakkı B'ye devretmek için daha fazla bedel talep edebilecektir. Örneğin mera hakkı sahibinin kirliliğe atfettiği değer, hukuken himaye edildiği ve edilmediği hallerde başkalaşabilir. Gerçi doktrinde servet etkisinden bağımsız olarak, kişinin hak sahibi olduğu ve olmadığı hallerde farklı değerlemede bulunabileceği ve bunun da *Coase* teoremini sakatlayabileceği belirtilmektedir. Kişinin serveti karşısında çok az bir değeri olan mallar açısında dahi ortaya çıkan bu durum, “*zilyelik etkisi*” (*endowment effect*) olarak adlandırılmaktadır (bkz. THALER Richard/KNETSCH Jack L./KAHNEMAN Daniel, *Experimental Test of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, Behavioral Law and Economics, Edited by SUNSTEIN R. Cass, Cambridge University Press, 2000, s.211-231; HARRISON, s.160; COOTER/ULEN, s.91). Bu konu için bkz. Birinci Bölüm §6/I/B Bir diğer durum ise hukukun servet dağılımını etkilemesine bağlı olarak, tercihlerin ve talep yapısının değişmesidir. Talep yapısındaki değişme ise, kaynakların piyasada farklı şekilde tahsis edilmesine neden olacaktır. Fakat genellikle hakkın önemli değerinin olduğu hallerde ortaya çıkan bu gibi durumlar, esas itibarla teoremi sakatlamaz. Zira kişilerin değerlemelerinde farklılık olmasına rağmen, pazarlıklar yine de ekonomik etkinliği sağlar. Aradaki fark ise, etkinliğin farklı noktalarda gerçekleşmesi; yani etkin kaynak tahsisinin farklı olmasıdır (COOTER/ULEN, s.90; MEDEMA/ZERBE, s.846,847; krş. SCHAFFER/OTT, s.92; CALABRESI/MELAMED, s.1095). Servet farklılığına bağlı olarak tercihlerin değişmesinden kaynaklanan bu durum “*normatif bireysellik*” prensibinin esas alınmasının bir sonucudur.

Daha açık bir ifadeyle, teoremin zayıf; yani mütevazı versiyonu (*etkinlik hipotezi*) bu komplikasyonlar karşısında geçerliliğini korur. Zira her iki halde de ekonomik etkinlik sağlanmış, sadece kaynakların fiili tahsisinde bir farklılık olmuştur. Dolayısıyla teoremin güçlü ve iddialı versiyonunun (değişmezlik hipotezi-*invariance hypothesis*) her zaman geçerli olmadığı da açıkça görülmektedir.

Kanımızca *Coase* teoreminin geçerliliği sadece, tarafların malvarlıklarının yetersiz olması halinde tehlikeye düşmektedir. Eğer taraflardan biri ya da her ikisi ekonomik etkin olan sonucun gerektirdiği maliyetlere katlanacak servete sahip değilse, pazarlık dahi yapılmayacaktır Örneğin kirliliğe mera sahibinin katlandığı bir durumda, çelik işletmesini filtre takması yönünde ikna edecek serveti yok ise, pazarlık olmaz Dolayısıyla teoremin örtülü bir varsayımı, tarafların yeteri derecede serveti olduğudur (SHAVELL, Foundations, s.85).

bir şekilde tahsis edeceğini öngörmektedir<sup>139</sup>. Peki, neden dışsallıklar kamusal düzenlemelerin konusu olmaktadır? Mesela neden çevre hukuku vardır? Dışsallıklar niçin yaygın bir şekilde regüle edilmektedir? Veya dışsallık olgusu günlük yaşantıda neden sıklıkla karşımıza çıkmaktadır? Örneğin neden kirlilik, gürültü veya kazalar olmaktadır? Bir ihtimal tüm bunların ekonomik açıdan etkin olmasıdır. Yani dışsallığı önlemenin ya da azaltmanın maliyeti, dışsal maliyetlerden daha yüksek olabilir. Bu durumda pazarlık olması beklenemez. Önemsiz zarar ve riskler açısından aslında bu makul bir yanittir. Fakat herhalde daha isabetli yanıt, günlük yaşamda işlem maliyetlerinin bulunması ve/veya hakların tam ve belirli olarak tahsis edilememesidir.

### a.Hak Tahsisi ve Teorem

*Coase* tarafların dışsallık sorunu hakkında pazarlık edebilmeleri için, hakların açık ve belirli bir şekilde tahsis edilmiş olması gerektiğini belirtmektedir<sup>140</sup>. Bunun ne anlama geldiğini açıklamadan önce, *Coase*'un sorunu üretim faaliyeti açısından ele aldığını ve hak tahsisini de kaynakların çatışan kullanımı bağlamında tartıştığını belirtelim. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinde de hak tahsisi, bir *eşya hukuku* konusu olarak görülmektedir<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Her şeyin pazarlık edildiği bu (*Coasian*) dünyada, hukuk düzeninin tahsis ettiği haklar da aynen mal ve hizmetler gibi tedavül edecek ve mübadeleler son tahlilde hakları bunlara en fazla değer atfeden kişilere ulaştırarak ekonomik etkinliği sağlayacaktır.

<sup>140</sup> COASE, s.8

<sup>141</sup> Ekonomi doktrininde “*hak*” kavramı oldukça geniş anlaşılmaktadır. Genellikle kastedilen, kişilerin hak konusu varlıkların (*toplumsal kaynakların*) fayda sağlayan her türlü kullanımı üzerinde yetki ve iktidar sahibi olması, yani hukuk düzeninin bu menfaatini himaye etmesidir. Dolayısıyla hak sahibi, kendisi için fayda sağlayan kullanım ya da davranış biçimi açısından yetkili olup, bununla ilgili olabilecek kişilere buna saygı göstermesini talep edebilir. Hak konusu obje her türlü toplumsal kaynak olabilir. Bunun mahiyeti fark yaratmaz. Bu maddi veya gayri maddi bir varlık olabilir. Hatta insan vücudu da bu kapsamdadır. Fakat pek tabii ki inceleme konusu genellikle ekonomik yarar sağlayan varlıklar olmaktadır. Kaynak üzerinde hakkın hukuken nasıl vasıflandırıldığı örneğin mülkiyet ya da sınırlı aynı hak olması önemli değildir. Önemli olan söze konu hakkın fiilen hangi yetkileri sağladığı, yani kişinin söz konusu şey ile neyi yapmaya yetkili olduğudur. Bu ise büyük ölçüde somut kullanım ya da genellikle olduğu üzere menfaat uyumsuzluğu açısından değerlendirilir. Kullanım kavramı da menfaat ya da fayda sağlayan her türlü özelliğe ilişkin olabilir. Yani bu varlık üzerindeki muhtelif yetkilerin başkalarına devredilmesini içerdiği gibi, varlığı tüketerek ya da ondan gelir elde ederek yararlanmayı da içermektedir. Fakat bir haktan bahsetmek için, bunların tamamının aynı anda bulunması salt değildir. Bunlar pekâlâ ayrılabilir, yani kişi bir varlığın kullanımını bir başkasına devrederken bu tasarrufta bulunmak hakkını kendinde tutabilir. Ayrıca kişinin fiilen hakkından yararlanması da gerekmez (bu konudaki açıklamalar için bkz. BARZEL Yoram, “Economic Analysis of Property Rights”,

Teorem açısından hakkın açık ve belirli bir şekilde tahsis edilmesi, muhtemel menfaat uyumsuzluğunda, hukuk düzeninin hangi tarafın menfaatini himaye ettiğinin *ex ante* belirli olması anlamına gelir<sup>142</sup>. Yani kimin neyi yapmaya yetkili olduğu önceden belli olmalı, örneğin çelik işletmesinin kirlilik üretmeye yetkili olup olmadığı taraflarca bilinmelidir<sup>143</sup>. Bu konuda bilginin olmaması, belirsizliğe neden olur ve taraflar pazarlık etmeyebilir. Bu nedenle *Coase*'un öngördüğü pazarlık çözümü, ancak hakların tahsis edildiği ve net bir şekilde tanımlandığı bir kurguda geçerli olabilir. Teoremin geçerliliği için diğer koşul, hakkın temlik edilmesinin mümkün olmasıdır. Zira teorem ekonomik etkinliğin mübadele ile sağlanacağını öngördüğüne göre, hakkın taraflar arasında serbestçe el değiştirmesi şarttır. Doğal olarak bu, hukuki değer üzerinde kişilerin serbestçe tasarruf edebilme iktidarına sahip olmasını şart kılar.

---

Cambridge University Press, Cambridge 1989; DEMSETZ Harold, "Property Rights", The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law, Mc Millan, New York 1998, s.144-155)

Hakkın himaye edilmesi de, kural olarak kişinin menfaat sağlayan kullanımı açısından, 3. kişiler tarafından bu yararı azaltacak müdahaleleri devletin sağladığı hukuki himaye vasıtaları aracılığı ile dışlayabilmesini ifade eder. Yani yararlanma açısından bir "münhasırlık" söz konusu olmalıdır. Ekonomi doktrini açısından himayenin hangi hukuk kuralı ile nasıl sağlandığı fark yaratmaz. Fakat ekseriya bunun kişinin bizzat yararlanabileceği ve üzerinde tasarruf edebileceği araçlar olması gerektiği kabul edilir. Yani kişi dilerse bundan yararlanabilmeli, dilerse vazgeçebilmelidir. Kural olarak himaye kişinin mahkemeye başvurması ile sağlanır (Farklı yaklaşım için bkz. MICELI, s.168,169).

<sup>142</sup> COLE/GROSSMAN, s.76

<sup>143</sup> Görüldüğü üzere hak kavramına ekonomi biliminde verilen anlam, büyük ölçüde hukuk alanındaki tanım ile örtüşmektedir. Zira tartışmalı olmakla birlikte, Türk Hukukundaki hâkim görüş hakkı; "hukuken korunan ve bu korumadan yararlanma yetkisi sağlayan menfaat" olarak tanımlamaktadır (OĞUZMAN/BARLAS, s.101). Bu tanım çerçevesinde haktan bahsetmek için, kişinin kural olarak himayeden bizzat yararlanma yetkisinin olması gerekir. Yani hak sahibi, hakkın ihlal edilmesi durumunda devletin sağladığı himaye vasıtalarından doğrudan yararlanabilmeli, örneğin hakkı ihlal eden kişiye dava açabilmeli veya ihlal eden taraf ile hakkının ihlaline izin verebilmelidir.

Fakat yaklaşımların tamamen örtüştüğü düşünülmemelidir. Ekonomi biliminde gerek terminoloji, gerekse hakkın konusu değerler açısından farklı yaklaşımlar mevcuttur. Mesela hakkı ifade etmek üzere "mülkiyet hakkı" (*property rights*) terimi kullanılmaktadır. Oysa bu terimin hukuk alanında teknik bir anlamı vardır. Bunun yanı sıra hukuk alanında hakların niteliklerine dair ayrımlar ve himaye vasıtaları oldukça farklı bir şekilde ele alınmaktadır.

Bu açıklama ışığında yapılacak ilk tespit, teoremin öngördüğü çözüm açısından da hukukun ve dolayısıyla da devletin piyasaya müdahalesine gereksinim olduğudur<sup>144</sup>. Fakat burada hukukun işlevi, toplumsal değerler üzerinde hakları kişilere tahsis etmek, kesin bir şekilde tanımlamak ve bunların kişiler arasında serbestçe mübadele edilmesine müsaade etmek ile sınırlıdır. Teorem hukuka mütevazı bir işlev atfetmekle birlikte, bu koşulun sağlanmasının hiç de kolay olmadığını belirtelim. Her şeyden önce bu kurgu, toplumsal değerler üzerinde kişilerin hak sahibi olmasını gerektirir<sup>145</sup>. Oysa pozitif hukuk çeşitli mülahazalar nedeniyle bazı değerler üzerinde kişilerin hak sahibi olmasına imkân tanımamaktadır. Dışsallıkların yaygın bir şekilde gözlemlendiği doğal kaynaklar bunun tipik bir örneğidir<sup>146</sup>. Bunun yanı sıra ihtilaf konusu menfaat üzerinde hak tahsisi mümkün

---

<sup>144</sup> Bu ise, aslında kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesinde, piyasa ile devletin hukuk kuralları ile müdahalesinin mukayese edilmesinin anlamsızlığını gözler önüne sermektedir. Zira piyasa çözümü de, devletin hukuk kuralları ile müdahalesini gerektirir. Fark ise, kuralların uygulandığı hukuki kurumsal yapıda ortaya çıkar. Piyasa aksaklığına devletin müdahalesi ile genellikle kastedilen, sorunun kamu hukuku kuralları ile düzenlenmesidir. Dolayısıyla piyasa çözümü de devletin müdahalesinin gerektirir ve bunun bir maliyeti vardır. Sorun alternatifler arasında bir seçim sorunudur.

<sup>145</sup> Eğer kişilerin değer atfettiği varlıklar üzerinde hak sahipliği yok ise, örneğin mallar üzerinde mülkiyet tesis edilmemişse, kişilerin pazarlık etmesini beklemek iyimserlik olur. Ekonomik teoremin öngördüğü mübadele sistemi, değerler üzerinde hak tahsisini şart kılar.

Bir an için kişilerin değer atfettiği menfaatlerin hukuken himaye edilmediği bir kurgu düşünürsek, hak tahsisinin önemini kolaylıkla görebiliriz. Şüphesiz böyle bir düzende, bu değer sıklıkla üçüncü kişilerin müdahalesine maruz kalır ve müdahalenin yarattığı dışsallık son tahlilde değeri tahrip edecek ölçüde kalıcı ve yaygın olur. Dolayısıyla bu değerlerin “hak” bağlamında himaye edilmesi (*manevi*) olumsuz dışsallıkları önleyici bir rol ifa etmektedir.

Bir olasılık olarak neden hakların himayesinde devletin varlığına ihtiyaç duyulduğu sorulabilir. Örneğin haklar tahsis edildikten sonra, himaye görevi hak sahibine bırakılabilir. Bunun ekonomik açıdan cevabı basittir. Devlet, ölçek ekonomisi nedeniyle, menfaatleri etkin bir şekilde himaye edebilir. Hakkın korunmasına (*veya elde edilmesine*) yönelik, kişilerce yapılan yatırımlar, sosyal açıdan kaynak israfıdır ve devletin sağladığı himaye vasıtaları bu israfı önler. Mesela zilyet olan kişinin bir taşınmaz üzerindeki menfaatinin hukuken himaye edilmediği bir düzende, zilyet, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı menfaatinin himaye etmek için kendisi koruma tedbirleri alacaktır. Bu her şeyden önce zilyedin çeşitli maliyetlere katlanmasına neden olur. Bunun yanı sıra, koruma yönündeki yatırımlar, arazinin sağlayacağı olası faydayı da bir ölçüde azaltacaktır. Dolayısıyla devletin varlığı bu israfın önüne geçer (BUTLER, s.357,358).

<sup>146</sup> Ekonomi biliminde bu durum, dışsallıkların temel nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir (BUTLER, s.357,361; PARASIZ, s.328). Mesela yukarıdaki örneği değiştirip, çelik işletmesinin yakınında mera olmadığını, kirliliğin yabani hayvanlara ve ormana zarar verdiğini düşünelim. Toplum bu varlıklara değer atfediyorsa, fabrikanın faaliyeti dışsallık teşkil eder. Fakat çevreye atfedilen değer teknik anlamıyla hak konusu olmadığı için, kişilerin bu varlıkları hukuken himaye etmesi, özel bir düzenleme olmadığı sürece mümkün değildir. Bu durumda çelik işletmesi dışsallık yaratmaya devam eder. Nitekim kanun koyucu, bu gibi hallerde temelde kamu hukuku karakterini haiz, özel düzenlemeler öngörmektedir. Çevre Kanunu ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu bu şekilde düşünülebilir.

olsa bile, kimin hak sahibi olduğu *ex ante* bilinmeyebilir<sup>147</sup>. Hukuk düzeninin, hak sahibine menfaat sağlayan somut kullanımlar bakımından, hakkın hangi yetkileri sağladığını kesin olarak belirlemesi imkân dışıdır<sup>148</sup>. Nihayet bazı hallerde hakkın serbestçe el değiştirmesi mümkün görülmemektedir<sup>149</sup>. İşte bu üç nedenden dolayı, işlem maliyeti olmasa bile günlük yaşamda dışsallıklara rastlamak olasıdır ve pazarlıklar arzu edilen sonucu sağlamaz<sup>150</sup>. Görüldüğü üzere teorem, dışsallık sorunun çözümünde hakkın tahsisi ve sahibine sağladığı yetkilerin açık, belirli ve öngörülebilir olmasının ekonomik önemine dikkati çekmektedir.

## b. İşlem Maliyeti ve Teorem

Teoremin diğer bir varsayımı, dışsallığın yol açtığı bir menfaat uyumsuzluğunda tarafların herhangi bir engelle karşılaşmadan pazarlık edebilmeleridir. Hakkın taraflarca yeniden tahsis edilmesi artı değer yaratıyorsa, pazarlık mutlaka yapılacak, hak buna daha

---

<sup>147</sup> Hatta çoğu kez, MK.m.730 ve 737 hükümlerinde ya da MK.m.24/2'de hükümlerinde olduğu gibi, kimin menfaatinin himaye edileceği somut olayda taraf menfaatlerinin tartılması ile belirlenmektedir (krş. POSNER, s.70). Her ne kadar bu menfaatler dengesinde, uygulanan ölçütün belirli olması halinde (*mesela fayda maliyet analizi*) kimin hak sahibinin “*ex ante*” öngörülebileceği iddia edilebilirse de, kanımızca bariz haller dışında bu hallerde belirsizlik vardır (krş Üçüncü Bölüm §5/II/C).

<sup>148</sup> Krş. COLE/GROSSMAN, s.76,79

<sup>149</sup> Dolayısıyla toplumsal kaynaklar üzerinde hakların tahsis edilip, bunların devlet tarafından himaye edilmesi yeterli değildir. Hakkın devredilmesinin yasaklanmamış olması ve ayrıca mübadele menfaatinin (*ifa çıkarımı*) himaye eden bir hukuk sisteminin varlığı gerekir. İlk şarta ilişkin olarak, her hakkın temlik edilmediğinde şüphe yoktur. Mesela kişilik hakkına konu menfaatlerin genellikle devredilemeyeceği kabul edilir (MK.m.23, BK.m.19/2).

Diğer şarta ilişkin olarak ise, hak serbestçe temlik edilebilse bile, mübadelelerden beklenen sosyal faydanın sağlanması, sözleşmeler hukukuna ihtiyaç gösterir. Aksi durumda, özellikle güvene dayalı mübadelelerin değeri tarafların muhtemel fırsatçı davranışları nedeniyle azalır. Bu durum tarafların pazarlık etme yönündeki saikini azaltır. Örneğin yukarıdaki kurguda, çelik işletmesinin hukuken sorumlu olduğunu ve mera sahibinin aşılamaı daha ucuza yapabileceğini düşünelim. Çelik işletmesinin pazarlığa yönelmesi, büyük ölçüde, yapılacak olan anlaşmaya mera sahibinin sadık kalmasına bağlıdır. Zira anlaşma potansiyel olarak her iki tarafın karşılıklı menfaatine hizmet etse bile, mera sahibinin stratejik davranma riski, örneğin parayı alıp aşılamaı yapmaması ihtimali, çelik işletmesini bu pazarlığa girmemeye sevk edebilir. Dolayısıyla sözleşmeler hukukunun artı değer yaratan anlaşmaların yapılmasını kolaylaştırma gibi bir rolü vardır ve Coase teoreminin geçerliliği (*genel olarak piyasa ekonomisi*) için bu hukukun varlığı şarttır.

<sup>150</sup> Nitekim etkin bir eşya hukuku ya da mülkiyet sisteminin üç koşulu yerine getirmesinin gerektiği kabul edilir. Buna göre tüm kaynaklar üzerinde özel mülkiyet tesis edilmeli, bu hak kişiye diğerlerinin bu haktan yararlanmasını dışlama yetkisi vermeli (*exclusivity*) ve bu haklar serbestçe temlik edilebilir olmalıdır (BUTLER, s.358,359).

fazla değer atfeden kişiye tahsis edilecektir. Şüphesiz bu gerçekçi bir varsayım değildir<sup>151</sup>. Zira günlük yaşamda dışsallığın neden olduğu bir menfaat uyuşmazlığının anlaşma ile sonuçlanması, teorik olarak tarafların karşılıklı menfaatine hizmet eden bir anlaşma zemini olsa bile, genellikle mümkün olmaz. Örneğin yukarıdaki örnekte, mera sahibinin sorunu ve kaynağını belirlemesi, çelik işletmesi ile görüşmesi, pazarlık yapmaları, çözümü tespit ederek anlaşmayı kaleme almaları ve nihayetinde bu anlaşmayı uygulamaları somut olayın özelliklerine çeşitli maliyetlere neden olur. *Ex ante* açıdan bakıldığı zaman, bu maliyetler de aynen diğer maliyetler gibi taraflarca dikkate alınır. Doğal olarak bu maliyetler olası bir anlaşmanın artı değerini törpüler. Dolayısıyla hakkın yeniden tahsis edilmesi teorik açıdan bir artı değer yaratsa bile, hiç pazarlık olmayabilir veya girişilen bir pazarlık olumlu sonuçlanmayabilir.

İşte bizatihi anlaşma yapmanın neden olacağı tüm maliyetler doktrinde “işlem maliyeti” olarak adlandırılmaktadır<sup>152</sup>. Bu tanımlı göz önünde tutarsak, işlem maliyetinin günlük yaşamda yaygın olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz<sup>153</sup>. Bu maliyetlerin pazarlık çözümü üzerindeki etkisini belirlemek için, bu maliyetlere etki eden faktörleri tespit etmek gerekir. Öncelikle işlem maliyetinin hangi unsurlardan oluştuğunu kısaca açıklayalım<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> Nitekim Coase da bunun gerçekçi bir varsayım olmadığına işaret etmektedir (bkz. COASE, s.15).

<sup>152</sup> Örneğin MANKIW işlem maliyetini, pazarlık sürecinde tarafların anlaşmaya varırken katlandıkları maliyetler olarak tanımlamaktadır (MANKIW, s.211). SEIDENFELD ise, bu maliyetleri ekonomik işlem yapılmasının neden olacağı maliyetler olarak tanımlar. Yazar’a göre, bilgi maliyetleri de işlem maliyetinin bir unsurudur (SEIDENFELD, s.67). COOTER ve ULEN ise, işlem maliyetlerini mübadelelerin neden olduğu maliyetler olarak tanımlamaktadır (COOTER/ULEN, s.91). POLINKY işlem maliyetlerini, pazarlık edilecek kişinin belirlenmesi, bu kişi ile bir araya gelmesi, pazarlık edilmesi ve varılan anlaşmanın uygulanmasının neden olabileceği tüm maliyetler olarak ifade etmektedir (POLINSKY, s.12). Tüm bu tanımlar neo-klasik ekole mensup iktisatçıların tanımıdır. Buna karşılık soruna hak perspektifinden yaklaşan ALLEN ve BARZEL’e göre işlem maliyeti, hakların temlik, elde edilmesi ve muhafazası için katlanılan maliyetlerdir (BARZEL, s.2; ALLEN, s.1,2).

Görüldüğü üzere işlem maliyeti kavramı doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Esasen *Coase*’un diğer çalışmalarını da dikkate alırsak, (özellikle COASE, Firm, s.390,391) kaynakların tahsis edilmesinde piyasanın kullanılmasının beraberinde getirdiği maliyetlerin tümünü işlem maliyeti olarak görebiliriz. Dolayısıyla bu tanım, *Coase*’un belirttiği şekilde her türlü engeli kapsamaktadır ve daha ziyade neo-klasik yaklaşıma uygun düşmektedir.

<sup>153</sup> MEDEMA/ZERBE, s.857; MICELI, s.175; POSNER, s.56; BUTLER, s.395; COASE, s.15; GEORGAKOPOULOS, s.100

<sup>154</sup> Yalnız bunu açıklamadan önce bir parantez açıp, işlem maliyeti kavramının ekonomi biliminde ve özellikle *Coase teoremi* tahtında son derece tartışmalı olduğunu belirtelim (MEDEMA/ZERBE, s.855;



Bir anlaşmanın üç aşaması olduğunu dikkate alarak, bu maliyetleri “*hazırlık*”, “*pazarlık*” ve “*uygulama*” olmak üzere üçe ayırabiliriz<sup>155</sup>. Hazırlık safhasında, doğal olarak pazarlık ve anlaşma için gereken asgari koşulların oluşturulması gerekir. Bu bağlamda karşı tarafın belirlenmesi, onunla temasa geçilmesi, görüşmeye gidilmesi, hazırlık maliyetlerinin ilk akla gelen unsurlarıdır. Pazarlık safhasında, taraflar bir araya gelmekte ve her iki tarafın menfaatine hizmet eden anlaşma şartlarını belirlemektedir. Bu çerçevede pazarlık maliyetleri, başlangıç safhasında harcanan zaman olmak üzere, hukuki danışma ücreti, anlaşmayı kaleme alma, belgeleme (*noter vs.*) gibi bazı masraflardan oluşur. Uygulama maliyetleri ise, daha ziyade ani edimli olmayan borç ilişkilerinde ortaya çıkar. Diğer tarafın ifa performansının izlenmesi için yapılan masraflar, uygulama maliyetlerinin temel nedenidir.

Dikkat edilirse bu sayılan maliyet unsurları, daha ziyade masraflara ilişkindir. Bunların haricinde, belirli bir masrafa neden olmamakla birlikte, anlaşma yapılmasına engel olan başkaca faktörler de vardır. “*Bilgi maliyeti*” (*information costs*) bunun başında gelir. Dışsallık sorununun pazarlık yolu ile çözümlenmesi için her şeyden önce sorun ve kaynağının bilinmesi gerekir. Mera sahibi, kirliliğe kimin neden olduğunu bilmiyorsa, doğal olarak pazarlık yapmayacaktır. Bilgiye sahip olmak ise, genellikle bazı maliyetlere katlanmayı gerektirir. Bilgi, pazarlık safhasında da önemli rol oynar. Bilhassa, tarafların birbirlerinin sorun ve çözümü (*tehdit değeri ve işbirliği çözümü*) hakkındaki tavrına dair yetersiz bilgisi pazarlık maliyetlerini arttıran temel faktördür<sup>156</sup>. Mesela diğer tarafın uyuşmazlık konusu menfaat üzerinde hak sahibi olup olmadığı hakkında tereddüt edilmesi, anlaşmanın artı değerini azaltır. Genel olarak taraflar arasındaki asimetrik bilgi, pazarlık ve anlaşma olasılığını azaltabilir. Örneğin mera sahibi filtre takılmasının çelik işletmesine ne

---

ALLEN, s.893; GEORGAKOPOULOS, s.100; EGGERTSSON, s.666). Bu tartışmanın önemli bir nedeni ekonomi bilimindeki yaklaşım farklılığından kaynaklanır. Neo-klasik teoriyi esas alan hukukçular sorunu mübadele yapmanın maliyeti olarak görürken, meseleye “*hak*” (*property rights approach*) perspektifinden bakan iktisatçılar (*ki bunlar yeni kurumsal ekonomi okulu ile de özdeşleştirilebilir*), bu maliyetleri hakların ihdası ve yaptırımı bağlanması olarak değerlendirir (ALLEN, s.893). Tabiatıyla burada bu tartışmaya girmeksizin, temel unsurlara değiniriz.

<sup>155</sup> COOTER/ULEN, s.91; SEIDENFELD, s.67; krş. POLINSKY, s.12

<sup>156</sup> COOTER/ULEN, s.92,93

kadar maliyete neden olacağını bilmiyorsa, bu onun pazarlıkta alacağı konum ve tehdit değerine (*threat value*) yansır ve anlaşma olmayabilir.

Bilgi maliyeti dışında işlem maliyeti içerisinde görülen bir başka unsur, tarafların pazarlık esnasında “*stratejik davranışlar*” (*strategic behavior*)<sup>157</sup> sergilemesi ve bazı hallerde de iş birliğine yatkın olmamasıdır<sup>158</sup>. Örneğin mera sahibi, çelik işletmesinin “*haksız*” yere kendisine zarar verdiğini düşünerek esas itibarla menfaatine hizmet eden pazarlık sürecine dâhil olmayı reddedebilir. Bazı hallerde ise, bir taraf artı değerden daha fazla pay kapmak için stratejik davranmayı tercih eder ve uyguladığı taktikler ile pazarlıkları zorlaştırır. Uzlaşmaya engel olan bu tür tavırlar, hem pazarlık, hem de anlaşma safhasında ortaya çıkabilir ve günlük yaşamda da son derece yaygındır. Dolayısıyla sadece iki tarafın bulunduğu ve tarafların sorun ve çözümü hakkında bilgisi olduğu hallerde dahi, anlaşma olmayabilir.

Görüldüğü üzere işlem maliyeti son derece geniş tanımlanmaktadır<sup>159</sup>. Sadece bir araya gelip anlaşma için yapılan masraflar değil, bilgisizlik, asimetrik bilgi veya stratejik davranışların neden olduğu sorunlar da bu kapsamda görülmektedir. Bu unsurları dikkate aldığımız zaman; tarafların sayısı, yakınlığı, stratejik davranma ihtimali, yabancılık, husumet, asimetrik bilgi, hakların belirliliği, ifanın özelliği ve sorunun karmaşıklığı gibi faktörlerin işlem maliyetlerinin ölçeğini belirlediğini söyleyebiliriz. Fakat bunlardan

---

<sup>157</sup> Stratejik davranış, tarafların, diğer tarafın mevcut konumunu kabul edebileceği olasılığını küçümsemesinden dolayı, esasen pareto üstün olan anlaşmaları akdedememesidir (POLINSKY, Property, s.234).

<sup>158</sup> COOTER/ULEN, s.93; LANDES/POSNER, s.34; aksi görüş SCHAFER/OTT, s.91 (Bu Yazarlar stratejik davranışların işlem maliyeti içerisinde yer almadığını belirtmektedir.).

<sup>159</sup> Kısacası *Coase* teoremi, ortada artı değer yaratan bir anlaşma olasılığı var ise, bu anlaşmanın akdedileceği tarafların pazarlık yoluyla anlaşmaya varacağını belirtmektedir. İşlem maliyetleri bu şekilde tanımlanınca, teoremin gereksiz tekrar olduğu söylenebilir (nitekim bu yönde bkz. CALABRESI/MELAMED, s.1095; SHAVELL, Foundations, s.84). Zira son tahlilde teorem, artı değer yaratan bir anlaşma var ise, rasyonel davranan tarafların bu anlaşmayı yapacaklarını, yapılamaz ise bu durumun işlem maliyetlerinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. İşlem maliyetinin bu şekilde geniş tanımlanması halinde, aslında hakların belirli ve açık bir şekilde tahsis edilmemiş olması da işlem maliyetinin bir parçası olarak görülebilir. Nitekim meseleye hak perspektifinden (*property rights approach*) bakan yazarlar açısından, işlem maliyeti bu şekilde anlaşılmalıdır (ALLEN, s.899).

özellikle belirleyici olan faktörler, bilgi maliyeti ve tarafların sayısıdır<sup>160</sup>. Zira diğerlerinden farklı olarak, her üç aşamada da karşımıza çıkmakta ve diğer unsurları da etkilemektedir. Özetle, işlem maliyetleri hiçbir zaman teoremin öngördüğü gibi “0” değildir. Bu durum neden pratikte dışsallık sorununun her zaman pazarlıklar ile çözülemediğini açıkladığı gibi, dışsallığın neden olabileceği menfaat uyuşmazlığında hukukun önemli işlevine dikkati çekmektedir.

## 5. Coase Teoremine Dayalı Çıkarımlar

Hukukun ekonomik analizindeki önem ve uygulama alanı dikkate alındığı zaman, teoremden farklı çıkarımlar yapılabilir<sup>161</sup>. Nitekim yukarıda bazılarını da yer verdik. Fakat konumuz açısından, teoremden çıkarılması gereken ilk ve temel sonuç, hukuk kurallarının ekonomik etkinlik açısından önemli olduğudur<sup>162</sup>. Yani, *işlem maliyetinin pozitif olması nedeniyle dışsallığın neden olduğu menfaat uyuşmazlığında kimin hak sahibi kılındığı ekonomik etkinlik açısından fark yaratır*<sup>163</sup>. Yargıcın bir uyuşmazlıkta davacı ya da davalı lehine karar vermesi kaynakların nasıl kullanıldığı ve sosyal refahı doğrudan etkiler<sup>164</sup>. Dolayısıyla sosyal refahın ya da ekonomik etkinliğin önemli bir sosyal değer olduğu varsayımında, gerek yasa koyucu ve gerekse uygulayıcıların kararları son derece önemlidir.

---

<sup>160</sup> Krş. POSNER, s.56,57

<sup>161</sup> Doktrinde, Coase teoremine çok çeşitli normatif sonuçlar bağlanmıştır. Bunların ortak özelliği ise, liberal düşüncelerin etkisinde olmasıdır. Yani çıkarımların önemli bir kısmı, Coase’un, kamusal müdahaleden ziyade, piyasaya dayalı çözümleri tercih ettiğini ima etmektedir. Mesela bir yazara göre teoremden, “*dışsallık sorununun çözümünde haklara dayanan piyasa çözümleri Pigocu vergilendirmeden daha etkindir*” şeklinde bir sonuç çıkarılabilir. Buna paralel olarak, “*Eşya hukuku ve sözleşmelere dayanan sistem etkindir, dolayısıyla bu sisteme herhangi bir müdahale işleri iyileştirmekten ziyade kötüleştirir*” (bu görüşler için bkz. MEDEMA/ZERBE, s.876; ayrıca farklı eleştiriler için COLE/GROSSMAN, s.79). MEDEMA ve ZERBE’ye göre ise, “*teoremin önemi bunun doğru olup olmamasında değil, doğru olmasını sağlayan detaylı varsayımlarında, yani işlem maliyetlerinde yatar*”. Hatta yazarlara göre, ekonomik analizde ve devletin piyasalara müdahalesinde temel alınması gereken merkezi kavram işlem maliyetleridir. Bu çerçevede dışsallığı temel alan piyasa aksaklığı yaklaşımı da gereksizdir (MEDEMA/ZERBE, s.874,875).

<sup>162</sup> MICELI, s.175; SHAVELL, Foundations, s.107; COOTER/ULEN, s.89,95; POLINSKY, s.13

<sup>163</sup> İşlem maliyeti pazarlık çözümünü engelliyorsa, hakkın başlangıçtaki tahsisi, nihai tahsis haline gelir. İşlem maliyeti bu ölçüde yüksek değilse, taraflar pazarlık ederek sorunu çözebilir. Fakat bu durumda da işlem maliyetleri ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla her iki durumda da hakkın kime tahsis edildiği önemlidir.

<sup>164</sup> COASE, s.19; COLE/GROSSMAN, s.84

Bu tespit, teoremin pratik açıdan geçerli olmadığını ortaya koymakla beraber, *Coase*'un işaret ettiği pazarlıklara dayanan çözümünü büsbütün geçersiz kılmaz. Zira günlük yaşamda işlem maliyeti “0” olmasa da, bazı hallerde tarafların işbirliği yaparak hakkı yeniden tahsis etmelerine engel yoktur. Mesela az sayıda kişinin etkilendiği, tarafların birbirilerine yakın, sorun hakkında bilgi sahibi ve aralarında uzun dönem ilişkilerin olduğu dışsallıklarda işlem maliyetleri düşüktür. Bu gibi hallerde pazarlığın başarısı, anlaşmanın sağlayacağı artı değerın büyüklüğüne bağlıdır. Mesela bu maliyet 10 YTL, hakkın yeniden tahsisinin yaratacağı değer 25 YTL ise, sorunun pazarlık yolu ile çözümlenmesi beklenir. Dolayısıyla işlem maliyeti tahtında yapılabilecek ikinci tespit, *bu maliyetin hakkın yeniden tahsisinin yaratacağı değerden düşük olduğu hallerde, dışsallık sorununun hukuki çözümünün ekonomik etkinlik açısından tali öneme sahip olduğudur*<sup>165</sup>. Bunun tipik uygulama alanı, sözleşmelerden doğan borç (*veya piyasa*) ilişkileridir. Kanun koyucu, sözleşmeleri düzenleyen borç ilişkilerinde tarafların hak ve yetkilerini etkin olmayan bir şekilde tahsis etse dahi, tarafların sözleşmeler ile bu etkinsizliği ortadan kaldıracak şekilde hakkı yeniden tahsis etmesi mümkündür. Benzer durumun komşuluk hukukunda da geçerli olduğu kolaylıkla kabul edilebilir.

Diğer taraftan *işlem maliyetleri, hakkın yeniden tahsisinin yaratacağı değerden yüksek ise, hukuki çözüm belirleyici hale gelir*<sup>166</sup>. Zira bu kapsamdaki bir menfaat uyuşmazlığında taraflardan herhangi birinin himaye edilmesi, pazarlık ihtimali olmaması nedeniyle nihai hak tahsisi halini alacaktır<sup>167</sup>. Örneğin mera sahibinin önlem almasının daha

---

<sup>165</sup> POSNER, s.57; MICELI, s.178; HARRISON, s.171

<sup>166</sup> BUTLER, s.404; POSNER, s.58

<sup>167</sup> Bu maliyetler, hakkın taraflarca yeniden tahsisinin yaratacağı artı değerden fazla olursa, hukuki müdahale yegâne çözümdür. Bu ölçüde yüksek olmadığı hallerde ise, maliyetlerin muhtemel pazarlıklar üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Mesela çelik işletmesinin neden olduğu kirliliğin sadece mera sahibini etkilemesi ile milyonlarca kişiyi etkileyen bir çevre felaketine neden olması hallerini aynı şekilde değerlendiremeyiz. İlk durumda az sayıda kişinin varlığı nedeniyle işlem maliyetlerinin görece düşük olduğu söylenebilir. Bu çerçevede hakkın taraflardan birine tahsis edilmesi, dışsallığın taraflarının *Coase*'un öngördüğü gibi pazarlık yoluyla refahı maksimize eden anlaşmaya varması açısından yeterlidir. Oysa diğer durumda, hak tahsisi ve mübadeleyi esas alan çözümün ekonomik etkinliği sağlaması güçtür. Zira işlem maliyetleri, hakkın etkin olmayacak şekilde tahsis edilmesi durumunda, tarafların pazarlık etmelerinin mümkün olmaması nedeniyle nihai tahsis haline gelebilir. Dolayısıyla başlangıçtaki tahsisin kime yapıldığı belirleyici hale gelmektedir.

etkin olduğu bir kurguda, elik işletmesinin sorumlu kılınması, tarafların pazarlık edememesi nedeniyle kaynakların nihai dağılım durumunu ifade eder. Bu çerçevede tarafların, sorun, bunun çözümü ve diğer tarafın kimliği hakkında bilgi sahibi olmadığı, stratejik davranma olasılığının yüksek olduğu ve özellikle dışsallığın çok sayıda kişiye etkilediği hallerde, dışsallığı düzenleyen hukuki kurumsal yapı merkezi öneme sahiptir.

Bu saptama konumuz açısından son derece önemlidir. Zira tipik bir haksız fiil kurgusu, sözleşme hukukunun aksine, işlem maliyetinin yüksek olduğu hallere ilişkindir<sup>168</sup>. Örneğin trafik kazasını ele alalım. Sürücünün trafiğe çıkmadan önce, hangi sürücü ve yayalara risk yüklediği, bu risklerin gerçekleşme olasılığı ve riskin büyüklüğu konusunda bilgileri sınırlıdır. Dolayısıyla bu faaliyet öncesinde sürücü ve yayaların bir araya gelerek, trafiğin neden olduğu riskleri aralarında yaptıkları bir anlaşmalar ile etkin bir şekilde paylaşmalarını imkân dışıdır. Bu nedenle, haksız fiil hukukunun kaza risklerini taraflar arasında nasıl paylaştırdığı, kaynakların etkin tahsis edilmesi açısından belirleyici olacaktır<sup>169</sup>.

Peki, bu saptamalar karşısında hukuk politikası açısından nasıl bir tercih yapılabilir? Salt ekonomik etkinlik açısından değerlendirme yapmak gerekirse, ideal olan, tabi ki en fazla değer atfeden kişinin hak sahibi kılınmasıdır. Bu konuda ise, iki farklı yaklaşımın benimsenmesi olasıdır. İlk akla gelen, hukuk düzeninin hakkı doğrudan en fazla değer atfeden kişiye tahsis edilmesidir<sup>170</sup>. Mesela mera sahibinin önlem almasının daha etkin olduğu bir kurguda, kirliliğin neden olduğu zararların sorumluluğa yol açmaması, yani hakkın elik işletmesine tahsis edilmesi ekonomik etkinliği sağlar. Ayrıca bu çözüm pazarlık ve mübadeleyi gereksiz kılarak işlem maliyetinden tasarruf eder. *Normatif Hobbes*

---

<sup>168</sup> Burada tipik bir haksız fiil hukuku kurgusu ile kastedilen, zarar verenin ihmal suretiyle zarar verdiği hallerdir. Ekonomik teori açısından kastın varlığı halinde haksız fiil hukukunun uygun kurumsal yapı olduğu aşağıdaki bölümlerde belirtilmiştir. Nitekim kastın varlığı halinde işlem maliyetleri düşüktür ve bu olgu, haksız fiil hukukunun yetersiz olmasının nedenlerinden biridir. Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/1 ve özellikle Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>169</sup> COOTER/ULEN, s.310

<sup>170</sup> POSNER, s.56; COLE/GROSSMAN, s.87; COOTER/ULEN, s.97,98; HARRISON, s.171

*Teoremi* olarak adlandırılan bu yaklaşım, pazarlıklar konusunda kötümser olup, yargıç (veya kural koyucunun) ekonomik açıdan etkin sonucu belirleme becerisi (*bilgi maliyetleri*) konusunda iyimserdir. Tabii ki bu sorunsuz değildir. Bu çözüm, menfaat uyumsuzluğunu çözecek veya kural koyacak olan makamın, en fazla değer yaratan durumu bilmesini gerektirir. Mesela yargılama söz konusu ise, yargıç bir anlamda işlem maliyetinin olmadığı bir kurguyu tasavvur edecek ve tarafların pazarlık edebildiği bir faraziyede, hangi tarafın hakkı satın alacağını, riski kimin üstleneceğini belirlemeye çalışacaktır<sup>171</sup>. Burada bir tür piyasa çözümünün taklit edilmesi (*mimic the market*) önerilmektedir ki bu gerektirdiği bilgi maliyeti nedeniyle son derece güç bir faaliyettir<sup>172</sup>.

*Coase* teoreminin dayandığı pazarlık çözümünden esinlenen ve işbirliği konusunda iyimser olan diğer yaklaşım ise, hukukun işlem maliyetini azaltacak şekilde kaleme alınmasını önermektedir. *Normatif Coase teorem* olarak adlandırılan bu yaklaşım, hukuk kuralının mahiyetinin işlem maliyetinin ölçüğünü önemli ölçüde etkilediğini esas alarak, kuralların belirsizliği ortadan kaldıracak şekilde kaleme alınmasını önerir<sup>173</sup>. Mesela aynı hakların açık ve net bir şekilde tahsis edilmesi veya hukuk kurallarının basit ve öngörülebilir olduğu hallerde pazarlıkların kolaylaşacağını böylelikle piyasaların hakları etkin tahsis edeceğini belirtir<sup>174</sup>. Hukuk düzeni işlem maliyetini düşürebilirse, piyasalar dışsallıkların neden olduğu sorunları çözebilir. Böylece hukuku uygulayan makamlar, bilgi maliyetlerinden tasarruf eder. Şüphesiz bu yaklaşım, işlem maliyetinin hukuk kuralından değil, başkaca faktörlerden kaynaklandığı hallerde geçerli olamaz. Mesela binlerce kişinin etkilendiği bir çevre kirliliğinde pazarlıklar başarısız olacaktır.

---

<sup>171</sup> Örneğin trafik kazası kurgusunda, hakim, sürücü ve yayanın işlem maliyetinin olmadığı bir kurguda, kimin ne kadar faaliyet yapması ve hangi önleyici tedbirin kim tarafından alınması gerektiği hakkında yaptığı varsayımsal pazarlıkların nasıl sonuçlanacağını tahmin edecek ve buna göre hakkı tahsis edecektir. Zira bu kurguda tam bilgiye sahip rasyonel bireyler, refahı maksimize eden sonuç üzerinde anlaşmaya varacaklardır.

<sup>172</sup> POSNER, s.58; COOTER/ULEN, s.98

<sup>173</sup> MEDEMA/ZERBE, s.837; BUTLER, s.404; COOTER/ULEN, s.97; krş. FRIEDMAN, s.42; SEIDENFELD, s.93

<sup>174</sup> COOTER/ULEN, s.97

Görüldüğü üzere, hukuk politikası oluşturulmasında işlem ve bilgi maliyetleri ikilemi karşımıza çıkmaktadır<sup>175</sup>. Belki de makul olan çözüm, işlem maliyetinin görece yüksek, fakat bilgi maliyetinin düşük olduğu hallerde *Normatif Hobbes Teoremi*, aksi halde de *Normatif Coase teoreminin* tatbik edilmesidir<sup>176</sup>. Fakat tekrar belirtelim ki, *Coase* teoremi son derece kuramsal pozitif bir saptamadan ibaret olup, herhangi bir *normatif* çıkarım içermez<sup>177</sup>. Nitekim *Coase* makalesinde dışsallık sorununun çözümünde belirli bir yöntemin üstünlüğünden bahsetmeyip, somut olayın özelliklerini dikkate alan mukayeseli kurumsal analiz yapılarak doğru çözümün bulunabileceğini belirtmektedir<sup>178</sup>.

#### **D. Hakkın Korunması Perspektifinden Dışsallıklar ve Haksız Fiil Hukuku**

*Coase*'un öngörüsü ışığında, hukuk ve ekonomi öğretisinde dışsallık sorununu hak kavramı etrafında inceleyen pek çok çalışma yapılmıştır. Bunların önemli bir kısmı hakkın korunmasında hangi "*himaye vasıtası*"nın ekonomik etkinlik açısından daha yerinde olduğunu araştırmakta ve bu soruna "*işlem maliyeti*" kavramı ışığında cevap aramaktadır. Bugün öğretilde klasikleşmiş bir yaklaşım, sorunu üçlü bir tasnif ışığında incelemektedir<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> Krş. SEIDENFELD, s.94

<sup>176</sup> COOTER/ULEN, s.99; krş. WESTON, s.932

<sup>177</sup> Genel olarak piyasaların işleyişine dair sorunlara ilişkin olarak hukuki ekonomik politikaların asli amacı, bu sorunların neden olduğu maliyetlerin ölçeğini ve etkisini belirleyerek, bunun kurumsal politika çözümlerindeki yansımalarını araştırmak olmalıdır (MEDEMA/ZERBE, s.877). Yani dışsallık sorununun devlet tarafından etkin bir şekilde çözülebileceğini söylemek doğru olmadığı gibi, piyasanın daha etkin sonuçlar üreteceğini kabul etmek de hatalıdır. Bu tamamen somut olayın özellikleri ve bilhassa işlem maliyetleri bağlamında incelenmelidir

<sup>178</sup> COASE, s.18

<sup>179</sup> İlk defa CALABRESI ve MELAMED tarafından 1972 yılında yayınlanan bir makale ile ortaya atılan bu tasnif, hukuk ve ekonomi öğretisinde çok etkili olmuş ve çok sayıda çalışmaya kaynak teşkil etmiştir. Bkz. CALABRESI Guido/MELAMED A. Douglas, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", Harvard Law Review, Vol. 85 (1972), s.1089-1128. Ayrıca bkz. POLINSKY Mitchell, "On the Choice Between Property Rules and Liability Rules", Economic Inquiry, Vol. 28 (1980), s.233-246; KRAUS I. Michael, "Property Rules v. Liability Rules", Encyclopedia of Law and Economics, editors: BOUCKAERT Boudewijn / de GEEST Gerrit, Vol. I, Edward Elgar, s.782—794; CRASWELL Richard, "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines", University of Chicago Law Review, Vol.60 (1993), s.1-64. KRIER E. James / SCWAB J. Stewart, "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light", New York University Law Review, Vol.70 (1995), s.440-483. Ayrıca Yale Üniversitesi'nde, bu tasnifin ilk ortaya çıkışının 25. yılında düzenlenen Sempozyum'da (*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: A Twenty Five Retrospective*) sunulan tebliğler için bkz. Yale Law Journal, Vol. 106 (1997). Bu konuda genel bir bibliyografya için bkz. KRAUS, s.790-794.

Tasnifin, sadece haksız fiil hukuku değil, hukuk sistemine dair basit ve farklı bir bakış açısı sunması nedeniyle<sup>180</sup>, bu yaklaşımı kısaca açıklamakta fayda vardır. Yaklaşımın özü aslında son derece basittir. Kabaca belirtmek gerekirse, *ekonomik etkinlik perspektifinden bakıldığı zaman, işlem maliyetinin düşük olduğu hallerde hukuk düzeni hakkın sadece rızaya dayalı işlemler ile el değiştirmesini temin eden himaye vasıtalarından yararlanmalı, bu maliyetin yüksek olduğu hallerde ise, hakkın refah arttırıcı şekilde transferini olanaklı kılmalıdır*. Şimdi bu yaklaşımı açıklayalım.

### 1. Temel Tasnif (*Taksonomi*)

Yukarıda hak tahsisinin sadece teorem değil, dışsallık sorununun çözümü açısından son derece önemli olduğunu belirtmiş, fakat işlem maliyetinin olmadığı bir kurguyu ele almamız nedeniyle himaye vasıtalarını ayrıca değerlendirmemiştik<sup>181</sup>. Oysa pozitif işlem maliyeti nedeniyle sadece hak tahsisi değil, bunun nasıl himaye edildiği ekonomik etkinlik açısından önemlidir<sup>182</sup>. Yürürlükteki hukuka bakıldığı zaman, uyuşmazlığın ve hakkın vasfına göre farklı himaye vasıtalarından yararlanıldığı görülür. Tabiatıyla himaye çoğu kez dava yolu ile sağlanmakta, davalar da kendi içerisinde farklı ayrımlara tabi olmaktadır<sup>183</sup>. Dava haricinde bazı hallerde idari başvuru yolları da hakkın himayesinde rol oynamakta<sup>184</sup>, hatta istisnai olarak, kişinin kendi hakkını korumasına cevaz verilmektedir (BK.m.52). Hukuk ve ekonomi öğretisinde ise, himaye vasıtaları üçlü bir tasnif içerisinde ele alınarak, mevcut hukuktaki bu çeşitlilik basite indirgenmektedir. Tamamında hukuki himayenin devlet tarafından sağlandığı varsayılmakta ve tasnif, hak konusu menfaatin ne şekilde el değiştirdiğini esas almaktadır. Alışılmışın dışındaki bu tasnifi kısaca açıklayalım.

---

<sup>180</sup> KRAUS, s.782; MICELI, s.176 vd.; BUTLER, s.359,360

<sup>181</sup> İşlem maliyetinin olmadığı bir kurguda hakkın nasıl himaye edildiği de önemsizdir (bkz. POLINSKY, s.24; COOTER/ULEN, s.100-104).

<sup>182</sup> MICELI, s.176

<sup>183</sup> Özel hukuktaki davalar ve buna dair çeşitli ayrımlar için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.219 vd.

<sup>184</sup> Her ne kadar teknik anlamıyla bir hak himayesi sayılmasa da, 3091 sy. Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun (RG. 4.12.1984 T.) bu bağlamda değerlendirilebilir.



Bu tasnife göre ilk himaye türü “*münhasırlık kuralı*” (*property rule*) olarak ifade edilebilir<sup>185</sup>. Buna göre hak konusu menfaat sadece hak sahibinin rızası ile el değiştirebilir. Hukuk düzeni hak sahibinin menfaatten münhasıran yararlanmasını teminat altına almakta ve rızası hilafına hak konusu menfaate yapılan ve yapılacak olan her türlü müdahaleyi önlemekte ve caydırmaktadır. Dolayısıyla bu kuralın uygulandığı durumda, hak konusu menfaat üzerinde, hak sahibinin tam ve mutlak bir egemenliği vardır. Başkalarının haktan yararlanma yönünde talebi olursa, hak sahibinin rızasını almaları şarttır<sup>186</sup>. Böylelikle münhasırlık kuralı, hak konusu menfaatin piyasa işlemleri ile mübadele edilmesini sağlamaktadır. Pozitif hukukta bu himaye, en başta mal ve şahıs varlığı değerlerini koruyan ceza hukuku kuralları ve özel hukuktaki mutlak haklara müdahaleyi önleyen tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davaları ile sağlanır<sup>187</sup>.

İkinci tür kural “*tazminat kuralı*” (*liability rule*) olarak adlandırılır<sup>188</sup>. Burada hak konusu menfaat hak sahibinin rızası dışında el değiştirmekte, fakat mahkeme müdahalede bulunan kişiyi objektif olarak belirlenen bir değeri tazmin etmekle sorumlu kılmaktadır<sup>189</sup>. Mesela yukarıdaki örnekte mera sahibi çelik işletmesine karşı sadece

---

<sup>185</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1092; LANDES/POSNER, s.29; KRAUS, s.783; BUTLER, s.359; MICELI, s.176; HIRSCH, s.17

<sup>186</sup> Mesela mera sahibi ve çelik işletmesi arasındaki menfaat uyumsuzluğunda, mera sahibinin hakkı münhasırlık kuralı çerçevesinde himaye ediliyorsa (MK.m.730), çelik işletmesinin yol açtığı kirlilik nedeniyle mera sahibi çelik işletmesinin faaliyetinin durdurulmasını ve/veya filtre takılmasını isteyebilir. Çelik işletmesi üretime devam etmek istiyorsa, mera sahibinin rızasını almak durumundadır. Mera sahibi rıza göstermediği sürece, kirliliğe devam edemez. Öte yandan bu durumu bilerek, yani kasten zarar vermeye devam ederse, bu tasnife göre, bu ceza hukukunun uygulanmasına neden olur. Görüldüğü üzere burada hukuk düzeni, hak konusu menfaate müdahale edilebilmesi için, mutlaka hak sahibinin rızasının aranmasını şart koşmaktadır.

<sup>187</sup> Örneğin mülkiyet açısından MK.m.683,730; kişilik hakkı açısından MK.m.24 ve 25 hükümleri, hak sahibine bu himayeyi sağlamaktadır. Benzer şekilde Türk hukukunda sözleşen taraflardan birinin edime uygun bir ifa yapmaması ya da hiç ifa yapmaması halinde de, borçlunun kural olarak aynen ifayı yapmak zorunda olması nedeniyle, münhasırlık kuralı uygulanmaktadır.

<sup>188</sup> Terminoloji açısından, “*liability*” terimi için Türkçe’de en uygun kelime aslında “*sorumluluk*” terimidir. Buna karşılık bu terimi aşağıdaki başlıklar altında finansal ya da nakdi yaptırım öngören tüm kurallar için öngördüğümüzden, burada “*tazminat*” terimini kullanmayı uygun görüyoruz (bkz. aşağıda §2/II/E ve ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/A) .

<sup>189</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1092; MICELI, s.176; LANDES/POSNER, s.30; HIRSCH, s.18; KRAUS, s.783; BUTLER, s.359

tazminat davası açma imkânına sahipse, hakkın tazminat kuralına göre korunduğu kabul edilir. Bu himayenin tipik örneği haksız fiil hukukudur<sup>190</sup>. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, bu kuralın objektif olarak belirlenen değer *ex post* telafi edilmesi şartıyla, hak konusu değere müdahale edilmesine fiilen cevaz verdiği görülür<sup>191</sup>. Dolayısıyla münhasırlık kuralından temel farkı, hak konusu değer rıza dışı el değişmesinin mümkün olmasıdır. Burada hak sahibinin belirlediği *sübjektif ex ante telafinin* yerini, mahkemenin belirlediği *objektif ex post telafi* almaktadır. Yani ikincisinde hakkın değeri (*mübadele şartları*) hak sahibi değil, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Bu durumda tazminat kuralında devletin müdahalesi, münhasırlık kuralına göre daha fazla olmaktadır. Her ikisinin ortak özelliği ise, himayeden yararlanıp yararlanmamaya dair kararın tamamen hak sahibine bırakılmış olmasıdır.

Burada üzerinde durulmayacak olmasına rağmen üçlü tasnif içerisinde zikredilmesi gereken son kural, “*devredilemezlik kuralı*”dır (*inalienability rule*)<sup>192</sup>. Bu halde hukuk düzeni hak veya hak konusu menfaatin el değiştirmesini sınırlamaktadır. Kişinin hakkı üzerinde dilediği gibi tasarruf etme imkânı elinden alınmakla, bir anlamda menfaat, hak sahibinin kendi tasarruflarından korunmaktadır. Koruma ihtiyacı, ayırtım gücünün bulunmaması (MK.m.15) gibi hak sahibinden kaynaklanan bir nedenden ve/veya hak konusu menfaatin bir özelliğinden kaynaklanabilir (MK.m.23). Bu tür himayenin tipik örneklerine kişilik hakkında rastlanır. Mesela kişi vücudu üzerinde hak sahibi olmasına rağmen, organları üzerinde serbestçe tasarruf edemez; örneğin bunları satıp temlik edemez<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> Türk hukukunda MK.m.737’de yer alan kaçınılmaz taşkınlık ve BK.m.52/2’deki ıztırar hallerinde, hak sahibinin menfaati sadece tazminat kuralı ile himaye edilmektedir.

<sup>191</sup> LANDES/POSNER, s.30; BUTLER, s.359

<sup>192</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1092,1093; KRAUS, s.786; COOTER/ULEN, s.161,162

<sup>193</sup> Bu konuda çeşitli pozitif düzenlemeler mevcuttur. Örneğin 2238 sy. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (RG. 20.5.1979 T.), belirli bir bedel karşılığında organ naklini yasaklamıştır (m.3).

Bu tasnif çerçevesinde, hakların bu kurallardan sadece birine göre himaye edilmediği kolaylıkla söylenebilir<sup>194</sup>. Aslında çoğu kez bu tasnif somut olayda hakkın nasıl korunduğu ile ilgilidir. Yani hak aslında üç tür kural çerçevesinde himaye edilmekte, ama somut olaydaki koruma bunlardan biri veya ikisine göre sağlanmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, B, A'nın maliki olduğu bir arabayı kullanmak istiyorsa, A ile anlaşmalı ve onun belirlediği *sübjektif değeri (ex ante)* telafi ederek kullanılmalıdır. A, B'nin arabayı çalacağına dair bir duyum edinmişse, tecavüzün önlenmesini mahkemeden talep ederek hakkını himaye edebilir. Ayrıca ceza hukuku normları, B'nin bu eyleminde caydırıcı rol oynar. Bunlar hep *münhasırlık kuralının* uygulama alanıdır. Öte yandan B, kasten değil ve fakat ihmal suretiyle örneğin bir kaza sonucu arabaya çarparsa, A'nın ihlal edilen mülkiyet hakkı ancak *tazminat kuralı* ile himaye edilir. Aslında burada fiilen B, A'nın mülkiyet konusu arabasının değerini onun izni olmaksızın azaltmıştır. Fakat burada münhasırlık söz konusu değildir. Nihayet A ayırtım gücüne sahip değilse, arabanın mülkiyetini B'ye devredemez. Burada da hak *devredilmezlik kuralı* ile korunmaktadır<sup>195</sup>. Dolayısıyla bu tasnif çerçevesindeki kurallar, farklı kurgularda hakkın nasıl himaye edildiği ile ilgilidir.

## 2. Hakkın Korunması ve Haksız Fiil Hukuku

Şimdi cevaplanması gereken soru, ekonomik etkinlik açısından hangi kuralın daha yerinde olduğudur. Aslında “hak” kavramı büyük ölçüde münhasırlığı çağırır. Kişi bir menfaat üzerinde hak sahibi ise, menfaatten dilediği gibi yararlanabilmeli ve üçüncü kişilerin müdahalelerini dışlayabilmelidir. Hak sahibinin rızası olmadan, üçüncü kişilerin menfaatten yararlanması mümkün olmamalıdır. Bu açıdan hakkın *münhasırlık kuralı* ile himayesi asıl olmalıdır. Esasen sadece pozitif hukuk değil, ekonomik teori de bu prensip üzerine inşa edilmiştir. Toplumsal kaynaklar üzerindeki hak ve yetkiler özel kişilere tahsis

---

<sup>194</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1093; LANDES/POSNER, s.30

<sup>195</sup> Ayrıca hak iki kural tarafından eş zamanlı olarak himaye edilebilir. A'nın maliki olduğu araziye B tarafından yapılan hukuka aykırı müdahale devam etmekteyse, A haksız el atmanın durdurulması davası açabileceği gibi, bir zarara uğraması halinde bu dava ile birlikte tazminat da talep edebilir.

edilmeli ve rızaya dayanan işlemler ile el değiştirmelidir. Rızai işlemler tarafları telafi etmekte ve işlemin refahı arttırdığını temin etmektedir (*pareto etkinliği*).

Peki, bu durumda hakkın himayesinde tazminat kuralına neden gerek duyulmaktadır? Zira pekâlâ hukuk düzeni hakkı sadece münhasırlık kuralına göre himaye edebilir. Örneğin üçüncü kişilerin hakka yapacağı tüm tecavüzler için ceza hukuku yaptırımları öngörüldüğü bir kurgu, hakkın sadece münhasırlık kuralına göre korunması anlamına gelir<sup>196</sup>. Bu soruya özgürlük veya adalet gibi mülhazalar esas alınarak farklı cevaplar verilebilir. Fakat ekonomik etkinlik ölçütünü temel alan klasik ekonomik yaklaşıma göre, bunun cevabı işlem maliyetlerinde aranmalıdır. Kısaca belirtmek gerekirse, *münhasırlık kuralı* ancak işlem maliyetinin düşük olduğu hallerde temel himaye vasıtası olmalıdır<sup>197</sup>. Çünkü ancak bu durumda, daha fazla değer atfeden kişinin hak sahibi ile pazarlık etmesi ve hak sahibini *ex ante* telafi etmesi mümkündür. İşlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde ise, pazarlık olasılığı ortadan kalkar. Bu durumda hakkın el değiştirmesi için sahibinin rızasının şart koşulması, refah artırma potansiyeli olan mübadelelere engel teşkil eder.

Dolayısıyla işlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde, hakkın farklı bir kurala göre himaye edilmesi anlamlıdır. Kural, bir taraftan menfaatin refahı arttıracak şekilde el değiştirmesine izin vermeli, diğer taraftan hak sahibini telafi etmelidir. Şüphesiz bu özellik, *tazminat kuralına* işaret etmektedir<sup>198</sup>. Zira bu kural, pazarlığın mümkün olmadığı hallerde, menfaate daha fazla değer atfeden kişinin, *ex ante sübjektif telafi* yerine, hak sahibini *ex post objektif telafi*<sup>199</sup> etmesine imkân vermektedir<sup>200</sup>. Şüphesiz bu, menfaatin refah

---

<sup>196</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1106

<sup>197</sup> LANDES/POSNER, s.31; MICELI, s.179; POSNER, s.77; BUTLER, s.404; FRIEDMAN, s.58

<sup>198</sup> COOTER/ULEN, s.104; LANDES/POSNER, s.31; BUTLER, s.404; MICELI, s.178; FRIEDMAN, s.58

<sup>199</sup> Şüphesiz burada objektif telafi ile kastedilen, değerlemenin hak sahibinin kendisi değil, mahkemenin yapacak olmasıdır. Değerleme, piyasada tedavül eden bir değer söz konusu olduğu zaman objektif değer esasına göre yapılmaktaysa da, bu durum mahkemenin belirlediği değer objektif olduğu anlamına gelmez. Bilakis sübjektif değerlendirme esastır (aynı yönde COLE/GROSSMAN, s.124). Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm §4/I/B.

<sup>200</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1106

arttıracak şekilde transfer edilmesini sağlar. *Tazminat kuralı* mübadele imkânı olmayan hallerde piyasayı ikame ederek, etkin sonucu sağlamaktadır. Kirliliğin bir değil beş ayrı mera sahibini olumsuz etkilediği bir örnekle somutlaştırılm.

Tablo III

Şirket Karlılık		5 Mera Sahibi Karlılık	Zarar	Toplam Değer
Tedbirsizlik	200	$(100 \times 5) - 50 = 450$	50	650
Filtre (60 YTL)	140	$(100 \times 5) = 500$	0	640
Aşı (5 YTL)	200	$(100 \times 5) - 25 = 475$	0	675

Çelik işletmesinin karı 200 YTL, kirliliği önleme maliyetleri 60 YTL ve kirliliğin her bir mera sahibi açısından maliyeti 10 YTL'dir. Mera sahipleri ise, her biri 5 YTL tutarında aşılama maliyetine katlanarak, kirliliğin olumsuz etkisini bertaraf edebilmektedir. Bu kurgu içerisinde ekonomik açıdan etkin çözüm, çelik işletmesinin ekonomik değer yaratan faaliyetine devam etmesi ve mera sahiplerinin önleyici tedbir almasıdır<sup>201</sup>. Bunu sağlayan çözüm ise çelik işletmesinin menfaatinin himaye edilmesi; yani onun hak sahibi kılınmasıdır. Bu durumda mera sahipleri, 50 YTL'lik zarardan kaçınmak için 25 YTL'lik önleyici tedbiri alacak ve toplam değer maksimize olacaktır.

İşlem maliyeti düşük, örneğin toplam 10 YTL olduğu bir durumda, hangi tarafın menfaatinin himaye edildiği önem taşımaz, pazarlıklar her durumda ekonomik açıdan etkin sonucu sağlar (*Normatif Coase Teorem*). Zira bu durumda hakkın pazarlıklar ile yeniden tahsis edilmesinin yaratacağı değer, işlem maliyetinden yüksektir. Örneğin hak yanlılıkla

<sup>201</sup> Hukuki çözüm açısından, hakka kimin daha fazla değer atfettiği biliniyorsa, himaye vasıtasının mahiyeti çok da önemli değildir. Bu kurguda çelik işletmesinin menfaatinin himaye edilmesi, ekonomik açıdan etkin sonucu sağlar. Zira burada hak etkin şekilde tahsis edilmiştir (*Normatif Hobbes Teorem*). Sorun, hakka kimin daha fazla değer atfettiğinin bilinmediği bir kurguda ortaya çıkar. Genellikle söz konusu olan bu gibi belirsizlik hallerinde, *münhasırlık kuralının* etkin sonucu sağlaması ancak tesadüfidir.

mera sahibine tahsis edilse bile, çelik işletmesi ile mera sahibinin pazarlıkları 25 YTL'lik (675-640-10) bir değer yaratabilir. Bu durumda teorem, pazarlık sonucunda etkin sonucun sağlanacağını ve çelik işletmesinin hakkı satın alacağını öngörür.

Fakat işlem maliyeti 35 YTL veya daha yüksek olduğu bir durumda pazarlık gerçekleşmez. Bu kurguda iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimal hukuk düzeninin hakkı çelik işletmesine tahsis etmesidir. Bu ihtimalde sorun pazarlıklara gerek olmaksızın çözümlür (*Normatif Hobbes Teorem*)<sup>202</sup>. Fakat mera sahibinin kirliliğe maruz kalmamaya dair menfaatinin himaye edildiği, yani hukuk düzeninin hakkı mera sahiplerine tahsis ettiği bir ihtimalde, *münhasırlık kuralı* bu sonucu sağlayamaz. Zira bu kural, çelik işletmesinin faaliyetine devam edebilmesi için mera sahiplerinin tümünün rızasını almasını, yani onları *ex ante telafi* etmesini gerektirir. Özellikle mera sahiplerinin stratejik davranma olasılığı ve diğer işlem maliyetleri pazarlık çözümünü bertaraf eder. Herhangi bir mera sahibinin müdahalenin önlenmesi davası açması, 200 YTL'lik bir fırsat maliyetine neden olacağından, çelik işletmesi etkin olmayan bir yöntemi tercih ederek 60 YTL'lik filtreyi takacaktır. Bu durumda artı değer 640 YTL olacaktır. Dolayısıyla işlem maliyetinin yüksek olduğu bir kurguda *münhasırlık kuralı* ekonomik açıdan arzu edilmez.

Oysa aynı kurguda *tazminat kuralı* uygulanırsa, işletme mera sahipleri ile anlaşmak zorunda kalmaksızın, onların zararını *ex post* telafi ederek faaliyetine devam edebilir. Bu durumda mera sahiplerinin zararları için telafi edileceği için, karlılıkları azalmayacaktır. Öte yandan çelik işletmesi için toplam tazminatın maliyeti, filtre maliyetinden daha az olacağı için, işletme filtre takmayacak ve ekonomik faaliyetine de aynen devam edecektir. Bu durumda sağlanan artı değer 650 YTL olacaktır.

---

<sup>202</sup> Bu durumda kural olarak mera sahiplerinin önleyici tedbir alması, çelik işletmesinin önleyici tedbir almasından daha maliyetsiz olduğu için, pazarlık aralığı yoktur. Dolayısıyla işlem maliyeti olmasa bile pazarlık gerçekleşmeyecektir. Mera sahipleri aşılama yaparak kirliliğin neden olacağı sorunu en az maliyetle ortadan kaldırabilir.

Görüldüğü gibi, işlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde hakkın tazminat kuralı çerçevesinde korunması ekonomik açıdan daha isabetlidir<sup>203</sup>. Zira hak etkin olmayacak şekilde tahsis edilse bile, *ex post telafi* refah arttıran transferlere olanak sağlamaktadır<sup>204</sup>. Pozitif hukuka bakıldığı zaman, aslında benzer bir yaklaşımın olduğu söylenebilir. İşlem maliyetinin yüksek olduğu tipik hallerden biri<sup>205</sup>, ihmal suretiyle verilen zararlarda yani kazalarda<sup>206</sup> karşımıza çıkar<sup>207</sup>. Kaza öncesi, kazaya neden olan kişinin, potansiyel mağdur ya da mağdurlar ile tek tek görüşerek onlar üzerinde neden olacağı muhtemel zararları *ex ante* telafi etmesi mümkün değildir. Hatta pazarlıktan bahsetmek dahi anlamsız gözükmektedir. Burada hakkın *münhasırlık kuralınca* himaye edilmesi olağanüstü işlem maliyetine yol açar. Nitekim hukuk düzeni kaza halinde zarar görenlerin menfaatlerini münhasırlık değil, tazminat kuralı ile himaye etmektedir<sup>208</sup>.

Bu açıklamalar ışığında ekonomik etkinlik perspektifinden hakkın himayesinde genel olarak tazminat kuralının tercih edilmesinin daha anlamlı olduğu söylenebilir mi? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Zira münhasırlık kuralı rıza şartını aramakla, her iki tarafın subjektif değerlerini telafi etmekte ve mübadelenin “*pareto üstün*” olduğunu temin etmektedir. Oysa tazminat kuralı, hak sahibinin atfettiği subjektif değeri değil, ancak mahkemenin belirlediği objektif değeri telafi eder. Bu değer ise, hak sahibinin atfettiği değer ile örtüşmeyebilir. Bilhassa piyasada tedavül etmeyen manevi değerler açısından bu

<sup>203</sup> POSNER, s.77; BUTLER, s.404; COOTER/ULEN, s.104,105

<sup>204</sup> Şüphesiz burada mahkemenin söz konusu değeri belirlemesinin maliyetinin çok yüksek olmadığını varsayıyoruz. Eğer işlem ve bilgi maliyetleri yüksekse o zaman tazminat kuralının, münhasırlık kuralından daha etkin olduğunu düşünmek için bir neden yoktur (KRAUS, s.788).

<sup>205</sup> Örneğin CALABRESI ve MELAMED tarafından verilen bir diğer örnek ise, devletin kamulaştırma yapma ihtiyacı olduğu hallerdir. Burada, piyasa değeri esas alınarak (ki taşınmazlar için bunun güç olabileceğini belirttik bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/1/a) yapılan alım teklifi karşısında dahi, taşınmaz maliklerinin stratejik davranma olasılığı (*hold out*) nedeniyle ortaya çıkan işlem maliyetleri söz konusudur. İşlem maliyetlerinin yüksek olması ise, kamu yararı nedeniyle devletin alıcı olduğu ve bir anlamda taşınmazı devralma zorunluluğu bulunduğu bu hallerde, taşınmaz maliklerinin haklarının münhasırlık değil, tazminat kuralı ile korunmasını gerektirmektedir (bkz. CALABRESI/MELAMED, s.1106 vd.).

<sup>206</sup> Dolayısıyla kaza, kişinin kusursuz ya da ihmal içerisinde bir başkasına zarar vermesidir. Kasıtlı olarak zarar verme eylemi, haksız fiil hukukuna tabi olmakla birlikte kaza olarak nitelendirilmez.

<sup>207</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1108,1109

<sup>208</sup> Oysa bu hallerde de teorik olarak münhasırlık kuralının uygulanması mümkündür. Bunun için yapılması gereken, ihmal suretiyle verilen zararlar için de ceza hukukunun yaygınlaştırılmasıdır. Örneğin mala ihmal suretiyle verilen bir zarar için, hapis cezasının öngörülmesi bu amaca hizmet edecektir.

risk çok yüksektir. Dolayısıyla tazminat kuralının ekonomik etkinliği sağlaması, mahkemelerin zarar ve tazminat hesaplarını doğru yapmasına bağlıdır<sup>209</sup>. Ayrıca bir an için mahkemelerin değerlemeyi doğru yaptığını kabul etsek dahi, bu kuralın üstünlüğü şüphelidir. Bir kere değerlendirme zorunluluğu nedeniyle, idari maliyetler münhasırlık kuralının tatbik edildiği bir kurgudan fazla olacaktır<sup>210</sup>. Daha da önemlisi tazminat kuralı, toplumun mal ve şahıs varlığı üzerindeki menfaatlerini arzu edilen ölçüde himaye etmekten acizdir. Bu acizlik, hakkın kasten ihlal edildiği hallerde çarpıcı bir şekilde görülür.

Varsayalım ki hukuk düzeni mal ve şahıs varlığını sadece tazminat kuralları ile himaye etsin. Hak kasten ihlal edildiği, mesela malikin taşınırını çalındığı zaman mağdur sadece faile karşı bir tazminat davası açacak, fail malın objektif değerini tazmin ederek sorumluluktan sıyrılacaktır. Tazminatın hak sahibinin attığı subjektif değerden farklı olması riski bir kenara, çoğu kez bu değer telafi edilmesi dahi güçtür. Zira kast halinde, failin kimliğini belirleme ve fiilen telafiyi sağlama sorunları karşımıza çıkar. Kastin bir başkasına zarar veren kişinin sorumluluktan sıyrılmak için kimliğini gizlemesi ve zararı telafi edecek ölçüde servetinin olmaması ihtimali son derece yüksektir<sup>211</sup>. Sayılan bu nedenler, tazminat kuralının neden tek başına yetersiz olduğunu açıklamaktadır<sup>212</sup>. Ekonomik açıdan isabetli olan, sadece işlem maliyetinin yüksek olduğu, yani tarafların mübadele fırsatının olmadığı veya değerlendirme için piyasadan yararlanmanın anlam taşımadığı hallerde tazminat kuralının uygulanmasıdır. Buna karşılık işlem maliyetinin düşük olduğu hallerde, mübadeleler, yani piyasa sistemi değerlemenin mahkemelerce yapıldığı yargı sistemine göre çok daha etkin bir kurumsal yapıdır. Bu nedenle hukuk sisteminin bu hallerde kişileri birbirleri ile pazarlık ve mübadele yapmaya teşvik eden; hatta zorlayan kurallar koyması gerekir. Münhasırlık kuralı da buna hizmet eder<sup>213</sup>. Pozitif hukukun da büyük ölçüde buna uyumlu olduğu söylenebilir. İşlem maliyetinin düşük

---

<sup>209</sup> CALABRESI/MELAMED, s.1125; COOTER/ULEN, s.105; FRIEDMAN, s.57,58

<sup>210</sup> MICELI, s.179; COOTER/ULEN, s.105

<sup>211</sup> FRIEDMAN, s.58; CALABRESI/MELAMED, s.1125

<sup>212</sup> Bu nedenler hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm §1/I/B

<sup>213</sup> Münhasırlık kuralı ve özellikle müdahalenin önlenmesi davasının işlem maliyetinin düşük olduğu kurgularda dahi etkin olmayabileceği hakkında bkz. COOTER/ULEN, s.106.



olduğu tipik kurgu olan kast halinde<sup>214</sup>, ceza hukukunun öngördüğü ağır yaptırımlar uygulanmakta ve bu durum kişileri pazarlık etmeye teşvik etmektedir<sup>215</sup>. Bir anlamda ceza hukuku, *kişilerin münhasırlık (ve hatta devredilmezlik) kuralını tazminat kuralına dönüştürmesini önlemektedir*.

Dolayısıyla bu tasnif, kast ve ihmalkâr davranışların neden farklı hukuk kurallarının tatbikine neden olduğunu “işlem maliyeti” kavramı bağlamında izah etmektedir<sup>216</sup>. Hakkın kasten ihlali, örneğin bir başkasının malının çalınması halinde failin mağdur ile pazarlık etmesi teorik olarak mümkündür. Bu nedenle hakkın rızaya dayanan bir işlem ile el değiştirmesi ekonomik açıdan arzu edilir. Ceza hukuku yaptırımları bunu sağlar. Oysa failin gereken özeni göstermeyerek bir başkasının malını alması halinde, işlem maliyeti yüksektir ve fail ile mağdur arasında pazarlık olması beklenemez. Dolayısıyla bu hallerde münhasırlık kuralına gerek olmayıp, salt tazminat kuralı amaca hizmet eder. Özetle, hakkın, işlem maliyetinin düşük olduğu hallerde münhasırlık kuralı, yüksek olduğu hallerde ise tazminat kuralı ile himaye edilmesi ekonomik etkinlik açısından daha uygundur<sup>217</sup>.

### **E. Genel Değerlendirme ve Olumsuz Dışsallıkları Düzenleyen Hukuki Kurumsal Yapıların Tasnifi**

Haksız fiil teşkil eden davranışlara ekonomik açıdan baktığımızda, bunların neden olduğu sorunun “*olumsuz dışsallık*” olduğu ve haksız fiil hukukunun da piyasa aksaklığı olan dışsallıkları düzenlediği görülmektedir. Sorun bu şekilde nitelendirilince, haksız fiil hukukunun bu sorunun çözümünde farklı amaç ve ilkeler çerçevesinde tatbik edilmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Ekonomik teoriyi esas alan hukuk politikası açısından amaç, hakkı

---

<sup>214</sup> Kast ve ihmal arasındaki farklar için bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/1

<sup>215</sup> HIRSCH, s.18

<sup>216</sup> Kasten verilen zararların neden haksız fiil hukuku kuralları ile düzenlenmesinin etkin olmadığı hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>217</sup> MICELI, s.179; FRIEDMAN, s.58; KRAUS, s.788

ihlal edilerek zarara uğrayan kişinin zararını gidermek değil, dışsallığın neden olduğu refah kaybını en etkin şekilde gidermektir. Bu amaç, zarar veren ve zarar gören dâhil olmak üzere, haksız fiile taraf olan kişilerin davranışlarının sosyal açıdan arzu edilen şekilde değiştirilmesi ile mümkün olur. Bu ise, *ex ante* açıdan hukuk kurallarının kişileri etkin davranmaya teşvik etmesi ile sağlanabilir.

Tabiatıyla farklı hukuki kurumsal yapıların kişileri etkin davranmaya sevk etmesi mümkündür. Örneğin haksız fiil hukukunun öngördüğü tazminat riski, kişiyi riskli davranışlarının sonuçlarını göz önünde tutmaya teşvik etmekte, böylece tedbir alınmasını sağlamaktadır. Fakat bu tedbirin mahiyeti yasa koyucu tarafından biliniyor ise, arzu edilen davranışın doğrudan bir hukuk kuralında ifadesini bulması da olasıdır. Nitekim pozitif hukukta da, dışsallıklar somut olayın özelliklerine göre idare, ceza ve vergi hukuku gibi çok farklı tür ve nitelikte hukuk kuralı tarafından düzenlenmektedir.

Bu duruma paralel olarak hukuk ve ekonomi öğretisinde de olumsuz dışsallık sorunu çeşitli hukuki kurumsal yapılar tahtında incelemektedir. Yukarıda, temel bazı alternatif hukuki kurumsal yapılar ışığında, hukuk ve ekonomi öğretisindeki yaklaşımı ana hatları ile açıkladık. Bu bağlamda önce klasik ekonomik yaklaşımın benimsediği vergi ve regülasyon alternatiflerine, akabinde ise, bu yaklaşımı eleştiren ve özel hukuka dair kurumsal yapıları vurgulayan *Coase* teoremine yer verdik. Hukuk ve ekonomi öğretisi açısından temel mesele, dışsallıkların hangi hallerde, nasıl bir hukuki kurumsal yapı içerisinde düzenlenmesinin etkin olduğudur. Bu sorunun cevabı ise mukayeseli kurumsal analize ihtiyaç gösterir. Bu analiz ise son bölümde yapılacaktır<sup>218</sup>. Bu başlık altında ise, analize temel teşkil etmesi açısından, hukuki kurumsal yapıları tasnif etmek yerinde olur.

Bu hususta farklı yöntemlerin izlenmesi mümkündür. Fakat bu inceleme açısından amaçlanan, en fazla refah yaratan kurumsal yapının belirlenmesi olduğuna göre, tasnifin ekonomik açıdan önem taşıyan ölçütler yardımıyla yapılması isabetli olacaktır. Bu

---

<sup>218</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1

bağlamda hukuki kurumsal yapıları, “*yaptırımın mahiyeti*”, “*uygulama zamanı*” ve “*uygulama makamı*” olmak üzere üçlü bir tasnife tutabiliriz<sup>219</sup>. Bu ayırımın sorunu kavramayı kolaylaştıracağını ve pozitif hukuktaki karmaşık yapıyı son derece basitleştirerek, hukuk politikasına dair çözüm üretmeyi sağlayacağını umuyoruz.

*Yaptırımın mahiyeti* itibarıyla dışsallıklar iki tür kural ile düzenlenebilir<sup>220</sup>. İlk olasılık, dışsallığa yol açan davranış sahibinin, dışsal maliyetler ölçüsünde sorumlu tutulmasıdır. Burada kişi hareket serbestisi içerisinde olup, sorumluluğa katlandığı örneğin tazminatı veya vergi cezasını ödemediği takdirde dilediği gibi davranabilir. Sorumluluk kuralları olarak adlandırabileceğimiz bu kuralların tipik örneği, haksız fiil tazminatı<sup>221</sup> ve vergilendirme (*idari para cezaları*). Ekonomik açıdan bakıldığında zaman bu kural, nakdi yaptırım vasıtasıyla riskli davranışta bulunan kişiyi etkin davranmaya teşvik eder. Fakat kural herhangi bir şekilde somut olarak nasıl davranılacağını belirtmez. Dolayısıyla kişi, davranışlarının riskleri ve bunu azaltmanın yolları hakkındaki zihinsel muhasebeyi yapmakla yükümlüdür. Şüphesiz bu kuralın tatbik edilmesi için, kuralı uygulayan makamın maliyeti değerlendirme iktidarına sahip olması gerekir.

*İkinci olasılık*, hukuk kuralının nasıl davranılacağını (*veya davranmaktan kaçınılacağını*) tasvir etmesi ve bunu emredici bir şekilde belirtmesidir. Burada kişi kuralın öngördüğü şekilde davranmakla (*ya da davranmaktan kaçınmakla*) yükümlü olup, hareket serbestisi son derece kısıtlıdır. *Standart kural* olarak nitelendirebileceğimiz bu kurallar da tabiatıyla yaptırıma bağlanmıştır<sup>222</sup>. Fakat bu yaptırımlar zarar ile ilişkili değildir. Dolayısıyla bu tür bir kuralın uygulandığı bir durumda, kişinin davranışının zararlı

<sup>219</sup> Ayırım için bkz. SHAVELL; Foundations, s.93 vd.; ayrıca krş. SHAVELL, Optimal Structure, s.257 vd.

<sup>220</sup> SHAVELL bu ayırımı, “*Mali yaptırım vasıtasıyla etkin davranmayı teşvik eden kurallar*” veya “*standart öngörerek doğrudan belirli (etkin) şekilde davranmayı veya davranmaktan kaçınmayı emreden kurallar*” şeklinde ifade etmektedir (SHAVELL, Foundations, s.93).

<sup>221</sup> Burada kural olarak haksız fiil hukukunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığını, dolayısıyla zarar ile davranış arasında nedensellik bağının kurulduğu bir kurguda sorumluluğun doğduğunu kabul ediyoruz. Kusur sorumluluğunun gösterdiği özellikler ayrıca ele alınmıştır (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II; ayrıca Dördüncü Bölüm §2/II ve §2/III).

<sup>222</sup> CALABRESI standart kuralları “spesifik caydırma metodu”, sorumluluk kuralını ise “genel caydırma” ya da “piyasa yaklaşımı” olarak adlandırmaktadır (bkz. CALABRESI, s.68 vd.,95 vd.).

sonuçlarını dikkate alması kural olarak gerekmez<sup>223</sup>. Tipik örneği müdahalenin durdurulması/önleme davaları ve genellikle özenli davranış modellerini ihtiva eden regülâsyonlardır<sup>224</sup>.

Bu iki tür kural ise, kabaca *kamu* ve *özel hukuk* olarak iki ayrı kurumsal yapı içerisinde uygulanabilir. Uygulama makamına dair yapılan bu ayırım, kuralların kim tarafından tatbik edildiğini esas almaktadır<sup>225</sup>. Özel hukuk kuralları zarar gören ya da zarar tehlikesi altında olan kişiler tarafından harekete geçirilmekte ve kuralın tatbik edilip edilmeyeceğine bizzat kişinin kendisi karar vermektedir<sup>226</sup>. Doğal olarak bu kararı verirken, himayenin kişinin faydasını arttırıp arttırmadığı esas alınmaktadır. Himaye, bazı hallerde riski ya da zararı azaltırken<sup>227</sup>, bazı hallerde nakdi bir ödeme nedeniyle faydayı arttırmaktadır. Kamu hukuku kuralları ise, devlet tarafından uygulanmakta ve kuralın tatbikinde kişinin tasarruf imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla aralarındaki temel fark, kuralın uygulanmasında kimin söz sahibi olduğudur. Bu çerçevede dışşallığın “*hak*” kavramı çerçevesinde düzenlendiği, tazminat kuralı ve münhasırlık kuralı prensipte özel hukuk uygulamasıdır. Bu kurallar, yukarıdaki ayırıma göre her iki tür yaptırımın

---

<sup>223</sup> Örneğin çevre ve orman bakanlığının çelik fabrikalarına filtre takmaları yönünde bir zorunluluk getirmesi halinde, fabrikaların bu kurala uyması yeterlidir. Kurala uyulduğu bir durumda, başka bir hukuk dalı meseleyi düzenlemediği sürece çevreye verilen zararlar artık sorumluluğa neden olmaz. Oysa haksız fiil hukukunun uygulandığı bir halde, işletme muhtemel tazminatı göz önünde tutarak, nasıl davranacağına kendi karar verecektir. Bu çerçevede filtre takabileceği gibi, alternatif tedbirler de alabilir. Özetle ilk tür kurallar kişiye ne şekilde davranacağı konusunda bir serbesti tanırken, diğer tür kurallar ise doğrudan davranışı düzenlemekte, buna karşılık davranışın genel anlamda sonuçları ile ilgilenmemektedir.

<sup>224</sup> Davranış standardı öngören kurallar esas itibarla kamu hukuku karakterini taşırlar. Mesela binanın kaç kat olabileceğini belirleyen imar mevzuatı, kaç km hızla araba kullanabileceğinizi belirleyen trafik mevzuatı bu türdendir. Fakat hakkı koruyan himaye vasıtalarından, müdahalenin durdurulması ve önleme davaları da bir ölçüde standart kuraldır. Burada hakkı ihlal edilen kişi mahkemeye başvurmakta ve genellikle ihlalde bulunan belirli bir şekilde davranmamakla yükümlü kılınmaktadır.

<sup>225</sup> Krş. POSNER, s.401

<sup>226</sup> Bu çerçevede şartları gerçekleşmesine rağmen kişinin hukuk himayeden faydalanmaması, ya da açtığı davadan feragat etmesi tamamen kendi tasarrufudur.

<sup>227</sup> Müdahalenin önlenmesi davası açısından henüz zarar gerçekleşmediği için riskin azaltılması veya önlenmesi söz konusudur. Müdahalenin durdurulması davasında zarar gerçekleşmiş olabilir, bu durumda ise durdurma davası zararın büyümesini önler. Haksız fiil tazminatı açısından ise, zarar gerçekleşmiştir. Tazminat genellikle nakdi olduğu için, alacak hakkının ifası sonucu elde edilecek para, kişinin dava açmasının temel nedenini teşkil eder. Öte yandan nakdi tazminatın olmadığı hallerde, tazminat zararı azaltıcı mahiyet taşır.

uygulanmasına da elverişlidir<sup>228</sup>. Yani hakkın himayesinde tazminat kuralının tatbik edildiği haller, ilk tür yaptırımın, münhasırlık kuralının uygulandığı haller ise standart kuralın uygulama alanı olarak görülebilir. Aynı durum kamu hukuku kuralları açısından da geçerlidir. Kamu hukuku sorumluluk kuralı vergilendirme, standart kural ise regülasyondur<sup>229</sup>.

Yaptırımın uygulama zamanı açısından ise, “*ex ante*” ve “*ex post*” olmak üzere iki olasılık söz konusu olabilir. *Ex ante* uygulama, yaptırımın zarar gerçekleşmeden uygulanmasını ifade eder. Örneğin regülasyon ve vergilendirme *ex ante* uygulamanın tipik örneğidir. Regülasyon, (*genellikle*) can ve mal güvenliğini tehdit eden riskleri azaltmak için, özenli davranma ödevi yüklemekte ve zarar gerçekleşmese de, ödevi aykırı davranışa yaptırım uygulamaktadır. Vergilendirmede ise, yaptırım, faaliyetin yol açtığı risk ya da beklenen maliyete göre belirlenir. Buna karşılık *ex post* uygulama, yaptırımın zararın gerçekleşmesinden sonra tatbik edilmesini ifade eder. Bunun tipik örneği, haksız fiil hukuku sorumluluğudur.

Bu tasnif çerçevesinde yukarıda ele aldığımız hukuki kurumsal yapıları aşağıdaki tabloda öngörüldüğü üzere tasnif edebiliriz. Tekrar belirtelim ki, bu tasnif tamamen teoriktir ve bu çalışma içerisinde ele alınan düzenlemeleri temel almaktadır<sup>230</sup>. Pozitif hukukta, tam olarak bu tasnif içerisine sokulamayan pek çok kural da yer almaktadır. Fakat bu tasnif sorunu basitleştirerek, geniş bir perspektif sağlamak ve haksız fiil hukukunun hangi hallerde uygulanmasının daha uygun olduğu hakkında bir fikir vermektedir. Dolayısıyla son bölümde yapacağımız mukayeseli analize temel teşkil etmektedir.

---

<sup>228</sup> Haksız fiil temeline dayanan tazminat davası sorumluluk kuralına örnek teşkil ederken, müdahalenin önlenmesi (*ve durdurulması*) davası bir tür standart kural niteliğini taşır. Zira burada mahkeme davalıya belirli bir şekilde davranmayı veya davranmamayı emretmektedir.

<sup>229</sup> Aralarında tam bir paralellik olmasa da, vergi ile haksız fiile dayalı tazminat davasını, müdahalenin önlenmesi davası ile regülasyonu bu dördü tasnif içerisinde birbirlerinin türdeşi kabul edebiliriz

<sup>230</sup> Örneğin zarar görenin zarar değil, risk için telafi edildiği (*ex ante haksız fiil hukuku*) veya zarar karşılığının zarar görene değil de devlete ödendiği (*ex post vergilendirme*) hukuki kurumsal yapılar tasavvur edilebilir. Fakat pozitif hukukta bunlara paralel hukuki kurumsal yapılar yer almadığı için bu tür olasılıklara yer vermek anlam taşımaz.

**Tablo IV**

	Yaptırımın Zamanı	Yaptırımın Mahiyeti	Yaptırımı Uygulayan Makam
Vergilendirme	Ex ante	Mali sorumluluk	Kamu (idare)
Haksız Fiil Hukuku	Ex post	Mali sorumluluk	Özel (kişiler)
Müdahalenin önlenmesi	Ex ante / ex post	Davranış (standart)	Özel (kişiler)
Regülasyon	Ex ante	Davranış (standart)	Kamu (idare)

### **§3. Haksız Fiil Hukukunun Amacı**

Ekonomik açıdan haksız fiil hukukunun bir *piyasa aksaklığı* olan *olumsuz dışsallıkları* düzenlediğini ve işlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde tazminat riski vasıtasıyla dışsal maliyetleri içselleştirdiğini yukarıda açıkladık<sup>231</sup>. Bu açıdan ilk bakışta haksız fiil hukukunun meşru bir ekonomik temeli olduğu ve ekonomik etkinlik amacı ile uyumlu olduğu söylenebilir. İşte bu başlık altında, “*ekonomik etkinlik*”<sup>232</sup> veya “*sosyal refahın maksimize edilmesi*” amacının haksız fiil hukukunda ne anlama geldiği açıklanacaktır.

Haksız fiil hukukunun amacının açıklanması, düşüncemize göre birkaç açıdan önemlidir. Her şeyden önce bu çalışma (*daha ziyade*) normatif bir nitelik taşımaktadır. Normatif analiz ise, hukuk kurallarını belirli ve somut bir amaç açısından değerlendirmeyi gerekli kılar<sup>233</sup>. Bu nedenle mantıksal olarak atfettiğimiz amacın açıkça belirtilmesi şarttır. İkinci olarak haksız fiil hukuku kurallarının çerçeve norm özelliğini taşıması nedeniyle, yorum ve dolayısıyla da amaç son derece önem taşımaktadır. Somut olayın gerektirdiği

<sup>231</sup> Bkz. yukarıda §2/I/C; §2/II/C/5 ve §2/II/D/2

<sup>232</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/1; §2/III/C/2/a ve §2/III/C/3

<sup>233</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/II/B

özenin nasıl belirleneceği<sup>234</sup>, ekonomik zararların ne ölçüde ve hangi şartlar altında tazmin edileceği<sup>235</sup>, bir davranışın ne zaman hukuka aykırı sayılacağı<sup>236</sup> ve zarar verenin öngörülebilir zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı<sup>237</sup>, gibi soruların, kanun hükümlerinin (*pozitivist bir yaklaşımla*) lafzen yorumlanması mümkün değildir. Bu nedenle haksız fiil hukukunun amacı hakkında normatif değerlendirme yapmak ve bu amacı dikkate alarak yorum yapmak, kanun koyucunun açık düzenleme yapmamış olması nedeniyle zaruridir<sup>238</sup>. Kısacası hukuk politikası tercihi yapmak kaçınılmazdır; sorun sadece bunun açıkça ortaya konması sorunudur. Nihayet herhalde amaç konusundaki açıklamanın asıl önemi, affettiğimiz amacın Türk Hukuku açısından yeni ve dolayısıyla da hâkim görüşten farklı olmasıdır.

Aşağıda belirtileceği üzere Türk Hukukunda haksız fiil hukukuna çeşitli amaçlar atfedilmekle birlikte, öncelikli amacın “*zarar görenin zararının telafisi*” olduğu kabul edilmektedir<sup>239</sup>. Oysa düşüncemize göre zararın giderilmesi uygun bir normatif amaç vasfına sahip değildir. Temel gerekçe ise, bunun yorum faaliyeti açısından herhangi bir şekilde yol gösterici olmaması ve ayrıca pozitif olarak, haksız fiil hukuku kural ve teorilerini yeterince izah edememesidir. Hatta bu konuda daha ileri giderek, bu amacın mevcut uygulamaya ters düştüğü dahi iddia edilebilir. Zararın telafi edilmesinin asli amaç olamayacağı yönündeki görüşümüzü destekleyen iki ayrı gerekçe daha vardır. Biri sigorta kurumu, diğeri ise (*görece*) yeni yürürlüğe giren bazı haksız fiil hukuku kurallarıdır. Günümüzde neredeyse her türlü riskin sigorta ettirilmesi mümkündür. Sigorta zarar görenin zararını çok daha etkin bir şekilde telafi etmektedir. Bu durum karşısında, haksız fiil hukukunun telafi amacını taşıdığını söylemek anlamını hızla yitirmektedir. Bunun yanı sıra

---

<sup>234</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B ve §2/II/C/3/a

<sup>235</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2

<sup>236</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/D

<sup>237</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §3/II/C

<sup>238</sup> SCHAFFER/OTT, s.110

<sup>239</sup> ATAMER, s.98; OĞUZMAN/ÖZ, s.573; EREN, s.466; TİFTİK, s.61; krş. TANDOĞAN, s.252; mukayeseli hukuk için bkz. Van GERVEN, s.19

son yıllarda kabul edilen bazı yasal düzenlemeler, zararın giderilmesi amacı ile açık bir şekilde çelişen kurallar ihtiva etmektedir (RKHK.m.58, FSEK.m.68).

Sayılan bu nedenlerden dolayı, aşağıda kısaca amaç konusu üzerinde durmayı uygun görüyoruz. Fakat hemen belirtelim ki, aynı zamanda hukuk felsefesini ilgilendiren bu tartışma, daha kapsamlı bir inceleme ve analize ihtiyaç gösterir<sup>240</sup>. Burada sadece mevcut yaklaşıma bir eleştiri getirilmekte ve haksız fiil hukukunun temelini oluşturan ilkelerin tartışmaya açılmasının gerekliliğine dikkat çekilmektedir<sup>241</sup>. Bu çerçevede aşağıda önce Türk hukukunda amaç konusunda belirtilen görüşler kısaca açıklanacak, baskın görüş hakkındaki bazı eleştiriler belirtilecek ve nihayet “*ekonomik etkinlik*” amacının haksız fiil sorumluluğu açısından ne anlama geldiği izah edilecektir.

## **I. Türk Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğuna Atfedilen Amaç ve Bunun Eleştirisi**

### **A. Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı**

Türk Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun “*zararın telafisi*”, “*ihlal edilen hakkın devamı*” ve “*zararı önleme amacı*” olmak üzere üç ayrı amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir<sup>242</sup>. Hukuka aykırı (*ve kusurlu*) bir davranış sonucu zarar gören kişi tazminat davası açtığı zaman, mahkemenin tazminat hükmü kişinin zararını telafi ettiği gibi, ihlal edilen hakkın yerine de geçmekte ve ayrıca kişileri daha dikkatli davranmaya sevk ederek oluşması muhtemel zararları önleyici bir rol üstlenmektedir. Dolayısıyla tazminat, her üç amacı da eş zamanlı olarak yerine getirmektedir. Fakat herhalde temel amaç, zarar görenin

---

<sup>240</sup> Daha geniş bilgi için bkz. POSTEMA Gerald J. (editor), “Philosophy and the Law of Torts”, Cambridge University Press 2001

<sup>241</sup> Haksız fiil hukukunun amaçları konusunda kapsamlı bir tartışma için bkz. CALABRESI, s.17-33

<sup>242</sup> EREN, s.466,467; NOMER, s.33-36; ATAMER, s.98; krş. Van GERVEN, s.18,19; SHVAELL, Foundations, s.267



zararının telafi edilmesidir<sup>243</sup>. Zikredilen diğer amaçlar tali nitelikte olup, zararın telafisinin birer olumlu yan etkisi olarak görülmektedir. Bu nedenle yorumda esas alınması gereken amaç herhalde zararın telafisi amacıdır<sup>244</sup>.

*Telafi*<sup>245</sup> amacının neyi ifade ettiği aslında açıklamaya gerek olmayacak kadar açıktır. Haksız fiil hukuku ilk planda zarar görenin zararının tam olarak giderilmesini, onun zararlı davranış öncesi duruma getirilmesini hedefler. Hukuk düzeni, Kanun'daki şartlar gerçekleştiği zaman, zarar gören lehine bir alacak hakkı tanımakta ve bu hak da, zarar görenin, fiil nedeniyle uğradığı zararını gidermektedir. Böylece haksız fiilin olumsuz sonuçları ortadan kaldırılmaktadır. Amaç zararın telafisi olunca, doğal olarak tazminat alacağının kapsamı zarar miktarına göre belirlenir. Ayrıca tazminatın kapsamı da zarardan fazla olamaz. Zira aksi halde zarar görenin zararının giderilmesi değil, zenginleşmesi söz konusu olacaktır. Bu ise telafi amacıyla bağdaşmaz.

Haksız fiil sorumluluğuna atfedilen diğer bir amaç, “zararın önlenmesi”dir<sup>246</sup>. Bu görüşe göre muhtemel tazminat sorumluluğu kişileri davranışlarında daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk etmekte, bu ise haksız fiillerin yol açtığı zararların azalmasına neden olmaktadır. Şüphesiz zararın azalması da sosyal açıdan arzu edilen bir sonuçtur. Bu bakış açısına göre haksız fiil tazminatı riskli davranışları caydırarak kişilerin sosyal açıdan arzu edilen biçimde davranmasını teşvik etmektedir. Doktrinde genel kanaat, önleme amacının kusur sorumluluğu açısından önem taşıdığı yönündedir<sup>247</sup>. Zira sadece bu durumda, zarar

<sup>243</sup> ATAMER, s.98; OĞUZMAN/ÖZ, s.573; EREN, s.466; TİFTİK, s.61; krş. TANDOĞAN, s.252; SCHAFER/OTT, s.110; mukayeseli hukuk için bkz. Van GERVEN, s.19

<sup>244</sup> Bir kuralın birden fazla amaca hizmet ettiğinin kabul edilmesi durumunda bir amacın öncelikli ya da temel amaç olduğunun belirtilmesi, bu amaçlar arasında bir çelişkinin ortaya çıkması halinde kendini göstermektedir. Zaten bir çelişki yoksa, amaçlar arasında tercih yapmayı gerektiren bir durum da yoktur.

<sup>245</sup> Burada “zarar görenin zararının giderilmesi” yerine, sadece “telafi amacı” tabirine yer verilecektir. Bu tabir, zararın denkleştirilmesi ve tazmin edilmesi gibi terimler ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır.

<sup>246</sup> EREN, s.466; TİFTİK, s.61; ATAMER, s.98

<sup>247</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.484; EREN, s.467; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s.26; TİFTİK, s.62 (gerçi Yazar aynı sayfada bir taraftan tehlike sorumluluklarının zarar vereni özen göstermeye sevk ettiğini belirtmiş, ama çoğu tehlike sorumluluklarında, tazminatın zararın doğmasını önleyici bir rolünün olmayacağını belirtmiştir.); TANDOĞAN, s.90

verenin özenli olup olmadığı tazminat sorumluluğunun doğmasında rol oynar. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise, bir ayırım yapılmakta ve sadece objektif özen ödevi yükleyen sorumluluk hükümlerinde önleyicilik amacının geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>248</sup>. Buna karşılık tehlike sorumluluğu açısından, tazminatın bu türden bir işlevi yoktur<sup>249</sup>.

Dikkat edilirse, önleyicilik görüşü tazminatın yaptırım yönünü ön plana çıkarmaktadır. Odak noktası ise, telafi amacının aksine, zarar gören değil, zarar verendir. Diğer bir fark, *ex ante* bir bakış açısının geçerli olmasıdır. Yani muhtemel tazminatın kişilerin saiki ve davranışları üzerindeki etkisi esas alınmaktadır. Oysa telafi amacı, tamamen *ex post* yaklaşıma dayanır. Sorun, meydana gelen zararlara kimin ne ölçüde katlanacağını belirlenmesinden ibarettir<sup>250</sup>. Nitekim hâkim görüş, bu farklılıklar nedeniyle önleme amacının telafi amacını ikame etmeyeceğini, ancak tamamlayabileceğini belirtir<sup>251</sup>. Bu görüşe göre hukukun *ex post* uygulanması, önleyicilik işlevine uygun değildir. Artık zarar doğduğuna göre tazminatın önleyici olması güçtür<sup>252</sup>. Ayrıca zararın önlenmesi özel hukukun değil, asıl itibarla kamu hukukunun görevidir<sup>253</sup>. Bu açıdan, önleyicilik ancak ikincil bir amaç olabilir. Nihayet hukuki sorumluluk sigortasının varlığı, haksız fiil sorumluluğunun önleyici işlevini son derece sınırlamaktadır<sup>254</sup>.

---

<sup>248</sup> TİFTİK, s.62; EREN, s.466

<sup>249</sup> Benzer olarak hukuka uygun müdahale sorumluluğu açısından sorumluluğun önleyici olma gibi bir rolü olmadığı düşüncesi benimsenmektedir (EREN, s.467). Buna karşılık NOMER haklı olarak, tehlike sorumluluğunun dahi önleyicilik amacına hizmet ettiğini, zira sorumluluğun işletmeleri zararı azaltma yönünde önlem almaya sevk edeceğini belirtmektedir (NOMER, s.35,36).

<sup>250</sup> Bu iki yaklaşımın farkını tekrar vurgulayalım. *Ex post* bakış açısı için sorun, söz konusu uyuşmazlığın nasıl çözüleceği, zararın taraflar arasında nasıl paylaşılacağıdır. Buna karşılık *ex ante* bakış açısına göre bu uyuşmazlığın çözümü, gelecekteki benzer durumlar üzerindeki etkisi nedeniyle önem taşır. Tazminatın temel işlevi, zarar görenin zararını gidermek değil, kişilerin davranışlarının düzenlemektir.

<sup>251</sup> EREN, s.467; TİFTİK, s.62

<sup>252</sup> SCHAFFER/OTT, s.110

<sup>253</sup> Herhalde burada kastedilen ceza hukuku kuralları ile bu çalışmada regülasyon olarak adlandırılan düzenlemelerdir.

<sup>254</sup> NOMER, s.36; aksi gör. EREN, s.467

Haksız fiil sorumluluğuna atfedilen üçüncü amaç ise, hakkın devam ettirilmesidir (*takip ettirilmesi*)<sup>255</sup>. Bu görüş, sorumluluğun zarar görenin mutlak hakkının ihlalden doğduğunu esas almakta ve tazminat alacağının ihlal edilen hakkın yerine geçtiğini ileri sürmektedir. Yani bir anlamda ihlal edilen hak, belirli bir ekonomik değer olarak tazminat alacağında varlığını sürdürmektedir<sup>256</sup>. Bu görüş doktrinde reddedilmemekle beraber, hakkın devamının ancak tali bir rolü olabileceği kabul edilmektedir. Bunun temel nedeni ise, tazminat sorumluluğunun hakkın ihlal edildiği her durumda değil, ancak bir zararın ve çoğu kez de mütecevizin kusurunun varlığı halinde doğmasıdır. Dolayısıyla ihlal edilen hakkın, her zaman tazminat alacağında varlığını devam ettirdiği fikrine pek itibar edilmemektedir<sup>257</sup>.

## B. Türk Hukukundaki Hâkim Görüşün Eleştirilmesi

Türk hukukunda, haksız fiil sorumluluğunun temel amacının “*telafi*” olmasının bazı sonuçları vardır. Bir kere *ex post* bakış açısı hâkimdir. Buna bağlı olarak tazminatın olası kazalar üzerindeki etkisinden ziyade, gerçekleşen zararın taraflar arasında nasıl paylaşılacağı önem taşır. Paylaşımın nasıl yapılacağı hususunda ise, yine somut olay önemli olup, mahkeme, kararın kişilerin davranışları üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde tutmaz. Ayrıca telafi amacının diğer bir amaç ile çatışması halinde, doğal olarak telafi amacına üstünlük tanınır. Mesela zarar verenin zarardan sorumlu tutulacak olması herhangi bir önleyici işleve sahip olmasa bile zararın giderilmesi gerekecektir (BK.m.54)<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> NOMER, s.34; EREN, s.467; krş. ATAMER, s.98

<sup>256</sup> Dikkat edilirse bu görüş, CALABRESI ve MELAMED tarafında ortaya atılan üçlü tasnife de uyumludur. Sorumluluk kuralları son tahlilde kişinin menfaatlerini korumaktadır (bkz. yukarıda §2/II/D/1).

<sup>257</sup> Krş. NOMER, s.34

<sup>258</sup> Buna benzer şekilde, kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir kurguda, zarar veren ayırtım gücü olmasa dahi verdiği zararlardan sorumlu tutulur. Kanımızca bu yaklaşımın önemli bir nedeni (*ayırtım gücü ile kusur arasında yanlış bir münasebet kurulmasının dışında*), haksız fiil hukukunun önleme değil, zararın giderilmesi amacını taşıdığı kabul edilmesidir (bkz. Üçüncü Bölümde §2/II/B/3).

Bu başlık altında, kısaca açıkladığımız bu amacın haksız fiil hukuku için uygun olmadığı ve hatta kastettiğimiz anlamda amaç vasfını da taşımadığı ileri sürülecektir. Düşüncemize göre ne normatif, ne de pozitif hukuk açısından telafi amacını benimsemek anlamlı değildir. Aşağıda bunun nedenleri detaylı olarak ele alınmaktadır. Açıklamalara geçmeden önce, ilginç bulduğumuz bir hususun altını çizelim. Haksız fiil hukukunda amaç bahsinin taşıdığı öneme rağmen, Türk Hukukunda bu hususta bir tartışma yoktur. Telafi amacı, bununla bağdaştırılması son derece güç olan kural ve kuramlara rağmen adeta bir “veri” olarak benimsenmektedir. Ama öte yandan yorum faaliyetinde bu amaç ile hiç de ilgisi olmayan, nimet-külfet, tehlike esası, hakkaniyet gibi farklı ilke ve prensiplere atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda yorum faaliyetinin tutarlı bir teorik çerçeve içerisinde yapıldığını söylemek gerçekçi değildir<sup>259</sup>. Bu tespit çerçevesinde amacımız, esas itibarıyla konunun tartışmaya açılmasıdır.

Baskın görüş hakkındaki eleştirilerimizi üç ayrı başlık altında ele almayı uygun görüyoruz. Öncelikle baskın görüşün, önleyicilik amacı hakkında ileri sürdüğü tenkitlerin doğru olup olmadığını ele alacağız. Zira düşüncemize göre, haksız fiil hukukunun temel amacı, kişileri daha özenli davranmaya sevk ederek muhtemel zararın önlenmesi olmalıdır<sup>260</sup>. Akabinde *ex post* olarak uygulanan telafi amacının, ekonomik açıdan ne anlama geldiği açıklanacaktır. Nihayet son başlık altında da, aslında belirtilen bu amacın, kastettiğimiz anlamda bir amaç olmadığı ve asıl amacın ne olması gerektiği üzerinde durulacaktır.

## 1. Önleyicilik Amacı Hakkındaki Eleştirilerin Değerlendirilmesi

Hâkim görüş, önleyiciliği ikincil bir amaç olarak görür. Önleyiciliğin neden temel amaç olmadığına dair ise üç ayrı gerekçe ileri sürülmektedir. İlk olarak önleyicilik işlevi sadece kusur sorumluluğunda geçerlidir. Kusursuz sorumluluğun önleyicilik etkisi

---

<sup>259</sup> Alman hukuku hakkında paralel bir görüş için bkz. SCHAFFER/OTT, s.110

<sup>260</sup> Bkz. aşağıda §3/II/E

yoktur<sup>261</sup>. Herhalde bu savın altında yatan temel mantık, tazminatı her nasılsa ödeyecek olması nedeniyle, zarar verenin özen gösterme yönünde bir güdüsünün olmamasıdır<sup>262</sup>. Bu düşüncenin isabetli olmadığını hemen belirtelim. Kusur sorumluluğunda kişilerin özen gösterme yönündeki güdülerinin daha kuvvetli olduğu söylenebilir<sup>263</sup>. Fakat kusursuz sorumlulukta da, tazminat önleyici işlevi yerine getirir. Teorik açıdan kişinin somut olayın gerektirdiği tüm özeni göstermesine rağmen sorumlu tutulması, *ex ante* açıdan bakıldığı zaman tazminatın davranışlar üzerindeki etkisini ortadan kaldırmaz. Zira zarar verenin özenli davranması, muhtemel zarar miktarını ve dolayısıyla karşılaşıacağı tazminatın kapsamını azaltır. Kişi tazminatın beklenen maliyetini asgariye indirmek isteyeceğinden, bu etkiyi gösterdiği sürece özenli davranacaktır<sup>264</sup>. Hatta sanıldığığının aksine, kusursuz sorumluluğun, kusur sorumluluğuna kıyasla önleyicilik işlevi açısından daha etkin olduğu da söylenebilir. Mahkemenin özenin her boyutunu gözlemlemesinin mümkün olmamasından kaynaklanan bu durum, bazı riskli faaliyetler açısından kusursuz sorumluluğun önemli bir avantajını teşkil eder<sup>265</sup>.

Bir diğer eleştiri, haksız fiil hukukunun “*ex post*” tarzda uygulanmasının önleyicilik işlevini yerine getirmeye elverişli olmadığıdır. Buna göre önleyicilik işlevi, kamu hukukuna aittir<sup>266</sup>. Herhalde bunun altında yatan düşünce, bu kuralların *ex ante*; yani daha zarar doğmadan tatbik edilmesi ve gerçekten de kişinin zarara yol açmadan sorumlu tutulmasıdır. Buna göre, *ex post* uygulanan tazminat sorumluluğunun kişilerin davranışlarını düzenlemedeki etkisi sınırlıdır. Örneğin mahkemenin vereceği kararın, riskli

---

<sup>261</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.484; EREN, s.467; TİFTİK, s.62; krş. TANDOĞAN, s.90

<sup>262</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.484

<sup>263</sup> Bkz. Dördüncü §2/III/A/1/d; fakat bkz. Üçüncü Bölüm §3/II/B/3

<sup>264</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/c

<sup>265</sup> Aşağıda belirtileceği üzere mahkemelerin faaliyet seviyesinin risk üzerindeki etkisini belirleme becerileri sınırlıdır (bkz. aşağıda §3/II/B/2/b; Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b; Dördüncü Bölüm §2/III/B/1/d). Bu durum ise faaliyet seviyesinin risk üzerinde önemli etkisinin olduğu tehlikeli faaliyetler açısından büyük bir eksiklik teşkil eder. Nitekim bu nedenle, ekonomik açıdan bu faaliyetlerin kusursuz sorumluluğa tabi olması zaruridir (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/C/2). Faaliyet seviyesine benzer olarak, mahkemelerin gözlemlenmesi güç özenli davranışlar konusunda da değerlendirme yapması güçtür ve bu nedenle genellikle özenin her boyutu, belirlenen özen standardının içerisinde yer almaz. Nitekim bu da kusur sorumluluğunun bir diğer olumsuz yönüdür (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/d).

<sup>266</sup> NOMER, s.36

davranışları arzu edilen yönde etkileyip etkilemediği son derece belirsiz ve tesadüfidir. Zira *ex ante* yaklaşım bakımından, mahkeme kararının, zarar gören ve zarar verenden ziyade, üçüncü kişilerin davranışları üzerindeki etkisi önemlidir.

Dikkat edilirse bu sav, bir anlamda, haksız fiil hukukunun riskli davranışların düzenlenmesinde uygun bir hukuki kurumsal yapı olmadığını ima etmektedir. Belirtelim ki *ex ante* uygulanan kamu hukuku kurallarının, mesela regülasyonun riskli davranışların düzenlenmesinde bazı avantajları olabilir<sup>267</sup>. Örneğin regülasyonda kişinin uyması gereken hareket tarzı kuralı açıkça belirtildiği için, kişiler için bu kurala uymak son derece basittir (*bilgi maliyeti avantajı*). Yani davranışının olumsuz sonuçlarını dikkate almak, olası tedbirleri düşünmek ve riski azaltan en etkin tedbiri belirlemek gibi bir külfet altında girmezler<sup>268</sup>. Bu durumda kişinin davranışlarının gerçekten daha etkin bir şekilde kontrol edilebildiği söylenebilir.

Fakat bu (*ve diğer*) mülahazalar, önleyiciliğin salt kamu hukukuna ait bir işlev olduğunu sonucunu doğurmaz. Her şeyden önce teorik olarak *ex post* uygulanan yaptırımların kişilerin karar ve davranışlarını etkilediğinde tereddüt edilmemelidir<sup>269</sup>. Tazminat riski de, aynen diğer riskler gibi karar ve seçim aşamasında dikkate alınır ve eğer bu riski etkin bir şekilde azaltmak mümkünse, kişiler davranışlarını değiştirirler. Bu nedenle haksız fiil hukuku da, kamu hukuku kuralları ile birlikte riskli davranışları kontrol etmekte, sadece bunu farklı bir kurumsal yapıda gerçekleştirmektedir. Bunun yanı sıra

---

<sup>267</sup> Mesela bu konuda ilk akla gelenler, zarar verenin ödeme gücünün olmadığı, zarar hakkında bilgisiz olduğu, zararı fark etmediği veya zararın çok düşük olduğu hallerdir (bkz. Dördüncü Bölüm §1/III/A ve §1/III/B).

<sup>268</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/1/b

<sup>269</sup> Eğer haksız fiil hukuku tazminatının, kişilerin davranışlarını bu şekilde değiştiremeyeceği düşüncesi benimseniyorsa (*ki hukukun ekonomik analizini eleştiren yazarlar, bu eleştiriyi sıklıkla dile getirmektedir*), bu çalışmada ileri sürülen savların önemli bir kısmı anlam taşımayacaktır (bkz bu konuda Birinci Bölüm §6/I). Fakat ampirik olarak haksız fiil hukukunun ne ölçüde önleyici olduğu sorunun da tartışmalı olduğunu belirtelim. Bkz. SLOAN A. Frank / REILLY A. Bridget / SCHENZLER M. Cristopher, “Tort Liability versus Other Approaches for Deterring Careless Driving”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 14 (1994), s.53-71 (*Yazarlar yaptıkları araştırmada, haksız fiil tazminatının önleyicilik işlevinin bulunduğunu tespit etmekle birlikte, bu etkinin somut kurguya göre değiştiğini, gençlerde, orta yaşlılara kıyasla bu etkinin fazla olmadığı sonucuna varmışlardır.*)

haksız fiil hukukunun, riskin kontrol edilmesinde, kamu hukuku kurallarına göre daha üstün olmasını gerektiren pek çok neden tasavvur edilebilir<sup>270</sup>. Hangi hukuki kurumsal yapının diğerinden üstün olduğu, büyük ölçüde somut olay kurgusu ve kurumsal yapıyı farklı kılan özellikleri ile ilgilidir. Dolayısıyla bu türden bir savın ileri sürülmesi, kamu hukuku kuralları ile neyin kastedildiği belirtilmeden ve mukayeseli kurumsal analize başvurulmadan pek bir anlam ifade etmez<sup>271</sup>. Nitekim dördüncü bölümde bu türden bir analize yer verilmiştir<sup>272</sup>.

Önleyicilik amacının haksız fiil hukuku için uygun olmadığı görüşüne üçüncü gerekçe ise sorumluluk sigortasıdır<sup>273</sup>. Düşüncemize göre bu gerekçeler arasında en önemlisi budur. Sorumluluk sigortasının varlığı halinde, tazminat borcu zarar veren değil, sigorta şirketi tarafından karşılanır. Bu durumda ise, tazminat riskinin kişilerin önleyici tedbir almaya dair saiklerini zayıflayacağı genel olarak söylenebilir<sup>274</sup>. Fakat bunun kusur ve kusursuz sorumlulukta etkileri farklıdır<sup>275</sup>. Daha da önemlisi, Türk hukukunda kabul edilen halefiyet prensibi ve sigorta sözleşmelerinde öngörülen bazı kayıtların bu olumsuzluğu büyük ölçüde giderdiğini söyleyebiliriz<sup>276</sup>. Dolayısıyla teorik olarak sorumluluk sigortasının kişinin özen gösterme güdüsü üzerindeki etkisi belirsizdir. Diğer yandan, sigorta imkânının varlığı, önleyicilikten ziyade, haksız fiil hukukunun telafi amacının geçerliliğini tartışmalı hale getirmektedir. Bu hususlara aşağıda kısaca değinilecektir<sup>277</sup>.

---

<sup>270</sup> Bir hukuki kurumsal yapının her kurguda diğerinden daha üstün olduğunu iddia etmek tabiatıyla mümkün değildir. Her kurumsal yapının, belirli hallerde diğerinden daha üstün olması sonucunu doğuran bazı özellikleri vardır. Bu özelliklerin ortaya çıkarılması ise, açık bir amaç tahtında bunların açıkça belirtilmesi ve çeşitli kurgular tahtında tartışılması ile mümkün olur. Dördüncü bölümde haksız fiil hukuku açısından kısmen bu analize yer verilmiştir. Örneğin haksız fiil hukuku, bilgi maliyetleri, idari maliyetler açısından genel olarak üstün bir kurumsal yapıdır (bkz. bu konuda genel değerlendirme hakkında Dördüncü Bölüm §1/II).

<sup>271</sup> Oysa Türk hukukunda bu türden bir zihinsel çabaya rastlanmamakta, alternatif hukuki kurumsal yapıların neler olabileceği, bunların haksız fiil hukuku karşısındaki avantaj ve dezavantajları değerlendirilmemektedir.

<sup>272</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1

<sup>273</sup> NOMER, s.36; SCHAFFER/OTT, s.110

<sup>274</sup> LANDES/POSNER, s.13; SHAVELL, Foundations, s.262 vd.

<sup>275</sup> SHAVELL, Foundations, s.262-264; 265

<sup>276</sup> SHAVELL, Foundations, s.266; krş. EREN, s.467

<sup>277</sup> Bkz. aşağıda §3/II/C/2

Özetle baskın görüşün aksine, “önleyicilik” haksız fiil hukukunun genelinde geçerli bir amaçtır. Bu düşüncemizin üç ayrı sonucu vardır. Bir kere önleyici etkisi olmadığı kabul edildiği için, kusursuz sorumluluk halleri doktrinde farklı ilke ve esaslara dayandırılmıştır. Bize göre bu gerekli olmayan bir çabadır<sup>278</sup>. İkinci olarak bu olgu, kamu hukuku ile haksız fiil hukuku arasındaki ayrılığın derinleşmesine ve aralarındaki münasebetin göz ardı edilmesine neden olmuştur. Oysa sorunun bir bütün olarak görülmesi halinde, haksız fiil hukukunun bu sistem içerisindeki konumu ve uygulama alanı açısından daha tutarlı ve doğru değerlendirmeler yapmak mümkün olur<sup>279</sup>. Nihayet önleyicilik amacı salt kusur sorumluluğuna inhisar ettirilince, (*maddi*) zararın giderimi haksız fiil hukukunun genelini açıklama kabiliyeti olan tek amaç olarak kalmıştır. Belki bu durum, haksız fiil hukukunun amacı konusunda neden ciddi bir tartışmanın olmadığını da açıklamaktadır.

## 2. Ekonomik Açıdan Telafi Amacı

Haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaç ile paralelliğin kurulması açısından, telafi amacının ekonomik açıdan ne anlama geldiğini belirlemede fayda vardır. İlk belirtilmesi gereken zarar görenin zararının giderilmesi, meydana gelen zararı ortadan kaldıran (*ya da azaltan*)<sup>280</sup> bir olgu değildir. Zira son tahlilde zarar, zarar veren ya da diğer sorumlu bir kişi tarafından giderilmekte, onun malvarlığından karşılanmaktadır. Dolayısıyla tazminat borcunun ifası, zararı, zarar gören üzerinden alınır, zarar verene yükler. Dolayısıyla *ex post* açıdan bakıldığı zaman sorumluluk refah yaratmayıp, taraflar arasında geliri yeniden dağıtan bir hukuki kurumsal yapıdır<sup>281</sup>. Ayrıca yargılama ve bununla ilintili masraflar

---

<sup>278</sup> Düşüncemize göre bu gibi hallerde kusursuz sorumluluğun kişilerin davranışlarının düzenlenmesinde daha etkin olup olmadığı ölçütü esas alınması gerekirdi (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/C).

<sup>279</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/A

<sup>280</sup> Tarafların paradan sağladıkları marjinal faydada asimetri var ise, esasen gelir transferi refahı artırabilir. Bunun için zarar görenin, zarar verene kıyasla paraya daha fazla değer atfetmesi gerekir.

<sup>281</sup> SCHAFFER/OTT, s.111



nedeniyle sosyal açıdan son derece maliyetlidir<sup>282</sup>. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun tatbik edilmesi net refah kaybına neden olur<sup>283</sup>. Meseleye ekonomik açıdan bakıldığı zaman ilk sorulması gereken *toplumun bu maliyetlere neden katlandığıdır*<sup>284</sup>.

Tazminat alacağı taraflar arasında refahı yeniden dağıttığına göre, ilk akla gelen gelir dağılımının düzeltilmesi gibi bir faydası olabileceğidir<sup>285</sup>. Yani haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan dağılımsal bir işlevi olduğu ve amacının da zarar görenin ekonomik açıdan korunması olduğu düşünülebilir. Nitekim bazı kusursuz sorumluluk hallerinde dağılımsal amaçların rol oynadığı ileri sürülmektedir<sup>286</sup>. Dağılımsal amaçların başlı başına normatif açıdan izlenmeye değer olduğunda şüphe yoktur. Fakat daha önce de açıkladığımız nedenlerden dolayı, haksız fiil hukuku bu tür bir amacı izlemeye elverişli bir hukuki kurumsal yapı değildir<sup>287</sup>. Vergi ve doğrudan gelir yardımı gibi sosyal politika araçları varken, haksız fiil hukukundan yararlanmak isabetli değildir. Dolayısıyla idari maliyetlerin dağılımsal amaçlar çerçevesinde meşru kılınması son derece güçtür.

Zarar görenin zararının giderilmesinin ekonomik açıdan sağlayabileceği bir diğer yarar, riskin etkin bir şekilde tahsis edilmesi olabilir. Daha önce de belirtildiği üzere, riskin varlığı başlı başına refahta azalmaya neden olur<sup>288</sup>. Eğer haksız fiil hukuku riski etkin bir şekilde dağıtılabirise veya toplumda daha geniş kesimlere yayabilirse, refahta artış sağlanabilir. Fakat doktrinde tam anlamıyla bu türden bir mülahazaya yer verilmediği

---

<sup>282</sup> Mesela zarar görenin 5 YTL zararı olduğunu, bir yargılamanın ise ortalama 2 YTL'lik maliyeti olduğunu düşünelim. Açılacak tazminat davası sonucunda zarar görenin telafi edilmesi 5 YTL'lik zararı ortadan kaldırmadığı gibi, buna 2 YTL daha eklemektedir. Nitekim bu maliyetler hakkında bkz. aşağıda §3/II/E

<sup>283</sup> SCHAFFER/OTT, s.111

<sup>284</sup> Şüphesiz ekonomik açıdan bakılmadığı yani kaynakların sınırlı olduğu ve bunların etkin ve verimli kullanılması gerektiği görüşü kabul edilmezse, bu sorunun bir anlamı olmayacaktır.

<sup>285</sup> Gelir dağılımı ve sosyal refah arasındaki ilişki hakkında bkz. Birinci Bölüm §6/III/B

<sup>286</sup> NOMER, s.35; EREN, s.576,606; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s.27 (Yazar'a göre, ekonomik yönden güçsüz kimselerin korunması, sosyal adaletçi görüşlerin etkisiyle sorumluluk hukukunda da önem kazanmıştır)

<sup>287</sup> Bkz. bu konuda Birinci Bölüm §6/III/B ve ayrıca Dördüncü Bölüm §2/III/E/2

<sup>288</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/2 ve ayrıca aşağıda §3/II/C

gibi<sup>289</sup>, haksız fiil hukuku bu amaca elverişli bir şekilde uygulanmamaktadır. Ayrıca normatif açıdan baktığımızda da, sigorta kurumunun varlığı nedeniyle bu türden bir amacın benimsenmesi son derece şüphelidir. Sigorta sistemi, zarar görenin zararını, haksız fiil hukuku sistemine kıyasla çok daha etkin bir şekilde gidermektedir. Yargılama sistemine göre daha etkin olan bir sistem varken, haksız fiilin neden olduğu idari maliyetlerin bu amaç tahtında meşru kılınması güçtür<sup>290</sup>. Nitekim buna dair değerlendirmeler aşağıda belirtilmiştir<sup>291</sup>.

Özetle ekonomik açıdan bakıldığı zaman, zarar görenin zararının giderilmesi başlı başına refah yaratan bir olgu değildir. Hatta idari maliyetler nedeniyle son derece maliyetlidir. Bu durumda ekonomik açıdan bu maliyetlere neden katlandı sorusu akla gelmektedir. Bu hususta “gelir dağılımı” veya “riskin topluma yayılması” gibi mülahazalar ileri sürülebilir. Fakat diğer tüm nedenler bir kenara, düşüncemize göre haksız fiil hukuku bu amaçları izlemeye elverişli bir kurumsal yapı değildir. Dolayısıyla bu maliyetlerin başka amaçlar tahtında meşru kılınması gerekir.

### **3. Zararın Telafisi Haksız Fiil Hukukunun Amacı mıdır?**

Yukarıdaki açıklamalar, telafi amacının ekonomik açıdan anlamlı olmadığına işaret etmektedir. Fakat ekonomik kaygıların rol oynamadığı bir varsayımda dahi, haksız fiil hukukunun asıl amacının telafi olduğu şüphelidir. Bunun birçok nedeni vardır. Öncelikle pozitif nedenler üzerinde duralım. Düşüncemize göre, haksız fiil hukukunun öncelikli amacının telafi olması için ön şart, uygulamanın bu amaç ile uyumlu olmasıdır. Eğer ana hatları ile bir uyumdan bahsedilmiyorsa, bu amaç, normatif açıdan ne kadar

---

<sup>289</sup> Gerçi EREN ve TANDOĞAN haksız fiil hukuku tazminatının bu türden olumlu bir etkisi olabileceğinden bahsetmektedir. Örneğin TANDOĞAN, tazminat hukukunda sosyal düşüncenin yaygınlaşması ile birlikte, kusursuz sorumluluğun daha geniş uygulama alanı bulduğunu; fakat sigorta kurumunun yavaş yavaş tazminat hukukunun bu işlevini yerine getirdiğini belirtmektedir (TANDOĞAN, s.95; krş. EREN, s.463,464)

<sup>290</sup> SCHAFFER/OTT, s.111

<sup>291</sup> Bkz. aşağıda §3/II/E

önemli olursa olsun, pozitif açıdan savunulamaz<sup>292</sup>. Bu bağlamda pozitif hukuktaki kural ve uygulamalar, tam olarak telafi amacı ile örtüşmemektedir.

Kısaca belirtmek gerekirse haksız fiil hukuku, zarar görenin zararını son derece kısıtlı şartlar altında gidermekte, çoğu kez zarara zarar gören katlanmaktadır. Hatta çeşitli teoriler aracılığı ile zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırılması doktrinde güçlü bir eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>293</sup>. Özellikle sigorta kurumu ile kıyaslandığında, haksız fiil hukukunun zarar görenin menfaatini korumadaki yetersizliği belirgin olarak gözlemlenebilir. Oysa zararın telafisinin temel amaç olduğu bir ihtimalde, tam aksi eğilimin olması beklenir.

Çeşitli örnekler verilebilir; fakat “*kusur ilkesi*” herhalde en çarpıcı olanıdır. Bu ilke ışığında, bir başkasının mutlak hakkını ihlal ederek hak sahibine hukuka aykırı bir şekilde zarar veren kimse, ancak kusurlu ise sorumlu tutulmaktadır. Yani tazminat salt sonuca değil, davranışın niteliğine bağlanmaktadır. Buna bağlı olarak davranışta bulunan zarar veren değil, pasif konumda olan ve hatta mutlak hakkı ihlal edilen zarar gören zarara katlanmaktadır. Örneğin zarar gören herhangi bir şekilde zararın gerçekleşme olasılığını arttırmamış olsa dahi, zarardan sorumlu tutulur. Herhalde asıl amacın telafi olduğu bir durumda, zararın kusur değil, sebebiyet (*kusursuz sorumluluk*) ilkesine göre giderilmesi gerekirdi.

Bu bir yana, telafi amacı açısından daha da ilginç olan, kusurlu zarar verenin sorumlu tutulacağı tazminat miktarının zarardan daha az olabilmesidir. Zarar verenin

---

<sup>292</sup> Türk hukukunda hâkim görüş telafi amacının kabul edildiğini varsaydığına göre, doğal olarak mevcut kuralların en iyi bu şekilde açıklandığını ileri sürmektedirler. Bunun doğal bir sonucu ise, pozitif olarak atfedilen amacın hukuk kural ve kuramlarını izah etmesi, yorumda bu amaca sıklıkla atıf yapılması ve ayrıca kuralların, uygulamanın ve kuramların çelişki içerisinde olmaması gerekir. Diğer taraftan eğer normatif amacın telafi olduğu ileri sürülseydi, yani “*haksız fiil hukukunun amacı zarar görenin telafi edilmesi olmalıdır*” denseydi, şüphesiz bu türden bir değerlendirme yapmak mümkün olmazdı.

<sup>293</sup> Uygun illiyet bağı kuramı, normun koruma amacı kuramı, hukuka aykırılık bağı kuramı bunlardan ilk akla gelenleridir. Bunun dışında sorumluluk hukukunda genel olarak zarar görenin zararının haksız fiil değil de sözleşme temeline dayandırılması gayretleri ve bu amaçla ortaya atılan teoriler de herhalde yukarıdaki düşüncemizi teyit etmektedir.

kusurunun hafifliği veya zayıf ekonomik durumu, zarar görenin zararının kısmen telafi edilmesine neden teşkil edebilmektedir (BK.m.43,44). Oysa amacın telafi olduğu bir hukuk düzeninde, zarar verenin kusurlu ve hukuka aykırı davranışından ötürü zarar görenin, zararının tam olarak giderilmesi beklenirdi.

Bir diğer önemli neden, Türk pozitif hukukunda telafi amacı ile bağdaştırılması güç bazı kuralların kabul edilmiş olmasıdır<sup>294</sup>. Bunun bir örneği Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da kabul edilen üç katı tazminat hükmüdür (RKHK.m.58/II)<sup>295</sup>. Söz konusu hüküm, teşebbüsün ağır ihmal veya kasten hukuka aykırı bir şekilde zarar vermesi durumunda<sup>296</sup>, zarar görenin zararının üç katına kadar tazminat talep etmesine olanak tanımaktadır. Buna son derece benzer bir başka hüküm, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer almaktadır (FSEK.m.68)<sup>297</sup>. Bu düzenlemeye göre, mali haklarına tecavüz edilmesi halinde, eser sahibinin bu tecavüz nedeniyle uğradığı zararın üç katına kadar tazminat talep edebilmesi mümkündür. Bu iki hükmün, telafi amacının bir sonucu olan, *tazminat miktarının zarar ile sınırlı olması kuralı* ile açık bir şekilde çeliştiği görülmektedir.

<sup>294</sup> RKHK. ve FSEK. dışında, PHKHKHK. (m.140,141); ETKHKHK. (m.52,53) ve MKHKHK.'da da (m.66,67) benzeri hükümler bulunmaktadır. Gerçi birbirine benzer şekilde kaleme alınan bu hükümlerin, zarardan daha fazla tazminattan ziyade, zarar hesabının kolaylaştırılması ve zarar görenin daha etkin bir şekilde himaye edilmesine hizmet ettiği de iddia edilebilir.

<sup>295</sup> RKHK.m.58/2'ye göre; "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*".

<sup>296</sup> Söz konusu maddede örtülü kanun boşluğu bulunduğu fikrinden hareketle, maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. SANLI, Haksız Fiil, s.270

<sup>297</sup> MADDE 68 - (Değişik: 4110 - 7.6.1995) (Değişik 1. fıkra: 4630 - 21.2.2001 / m.25) "*Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş veya radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmiş ise; izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır. Bir eserden izinsiz çoğaltma yolu ile yarar sağlanıyorsa ve çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmamışsa, eser sahibi; çoğaltılmış kopyaların, çoğaltılmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltılmaya yarayan film, kalıp ve benzeri gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltma yoluna giden kişinin yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bir eserin izinsiz çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmışsa veya satış haksız bir tecavüz oluşturuyorsa, eser sahibi tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir. Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.*"

Dolayısıyla bu hükümlerin varlığı karşısında, pozitif hukuk açısından telafi amacının savunulması son derece güçtür<sup>298</sup>.

Nihayet son olarak doktrindeki baskın görüş, manevi tazminatın amacının telafi olmadığını ileri sürmektedir<sup>299</sup>. Bu düşünceye göre manevi tazminat zarar görenin acı ve üzüntüsünü gidermekten ziyade, zarar görende biraz olsun rahatlama sağlama amacını taşır. Doğal olarak bu görüş kabul edilirse, telafi amacı haksız fiil hukukunun geneli için geçerli bir amaç olmayacaktır. Zarar görenin zararının telafisi, sadece maddi tazminat açısından uygulama alanı bulur. Manevi tazminatın amacı ise farklıdır.

Görüldüğü üzere sayılan bu nedenler, pozitif hukuk açısından haksız fiil hukukunun öncelikli amacının telafi olmadığına işaret etmektedir. Fakat bunların dışında başka nedenler de saymak mümkündür. Sözgelimi telafi amacı, haksız fiil hukuku kurallarının yorumunda da önemli bir rol oynamaz. Kanımızca amaç olarak kabul edilen bir mefhum, yorumda yol gösterici olmalı ve uygulamada bu kavrama atıf yapılması beklenmelidir. Üstelik kusur ve nedensellik gibi temel kavramların dahi pozitif olarak tanımlanmadığı haksız fiil hukukunda, bunun daha yaygın olması gerekir. Oysa zararın hesaplanması ve tazminatın zarar ile sınırlı olması halleri dışında (*ki bu ilke de yukarıda belirttiğimiz kurallar nedeniyle artık geçerli değildir*), telafi amacının yorum faaliyetinde hemen hemen hiç rol oynamadığı görülmektedir. Nitekim bu konudaki çalışmalara bakıldığında gerek yorumda, gerekse normların izah edilmesinde çoğu kez telafi amacı ile ilgili olmayan farklı ilke ve prensiplere atıf yapılmaktadır<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> Tabi burada farklı gerekçeler ileri sürülebilir. Örneğin bu kuralların haksız fiil hukuku vasfını taşımadığı, hukuki niteliklerinin farklı olduğu iddia edilebilir. Şüphesiz zararın tazminatı aşması dışında, bu kuralların farklı bir özelliğinin olmaması, ayrıca hükümlerin lafzen haksız fiil hukuku kuralı özelliğini taşıması karşısında bu tür bir iddia makul gözükmemektedir.

<sup>299</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/I/B2

<sup>300</sup> Türk hukukundaki eserlerde, nimet-külfet, zarar görenin korunması, tehlikelilik, hâkimiyet sahası gibi zararın giderilmesi ile alakası olmayan çok farklı ilke ve prensiplerin rol oynadığı görülmektedir.

Ayrıca doktrinde kabul edilen bazı kuramlar, açık bir şekilde zarar görenin zararının telafi edilmesi amacına da ters düşmektedir. Örneğin nedensellik bağı bahsinde kabul edilen uygun nedensellik teorisini ele alalım. Söz konusu teorinin temel amacı, zarar verenin sorumluluğunun kapsamının sınırlanmasıdır<sup>301</sup>. Zarar veren ancak öngörebileceği ve önlem alabileceği risklerden sorumlu tutulmalı, atipik ve tesadüfî riskler kapsam dışında tutulmalıdır. Bunun ise telafi amacı ile hiçbir ilgisi yoktur. Zarar görenin telafi edilmesi, zarar verenin neden tesadüfî zararlardan sorumlu tutulmaması gerektiğini açıklayamaz. Benzer şekilde yansıma zarara ya da salt ekonomik zarara<sup>302</sup> olan yaklaşımı düşünelim. Açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada ve doktrinde zarar verenin salt ekonomik zararlardan sorumluluğu sınırlanır<sup>303</sup>. Mesela yansıma zarar kural olarak tazmin edilmez. Bu uygulamanın telafi amacı ile açıklanması mümkün olmadığı gibi, amacın telafi olduğu bir hukuk sisteminde ise, zarar görenin bu zararlarının da aynen diğer zararlar gibi telafi edilmesi beklenir<sup>304</sup>.

Özetle pozitif açıdan baktığımız zaman, zarar görenin zararının telafi edilmesi haksız fiil hukukunun amacı değildir. Ayrıca düşüncemize göre, normatif açıdan da telafi amacı uygun değildir. Yani haksız fiil hukukunun pozitif açıdan amacının telafi olmadığı; fakat normatif açıdan telafi amacını taşımasının isabetli olduğu da ileri sürülemez. Düşüncemize göre telafi amacı yoruma esas teşkil edecek bir derinliğe sahip olmadığı gibi, normatif açıdan herhangi bir bağımsız değer de taşımaz. Zarar görenin zararının telafi edilmesini gerektiren (*üzerinde uzlaşmaya varılmış*) herhangi bir deontolojik ilke olmadığı gibi, *sonuçsal etik* açısından bakıldığında da, zarar görenin zararının telafi edilmesine bağımsız bir değer atfedildiğini düşünmek için bir neden yoktur. Bu, tipik bir haksız fiil kurgusu dışında, örneğin kasten bir başkasının öldürülmesi ya da zarar verilmesi gibi hallerde önem taşıyabilir. Örneğin zarar verenin bu eyleminden sorumlu tutulması,

---

<sup>301</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §3/I/B

<sup>302</sup> Kavram için bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2

<sup>303</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/da

<sup>304</sup> Belirtelim ki burada bu teori ve uygulamaların normatif açıdan isabetli olmadığı ima edilmemekte, sadece belirtilen amacın bu teorileri açıklayamadığına vurgu yapılmaktadır.

toplumdaki adalet hissisinin tatmin olmasını sağlayarak sosyal refahı arttırabilir. Fakat düşüncemize göre, haksız fiil hukukunun tipik uygulama alanı kast haricindeki riskli davranışlar olduğu için, bu türden mülhaza ileri sürülmesi güçtür<sup>305</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde zarar görenin telafi edilmesi haksız fiil hukukunun amacı değildir. Fikrimizce, zararın telafi edilmesi, başka amaç ya da amaçların elde edilmesinde hedeflenen bir ara amaç veya sonuç olabilir<sup>306</sup>. Diğer bir deyişle tazminat borcu zarar görenin zararını gidermeyi amaçlamaktadır, ama haksız fiil hukukunun amacı bu değildir. Telafi, izlenen başka amaca hizmet ettiği ölçüde anlam taşır. Peki, acaba haksız fiil hukukunun başka bir amacı olduğu söylenebilir mi? Ne yazık ki bu hususta kesin bir yargıya varmak güçtür. Dolayısıyla bu konuda tahmin yürüterek bazı ihtimalleri değerlendirmek gerekir.

**I. İhtimal:** Bir olasılık gerçekten de haksız fiil hukukunun kastettiğimiz manada tek ve belirli bir amacının olmamasıdır. Haksız fiil hukuku çok geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle tek bir amacı olduğu söylenemez. Kuralların ortaya çıkışında farklı mülhazalar ve amaçlar rol oynamış ve uygulama zaman içerisinde farklı ilkeler ışığında şekillenmiştir<sup>307</sup>. Mesela ilk yıllarda bireyci liberal görüşler nedeniyle sorumluluk kusur ilkesine dayandırılmış, daha sonra sosyal adalet düşüncesinin etkisiyle zarar görenleri daha etkili bir şekilde himaye eden kusursuz sorumluluk ilkesi yerleşmeye başlamıştır. Üzerinde fikir birliğine varılan yegâne husus, kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde doğan tazminat alacağının, zarar görenin zararını telafi ettiği'dir. Nitekim bunun amaç olarak

---

<sup>305</sup> Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>306</sup> Dikkat edilirse, haksız fiil hukuku için zikredilen bu üç amaç arasında bir fark vardır. Zararın giderilmesi amacı, diğer iki amaç ile aynı düzlem veya değerde değildir. Mesela “önleyicilik” amacını ele alalım. Burada sorumluluk hukuku kişileri daha özenli davranmaya sevk ederek, zararların azaltılması gibi bir sosyal fayda sağlandığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre zararın azaltılması normatif bir amaç olup, zararın giderilmesi de bu amaca yönelik bir “araç” işlevi görür. Keza benzer şekilde hakkın devamı görüşü de, hakkın varlığı ve korunmasına normatif bir değer vermekte ve hak sahibinin zararının giderilmesinin bu amaca hizmet ettiği fikrini benimsemektedir. Oysa zararın giderilmesi, en azından ilk bakışta, herhangi bir başka üst amaca hizmet etmeyip, bizatihi zarar görenin zararının telafisine normatif değer yüklemekte ve salt bunu amaç olarak benimsemektedir. Fakat bu başlı başına normatif değer taşıyan bir olgu değildir.

<sup>307</sup> Bu tür çoğulcu görüşlere doktrinde de rastlanmaktadır. Örneğin COLEMAN’ın denkleştirici adalet görüşü, büyük ölçüde bunu ifade etmektedir (COLEMAN, s.303).

zikredilmesinin altında yatan belki de budur. Dolayısıyla kuralların yorum ve izah edilmesinde farklı ilke ve amaçlar pekâlâ rol oynayabilir, nitekim oynamaktadır.

Bu makul bir açıklamadır. Muhtemelen haksız fiil hukuku uygulamasında hep çoklu (*pluralist strategies*) amaçlar rol oynamış ve amaçlardan hiç biri sistematik olarak diğerlerinin üzerinde yer almamıştır. Bu durumda her türlü kural, kuram ve uygulama prensibinin tutarlı bir şekilde tek bir amaç tahtında izah edilmesi beklenmemelidir. Hatta haksız fiil hukukunun uygulama alanının genişliği düşünüldüğü zaman, normatif açıdan da tek bir amacın benimsenmesinin isabetli olmadığı dahi iddia edilebilir. Zira son tahlilde amaçların çokluğu, uygulama ve yorumda esneklik sağlayacaktır.

**II. İhtimal:** İkinci olasılık ise, haksız fiil hukukundaki uygulama ve prensiplerinin son tahlilde “*adalet*” fikri çerçevesinde izah edilebileceğidir. Yani haksız fiil hukukunun yorumunda adalet amacı esas alınabilir. Başkasına verilen zararın telafi edilmesi, adaletin gereğidir. Nitekim gerek kanun hükümleri<sup>308</sup>, gerek bu konudaki çalışmalar incelendiğinde, ortaya atılan ilkelerin “(*denkleştirici*) *adalet*” ve “*hakkaniyet*” potası altında eritildiği görülmektedir<sup>309</sup>. Dolayısıyla açıkça belirtilmemekle birlikte, haksız fiil hukukunun amacının “(*denkleştirici*) *adaletin*” sağlanması, “*zararın telafisi*” mefhumunun ise sadece bunun bir aracı olduğu söylenebilir<sup>310</sup>. Aşağıda Türk Hukukunda bu amacın benimsendiğini varsayarak, kısaca bu amacın geçerliliği tartışılmaktadır<sup>311</sup>.

#### 4. Denkleştirici Adaletin Sağlanması Amacı

---

<sup>308</sup> Bu hususta BK.’nın 43, 47 ve 54. maddeleri ilk akla gelen normlardır.

<sup>309</sup> Özellikle kusursuz sorumluluk normlarının kabul edilmesinde sıklıkla bu ilkeye atıf yapılmaktadır. Mesela bkz. EREN, s.449,451;576;601;610

<sup>310</sup> Nitekim bkz. ATAMER, s.99,100 (*Yazar, gerek zararın isnadı, gerekse tazminatın belirlenmesinde, İsviçre-Türk hukuk sisteminin sosyal adalet düşüncesini gerçekleştirme amacına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu yargıya ise, bilhassa zararın taraflar arasında paylaşılmasına imkân veren BK.m.43 ve 44 normlarından yola çıkarak varmaktadır.*)

<sup>311</sup> Türk Hukukunda bu konuda bir üst amaçtan bahsedilmemesi ya da bu konuda bir tartışma olmamasının nedeni, belki de hukukun nihai hedefinin adaleti sağlama olduğu konusunda bir varsayımın egemen olmasıdır.



Amacın denkleştirici adaletin sağlanması olduğunun kabulü, şüphesiz haksız fiil hukukunu felsefi açıdan sağlam ve meşru bir temele dayandırır. Adalet kavramının bir türü olan denkleştirici adalet, kabaca, bireyler arasındaki ilişkilerdeki eşitliği ya da menfaat dengesini esas alır. Buna göre bu dengeyi haksız yere bozan taraf bunu telafi etmelidir<sup>312</sup>. Dolayısıyla iki temel üzerinde inşa edilmiştir: “zarar görenin zararının telafisi” ve “bu telafinin zarar veren tarafından yapılması”. Zarar veren, zarar görenin zararlarını tazmin ettiği vakit, denkleştirici adaletin gereği yapılmış sayılır. Ancak haksız fiil hukukundaki adalet fikri, zarar görenin her zaman telafi edilmesini öngörmez. Kişilerin birbirlerine zarar vermesi sosyal yaşamın kaçınılmaz sonucu olup, kural olarak zarar gören buna katlanmalıdır. Zararın, zarar verene yükletilmesi için, onun ahlaken kınanabilir bir biçimde davranmış olması gerekir. Kişi toplumun ondan beklediği iradi çabayı göstermediği zaman ahlaken kınanabilir davranmıştır ve ancak bu halde zarardan sorumlu olmalıdır. Nitekim bu, kişinin kusurlu olmasını ifade eder.

Görüldüğü üzere bu yaklaşım sorumluluk hukukundaki kusur ilkesini açıklamaktadır. Ayrıca kusuru kişinin iradi zayıflığı ile ilişkilendirerek ahlaki bir temele oturtmakta ve yorum faaliyeti hakkında fikir vermektedir<sup>313</sup>. Sorumluluk kusur ile ilişkilendirilince, adaletin gereği olarak tazminatın kapsamının kişinin kusuruna göre değişmesi olağandır. Kişinin bilerek ve isteyerek zarar verdiği bir durum ile özensiz davranarak zarara yol açması doğal olarak farklı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme de, yani zararların kimin ne ölçüde katlanacağı da somut olay adaleti olan “hakkaniyet” kavramı ışığında yapılmaktadır.

Kusursuz sorumluluk hallerinde ise, ahlaki açıdan kınanan bir davranış yoktur. Bu durumda farklı ilkeler sorumluluğu haklı kılmaktadır<sup>314</sup>. Sorumluluk, somut duruma göre, zarar görenin zarar veren karşısında korunması (*dağılımsal amaçlar*), nimet-külfet,

---

<sup>312</sup> GÜRİZ, s.175; İZVEREN, s.155

<sup>313</sup> EREN, s.449; TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.1

<sup>314</sup> Kusursuz sorumluluğu gerektiren ilkeler hakkında bkz. TANDOĞAN, s.93,94; OĞUZMAN/ÖZ, s.484,485; EREN, s.451

hâkimiyet, tehlikelilik, fedakârlığın denkleştirilmesi ve yararlanma gibi ilkeler nedeniyle doğmakta ve tüm bu ilkelerin adalet fikri çerçevesinde izahına çalışılmaktadır. Örneğin adam çalıştıran, kendisi veya çalışanın hiçbir kusurunun olmadığı zarar verici davranışlardan sorumlu olmalıdır. Zira kendi hâkimiyeti altında iş gördürerek hizmetinden yararlandıkları kişilerin yol açtıkları zararlara katlanmaları hakkaniyet gereğidir<sup>315</sup>. Keza hakkaniyet gerektiriyorsa, ayırtım gücü olmayan kişi de verdiği zararlardan sorumlu olmalıdır (BK.m.54).

Herhalde “*adalet*” normatif olarak hukuk kurallarına atfedilebilecek en cazip amaçtır. Telafi amacının açıklayamadığı, kusur ilkesi ve tazminatın tenkisi gibi bazı kurallara dayanak olabilmektedir. Ayrıca hakkaniyet kavramı da kuralların yorumunda yol gösterici olabilir. Adaletin esnek bir kavram olması, çok farklı ilkelere temel olmasına imkân vermektedir. Fakat bu özellikleri, aynı zamanda olumsuz yönünü oluşturur. Her şeyden önce adalet prensibinin tam olarak içeriği ve anlamı belirli değildir<sup>316</sup>. Doktrinde adalet veya hakkaniyetin neyi gerektirdiği hususunda değerlendirme yapmaktan imtina edilmekte, “*içeriği boş*” bir meşruiyet ölçütü olarak kullanılmaktadır. Fakat bunun kaçınılmaz sonucu olarak, düşünce sıklığı kaybolmakta ve adalet bir amaç olarak yol gösterici özelliğini yitirmektedir.

Bu çerçevede adalet amacını esas alarak, kişilerin çok farklı düşünceler ileri sürmesi de olasıdır. Mesela adalet amacının sosyal refahın maksimize edilmesini gerektirdiği iddia edilebilir. Ya da adalet anlayışının değiştiği ve günümüzde, zarar verenin “*kusur*” değil, “*sebepl olma*” ilkesine göre sorumlu tutulmasının daha adil olduğu ortaya atılabilir<sup>317</sup>. Buna paralel olarak adalet amacının yorumdaki yol gösterici rolü de sınırlı hale gelmektedir. Örneğin kusur kavramının ahlaki bir temele dayandırılması, somut olayda hangi davranışın kusurlu olduğu hususunda bir ölçüt vermez. Yani hangi davranışın

---

<sup>315</sup> EREN, s.576; OĞUZMAN/ÖZ, s.590,591

<sup>316</sup> GÜRİZ, s.69,70; İZVEREN, s.161; CALABRESI, s.24,25; krş. LANDES/POSNER, s.19

<sup>317</sup> TANDOĞAN, s.90

ahlaken kınanabilir olduğu hususu, başkaca ölçütlerden yola çıkarak belirlenebilir ki, adalet bu ölçütlerin ne olduğu hususunda yarar sağlamaz.

Adalet kavramı ile ilgili daha önemli bir sorun, bu amaç çerçevesinde izah edilmesi çok güç, birbiriyle tutarlı olmayan bazı uygulamaların mevcut olmasıdır. Birkaç örnek verelim. Denkleştirici adalet fikri, kusursuz olması şartıyla, birinin diğetine hukuka aykırı bir fiille zarar vermesi durumunda, zarar görenin buna katlanması gerektiğini öngörür. Bu önermenin adaleti bir kenara, sorumluluk hukuku bünyesindeki tutarlılığı şüphelidir. Adalet, zarara, zarar görenin katlanmasını gerektiriyorsa, birinin diğetine hukuka uygun ve kusursuz bir davranış ile zarar vermesi halinde aynı sonucun evleviyetle geçerli olması; yani sorumluluğun doğmaması gerekir. Oysa burada hakkaniyetten kaynaklanan fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi, tazminatı haklı kılmaktadır. Bu iki adalet anlayışının birbiriyle bağdaştırılması son derece güçtür (BK.m.52).

Benzer bir sorun, kusursuz sorumluluk hallerinin izah edilmesinde de karşımıza çıkar. Çok çeşitli sorumluluk hallerinin varlığı, bunların farklı ilkeler ile açıklanmasına yol açmakta, fakat bu ilkeler bolluğu tümünün tutarlı olarak adalet amacı etrafında açıklanmasını güçleştirmektedir. Adalet amacının, nimet-külfet, yararlanma ve tehlikelilik gibi farklı ilkelere nasıl olup da meşru bir zemin teşkil ettiğı ve bu ilkeler arasında nasıl bir ilişki olduğu son derece belirsizdir. Türk hukukunda bu belirsizliği aşmaya yönelik bir zihinsel çabaya da rastlanmamaktadır.

Son olarak, denkleştirici adalet amacıyla bağdaştırılması güç olan, sigorta kurumuna değinelim. Denkleştirici adalet, zarar görenin zararının zarar veren tarafından tazmin edilmesini gerektiriyorsa, riskin sorumluluk ve/veya kaza sigortası kapsamında himaye edildiğı hallerde, adaletin gereğı yerine gelmemiş olacaktır. Örneğin zarar verenin sorumluluk sigortasına sahip olduğu bir olasılıkta, tazminat doğal olarak zarar veren değil, sigortacı tarafından ödenmektedir. Bunun ise denkleştirici adalet amacına uygun olmadığı

açıktır<sup>318</sup>. Bu bağlamda, Karayolları Trafik Kanunu (m.91) gibi sigorta zorunluluğu öngören alanlardaki haksız fiiller açısından, denkleştirici adalet fikrinin rol oynamadığı kolaylıkla söylenebilir. Sigorta kurumu ne ölçüde yaygınlaşırsa, denkleştirici adalet amacının savunulması o derece güçleşecektir.

Özetle sorumluluk hukukunun denkleştirici adalet amacına hizmet ettiğinin kabul edilmesi, işaret ettiğimiz sorunları çözmektedir. Normatif olarak cazip bir amaç olmakla birlikte, belirsiz muhtevası, bu amacın yorumda oynayabileceği rolü büyük ölçüde zayıflatmaktadır. Bunun sonucu olarak yorumda bu kavrama atıf yapılması sembolik bir anlam taşımaktadır. Önemle vurgulayalım ki, bu durum adalet kavramının mahiyetinden kaynaklanan bir sorun değildir. Sorun, doktrin ve uygulamada denkleştirici adalet amacının haksız fiil hukuku açısından hangi ilke ve prensipleri öngördüğü hususunda kapsamlı bir değerlendirmenin yapılmamış olmasıdır<sup>319</sup>. Bunun sonucu olarak adalet amacı çerçevesinde tutarlı bir haksız fiil hukuku teorisi de oluşmamıştır. Bu itibarla, amacın denkleştirici adaletin sağlanması olduğunu kabul etmek, en azından mevcut uygulama bakımından yorum faaliyetinde pratik bir fayda sağlamaktan uzaktır.

---

<sup>318</sup> Gerçi burada zarar verenin sigorta primi ödediği ve bir ölçüde de olsa zarara katlandığı ileri sürülebilir. Şüphesiz sigorta tekniği ve uygulaması açısından bakıldığı zaman, ödenen bu primin (*olasılık değeri çok yüksek olmadığı ve sigortacının riski isabetli bir şekilde değerlediği bir olasılıkta*) zararın ancak ufak bir kısmını teşkil ettiği kolaylıkla söylenebilir. Bu durumda zarar, zarar verenden ziyade, sigortalılar topluluğu tarafından karşılanmaktadır. Bunun adalet ilkesi açısından nasıl değerlendirileceği ise ayrı bir sorundur.

<sup>319</sup> Düşüncemize göre pekala adalet ya da hakkaniyet amaçları çerçevesinde, haksız fiil hukukunu izah eden görüş ve teoriler savunulabilir. Nitekim ABD hukukunda, ekonomik teoriye alternatif, deontolojik ve etik temele dayanan çeşitli adalet teorileri mevcuttur. Tasnif etmek gerekirse, ABD hukukunda dört farklı adalet teorisinin olduğu söylenebilir. Bunlar, FLETCHER'in karşılıklılık (*reciprocity*) teorisi (FLETCHER P. George, *Fairness and Utility in Tort Theory*, Harvard Law Review, Vol.85 (1972), s.537-573), EPSTEIN'in nedensellik (*strict causal liability*) teorisi (EPSTEIN Richard, "Theory of Strict Liability", Cato Institute, 1980; EPSTEIN Richard, "A Theory of Strict Liability", The Journal of Legal Studies, Vol.2 (1973), s.151 vd), COLEMAN'ın (çoğul) denkleştirici adalet (*mixed corrective justice*) teorisi (COLEMAN, s.361 vd.) ve son olarak da WEINRIB'in şekilci denkleştirici adalet (*formalist corrective justice*) teorileridir (bkz. WEINRIB J. Ernst, "Corrective Justice", Iowa Law Review, Vol. 77 (1992), s.403-425; WEINRIB J. Ernst, "Understanding Tort Law", Valparaiso Law Review, Vol.23 (1989), s.485-526). Bu çalışmada bu teorilere yer verilmeyecektir. Fakat bu teoriler, adalet idesini temel alarak, haksız fiil hukukunun izah edilmesinin mümkün olduğuna işaret etmektedir.

## II. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Haksız Fiil Hukukuna Atfedilen Amaç: Sosyal Maliyetlerin Asgariye İndirilmesi

### A. Genel Açıklamalar

Görüşümüze göre *haksız fiil hukukunun amacı, sosyal refahın maksimize edilmesi olmalıdır*. Dolayısıyla kuralların yorumunda esas alınması gereken, zararın telafisi veya denkleştirici adaletin sağlanması değil, *sosyal refahın artırılması amacıdır*. Zarar görenin zararının telafi edilmesi ise salt bu amaca hizmet eder. Bu nedenle zararın telafi edilmesi kendi başına normatif bir değere sahip olmayıp, refahta artışa neden olduğu ölçüde anlam taşır. Eğer zarar görene tazminat ödenmesi refah artışına yol açmayacaksa, haksız fiil hukukunun uygulanması için bir neden yoktur.

Burada sosyal refah amacının normatif değerine dair izahat yapılmayacaktır. Bunun neden izlenmeye değer bir amaç olduğu yeteri derecede açıktır<sup>320</sup>. Fakat bu amacın özellikle belirtilmesi gereken olumlu bir özelliği, işlevsel olmasıdır. Refahın artırılması, açık ve belirli olması nedeniyle kuralların yorumunda göstermekte ve haksız fiil hukukunu daha sağlıklı ve tutarlı bir teorik temele oturtmaktadır. Hatta aşağıda da açıklanacağı üzere, haksız fiil hukukundaki pek çok kural ve kuramı izah edebilmektedir. Böylelikle ekonomik analiz, haksız fiil hukukuna dair bütünsel bir perspektif sunabilmektedir. Kanımızca bu, bilhassa mevcut Türk hukuk doktrini ve tatbikatındaki boşluk göz önünde tutulduğu zaman, son derece önemli bir avantajdır. Nitekim bu başlık altında, haksız fiil hukukunda sosyal refah amacının neyi ifade ettiği ve tazminatın bu amacı nasıl sağlayacağı açıklanacaktır.

Sosyal refah, kişilerin faydalarının toplamını ifade eden bir kavramdır. Salt kişilerin faydaları ile ilgili olup, “*fayda*” dışında herhangi başka bir kavramın bağımsız bir

---

<sup>320</sup> Özellikle zarar görenin zararının telafisi amacı ile mukayese edildiği zaman, sosyal refahın artırılması amacının normatif değeri açık bir şekilde görülecektir.

değeri yoktur<sup>321</sup>. Bu açıdan ilk belirtilmesi gereken prensip, haksız fiil hukukunun tatbik edilmesinin kişilerin faydasını etkilediği ölçüde önem taşıdığıdır. Herhalde bu hususta hukukçunun ilk aklına gelen, tazminat alacağının zarar görenin faydasını arttırmasıdır. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere<sup>322</sup>, tazminat bir başkasının (*kural olarak zarar verenin*) malvarlığından sağlanacağından, bir tarafın faydası artarken, diğer tarafın faydası azalır. Zarar verenin faydası da zarar gören ile aynı ağırlıkta refah denklemi içerisinde yer alıyorsa<sup>323</sup>, tazminatın ödenmesi sosyal refahta “*net*” bir artış sağlamaz. Dolayısıyla ikinci prensip, kural olarak herkesin (*ve bu arada haksız fiilin muhatabı olmayan kişilerin de*) faydasının refah denkleminde yer almasıdır.

Peki, haksız fiil hukuku sosyal refahı nasıl arttıracaktır? Ekonomik açıdan bakıldığı zaman haksız fiil hukukunun önemi, zararın meydana gelmesinden sonra değil, öncesinde ortaya çıkar. Yani mühim olan meydana gelmiş zararın taraflar arasında nasıl paylaşılacağı değil, zararın telafi edilmesinin “*risk*” ve “*riskli davranışlar*” üzerindeki etkisidir. *Ex ante* yaklaşım, sosyal refahın arttırılması amacına hizmet eden haksız fiil hukukunun üçüncü önemli özelliğidir. Bu özellikler çerçevesinde haksız fiil hukuku tatbikatının kişilerin faydası ve refahı nasıl arttırdığını tahmin etmek pek de zor değildir. Haksız fiil hukuku zarara neden olan davranışları konu aldığına göre, sosyal refah, *ex ante* açıdan bu davranışların neden olduğu maliyetlerin (*zararların*) azaltılması veya önlenmesi ile arttırılabilir. Bu nedenle haksız fiil hukukunda sosyal refah artışından ziyade, karşıt kavram olan “*sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi*” amacından bahsetmek daha isabetlidir<sup>324</sup>. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinde de tercih edilen terim budur<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> Kavram hakkında bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/1

<sup>322</sup> Bkz. yukarıda §3/I/B/2

<sup>323</sup> İhmal suretiyle verilen zararlar açısından, zarar verenin faydasının dikkate alınacağı konusunda tereddüt yoktur. Buna karşılık kasten verilen zararlar açısından, zarar verenin fiilden sağladığı faydanın refah denklemi içerisinde yer alıp almayacağı tartışmalıdır. Bkz. Dördüncü Bölüm §1/I/B

<sup>324</sup> Önemle belirtelim ki, sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi amacı, sosyal refahın maksimize edilmesinden farklı değildir. Sadece bunun farklı şekilde ifade edilmesidir. Bunun nedeni ise, sorumluluk hukukunun zararlı, yani maliyete neden olan davranışları konu alması ve refahın da bu maliyetlerin azaltılması ile arttırılabileceğidir. Amacın bu şekilde ifade edilmesi, hukuk politikası açısından, birincil, ikincil ve üçüncül maliyetler olarak da ifade edilen, izlenmesi mümkün bazı somut hedefler öngörmesi nedeniyle daha işlevseldir.

Öğretide haksız fiillerin neden olduğu sosyal maliyetlerin üç ayrı unsuru olduğu kabul edilmektedir<sup>326</sup>. Bunlardan ilki, doğrudan haksız fiillerin neden olduğu zararlar ve bu zararları önleme maliyetleridir. Tazminat sorumluluğu ile karşılaşma riski, kişileri davranışlarında daha özenli olmaya sevk ederek zararların doğmasını önlemekte ve böylelikle olası zararları azaltmaktadır<sup>327</sup>. Bu zararlar, sosyal maliyetin en önemli unsuru olması itibarıyla “birincil maliyetler” (*primary costs*) olarak adlandırılır<sup>328</sup>. Haksız fiillerin yol açtığı diğer bir maliyet, bizatihi zarar olasılığının, yani riskin, kişinin beklenen faydasında yol açtığı azalmadır. Doktrinde “ikincil maliyet” (*secondary costs*) olarak kabul edilen bu maliyetler<sup>329</sup>, kişilerin genelde riskten sakındığı veya en azından risk karşısındaki tutumlarının farklı olduğu varsayımına dayanır. Buna göre, eğer haksız fiil hukuku, tazminatı riski taraflar arasında etkin bir şekilde tahsis edebilir; yani riski bundan daha az etkilenen kişiye yükleyebilirse bu maliyetler azaltılabilir. Dikkat edilirse, burada tazminat sorumluluğunun önleyici işlevine değil, sadece riskin dağıtılmasında oynayabileceği olumlu role dikkat çekilmektedir. Nihayet haksız fiillerin neden olduğu diğer maliyet unsuru, zararın oluşması ile birlikte bunun telafi edilmesi için tarafların ve toplumun katlandığı maliyetlerdir<sup>330</sup>. Doktrinde “üçüncül maliyetler” (*tertiary costs*) ya da “idari maliyetler” (*administrative costs*) olarak adlandırılan bu maliyetlerin asgariye indirilmesi, sadece haksız fiil hukuku değil, tüm hukuk dalları için dikkate alınması gereken bir amaçtır.

Özetle ekonomik açıdan bakıldığı zaman haksız fiiller üç tür maliyete neden olur. Öğretide haksız fiil hukukunun amacının bu maliyetlerin asgariye indirilmesi olduğu kabul

---

<sup>325</sup> CALABRESI, s.26 vd.; HARRINGTON, s.332; COOTER/ULEN, s.320; SCHAFFER/OTT, s.113; COLE/GROSSMAN, s.214

<sup>326</sup> CALABRESI, s.26,27,28; COLE/GROSSMAN, s.214; SCHAFFER/OTT, s.113,117,122

<sup>327</sup> CALABRESI, s.73; HARRINGTON, s.333

<sup>328</sup> CALABRESI, s.26; MICELI, s.39; COLE/GROSSMAN, s.214

<sup>329</sup> CALABRESI, s.27; HARRINGTON, s.333

<sup>330</sup> CALABRESI, s.28

edilir<sup>331</sup>. Kolaylıkla görülebileceği üzere, bu maliyetler birbiriyle tam uyum içerisinde değildir<sup>332</sup>. Yani birinin asgariye indirilmesi, diğer maliyetlerde artışa neden olabilir. Dolayısıyla bu hedeflerin üçünü de aynı anda izlemek mümkün olmayabilir. Bu durumda ise seçim yapmak gerekir. Örneğin üçüncül maliyetleri ele alalım. Bu maliyetler, haksız fiil hukuku lağvedildiği zaman büyük ölçüde ortadan kalkmakta, fakat bu durum haksız fiillerin ve dolayısıyla birincil ve ikincil maliyetlerin artmasına yol açmaktadır. Benzer çatışma, birincil ve ikincil maliyetler arasında da vardır<sup>333</sup>. Doğal olarak bundan çıkarılması gereken ilk sonuç, hukukun, haksız fiillerin neden olduğu sosyal maliyetleri tamamen ortadan kaldırmasının mümkün olmadığıdır. Haksız fiillerin neden olduğu sosyal maliyetlere katlanmak bir ölçüde kaçınılmazdır. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman ise sorun, makul veya optimum sosyal maliyet seviyesinin belirlenmesidir. Bu ise kabaca, bu maliyetlerin birbirleriyle dengelenerek sosyal maliyetin asgariye indirildiği seviyeyi ifade eder<sup>334</sup>. Aşağıda bu maliyetler ele alınacak, akabinde de haksız fiil hukukunun amacı konusundaki görüşümüz açıklanacaktır.

## **B. Birincil Maliyetler (*Primary Costs*)**

### **1. Kavramlar: Zarar ve Özen Maliyetleri**

Sosyal maliyet içerisinde en büyük pay sahibi birincil maliyetlerdir. Bu nedenle bunların asgariye indirilmesi haksız fiil hukukunun temel işlevi olarak görülür<sup>335</sup>. Yani yukarıda tartıştığımız önleyicilik amacı ekonomik açıdan temel amaçtır. Birincil maliyetler

---

<sup>331</sup> SCHAFFER/OTT, s.113; HARRINGTON, s.333; krş. SHAVELL/KAPLOW, s.86

<sup>332</sup> CALABRESI, s.29; SCHAFFER/OTT, s.122; HARRINGTON, s.333

<sup>333</sup> Birincil ve ikincil maliyetler arasında çatışmanın ortaya çıkabileceği pek çok hal tasavvur edilebilir. Fakat bu çalışma çerçevesinde temel çatışma, manevi zararlar da ortaya çıkmaktadır. Bu zararlar açısından rasyonel bireylerin genellikle sigorta talebinin olmaması, ikincil maliyetler perspektifinden bakıldığı zaman zarar görenin zararının tazmin edilmesini gerektirmez. Buna mukabil manevi zarar da diğer zararlar gibi sosyal maliyetin bir parçasıdır. Dolayısıyla birincil maliyetler açısından zarar verenin bu maliyetlerden sorumlu tutulması ve tazminat ödemesi gerekir. Bu bağlamda ortaya bir ikilem çıkmaktadır (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/2/a)

<sup>334</sup> CALABRESI, s.29; SCHAFFER/OTT, s.123

<sup>335</sup> CALABRESI, s.; SCHAFFER/OTT, s.113



her şeyden önce, haksız fiil sonucu zarar görenin (*ya da görenlerin*) zarar nedeniyle faydasında yaşadığı azalmanın para birimi üzerinden toplam değerini kapsar<sup>336</sup>. Fayda temelinde tanımlandığına göre, bu maliyetler sadece maddi değil, manevi zararları da ihtiva eder. Örneğin bir trafik kazası sonucunda vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin yapmak zorunda kalacağı tedavi masrafları kadar, bu kazanın yol açtığı acı, elem ve sıkıntı da kişinin faydasında azalmaya yol açar. Bu maliyetler de sosyal maliyetin parçası olarak dikkate alınır<sup>337</sup>.

Haksız fiil hukukunun, kısaca “*zarar maliyetleri*” olarak ifade edebileceğimiz bu maliyetler üzerinde nasıl bir etkisi olduğu yukarıda anlatılmıştı. Tazminat riski, *ex ante* açıdan kişileri davranışlarının zararlı sonuçları hususunda “*özenli*” davranmaya sevk etmekte ve bu durum, daha az kaza ve zarar meydana gelmesine yol açmaktadır. Fakat kişilerin muhtemel zararları önlemek üzere davranışlarını uyarlamaları, örneğin özen göstermeleri, başkaca maliyetlere yol açar<sup>338</sup>. Örneğin araba sürücüsü, tazminat riskinden kaçınmak için hızını azaltmak, emniyet kemeri takmak, arabanın periyodik bakımını yapmak ve arabayı daha az kullanmak gibi farklı özenli davranışlar sergileyebilir. Haksız fiil zararlarının yol açtığı maliyetler ile özen göstermenin maliyetleri arasında herhangi bir fark olmadığına göre, bu maliyetlerin dikkate alınması tutarlılık gereğidir. Dolayısıyla birincil maliyetlerin diğer unsuru “*özen maliyetleri*”dir. Fakat zararın azaltılması için özenli davranmak, özen maliyetlerini ve dolayısıyla da birincil maliyetleri artırır. Bu nedenle bu maliyet türlerinin birbirinden bağımsız olarak azaltılması ve birincil maliyetlerin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Özen ve zarar maliyetleri arasındaki bu ters korelasyon (*ilgileşim*), birincil maliyetlerin nasıl asgariye indirileceği sorununu gündeme getirir.

---

<sup>336</sup> Zarar kavramının teorik temeli hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §2/A/1

<sup>337</sup> Manevi zarar hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §2/C/2/b

<sup>338</sup> Örneğin yavaş gitmesi durumunda işine gecikebilir, emniyet kemeri takmaktan sıkıntı duyabilir, arabayı bakıma götürmesi masrafa yol açar ve daha az kullanması halinde ise araba kullanmaktan sağlayacağı faydada bir azalma olur. Özen maliyetleri konusunda bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b.

Ekonomik açıdan sorunun cevabı basittir. Sorun, bu iki maliyet unsurunun optimize edilmesi ile çözümlenebilir. Birincil maliyetlerin asgariye indirilmesi, aslında zarar ve özen maliyetlerinin dengelenmesini ifade eder. Dengeleme, haksız fiil hukukunun kişileri “*optimum (etkin) özen*” göstermeye teşvik etmesi halinde mümkün olur. “*Etkin (optimum) özen*” ise, kabaca, özen gösterilmesinin (*marjinde*) sağladığı sosyal faydanın, maliyetlerinden fazla olmasını ifade eder. Yani özenli davranışın risk maliyetlerinde sağladığı azalmanın değeri, özen maliyetinden fazla ise, gösterilen özen etkindir<sup>339</sup>. Mesela 15 YTL’lik bir risk, 8, 14 ve 17 YTL’lik önleyici tedbirlerden birinin alınması halinde bertaraf edilebiliyorsa, etkin özen 8 YTL’lik tedbirin alınmasını gerektirir. Bu kurguda 14 veya 17 YTL’lik tedbirlerin alınması, kaza riskini tamamen bertaraf etse bile ekonomik açıdan kaynak israfıdır. Hatta somut risk sadece 17 YTL’lik bir tedbir alınarak bertaraf edilebiliyorsa, ekonomik etkinlik özen göstermemeyi gerektirir. Bu örnek, aynı zamanda riski her durumda azaltmanın anlamlı bir hedef olmadığını, bazı hallerde zararın gerçekleşmesinin daha isabetli (*etkin*) olduğuna işaret etmektedir. Her ne pahasına olursa olsun zarar maliyetlerini azaltmak akılcı bir hukuk politikası hedefi değildir. Bu nedenle haksız fiil hukuku kişileri “*azami özeni*” değil, “*etkin özen*” göstermeye sevk etmelidir.

## 2. Etkin (optimum) Özen

Haksız fiil hukukunun ekonomik analizinde merkezi öneme sahip olması itibarıyla, “*etkin özen*” kavramını açıklamak gerekir. Konumuz açısından “*özen*”, kabaca, risk veya muhtemel zararları önlemek ya da azaltmak amacıyla sergilenen davranışlar olarak tanımlanabilir. Bu davranışın görünümü, tamamen somut olayın özelliklerine bağlı olup, belirli bir özenli davranış modeli yoktur. Fakat kişinin yaptığı seçimler ile riski etkileyebildiğini dikkate alırsak, aslında özenli davranışın iki ayrı boyutunun olduğunu söyleyebiliriz. Kişi davranışının riskini ya bir takım önleyici tedbirler alarak ve/veya o

---

<sup>339</sup> Burada zarar yerine risk tabirini tercih etmememizin nedeni, *ex ante* bakış açısının geçerli olmasıdır. “*Risk değeri*” veya “*beklenen kaza maliyeti*” ise, kazanın neden olduğu zararın maliyeti ile bunun gerçekleşme olasılığının çarpılması ile bulunur. Yani; risk değeri = zarar maliyeti × olasılık değeri olarak ifade edilebilir. Çalışmada risk değeri, risk, beklenen kaza maliyeti tabirleri aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

davranışı ne sıklıkla yapmaya dair seçimlerini gözden geçirerek etkileyebilir. Bu açıdan özenli davranışın, “önleyici tedbir” ve “faaliyet seviyesi” olmak üzere iki ayrı boyutu vardır<sup>340</sup>.

Haksız fiil hukukunun özen ve zarar maliyetlerini optimize ederek birincil maliyetleri asgariye indirmesi, prensip olarak her iki açıdan da kişileri etkin davranmaya teşvik etmesi ile mümkün olur. Dolayısıyla tazminat riski sadece önleyici tedbir değil, faaliyet seviyesi açısından da kişiyi etkin seçimler yapmaya sevk etmelidir. Şimdi bunları kısaca açıklayalım.

#### **a. Etkin Önleyici Tedbir (Niteliksel Özen)**

Özen kavramının temel görünümü ve özen kavramı ile genellikle kastedilen tedbirli davranmak veya “önleyici tedbir” almaktır. “Önleyici tedbir”, kişinin belirli bazı riskleri önlemek amacıyla davranışlarını niteliksel olarak uyarlaması ve belirli davranış kalıpları sergilemesi olarak tanımlanabilir. Trafikte karşılaşılan riskler açısından somutlaştırmak gerekirse, keskin dönemeçlere yavaş girmek, hız limitini ayarlamak, emniyet mesafesini korumak, karanlıkta far yakmak gibi sürücü davranışları buna örnek gösterilebilir<sup>341</sup>. Dikkat edilirse bu davranışların tamamı, riske yol açan taşıt kullanma faaliyetinin nasıl yapıldığı, yani niteliği ile ilgilidir. Özen ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılan, dikkat, ihtimam gibi terimler de günlük yaşamda önleyici tedbir kapsamındadır. Keza hukuk tatbikatındaki özen kavramı ile kastedilen de genellikle budur<sup>342</sup>.

Önleyici tedbirin etkin olması ise, alınan tedbirin risk değerinde sağladığı azalmanın, bunun maliyetini haklı kılmasıdır. Yani tedbirin alınmasıyla risk değerinde

---

<sup>340</sup> SCHAFFER/OTT, s.114,115

<sup>341</sup> Yangın riskleri açısından ise, yangın söndürücü bulundurmamak, acil çıkış kapısına yer vermek, yangın merdivenleri inşa etmek, hep önleyici tedbirlerdir.

<sup>342</sup> Niteliksel özen hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b ve Dördüncü Bölüm §2/III/A

sağlanan azalma, tedbir maliyetinden yüksek ise, önleyici tedbir etkindir (*optimal care*). Riskin alternatif tedbirler ile önlenmesi mümkün olduğu bir durumda ise, en fazla değer yaratan (*veya en az maliyete neden olan*) tedbirin tercih edilmesi etkindir. Bu ifade ettiklerimizi karlı bir havada yayaya çarpma riskinin, kar lastiği, zincir ve sis farı kullanarak azaltılabileceği varsayımsal bir örnek çerçevesinde somutlaştıralım.

Tablo V

Önleyici tedbir	Önleyici tedbir maliyeti	Yayanın beklenen zarar maliyeti	Toplam maliyet
Kar lastiği	40	80	120
Zincir	25	70	95
Sis farı	5	100	105
Tedbirsizlik	0	115	115

Tabloda da görüldüğü üzere, tedbir almadan araba kullanılması halinde sürücünün beklenen kaza maliyeti 115 YTL'dir. Bu risk, 40 YTL'lik kar lastiği, 25 YTL'lik zincir veya 5 YTL'lik sis farı kullanarak azaltılabilir. Önleyici tedbir olarak sis farını kullanmak maliyetsiz olmakla birlikte, risk üzerinde önemli bir etkisi yoktur. Kar lastiği ise, en güvenli davranış biçimi olarak görülmekle birlikte, etkin değildir. Hatta alternatif önleyici tedbirlerin olmadığı bir kurguda, kar lastiği takılmaması etkinlik açısından arzu edilir. Bu kurguda en az toplam maliyete neden olması itibarıyla sosyal refah açısından zincir takılması isabetlidir. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun kişiyi zincir takmaya sevk etmesi yeterli olup, lastiği değiştirmeye zorlaması gerekli ve isabetli değildir.

Genel olarak, risk üzerinde belirleyici etkisi olan kişinin zarar veren olması itibarıyla, önleyici tedbirin zarar veren tarafından alınması gerektiği düşünülebilir. Hayatın olağan akışı da bu yöndedir. Fakat *Coase* tarafından da vurgulandığı üzere, zarar veren gibi,

zarar görenin de riski etkilemesi mümkündür<sup>343</sup>. Mesela bu örnekte, karlı bir havada renkli kıyafetler giymek veya kaldırımdan yürümek gibi davranışlar, arabaların yayalara çarpma riskini önemli ölçüde azaltır. Riskin ortak karar ve davranışlardan kaynaklandığı bu gibi hallerde, etkin önleyici tedbirin belirlenmesi her iki tarafın risk üzerindeki etkilerinin mukayese edilmesini gerektirir. Zarar gören aynı riski daha az maliyetle ortadan kaldırılabiliyorsa (*cheapest cost avoider*), ekonomik açıdan onun tedbir alması arzu edilir. Örneğin kişi karlı havada 5 YTL'lik renkli bir mont giyerek, sürücünün kendisine çarpma riskini tamamen bertaraf ediyorsa, haksız fiil hukuku zarar vereni değil, zarar göreni önleyici tedbir almaya sevk etmelidir<sup>344</sup>. Zararın iki yönlü olması, birincil maliyetlerin asgariye indirilmesi hedefinin aslında son derece karmaşık olduğuna işaret etmektedir.

### **b. Etkin Faaliyet Seviyesi (Niceliksel Özen)**

Her ne kadar özenli davranış önleyici tedbir alınması ile özdeşleştirilmekteyse de, aslında risk sadece alınan tedbirlerden değil, aynı zamanda o faaliyetin ne yoğunlukta yapıldığından da etkilenir. Mesela, hız limiti konusunda ne kadar özenli davranılsa da, trafikte geçen kilometre sayısı arttıkça kaza riski de artar. Faaliyetin niceliği ile ilgili olan özenin bu görünümü, doktrinde “*faaliyet seviyesi*” (*activity level*) olarak adlandırılır<sup>345</sup>. Genel olarak faaliyet seviyesi ile risk arasında pozitif korelasyon vardır. Kişi faaliyet seviyesini sınırlayarak riskleri azaltabilir, hatta faaliyete hiç girişmeyerek riski tamamen ortadan kaldırabilir. Risk üzerinde kişinin faaliyet seviyesine dair seçimleri etkili olduğuna göre, gösterilen özenin etkin olması için, sadece önleyici tedbir değil, aynı zamanda faaliyet seviyesine dair seçimlerin de etkin olması gerekir.

Burada etkinliği belirleyen parametre ise, kişinin o faaliyetten sağladığı faydanın YTL üzerinden değeridir. Faaliyet seviyesi kişinin o faaliyetten sağladığı fayda ile ilgilidir

---

<sup>343</sup> Bkz. yukarıda §2/II/C/2

<sup>344</sup> İki yönlü kaza kurgularında haksız fiil hukuku kurallarının tarafların davranışlarını nasıl düzenlediği hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/2 ve §2/III/B/2

<sup>345</sup> SCHAFFER/OTT, s.115; SHAVELL, s.21; MICELI, s.66

ve bu seviyenin kontrol edilmesi, doğal olarak faydayı olumsuz etkiler. Bu durumda etkin faaliyet seviyesi, faydadaki azalma değeri ile risk değerindeki değişim değerinin dengelenmesi ile belirlenir<sup>346</sup>. Bu açıklamaları sürücünün etkin önleyici tedbiri aldığı ve risk üzerinde etkili tek değişkenin aktivite seviyesi olduğu bir örnekte somutlaştıralım.

Tablo VI

Aktivite Seviyesi	Sürücünün sağladığı fayda	Yayanın beklenen zarar maliyeti	Toplam fayda
0 km	0	0	0
2000 km	120	90	30
4000 km	150	100	50
6000 km	160	120	40

Kişi araba kullanmadığı zaman, kaza olmayacak ve dolayısıyla beklenen kaza maliyeti de “0” olacaktır. Araba kullanmaya karar vermesi durumunda ise, her 2000 km’de beklenen kaza maliyetleri artmakta ve bu faaliyetin faydası değişen oranlarda artmaktadır. Dolayısıyla değerlerin birbirleri karşısındaki mukayeseli durumları, etkin seviyeyi belirleyecektir. Tablodan açıkça görüldüğü üzere, toplam fayda 4000 km seviyesinde maksimize olmaktadır. Bu, etkin faaliyet seviyesine işaret eder. Bu seviyeden sonra faaliyete devam edilmesi, faydayı da arttırmakla birlikte, beklenen maliyetleri daha fazla arttırdığından, marjinde fayda azalmaktadır.

Yalnız faaliyet seviyesinin her türlü risk açısından önem taşımadığını belirtelim. Örneğin evde otururken ya da belirli ve somut bir faaliyet yapmaksızın meydana gelen

<sup>346</sup> Açıkça görülebileceği üzere, önleyici tedbir ile kıyaslandığında, faydadaki azalmanın değerinin belirlenmesi son derece güçtür. Dolayısıyla pratikte haksız fiil hukukunun etkin faaliyet seviyesini belirlemesi, örneğin bunun somut olayın gerektirdiği özen standardına dahil etmesi son derece güçtür (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b ve ayrıca Dördüncü Bölüm §2/III/B/1/d).

kazalar açısından, faaliyet seviyesi (*evde oturma yoğunluğu*) özel bir önem taşımaz. Bu gibi hallerde önleyici tedbirin etkin olması, genellikle gösterilmesi gereken özen açısından yeterlidir. Faaliyet seviyesi, bilhassa mahiyeti icabı riskli yani “*tehlikeli faaliyetler*” açısından önem taşır<sup>347</sup>. Tehlikeli faaliyetlerde ya zararın gerçekleşme olasılığı yüksek ya da olası zarar miktarı büyüktür. İnşaat yapımı, askeri faaliyetler, enerji üretimi, karayolu ve havayolu ulaştırması gibi faaliyet türleri buna örnek gösterilebilir. Bu gibi hallerde faaliyet mahiyeti icabı risklidir ve tedbir etkin dahi olsa riski tamamen ortadan kaldırmaz. Geriye her zaman bir “*artık risk*” (*residual risk*) kalır. Genel olarak belirtmek gerekirse, faaliyetin riski arttıkça, etkin özen ölçüsünün belirlenmesinde faaliyet seviyesinin önemi de artar. Bu durumun haksız fiil hukuku politikası açısından önemli yansımaları vardır<sup>348</sup>.

Son olarak belirtilmesi gereken, aynen önleyici tedbirler bahsinde olduğu gibi, faaliyet seviyesi açısından da zarar görenin davranışlarının dikkate alınmasının gerekli olduğudur. Pek çok risk bakımından, zarar veren ölçüsünde olmasa da, zarar gören de davranışları ile riskin olasılığını veya büyüklüğünü etkileyebilir. Örneğin yayanın karlı havalarda hiç yola çıkmaması veya daha az çıkması, karlı hava şartlarındaki kaza sayısında azalma sağlar. Şüphesiz zarar görenin faaliyet seviyesinin etkinliği de, yukarıdaki dengeleme prensibine göre belirlenmelidir<sup>349</sup>. Özetle etkin faaliyet seviyesinin tespiti, her iki tarafın davranışlarını da dikkate almayı gerektirir. Bu çerçevede tazminat sorumluluğu, hem zarar gören, hem de zarar vereni faaliyet seviyesi açısından etkin davranmaya sevk etmelidir<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/C/2

<sup>348</sup> Önemle dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da, faaliyetin net refah artışı sağlayıp sağlamadığıdır. Faaliyetin tehlikeli olduğu hallerde, beklenen kaza maliyetinin fazla olması davranışın net faydasını azaltır. Bu durumda önleyici tedbirin maliyetli ve buna karşılık tarafların faaliyetten sağladığı fayda az ise, tedbirin etkin olmasına rağmen refahın azalması riski vardır (SCHAFER/OTT, s.116,117). Örneğin yukarıdaki örnekte, etkin önleyici tedbirin 50 ve üzeri olduğu bir durumda, kişinin hiç araba kullanmaması daha anlamlıdır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunun, net refah artışını sağlaması da son derece önemlidir. Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/C/2

<sup>349</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/B/2

<sup>350</sup> Haksız fiil hukukunun bu amacı sağlamaya elverişli olmadığı hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/B/2/e

## C. İkincil Maliyetler

### 1. Kavram

Sosyal maliyetin ikinci önemli unsuru, haksız fiil riskinin sosyal refahta yol açtığı kayıptır<sup>351</sup>. Haksız fiil hukukunun bu maliyetleri nasıl azaltabileceğini açıklamadan evvel, bu kavram ile neyin kastedildiğini belirtelim. Burada haksız fiilin yol açtığı maddi ve manevi zararlar değil, bizatihi bu zarar olasılığı; yani “*risk*” sosyal maliyetin bir unsurudur<sup>352</sup>. Zarardan bağımsız olarak riskin refah kaybına yol açması ise, kişilerin genelde “*risk sakınan*” (*risk averse*) olması ile izah edilmektedir<sup>353</sup>. Buna göre, sadece risk değeri değil, bizatihi riski oluşturan zararın büyüklüğü de önem taşır<sup>354</sup>. Genel olarak zarar miktarı büyüdükçe, bunun kişinin “*beklenen fayda*”sı üzerindeki olumsuz etkisi artarak büyür. Mesela kişinin, %5 gerçekleşme olasılığı olan 100 bin YTL’lik bir zarar ile %50 gerçekleşme olasılığı 10 bin YTL’lik zarar arasında seçim yapmak zorunda olduğunu düşünelim. Her iki seçeneğin de beklenen maliyeti 5 bin YTL’dir. Dolayısıyla risk kayıtsız olan bir kişinin her iki seçenek arasında kayıtsız kalması gerekir. Oysa çoğu kez, ikinci seçenek ilkinde tercih edilir. Zira gerçekleştiği bir durumda, 100 bin YTL’lik bir zararın kişinin serveti ve dolayısıyla faydasında yapacağı etki daha olumsuz olacaktır. Bu durumda kişi bu tür bir riskten kaçınmak isteyecektir. İlk seçeneğin seçilmesi, diğerine oranla beklenen faydayı daha fazla arttırır.

---

<sup>351</sup> SCHAFFER/OTT, s.117

<sup>352</sup> Hemen belirtelim burada söz konusu olan, zararlı davranışların konu alınması itibarıyla “*olumsuz risk*”lerdir. Olumsuz riskler, yukarıdaki gibi, risk sakınan kişinin gerçekleşmemesi ya da yüklenmemek için beklenen değerinden daha fazla değer ödemeye hazır olduğu risk kategorisidir. Genellikle risk tabiri ile kastedilen de budur. Bir de “*olumlu riskler*” vardır ki, burada risk sakınan kişi, kendi rızasıyla riski beklenen değerinden daha az bir miktar ile yüklenmektedir (POLINSKY, s.55).

<sup>353</sup> Kişilerin risk karşısındaki konumlarına ilişkin olarak bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/2

<sup>354</sup> SHAVELL, s.186



Riskten sakınma (*risk aversion*) olgusu, genel olarak olası zarar miktarının büyüklüğü ve kişinin serveti ile ilgidir<sup>355</sup>. Zarar miktarı ne kadar büyükse, risk sakınma etkisi o kadar artar. Bu çerçevede olası zararın büyük olduğu hallerde, kişilerin risk sakınan olması muhtemeldir. Buna karşılık kişinin servetinin fazla olduğu hallerde riskin beklenen fayda üzerindeki etkisinin daha az olması beklenir. Örneğin %5 gerçekleşme olasılığı olan 100 bin YTL değerindeki bir zararın, 100 bin YTL serveti olan bir kişi ile 10 milyon serveti olan kişinin beklenen faydası üzerindeki etkileri çok farklıdır. Serveti fazla olan kişinin bu riski yüklenmesi daha kolay olacaktır<sup>356</sup>. Riskin fayda ve refah üzerindeki etkisine dair yaptığımız bu tespitler, “*azalan marjinal fayda prensibi*”<sup>357</sup> ile de örtüşmektedir<sup>358</sup>. Yani, risk sakınan bir kişinin belirli bir miktar para kaybetmesinin faydası üzerindeki olumsuz etkisi, aynı miktar parayı kazanmasının faydası üzerindeki olumlu etkisinden daha fazladır. Dolayısıyla risk ile beklenen fayda arasındaki bu ilişkinin ekonomik analizde standart varsayım olduğu söylenebilir.

Bizatihi riskin varlığı, sosyal maliyete neden olduğuna göre, riskin azaltılması sosyal refahı artırır<sup>359</sup>. Riskin azaltılması ise, etkin bir şekilde tahsis edilmesi ile sağlanır. Etkin risk tahsisi ise çeşitli şekillerde yapılabilir. İlk seçenek, risk karşısındaki tavırları açısından farklı konumda olan kişiler arasında riskin mübadele edilmesidir<sup>360</sup>. Mesela riskin, risk sakınan kişi üzerinden alınıp, risk yansız (*veya risk sever*) bir kişi tarafından yüklenilmesi refahı doğrudan yükseltir. Zira burada riskin, risk kayıtsız kişinin beklenen

---

<sup>355</sup> Dolayısıyla risk sakınma olgusu, iki ayrı parametreye bağlıdır. Olası zarar büyüklüğü arttıkça, riskten sakınma eğilimi artar; fakat bu zarar miktarı kişinin serveti karşısında görece küçükse risk sakınma etkisi azalacaktır.

<sup>356</sup> Risk tahsisi ile gelir dağılımı sorunlarını karıştırmamak gerekir. Aynı servete sahip olan iki risk sakınan kişi arasında zararın paylaşılması dahi riski önemli ölçüde azaltır.

<sup>357</sup> Bu prensip için bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1

<sup>358</sup> COOTER/ULEN, s.50; SCHAFFER/OTT, s.118; SHAVELL, s.186; LANDES/POSNER, s.56; BUTLER, s.569

<sup>359</sup> Burada doğal olarak sosyal refahın, tarafların beklenen faydalarının toplamından ibaret olduğunu varsayıyoruz.

<sup>360</sup> SHAVELL, s.190; krş. CALABRESI, s.40

faydası üzerindeki etkisi, risk sakınan kişiye göre daha az olacaktır<sup>361</sup>. İkinci olasılık ise, riskin, risk sakınan kişiler arasında paylaştırılması ya da dağıtılmasıdır<sup>362</sup>. Zarar ölçüğü küçüldükçe, riskin beklenen fayda üzerindeki olumsuz etkisi azaldığına göre, zararın paylaştırılması, örneğin zarara bir değil; 10 ya da 100 kişinin katlanması, şüphe yok ki ikincil maliyetleri azaltacaktır<sup>363</sup>.

Riskin bu iki şekilde etkin tahsis edilmesi, refahı doğrudan arttırdığı gibi, dolaylı bazı olumlu etkiler de gösterir. Dolaylı olumlu etkilerden biri, risk sakınan kişilerin sosyal açıdan yararlı ve fakat riskli faaliyetlere girişmesini teşvik etmesidir. Risk sakınan kişiler, davranışlarının olası risklerini azaltmak için, optimum seviyeden daha fazla özen gösterme eğiliminde olurlar<sup>364</sup>. İşte riskin etkin tahsisi, risk sakınan kişilerin optimum seviyede özen göstermelerini sağlar<sup>365</sup>. Şimdi kısaca riskin etkin tahsisinde hangi kurumsal yapıların rol oynayabileceği üzerinde duralım.

## 2. Sigorta

Riskin sosyal refah üzerindeki bu olumsuz etkisi nedeniyle, riskin nasıl tahsis edildiği ekonomik etkinlik açısından önemlidir. Riskin tahsisinde ilk akla gelen yöntem, sigorta kurumudur. Sigortanın varlık nedeni, riskin neden olduğu ikincil maliyetlerin azaltılmasıdır. Kısaca açıklamak gerekirse, risk sakınan bireyler, riski ve belirsizliği

---

<sup>361</sup> Mesela 10000 YTL'lik zararın gerçekleşme olasılığının %10 olduğunu varsayalım. Bu durumda risk değeri ya da kazanın beklenen maliyeti, risk kayıtsız bir kişi için 100 YTL olacaktır. Buna karşılık risk sakınan bir kişi için, bu riskin, risk sakınma derecesine göre 101 ya da daha fazla olur. Farz edelim bu değer 105 YTL olsun. Bu durumda taraflar arasında bu riskin mübadele edilmesi refahı artırır. Zira aynı riskten sakınmak için risk sakınan 105 YTL'ye kadar para ödemeye hazır iken (WTP); risk kayıtsız kişi 100 YTL tutara bu riski üstlenmeyi kabul edebilir. Bu durum aynen diğer mal ya da hizmetler gibi düşünülebilir; sonuç olarak mübadele edilen şeyin fiziksel görünümünün olması şart değildir. Taraflar arasındaki değerlendirme farklılıkları, refahı yaratan bir sözleşme yapma imkânı vermektedir. Dolayısıyla riskin, risk sakınan taraftan risk kayıtsız tarafa tahsis edilmesi, ikincil maliyetleri azaltarak refahı artırır.

<sup>362</sup> SHAVELL, s.190; CALABRESI, s.39

<sup>363</sup> Burada kişilerin risk sakınan olması da çok fark etmez. Önemli olan kişilerin katlanacağı ortalama zarar miktarının azalmasıdır.

<sup>364</sup> Bunun temel nedeni ise, kazanın veya tazminatın beklenen maliyetinin, olduğundan daha fazla değerlendirilmesidir (bkz. SHAVELL, Foundations, s.260).

<sup>365</sup> SHAVELL, s.191

ortadan kaldırmak için belirli bir bedel ödemeye hazır olurlar. Örneğin 10.000 YTL tutarında bir zararın gerçekleşme olasılığının %5 olduğunu düşünelim. Bu durumda bu riskin değeri, risk kayıtsız bir kişi için 500 YTL'dir<sup>366</sup>. Buna karşılık risk sakınan bir kişi, bu riski bertaraf etmek için ilave bir bedel, mesela 40 YTL (500+40=540 YTL) daha ödemeye hazırdır (*WTP*). İşte bu ilave bedel, sigorta şirketlerinin bu riski himaye etmesine ve karlı bir şekilde faaliyet yapmalarına imkân vermektedir. Zira benzer pek çok riski sigortaladığı için, (*büyük sayılar kuralı*) sigorta şirketi için bu riskin değeri 500 YTL'dir<sup>367</sup>. Sigortacı bu riskin himayesi için, 540 YTL'den daha az sigorta primi talep ettiği takdirde, risk sakınan kişi sigorta sözleşmesi akdeder ve risk etkin bir şekilde tahsis edilmiş olur. Görüldüğü üzere, sigortalının ödediği sigorta primi sigortalıdan sigortacıya salt bir kaynak transferi olmayıp, sosyal refahı da arttırmaktadır<sup>368</sup>.

Sigorta, ikincil maliyetlerin azaltılmasında son derece etkin bir kurum olmakla birlikte, sorunsuz değildir. Sigortacı ile sigortalı arasındaki bilgi asimetrisinden kaynaklanan iki önemli soruna değinelim. Bunlardan ilki, sigorta literatüründe "*ahlaki tehlike*" (*moral hazard*<sup>369</sup>) adı verilen sorundur<sup>370</sup>. Kısaca belirtmek gerekirse bu sorun, sigorta sözleşmesi akdeden bireyin, zarara katlanmayacak olması nedeniyle özen gösterme saikinin olumsuz yönde etkilenmesini ifade eder. Örneğin arabanın çalınması riskini tam olarak himaye eden bir sigorta sözleşmesi akdeden kişi, çalınma riskini azaltmak için, sigortasız olduğu bir kurguya göre daha az özenli davranacak, örneğin direksiyon kilidi

---

<sup>366</sup> Bunun bir yangın riski olduğunu ve yangın sonucunda kişinin eşyasının tamamen yandığını, değerinin 0 YTL olduğunu düşünelim. Bu durumda risk nedeniyle bu eşyanın değeri kişi için (10000-500) 9500 YTL'dir. Risk sakınan kişinin bu riski bertaraf etmek için ilave 40 YTL (risk primi) ödemeye hazır olduğunu varsaydığımız zaman bu şu anlama gelir. Kişi kesinlik arz eden 9460 YTL değeri, belirsizlik arz eden 9500 YTL değere tercih etmiştir.

<sup>367</sup> Sigorta şirketleri çok sayıda benzer riski himaye ettikleri için, riskin değerini neredeyse kesinliği yaklaşacak şekilde tahmin edebilirler. Örneğin bu örnekte, aynı riski himaye eden 1000 ayrı poliçenin akdedildiğini varsayalım. Riskin gerçekleşme olasılığı %5 olduğu için, sigorta şirketi yaklaşık 50 ayrı sigortalı açısından bu riskin gerçekleşeceğini öngörebilir.

<sup>368</sup> SEIDENFELD, s.74; POLINSKY, s.55,56

<sup>369</sup> Türk ekonomi literatüründe bu kavram "*ahlaki yozlaşma*" (BEGG/FISCHER/DORNSBUSCH, s.224); "*ahlaki davranış sorunu*" (PARASIZ, s.305) gibi terimler ile adlandırılır.

<sup>370</sup> Bkz. SHAVELL, s.194,195; COLE/GROSSMAN, s.224; COOTER/ULEN, s.54; SEIDENFELD, s.74; POSNER, s.121; POLINSKY, s.56; BUTLER, s.574

takmayacak ya da arabayı daha az güvenli bir yere park edecektir<sup>371</sup>. Bu tür sorunları hafifletmek için, sigorta şirketleri, sigortalının riskini kısmen himaye etme (*sigorta muafiyeti*)<sup>372</sup> ve/veya bazı tedbirlerin alınması halinde sigorta priminden indirim gitme<sup>373</sup> gibi çeşitli uygulamalar yapmaktadırlar. Fakat sigortalının davranışlarının mükemmel bir şekilde gözlemlene fırsatının olmaması nedeniyle<sup>374</sup>, bu sorunun tamamen ortadan kaldırılması güçtür.

Ahlaki çöküntü sorununun haksız fiil hukukunda da somut yansıması vardır. Sorumluluk sigortası (*aynen kaza sigortası gibi*), riskli davranışta bulunan kişilerin özen gösterme yönündeki saiklerini zayıflatır<sup>375</sup>. Kişi, başkasına zarar verdiği bir durumda, tazminat borcu kendisi değil, sigorta şirketi tarafından ifa edilecektir. Eğer sigorta şirketi, sigortalının davranışlarını mükemmel bir şekilde gözlemlene imkânına sahip değilse, tazminat sorumluluğu kişiyi etkin özen göstermeye sevk etmeyebilir<sup>376</sup>. Fakat bu etki, kusur ve kusursuz sorumluluğun uygulandığı hallerde farklıdır. Ayrıntılarına girmeksizin belirtmek gerekirse, sorumluluk sigortasının varlığına rağmen, kusur sorumluluğunda

---

<sup>371</sup> Kişinin özen gösterme saiklerinin zayıflamasının temel nedeni, zararın ortaya çıktığı bir durumda, kişinin her nasılsa tüm zararlarının giderilecek olmasıdır. Bu durumda kişinin özen maliyetine katlanması, bu özen maliyetinin önemli bir fayda (*bir ölçüde mutlaka fayda sağlar*), sağlamayacak olmasından kaynaklanır. Dikkat edilirse bu durum, (*zarar görenin kusurunun dikkate alınmadığı*) kusursuz sorumluluk kuralının zarar görenin davranışları üzerindeki etkisinin simetrisidir (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/d).

<sup>372</sup> Buna çok benzer bir başka uygulama ise (*özellikle sağlık sigortalarında*), sigorta şirketinin gerçekleşen zararın tazmin etmeden önce, kişinin zararı karşılması, akabinde sigorta şirketine başvurusudur.

<sup>373</sup> Mesela kasko sigortaları açısından bilinen bir uygulama, alarm takılması halinde kasko priminden indirim yapılmasıdır.

<sup>374</sup> Bununla kastettiğimiz, sigorta şirketinin, sigortalının özensiz davranışlarını denetleyebilmesi ve bu davranışları dikkate alarak sigorta primlerini uyarlamasıdır. Örneğin sigortalı riski arttıran davranışlarda bulunursa, mesela yangın riski için gerekli uyarı levhaları ya da yangın söndürücü bulundurmazsa, bunu ortaya çıkaran sigorta şirketi primi buna göre uyarlayabilir. Fakat genellikle sigortalının risk üzerinde etkili olabilecek davranışlarını sürekli olarak denetlemesi ve bunlar hakkında bilgi sahibi olması mümkün olmayacaktır (SHAVELL, s.262).

<sup>375</sup> Kaza sigortası (*first party insurance*) zarar görenin özen gösterme saikini zayıflatırken, sorumluluk sigortası (*kusursuz sorumlulukta*) zarar verenin özen gösterme saikini zayıflatır.

<sup>376</sup> SHAVELL, Foundations, s.261 vd.; ayrıca ABD’nde zorunlu trafik sigortasının özen saiki üzerindeki (*olumsuz*) etkilerini (*moral hazard*) inceleyen ampirik bir araştırma için bkz. COHEN Alma / DEHEJIA Rajeev, “Effect of Automobile Insurance and Accident Liability Law on Traffic Fatalities”, Journal of Law and Economics, Vol.47 (2004), s.357-380 (*Yazarlar, araştırma sonucunda zorunlu sigortanın sürücülerin özen gösterme yönündeki saiklerini zayıflattığını tespit etmişlerdir.*); benzer sonuçlara varan bir başka ampirik araştırma için bkz. CUMMINS J. David / PHILLIPS D. Richard / WEIS A. Mary, “The Incentive Effects of No Fault Automobile Insurance”, Journal of Law and Economics, Vol.44 (2001), s.427-464

sigortalı tazminat riskini azaltmak için özen göstermeyi tercih edecek; buna karşılık kusursuz sorumlulukta, genel olarak kişinin özen saiki zayıflayacaktır<sup>377</sup>. Fakat bu sorunların varlığı, sorumluluk sigortasının sosyal açıdan arzu edilmediği anlamına gelmez. Son tahlilde taraflar, karşılıklı menfaatlerine hizmet eden bir sözleşme akdetmekte, zarar gören ise sigortacı tarafından tam olarak telafi edilmektedir<sup>378</sup>.

Doktrinde “*ters seçim*” (*adverse selection*) olarak adlandırılan diğer sorun ise, sigorta şirketlerinin yüksek ve düşük risk gruplarını ayırt edememesi nedeniyle, sigorta himayesinin sağlanamayacağını belirtmektedir<sup>379</sup>. Büyük sayılar kuralı sigorta şirketinin sadece ortalama<sup>380</sup> olasılıkları öngörmesini sağlar. Bu durumda sigorta primi de ortalama sigortalı bireyi esas alır. Fakat pekâlâ sigortalılar arasında farklı risk grupları bulunabilir. Mesela trafik sigortası açısından, 20 yaşında bekâr bir erkek ile orta yaşlı evli bir kadının kaza yapma riski çok farklıdır. Bu durumda bu kişilerin riskten sakınmak için ödemeye hazır olacakları prim tutarları (*WTP*) da farklılaşacaktır. İşte sigorta şirketleri, kişilerin risk profilleri hakkında sübjektif bilgilere sahip değilse, sigorta primleri (*ve sözleşmeleri*), bu gibi farklılıkları dikkate alacak şekilde uyarlanamaz. Bu durumda karlı bir şekilde sigorta himayesi sağlamak zordur. Zira ortalama sigorta primi, yüksek risk grubu için son derece cazip olacak, buna karşılık düşük risk grubu, muhtemelen sigorta poliçesini satın almaya yanaşmayacaktır. Bu durumda, sigortalılar daha ziyade yüksek risk grubundan oluşacak, şüphe yok ki bu da sigorta primini aşamalı olarak yükseltecektir. Eğer bu süreç

---

<sup>377</sup> Bu farkın temel nedeni ise, mükemmel bir şekilde işleyen kusur sorumluluğu rejiminde kişilerin mahkemelerin belirleyeceği özen standardına uygun davranarak, sorumlu tutulmayacak olmalarıdır (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/d). Kişiler sorumlu tutulmayacağına göre, risk sakınma eğiliminde olsalar da tazminat riskini taşımayacakları için sorumluluk sigortası talep etmeyeceklerdir. Oysa kusursuz sorumluluk halinde risk sakınan kişiler her zaman tazminat riskine muhatap olurlar. Bu durumda doğal olarak sorumluluk sigortası talep edeceklerdir. Daha gerçekçi bir kurguda, yani kusur sorumluluğu rejiminin mükemmel bir şekilde uygulanmadığı hallerde ise, zarar verenin sorumlu tutulup tutulmayacağı yönünde bir ölçüde belirsizlik yaşanması beklenir (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1). Bu ihtimalde ise, kişiler kısmi himaye sağlayan sorumluluk sigortası talep edebilirler. Doktrinde bu durumda da sigortanın özen gösterme saikini zayıflatmayacağı belirtilmektedir (daha geniş açıklamalar için bkz. SHAVELL, s.210-213).

<sup>378</sup> SHAVELL, Foundations, s.264

<sup>379</sup> Bkz. BUTLER, s.573; PARASIZ, s.306; SEIDENFELD, s.74; COLE/GROSSMAN, s.224

<sup>380</sup> COLE/GROSSMAN, s.224; SHAVELL, s.74,75

tekrarlanırsa, primler yüksek risk grubundakiler için dahi cazip olmaktan çıkabilecek ve bunun bu riskler için özel sigorta piyasası oluşmayacaktır.

### **3. İkincil Maliyetler ve Haksız Fiil Hukuku**

Sigorta dışında riski etkin tahsis edilmesini sağlayan bir başka kurum, haksız fiil hukukudur. Haksız fiil hukuku kuralları, gerçekleşen zararın tamamı ya da bir kısmını, zarar görenin üzerinden alıp, zarar verene yüklemektedir. Bunu dikkate alırsak, ikincil maliyetlerin iki ayrı şekilde azalabileceğini söyleyebiliriz<sup>381</sup>. Eğer zarar veren, zarar görene kıyasla riski daha kolay üstlenebilecek durumda ise, tazminat alacağı riski etkin tahsis ederek refahı arttırabilir. Örneğin zarar verenin şirket ya da kamu kurumu gibi risk karşısında kayıtsız bir kişi, buna karşılık zarar görenin risk sakınan bir gerçek kişi olduğu hallerde bu etki gerçekleşebilir. İstihdam edenin, yapı malikinin ve sivil hava aracı işletenin sorumluluğunda bu tür etkiler görebiliriz.

Haksız fiil hukukunun ikincil maliyetlerin azaltılmasındaki bir diğer işlevi ise, zararın birden fazla kişi arasında paylaştırılmasında ortaya çıkmaktadır. Mesela tazminatın tenkisine (BK.m.43,44) ve müteselsil sorumluluğa (BK.m.50,51) ilişkin hükümler, zararı tek bir kişi değil, birden fazla kişinin üzerine yükleyerek, ikincil maliyetleri azaltabilir. Keza bazen riskin, bir taraftan diğerine tahsis edilmesi, sorumlu kişinin riski daha etkin bir şekilde sigortalama ya da topluma yayma imkânı nedeniyle ekonomik açıdan etkin olabilir. İmalatçının sorumluluğu bunun tipik örneğidir. Özetle haksız fiil hukuku teorik açıdan riski etkin bir şekilde tahsis ederek, riskin neden olduğu ikincil maliyetleri azaltabilir.

#### **D. Üçüncül Maliyetler (Administrative Costs)**

Sosyal maliyetlerin son unsuru, haksız fiil hukukunun tatbik edilmesinin neden olduğu idari maliyetlerdir. Haksız fiilin gerçekleşmesiyle birlikte, hukuk düzeni, zarar

---

<sup>381</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/E/1

gören lehine bir alacak hakkı tanır ve zarar görenin alacak hakkını talep etmesiyle birlikte, sadece tarafların değil, aynı zamanda toplumun da katlanmakla yükümlü olduğu bazı maliyetler doğar. Bunlar çok çeşitlidir ve yargılama yapılıp yapılmamasına göre değişir. Vekâlet ücreti, olayın araştırılması için yapılan masraflar, uzman bilirkişiler için yapılan ödemeler, mahkeme masrafları, uyuşmazlığın çözümü için harcanan zaman ve emek bu maliyetlere örnek gösterilebilir. İşte haksız fiil ihtilaflarının çözümü için, taraflar ve toplumun katlandığı maliyetler “*üçüncül maliyetler*” (*administrative costs*)<sup>382</sup> olarak adlandırılır<sup>383</sup>. Bu maliyetlerin kişilerin karar ve davranışlarında etki gösterdiğinde hiç şüphe yoktur. Dolayısıyla sorumluluk hukukunun uygulanmasında bu maliyetlerin de göz önünde tutulması ve farklı kural ve doktrinlerin bu maliyetler üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman toplumun bu maliyetlere katlanmasının nedeni, birincil ve ikincil maliyetlerin azaltılmasıdır. Dolayısıyla birincil ve ikincil maliyetler açısından fayda sağlamadığı sürece üçüncül maliyetlere katlanmak net refah kaybı anlamına gelir.

### **E. Haksız Fiil Hukukunun Amacı Hakkında Görüşümüz**

Yukarıda, önce Türk hukukunda haksız fiil hukukuna atfedilen amacı, akabinde bu amacın neden isabetli olmadığını ele aldık. Düşüncemize göre zarar görenin telafi edilmesi, normatif açıdan cazip bir amaç olmadığı gibi, pozitif açıdan bakıldığında da haksız fiil hukuku kuralları ve uygulaması ile uyumlu değildir. Her ne kadar, zımnen de olsa, haksız fiil hukukunun denkleştirici adaleti sağlama amacı taşıdığı iddia edilebilirse de, mevcut hukuk tatbikatı düşünüldüğü zaman, amacın bu olduğu konusunda tereddüt etmek için ciddi nedenler vardır. Fikrimizce Türk haksız fiil hukukundaki temel sorun, normatif bir amacın veya hukuk politikası tercihlerinin oynayabileceği role şüphe ile yaklaşılması ve buna gereken önemin verilmemesidir. Yani belirli ve somut bir amaç olmaksızın dahi,

---

<sup>382</sup> Esasen bu maliyetler CALABRESI tarafından “*tertiary costs*” olarak adlandırılmıştır. Fakat burada idari maliyetler tabirini kullanmayı daha uygun bulduk. Hemen belirtelim ki maliyetlerin idari olarak vasıflandırılması, bunların mutlaka devlet tarafından katlanılan maliyetler olduğu anlamına gelmez. Burada idari tabiri daha ziyade devletin hukuk kuralları ile müdahale etmesinden kaynaklanmasını ifade etmektedir.

<sup>383</sup> COOTER/ULEN, s.342; SCHAFER/OTT, s.122; SHAVELL, s.262

kuralları yorumlamanın mümkün olduğu ve mantıklı, tutarlı çözümler üretilebileceği (*zummen de olsa*) düşünülmektedir. Nitekim belki bu nedenle, amacın ne olması gerektiği hakkında da tartışma yaşanmamaktadır.

Oysa düşüncemize göre haksız fiil hukuku gibi bir alanda, hukuk politikası tercihi yapmadan yorum yapmak, mümkün değildir. Örneğin salt ekonomik zararın neden tazmin edilmemesi gerektiği ya da uygun nedensellik bağı kuramına neden ihtiyaç duyulduğu, kaçınılmaz olarak hukukun uygulanması ile elde edilmek istenen amaçlar ile ilgilidir. Bu manada normatif değer yargılarına başvurmak kaçınılmazdır. Fakat buna rağmen, doktrin ve uygulamada açık bir hukuk politikası tercihi dile getirilmemektedir. Bu durum, varılan sonuçların nasıl ortaya çıktığı, bunların neden benimsendiği konusunda şüphelere neden olmakta; fakat daha da önemlisi, bu yaklaşım haksız fiil hukukunun tutarlı bir teoriye sahip olmasını engellemektedir.

İşte düşüncemize göre haksız fiil hukukuna ekonomik açıdan yaklaşmanın en önemli yararlarından biri, atfedilen amacın belirli ve son derece açık ve net olmasıdır. Normatif açıdan taşıdığı değer bir kenara<sup>384</sup>, sosyal maliyetlerin azaltılması amacı, haksız fiil hukukuna bütünsel bir çerçeve çizmekte ve yorumda doğrudan yararlanılabilir ölçütler öngörmektedir. Böylelikle haksız fiil hukukunu tutarlı bir temele oturtmak da mümkün olmaktadır. Nitekim aşağıdaki iki bölümde bunun çeşitli örnekleri görülecektir. Amacın açıkça belirtilmesinin diğer önemli faydası ise, özellikle bu amacın sempati ile karşılanmaması halinde, amaç konusunda olası bir tartışma yaşanmasıdır. Bilhassa alternatif amaçlar ortaya atılacak ve bu durum hukuk doktrinindeki pozitivist yaklaşımın kırılmasına hizmet edecektir. Böylece hukuk teorisinin zenginleşeceğini ve haksız fiil hukuku uygulamasının bundan yarar sağlayacağını umuyoruz<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> Sosyal maliyetlerinin azaltılması amacının, normatif açıdan neden izlenmeye değer olduğu hususunda bir açıklama yapmaya gerek yoktur. Düşüncemize göre refahın artırılması, hukuk kuralları sosyal ve ekonomik yaşama müdahale edilmesinde izlenen temel amaç olmalıdır.

<sup>385</sup> Nitekim ABD hukukunda, hukuk ve ekonomi öğretisinin en önemli katkılarından biri, özellikle haksız fiil hukuku alanında, alternatif paradigmalardan ve özellikle adaleti temel alan, ahlaki teorilerin ortaya atılması olmuştur (aynı tespit için bkz. FLETCHER, s.170). Bu teoriler, sonuçsal etiği benimseyen, yararcı (*veya*



Bu tespitleri yaptıktan sonra, haksız fiil hukukunun amacı konusundaki görüşümüzü netleştirelim. Yukarıda haksız fiil hukukunun amacının sosyal maliyetlerin azaltılması olduğunu belirttik. Nitekim biz de bu görüşü benimsiyoruz. Fakat bize göre, sosyal maliyetler, birincil ve üçüncü maliyetlerden ibarettir. Kanımızca ikincil maliyetlerin azaltılması, normatif açıdan haksız fiil hukuku kuralları ile izlenmeye değer bir amaç değildir<sup>386</sup>. Bunun çeşitli nedenleri vardır. İlk olarak manevi zararlar bakımından dile getirilen tereddütlere yer verelim. Ekonomik teoride baskın görüş, (*en azından ağır*) manevi zararlar için, kişilerin sigorta talep etmeyeceğini ve bu nedenle de bunların tazmin edilmesinin ekonomik açıdan etkin olmadığını kabul eder<sup>387</sup>. Eğer bu görüş kabul edilirse, ikincil maliyetlerin azaltılması haksız fiil hukukunda sadece maddi tazminat açısından geçerli olacaktır.

Maddi zararlar açısından baktığımızda ise, haksız fiil tazminatının, riskin etkin tahsisi için çoğu kez uygun bir vasıta olmadığını söyleyebiliriz. Bunun bir nedeni, zarar veren ve zarar görenin risk karşısındaki tavırlarını belirlemenin güç olmasıdır. Bu durum, her şeyden önce hukuk kurallarının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda genelleme yapmaya imkân vermez. Örneğin belirli tip kazalar açısından, zarar görenlerin risk sakınan olduğu ve bu nedenle kusursuz sorumluluğun tercih edilmesinin daha yerinde olduğunu iddia etmek güçtür<sup>388</sup>. Bir olasılık, hâkimin somut olayda bu türden bir değerlendirme yapması ve zararı taraflar arasında paylaşmasıdır. Fakat bu yaklaşım, birincil maliyetler açısından olumsuz bazı sonuçları beraberinde getirecektir.

---

*refahçı*) ekonomik teoriye karşıt olarak, haksız fiil hukukunun adalet (hakkaniyet) amacı ışığında daha iyi izah edilebileceğini ileri sürmektedir. 1972 yılında FLETCHER ile başlayan bu yaklaşım, süreç içerisinde hukuk felsefesinde ciddi taraftar toplamış ve bu konuda olağanüstü bir literatür oluşmuştur (FLETCHER, Fairness, s.537-573) . Bugün bu literatür içerisinde haksız fiil hukukunu etik düşünceler ya da çeşitli adalet teorileri bağlamında izah eden farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin genel bir özeti ve ekonomik teori ile mukayesesi için bkz. WESTON A. Nancy, “The Metaphysics of Modern Tort Theory”, Valparaiso University Law Review, Vol. 28 (1994), s.920 vd.)

<sup>386</sup> Tabiatıyla bu durum, pozitif olarak haksız fiil hukukunun bu amacı izlemediği anlamına gelmez. Yukarıdaki yargı tamamen normatif mahiyettedir.

<sup>387</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §4/III/C/2/a

<sup>388</sup> Fakat bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/E/1

Bir diğ er neden, haksız fiil hukukunun zarar görenin zararının tazmininde etkin bir kurumsal yapı olmamasıdır. Her şeyden önce haksız fiil hukuku sistemi, gerek zarar gören açısından, gerekse sosyal açıdan son derece maliyetlidir. Zarar gören zararını gidermek için talepte bulunacak, somut olayın özelliklerine göre vekâlet ücreti ve/veya yargılama masrafları gibi bazı maliyetlere katlanacaktır. Üstelik dava açıldığı bir kurguda belirsizlik yaşanacak, yargılama lehine sonuçlansa da, zararının telafi edilmesi uzun süre alacaktır. Tüm bu süreç, sadece zarar gören değil, sosyal açıdan da oldukça maliyetlidir. Şüphesiz bu durum başlı başına haksız fiil hukukunun bu amacı izlememesi gerektiği anlamına gelmez. Riskin etkin tahsisinden sağlanan fayda<sup>389</sup>, idari maliyetlerden fazla ise, haksız fiil hukukunun tatbiki anlamlıdır. Fakat aynı amacın, sigorta kurumu gibi daha etkin bir kurumsal yapı ile elde edilmesi mümkün ise, durum değişmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi, sigorta kurumunun varlık nedeni, ikincil maliyetlerin asgariye indirilmesidir. Bu anlamda sigorta sistemi tam anlamıyla haksız fiil hukukunun rakibidir. Tabi ki bu durum, haksız fiil hukukunun ikincil maliyetler bakımından oynayabileceği rolün önemini azaltmaktadır. Her şeyden önce sigorta sistemi, haksız fiil hukukuna göre riski daha etkin bir şekilde dağıtmaktadır. Ortaya çıkan zarar, zarar veren değil, çok sayıda kişinin ödediği primlerden karşılanmakta ve bu durumda ikincil maliyetler etkin bir şekilde azalmaktadır. Ayrıca zarar gören açısından da sigorta daha elverişlidir. Zarar gören zararını, sigorta şirketinden daha süratli ve garantili bir şekilde tazmin ettirebilmektedir. Riskin sigorta himayesinde olduğu bir durumda, zarar görenin kusur, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı gibi şartları ispatlamasına gerek yoktur. Sadece zararı ortaya koyan bir talep, tazminata kavuşmak için yeterli olur. Dolayısıyla yargılama sürecinin uzun, belirsiz ve masraflı sürecinden tasarruf edilerek önemli bir maliyet avantajı sağlanır. Nihayet zarar kişilerin ihtiyari ve/veya zorunlu primlerinden oluşan bir mali fondan karşılanacağından, zarar verenin malvarlığının yetersiz olması gibi bir riskle de

---

<sup>389</sup> Ayrıca bu amaçla çelişmeyen birincil maliyetlerin azaltılmasından sağlanan yararı da dikkate almak gerekir.

karşılaşmaz. Bu çerçevede sigorta sisteminin idari maliyetlerinin haksız fiil hukukuna kıyasla çok daha az olduğu kabul edilmektedir<sup>390</sup>.

Özetle sigorta kurumu ikincil maliyetlerin azaltılmasında haksız fiil hukuku sistemine göre daha etkin bir hukuki kurumsal yapıdır<sup>391</sup>. Hal böyle olunca riskin etkin bir şekilde tahsis edilmesinde haksız fiil hukukundan yararlanmak hukuk politikası açısından çok rasyonel değildir. Hatta tazminatın, sadece zarar görenin zararının telafisi amacını taşıdığını düşündüğümüz bir durumda, haksız fiil hukukunu tamamen ortadan kaldırmak ve yerine sigorta sistemini ikame etmek dahi anlamlı bir çözüm olabilir<sup>392</sup>. Bu çerçevede bu çalışmada, haksız fiil hukukunun ikincil maliyetlerin azaltılmasındaki rolünü göz ardı ediyoruz<sup>393</sup>. Düşüncemize göre haksız fiil hukukunun temel amacı, birincil ve üçüncül maliyetlerin asgariye indirilmesi olmalıdır<sup>394</sup>. İkincil maliyetlerin azaltılması ise, ancak bu amaçlar ile çelişmediği (*ve belki de sigorta himayesinin söz konusu olmadığı hallerde*) dikkate almaya değer bir amaçtır. Bu çerçevede bu çalışmada haksız fiil hukuku kurallarının ekonomik açıdan etkin olması ile kastedilen, tazminat riskinin, kişileri etkin

---

<sup>390</sup> Türkiye uygulamasında, haksız fiil yargılaması ile sigorta uygulamasının maliyetlerini kıyaslamaya imkan veren veriler ne yazık ki bulunmamaktadır. Ama fikir vermesi açısından ABD uygulamasından bazı rakamlar vermek mümkündür. SHAVELL, ABD uygulamasında sigorta sisteminin işleyişinin neden olduğu idari maliyetlerin, sigortacının elde ettiği tazminat bedelinin ortalama %10'undan daha az olduğunu belirtmektedir. Yani sigortalıya ödenen her 100 YTL, 10 YTL idari maliyete neden olmaktadır. Buna karşılık yargılama sisteminde, ortalama davalının aldığı bedelin, yargılama masraflarından daha az olduğu belirtilmektedir. Yani mesela davacı tarafından ödenen her 100 \$'ın, ortalama 40 \$'ı davalıya ulaşmakta, kalanı idari maliyetleri oluşturmaktadır. Bu davalıya 1 YTL ödemek için, davacının yaklaşık 1 YTL maliyete katlanması anlamına gelmektedir (SHAVELL, Foundations, s.281,282). Benzer şekilde LANDES ve POSNER, ABD hukukunda hükme bağlanmış her asbest yargılamasında, ihtilafın çözümü için yapılan 2.71\$'lık harcamanın, sadece 1\$'lık kısmının davacıya gittiğini belirtmektedirler (LANDES/POSNER, s.58).

<sup>391</sup> SHAVELL, s.263,264; LANDES/POSNER, s.58

<sup>392</sup> Bu olasılıkta gelir adaletsizliğinden kaynaklanabilecek prim ödeme sorunları da, devletin sağlayacağı sosyal sigorta hizmeti veya doğrudan gelir yardımı gibi sosyal politikalar ile çözümlenebilir ve her türlü zarar sorumluluk hukukundan çok daha etkin bir şekilde telafi edilebilirdi. Bkz. bu yönde görüşler için CALABRESI, s.6 vd.

<sup>393</sup> Fakat belirtelim ki bu ikincil maliyetlerin sosyal refah açısından önemsiz olduğundan değil, haksız fiil hukukunun kurumsal yapı olarak bu maliyetlerin azaltılmasına elverişli olmamasından kaynaklanmaktadır. İkincil maliyetlerin etkisini dikkate almamız nedeniyle, çalışmamızda kişilerin risk karşısından kayıtsız olduğunu da varsayacağız. Şüphesiz bu varsayım, aynı zamanda pragmatik bir nedene dayanmaktadır. Kişilerin risk karşısındaki konumlarını dikkate aldığımız zaman, yapılacak değerlendirmeler son derece karmaşık hale gelecektir ve ekonomik analizden sonuç çıkarmak mümkün olmayacaktır.

<sup>394</sup> Krş. SHAVELL, Foundations, s.268; LANDES/POSNER, s.58; MICELI, s.38

özen göstermeye sevk etmesi ve bu arada üçüncül maliyetlerin makul seviyelerde olmasıdır.

## Üçüncü Bölüm

### Haksız Fiil Hukukunun Temel Kavramlarının Ekonomik Analizi

#### § 1. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde haksız fiillerin ekonomik açıdan olumsuz dışsallık teşkil ettiğini, haksız fiil hukukunun da bir piyasa aksaklığı olan dışsallıkları düzenlendiğini belirttik. Bu çerçevede haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan meşru bir temeli olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz. Kısaca tekrarlamak gerekirse, haksız fiil hukuku işlem maliyetinin yüksek olduğu kurgularda zarar vereni dışsal maliyetlerden sorumlu tutarak, kişileri ekonomik açıdan etkin seçimler yapmaya sevk etmektedir. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun amacı, zarar görenin zararının telafi edilmesi ya da zararın taraflar arasında adalate uygun bir şekilde dağıtılması değil, kişileri daha özenli davranmaya sevk ederek haksız fiillerin neden olduğu zararların azaltılmasıdır. Bu çerçevede haksız fiil hukuku, riskli davranışları düzenleyen bir hukuki kurumsal yapı olarak görülmelidir.

Bu perspektifi temel alarak, aşağıda haksız fiil hukukundaki temel kavramların nasıl yorumlanabileceğini ve/veya yorumlanması gerektiğini inceleyeceğiz. Dolayısıyla incelememiz pozitif ve normatif özellikler taşıyacaktır. Her ne kadar haksız fiil tabirine yüklediğimiz anlam çerçevesinde, zarar verenin kusuru şart değilse de, Türk hukukunda sorumluluk kusur esasına dayanır. Bu nedenle, “zarar”, “nedensellik” ve “hukuka aykırılık” kavramlarının yanı sıra, “kusur” kavramını da ekonomik açıdan inceliyoruz. Dolayısıyla aşağıda dört ayrı paragrafa yer verilmiştir. Her paragraf iki ayrı kısım içermektedir. İlk kısım, söz konusu kavramın Türk hukukunda nasıl ele alındığını açıklamakta ve bir anlamda ekonomik analize temel oluşturmaktadır. Her kısmın sonunda, hukuk doktrinindeki yaklaşım hakkında tespit ve değerlendirmeleri içeren bir başlığa yer verilmiştir. Bu başlık altında, mevcut hukuki yaklaşım, eleştirel bir gözle değerlendirilmiştir. İkinci kısımda ise, haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaç ışığında, söz

konusu kavramın ekonomik açıdan yorumlanmasına çalışılmaktadır. Bu yorum büyük ölçüde pozitif mahiyet taşımaktadır. Yani hukuk doktrininde kabul edilen, tanım ve kuralların ekonomik açıdan bir mantığı olup olmadığı araştırılmakta, bunların attığımız amaç ile uyumlu olup olmadığı irdelenmektedir.

Düşüncemize göre, temel kavramların ekonomik açıdan incelenmesi birkaç açıdan yararlıdır. Her şeyden önce, bu inceleme, haksız fiil hukukuna attığımız rolün ne derece gerçekçi olduğunu ortaya koyacaktır. Örneğin içselleştirme açısından, zarar verenin tüm zararlardan sorumlu tutulması gerekli ve yeterlidir. Bunun için kişinin kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Bu bağlamda kusur kavramının ekonomik açıdan ne anlama geldiği incelenmeye değer bir husustur. Bunun yanı sıra dördüncü bölümde farklı sorumluluk kurallarının, sosyal refah (*birincil ve üçüncül maliyetler*) üzerindeki etkisinin incelenmesi, temel kavramların ekonomik açıdan yorumlanmasını şart kılar. Fakat düşüncemize göre bu açıklamaların en önemli faydası, ekonomik bakış açısının bazı kavramların nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği hususunda yol gösterici olmasıdır. Hand formülünün ihmalin belirlenmesinde oynayabileceği analitik rol ve salt ekonomik zarar hakkındaki açıklamalar bunun tipik örnekleridir.

## **§ 2. Haksız Fiil Hukukunda Kusur ve Kusur Kavramının Ekonomik Analizi**

### **I. Türk Haksız Fiil Hukukunda Kusur**

#### **A. Genel Olarak Kusur**

Sorumluluğun kusur esasına dayanması nedeniyle, Türk haksız fiil hukukunda “*kusur*” kavramı merkezi öneme sahiptir. Kusursuz sorumluluğun uygulanmadığı tüm hallerde, sorumluluğun doğması, zarar verenin kusurlu olmasını gerektirir. Bu anlamda kusur, sorumluluğu kuran temel unsurlardan biridir. Önemine rağmen, ne Borçlar

Kanunu'nda, ne de diğer kanunlarda kusurun tanımına yer verilmemiştir. Buna bağlı olarak, kusurun muhteva ve türlerinin belirlenmesinde uygulama ve doktrin belirleyici olmuştur. Fakat kavram üzerinde tam bir uzlaşmanın olmadığını belirtelim<sup>1</sup>. Haksız fiil hukukunun amacı bahsindeki açıklamalarda, kusur kavramının ahlaki temele dayandığını ve toplumun kınadığı, hoş görmediği bir “*iradi davranış*” ile ilişkilendirildiğini ifade etmiştik<sup>2</sup>. Bir davranışın toplum tarafından kınanması, toplumun kişinin kendisinden beklediği davranış tarzına uymaması halinde ortaya çıkar. Yani kişi sosyal açıdan arzu edilen şekilde davranmamıştır. Dolayısıyla ilk olarak, kusur kavramının mahiyeti itibarıyla “*normatif*” karaktere sahip olduğunu tespit edelim.

Doktrinde kusur, “hukuka aykırı zararlı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Tanım, kusurun “kast” ve “ihmal” olmak üzere iki ayrı türünün olduğuna vurgu yapmaktadır. Kusurun türlerini açıklamaya geçmeden önce, kusurun bazı özelliklerini ve haksız fiil hukukundaki işlevini açıklamak uygun olur. İlk belirtilmesi gereken, zarar verenin kusurlu olabilmesi için, ayırtım gücüne sahip olması gerektiğidir<sup>4</sup>. Ayırtım gücüne sahip olmayan kişi kusurlu olamaz<sup>5</sup>. MK.m.15 hükmünden de çıkan bu sonuç, kusurun tanımı düşünüldüğü zaman doğaldır. Akla uygun davranma yeteneği olmayan, yani davranışlarının sonuçlarını değerlendirme ve buna uygun davranma yeteneğinden yoksun bir kişinin, gerçek anlamıyla hukuka aykırı sonucu istemesi veya zararlı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanması mantıken mümkün olmaz. Böyle olunca da onun kusurundan bahsedilemez<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.509; EREN, s.529, 530; KOÇHİSARLIOĞLU, s.8, 51-54

<sup>2</sup> İkinci Bölüm §3/II/A

<sup>3</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.510; Çok çeşitli kusur tanımları için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s.11-45

<sup>4</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.496; TANDOĞAN, s.55; OĞUZMAN/ÖZ, s.514; EREN, s.533;; KOÇHİSARLIOĞLU, s.6 (yazar ayırtım gücünü “*davranışın yüklenebilirliği*” kavramı çerçevesinde incelemekte ve bunu ayrıntılı bir şekilde tartışmaktadır. Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s.319-371)

<sup>5</sup> Ayırtım gücüne sahip olmayan kişi kusurlu olmasa da, pekâlâ haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir (bkz. aşağıda §2/II/B/3)

<sup>6</sup> Tüzel kişinin kusurundan bahsedilemez. Burada kusur, tüzel kişinin organı açısından aranır ve eğer organı oluşturan kişi ya da kişiler kusurlu ise, sorumluluk tüzel kişiye izafe edilebilir. MK.m.50/II bu durumu düzenlemektedir: “*Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişi borç altına sokarlar*”.

İkinci özellik, kusurun, hukuka aykırılıktan bağımsız olarak gerçekleşmemesidir. Kusur, kişinin hukuk düzenince kınanan bir davranışta bulunması olduğuna göre, hukuka aykırı bir davranış olmadan, kusurlu davranıştan bahsedilemez<sup>7</sup>. Olsa olsa özensiz veya tedbirsiz davranış söz konusu olabilir. Bunun doğal sonucu, kusur kavramının teknik anlamı itibarıyla sadece bir hukuk normunu ihlal edene, yani “*fail*”e özgülümesidir. Nitekim doktrin ve uygulamada zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurundan bahsedilmekle birlikte, bunun teknik bir anlamı olmadığı belirtilmektedir<sup>8</sup>.

Üçüncü özellik, kusur kavramının belirlenmesinde “*sübjektif teori*”nin değil<sup>9</sup>; “*objektif teori*”nin egemen olmasıdır<sup>10</sup>. Teoriye göre, zarar verenin kusurlu davranıp davranmadığını belirlerken zarar veren kişi değil, objektif bir tip ele alınmalıdır<sup>11</sup>. Fakat bu tip de tamamen objektif olmayıp, mesleki tecrübe, bilgi birikimi, yaş, cinsiyet, sosyal statü ve fiziksel vasıflar açısından zarar verenle ortak bazı vasıfları taşıyan makul ve ortalama kişidir.

Kusurun işlevine gelince; kusurun asli işlevinin sorumluluğun kurulması olduğunu belirtmiştik. Kusur, zararın zarar gören üzerinden alınarak, zarar verene yüklenmesinin haklı nedenidir. Kusursuz sorumluluk ihdas eden bir norm olmadığı sürece (*tert.*), kusursuz olarak zarar veren kişi sorumlu tutulamaz<sup>12</sup>. Fakat kusurun işlevi

---

<sup>7</sup> EREN, s.530; KARAHASAN, s.174; TANDOĞAN, s.318; NOMER, s.86,87

<sup>8</sup> EREN, s. 542, 544; OĞUZMAN/ÖZ, s.579; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.594

<sup>9</sup> “*Sübjektif teori*”, kusur kavramını tamamen zarar verenin içinde bulunduğu şartlara göre değerlendirir. Bu bağlamda, zarar verenin haksız fiili gerçekleştirirken içinde bulunduğu psikolojik ve moral durum, yeteneği, bilgisi, öğrenim düzeyi, fiziksel gücü gibi özellikleri nazara alınır. Bu yaklaşım, kusurun iradi bir davranış olması, irade zayıflığı ile ilişkilendirilmesinden kaynaklanır. Kişi davranışından dolayı kınanıyorsa, tüm bu şartların dikkate alınması da tabidir. Kusurun belirlenmesinde önemli olan soru: “*somut olayda zarar verenin, zarara neden olan davranıştan kaçınması mümkün müydü ?*” şeklindedir (bkz. EREN, s.530, krş. KOÇHİSARLIOĞLU, s.111 vd.).

<sup>10</sup> von TUHR, s.380; TANDOĞAN, s.50; EREN, s. 538; *Objektif, sübjektif ve objektifleştirilmiş kusur teorileri hakkında* bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, s.110-184

<sup>11</sup> EREN, s.531

<sup>12</sup> Türk hukukunda kusursuz sorumluluk öngördüğünü düşündüğümüz hükümler için bkz. Dördüncü Bölüm §2/II.



sorumluluğun kurulması ile sınırlı değildir. Kusur, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde de rol oynar. İlk akla gelen tazminatın kapsamının belirlenmesindeki işlevidir. Zarar verenin ve zarar görenin kusuru<sup>13</sup>, tazminat miktarının tespiti ve tenkis edilmesinde etkindir (BK.m.43,44)<sup>14</sup>. Hatta kusurun bu hususta en önemli faktör olduğu söylenebilir. Kusurun ikinci işlevi, zarar verenin sorumluluğunu ortadan kaldırmasıdır. Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru belirli bir yoğunluğa eriştiği zaman, kusurlu olsa dahi zarar veren sorumlu tutulmayabilir<sup>15</sup>. Nedensellik bağı kapsamında mütalaa edilen bu durum, “*nedensellik bağının kesilmesi*” olarak adlandırılır<sup>16</sup>. Ayrıca bu iki işlev sadece kusur değil, kusursuz sorumluluk halleri açısından da uygulama alanı bulur. Nihayet kusurun *üçüncü* bir işlevi, müteselsil sorumlulukta sorumlular arasındaki iç ilişkide zararın paylaştırılmasında ölçüt olmasıdır<sup>17</sup>.

## B. Kusurun Türleri

Görüldüğü gibi kusur, haksız fiil hukukunda merkezi bir kavramdır. Bu açıdan neyi ifade ettiğini belirlemek şarttır. Yapılan tanımları göz önünde tutarak, türlerinden hareketle kusurun anlamını açıklamak en isabetli yaklaşımdır. Ancak kusurun türlerinin sorumluluğun kurulması açısından önem taşımadığını belirtelim. Ahlaka aykırılığı

---

<sup>13</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/b

<sup>14</sup> BK. açısından tarafların kusuru, tazminatın tenkis edilmesi açısından rol oynamakla birlikte, RKHK. gibi diğer bazı kanunlarda hakimin zarardan daha fazla tazminata hükmetmesine temel oluşturmaktadır (RKHK.m.58/2). Dolayısıyla kusurun sorumluluğun kapsamının belirlenmesindeki işlevinin iki yönlü olduğu söylenebilir.

<sup>15</sup> Buna karşılık eğer bir kusursuz sorumluluk durumu mevcut ise ve zarar veren aynı zamanda kusurlu ise, o zaman zarar gören ya da üçüncü kişinin kusurunun sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda zarar verenin kusuru “*munzam kusur*” olarak adlandırılmakta ve bir anlamda zarar gören veya üçüncü kişinin kusurunu etkisiz hale getirmektedir (EREN, s.532; TİFTİK, s.56).

<sup>16</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.521,522; EREN, s.515; TANDOĞAN, s.79 vd.

<sup>17</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.681, EREN, s.788, 790; nitekim doktrinde benimsenen bu durum, BKT.’da 60 ve 61. maddelerde ifadesini bulmuştur. Müteselsil sorumluluğu iç ilişki açısından düzenleyen 61. maddenin ilk fıkrasına göre: “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütünlük durumu ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur*”.

düzenleyen BK.m.41/II hükmü bir kenara bırakılırsa<sup>18</sup>, kusurun derecesinin kast veya ihmal olması, sorumluluğun zarar verene atfedilmesi açısından önem taşımaz. Nitekim bu nedenle haksız fiil hukukunda<sup>19</sup> bu ayırımın, ceza hukukundaki kadar önem taşımadığı belirtilmektedir<sup>20</sup>. Öte yandan kusurun derecesi, sorumluluğun kapsamı açısından fark yaratır. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalar, sadece kusur kavramının çerçevesinin çizilmesi açısından değil, pratik açıdan da önemlidir.

## 1. Kast

“*Kast*” (*dolus*) kişinin hukuka aykırı zararlı sonucu öngörmesi ve istemesidir<sup>21</sup>. Dolayısıyla iki unsurdan oluşur. İlki, kişinin davranışının genel olarak sonuçlarını önceden öngörmesi ve bilmesidir (*tasavvur*). Mesela bir başkasına yumruk atan kişi, bunun hukukten korunan bir değere (*vücut tamlığı*) müdahale teşkil ettiğini ve maddi ve/veya manevi zarara yol açacağını bilir. Fakat herhalde tüm zararlı sonuçları öngörmesi şart değildir. Mesela atılan yumruğun kişiye zarar vereceğini bilmesi yeterli olup, zararın tam olarak kapsamını, örneğin travmaya yol açabileceğini veya buna bağlı ortaya çıkan maddi zararları öngörmesi gerekmez. Önemli olan hukukten korunan değere müdahalenin olumsuz sonuçlarının farkında olmasıdır. Kasttan bahsedebilmek için kişinin davranışı hukuka aykırı kılan hukuk normunu bilmesi gerekip gerekmediğine dair tartışma olsa da, baskın görüş, hukuka aykırılık bilincinin varlığını arar<sup>22</sup>. Kastın ikinci unsuru, kişinin hukuka aykırı sonucu

---

<sup>18</sup> Buna göre bir hukuk normunu ihlal etmeyip, ahlaka aykırılık teşkil eden fiillerin neden olduğu zararlardan sorumluluk, kastın varlığına ihtiyaç gösterir. Kast yoksa sorumluluk olmaz. Burada kastın varlığı, zararlı sonuca ilişkindir.

<sup>19</sup> Buna karşılık belirtelim ki sorumluluk hukukunun geneli açısından değerlendirdiğimizde, kusurun derecesi sorumluluğun kurulması açısından fark yaratabilir (mesela BK.m.243).

<sup>20</sup> TANDOĞAN, s.46; EREN, s.535; von TUHR, s.378

<sup>21</sup> EREN, s.535; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.493; OĞUZMAN/ÖZ, s.511; TANDOĞAN, S.46; KARAHASAN, s.164; TİFTİK, s.56

<sup>22</sup> Dikkat edilirse burada kastedilen, kişinin zararlı sonucu bilmesi ve bunu istemesine rağmen, davranışının bir hukuk normunu ihlal ettiğini bilmemesi ya da yerleşmiş tabirle “*hukuka aykırılık bilincinden yoksun olması*”dır. Dolayısıyla meselenin haksız fiil sorumluluğunun diğer şartı olan hukuka aykırılık ile karıştırılmaması gerekir. Hukuka aykırılık tamamen objektif olup, kişinin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşir. Bir başkasına zarar verme bilinci ve isteği olmasına rağmen, kişinin hukuka aykırı davrandığının bilincinde olmaması pek sık rastlanılacak bir olgu değildir. Dolayısıyla pratikte meselenin çok önemli

istemesisidir (*irade*). Yani kişi attığı yumruğun sonucunu bilmeli ve aynı zamanda bu sonucu istemelidir. Zarar verenin neden bu sonucu istediği ya da onu harekete geçiren saik önem taşımaz<sup>23</sup>. Ahlaki açıdan meşru sebepler de söz konusu olsa, kişi zararlı sonucu biliyor ve istiyorsa kast gerçekleşir.

---

olduğunu düşünmüyoruz. Ayrıca sonuç açısından çoğu kez önemli bir farklılık ortaya çıkmayacaktır. Zira hukuka aykırı sonuç bilinmiyorsa, o zaman kişinin ihmali olduğu söylenebilir ve sorumluluk kurulur.

Fakat bu tartışmaya dair görüşümüzü beyan edelim. Meseleyi kusur açısından değerlendirirken ikili bir ayırım yapılabilir. Bir kere haksız fiiller çoğu kez bir mutlak hak ihlali ile bir arada ortaya çıkar (bkz. aşağıda §5/II/A). Bu gibi hallerde zarar ve hukuka aykırılığı birbirinden ayırmak mümkün olmaz. Dolayısıyla mutlak hakkın ihlal edildiği hallerde, kişinin hukuka aykırılık bilincinde olmadığı söylenemez. Kişi zararlı sonucu biliyor ve istiyorsa, hukuka aykırılık bilinci vardır. Sadece istisnai olarak kişi hukuki duruma ilişkin hataya düşebilir. Tipik örnek, kişinin başkasının malına, kendi malı zannederek zarar vermesidir. Burada (*zararlı*) sonuç istenmesine rağmen, (*arabanın mülkiyetinde*) hataya düşülmüştür. Dolayısıyla kast değil ancak ihmal içerisinde bir davranış söz konusu olur (OĞUZMAN/ÖZ, s.511; EREN, s.536; von TUHR, s.379, TANDOĞAN, s.47).

Daha problematik olan husus ise, mutlak hak ihlali dışında kalan diğer koruma normlarının ihlal edilerek başkasına zarar verilmesidir (kavramlar için bkz. aşağıda §5/II/A ve §4/II/B/2/). Burada kişi başkasına zarar verdiğini bilecek ve isteyecek ve fakat davranışının hukuka aykırı olduğunu bilmeyecek; yani hukuka uygun davrandığını düşünecektir. Doktrinde ağırlıklı görüş hukuk kuralının bilinmemesi durumunda kastın olamayacağını kabul ederken (TANDOĞAN, s.48; EREN, s.536; von TUHR, s.379; KARAHASAN, s.165); aksi görüşte olanlar da vardır (OĞUZMAN/ÖZ, s.511; fakat krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.512:). Kanımızca da haksız fiil sorumluluğunda kasttan bahsedebilmek için hukuka aykırılık bilincinin olması gerekir. İlk yapılması gereken tespit, hukuka aykırılığın bu gibi hallerde çok farklı şekillerde karşımıza çıkabileceğidir. Dolayısıyla meselenin aslında somut durum ve buna uygulanan hukuk kuralı açısından değerlendirilmesinin uygun olduğudur. Genel olarak haksız fiil sorumluluğu açısından bir başkasının zarar görmüş olması gerekeceği için, çoğu kez kişinin diğer bir kimseye zarar vermeyi önleyen hukuk normunu bilmediği söylenemez. Kişi hayatın olağan akışında diğerlerine zarar vermeme yükümlülüğü altında olduğunun farkındadır veya en azından tam olarak bilmese de, başkalarını zarardan koruyucu kurallar olduğunu öngörebilir. Dolayısıyla zararlı sonucu bilerek ve isteyerek hareket ettiği hallerde, zarar göreni koruyan normu bilmediğini ileri sürmesi halinde, “ağır” bir ispat yükü altında olmalıdır.

Burada belki de ilginç olan bir ihtimal, ticari hayattaki rekabet sürecinde karşımıza çıkmaktadır (bkz. aşağıda §4/II/B/2/e/ed/eda). Rekabet sürecinde başkalarına zarar vermek hayatın olağan akışı içerisinde. Dolayısıyla rekabeti düzenleyen ve aynı zamanda başkalarını zarardan korumayı amaçlayan normlar açısından, kişilerin bilincine dair yukarıda belirttiğimiz karine önemini yitirir. Rekabet sürecinde kişiler bilerek ve isteyerek başkalarına zarar vermekte ve bu aslında rekabet ve ticari hayatın bir gereği olmaktadır. Kişilerin bu durumun hukuka uygun olduğu düşüncesinde olmaları, yukarıdaki ihtimalin aksine olağandır. Bu nedenle bu tür davranış kuralları açısından hassas davranmak ve bunların toplumda ne kadar yerleştiği, ne süredir uygulandığı ve özellikle kuralın ne ölçüde kesinlik taşıdığı gibi faktörleri dikkate alarak değerlendirme yapmak gerekir. Tabiatıyla burada da zararı bilen ve isteyen kişinin hukuka aykırılık bilincinde olmadığını iddia etmesi durumunda ispat yükü kendisine düşer ve bu türden bir iddianın kastı kaldırması hususunda (*özellikle tacirler açısından*) çekişen davranılmalıdır. Buna mukabil durum yukarıda belirttiğimizden farklıdır ve kişinin gerçekten hukuka uygun davranması da olasıdır. Bu durumda ancak ihmalin varlığından bahsedilebilir; kişi söz konusu davranışı yasaklayan normu öğrenme konusunda gereken özeni göstermemiştir.

<sup>23</sup> TANDOĞAN, s.48; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.493; von TUHR, s.381

İrade unsuru, doktrinde iki açıdan zarar veren aleyhine hafifletilmiştir. İlk olarak zarar veren tam olarak istemediği, ama eylemin sonucu olan diğer zararlardan da sorumlu tutulur. Burada nedensellik şartı zarar veren aleyhine yorumlanmakta ve uygun illiyet bağı içerisinde mütalaa edilmesi mümkün olmayan zararlardan da zarar veren sorumlu tutulmaktadır<sup>24</sup>. İkinci olarak zarar verenin hukuka aykırı sonucu gerçek anlamıyla istemesi de gerekemeyebilir. Zarar veren doğrudan hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun gerçekleşmesi ihtimalini dikkate alarak hareket etmiş; yani zararlı sonucu önemsememişse, kastın dolaylı olduğu kabul edilmektedir (*dolus eventualis*)<sup>25</sup>. Tabiatıyla kastın doğrudan veya dolaylı olması arasında sonuçları açısından da pek bir farklılık yoktur<sup>26</sup>.

## 2. İhmal

Kusurun diğer türü ise, “*ihmal*” (*culpa*) olarak adlandırılmaktadır. İhmal kişinin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanamamasıdır<sup>27</sup>. Yani kişi zararlı sonucu istememektedir, fakat bunu önlemek için gereken davranışta bulunmamıştır ve istenmeyen sonuç meydana gelmiştir. Bu durumu zararın meydana gelmemesi için somut olayın gerektirdiği özenin gösterilmemesi olarak da ifade etmek mümkündür. Doktrinde ihmalin, “*hafif*” (*culpa lata*) ve “*ağır ihmal*” (*culpa levis*) olmak üzere iki türünün olduğu kabul edilmektedir. Ağır ihmal aynı şartlarda bulunan her kişinin alması gereken en basit tedbirin alınmamış

---

<sup>24</sup> Bu, kusur derecesinin, zararın giderilmesi aşamasında yarattığı diğer önemli bir farklılıktır (EREN, s.536; EREN, Uygun İlliyet, s.120; krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.512; KARAHASAN, s.164).

<sup>25</sup> TANDOĞAN, s.47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.493; von TUHR, s.379 (yazarlar bu durumu ihtimali kast olarak nitelendiriyor); EREN, s.536; OĞUZMAN/ÖZ, s.511; TİFTİK, s.57

<sup>26</sup> Dolaylı kasta benzer bir durum, kişinin “*şuurlu ihmal*” içerisinde olmasıdır. Burada zarar veren davranışının muhtemel sonuçlarını öngörmektedir, fakat bunların gerçekleşmeyeceği ümidiyle gereken önlemleri almamaktadır. Oysa hatırlanacağı üzere dolaylı kasta kişi zararın gerçekleşmemesini ümit etmeyip, dolaylı da olsa zararı göze almaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.495; TANDOĞAN, s.49; von TUHR, s.380; KARAHASAN, s.166). Doğal olarak bu ayırımın sorumluluk hukukunda pratik bir önemi yoktur.

<sup>27</sup> EREN, s.537; OĞUZMAN/ÖZ, s.512; TANDOĞAN, s.48; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.494; von TUHR, s.380; KARAHASAN, s.165,166; TİFTİK, s.57

olmasıdır<sup>28</sup>. Hafif ihmal ise, ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir<sup>29</sup>. Görüldüğü gibi, ihmalin bu iki türü arasında bir derece farkı olup, olayların önemli bir kısmında davranışın hangisine girdiğini belirlemek son derece güçtür.

Esasen sadece bu iki durumda değil, genel olarak bir davranışın ne zaman ihmal teşkil edeceği de önemli bir sorundur. Gereken özenin ne olduğu ya da kişinin zararı önlemek için nasıl davranması gerektiğine ilişkin *apriori* bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. *Özenli davranış modeli*, tamamen somut olayın özellikleri ile ilgili olup, kişinin gereken özeni gösterip göstermediği hâkim tarafından *ex post* takdir edilir. Hâkim somut risk bakımından özenli olan davranışı belirleyecek, akabinde, zarar verenin fiilinin bundan sapıp saptadığını değerlendirerek sonuca varacaktır. Fakat Türk hukukunda bu değerlendirmenin tam olarak nasıl yapılması gerektiği belirsizlik taşımaktadır.

Burada karşılaşılan ilk sorun, özenin sübjektif mi, yoksa objektif ölçüye göre mi belirleneceğidir. Yani zarar verenin sübjektif durumu, onun bilgi birikimi, becerileri, fiziksel vasıfları ve içerisinde bulunduğu ruh hali dikkate alınacak mıdır, yoksa özen bundan bağımsız olarak tamamen objektif bir tipe göre mi belirlenecektir? Doktrinde ve uygulamada kusurun *objektif* olarak belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Bu bağlamda, zarar verene ait sübjektif özellikler ilke olarak dikkate alınmaz ve özellikle savunma olarak ileri sürülemez. Örneğin kişi yorgun veya üzgün olduğunu ya da bilgisiz yahut beceriksiz olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Özenli davranış, zarar veren değil, normal ve makul, objektif bir kişinin becerisi, bilgisi, fiziksel vasıfları esas alınarak belirlenir. Bu kişi, Roma hukukunda “*iyi bir aile babası*” (*bonus pater familias*); İngiliz ve Amerikan hukuklarında ise, “*makul insan*” (*reasonable man*) olarak adlandırılır. Lâkin bu kişinin olaydan ve zarar verenden bağımsız ve tamamen objektif bir tip

<sup>28</sup> TANDOĞAN, s. 55; TİFTİK, s.58; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.495; OĞUZMAN/ÖZ, s.512; EREN, s. 540

<sup>29</sup> EREN, s. 541; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.496; TİFTİK, s. 58; TANDOĞAN, s.55; OĞUZMAN/ÖZ, S.512;

<sup>30</sup> TANDOĞAN, s. 51, 52; TİFTİK, s.58; EREN, s.537; von TUHR, s.380; krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.513, 514; KARAHASAN, s.166

olmadığını da belirtelim. Her şeyden önce ayırtım gücü açısından, alelade bir tip değil, doğal olarak zarar veren esas alınır. Nitekim doktrinde bu, “*kusurun subjektif yönü*” olarak adlandırılmaktadır<sup>31</sup>. Fakat daha da önemlisi, bu tip, zarar verenin mensup olduğu sosyal grup içerisinde aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan olup, zarar verenin yaş, eğitim, meslek ve cinsiyet gibi özellikleri nazara alınır<sup>32</sup>. Mesela trafik kazasında zarar veren bir taksi şoförü ise, makul bir kişinin davranışı değil, makul bir taksi şoförünün davranışı referans noktasıdır.

Özenli davranış modelinin tespitinde önem taşıyan bir diğer husus, davranış ya da faaliyetin risk derecesidir. Doktrinde tehlikeli faaliyetler açısından özen ölçüsünün daha yüksek olduğu belirtilmekte ve genel olarak risk arttıkça özen borcunun da artacağı kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Nihayet özen ölçüsünün belirlenmesinde hâkimin nazara alabileceği diğer bir faktör ise, yargılama konusu olan riskleri düzenleyen güvenlik (zabıta) hükümleri ve teknik kurallardır<sup>34</sup>. Zararı azaltmak üzere öngörülen bu kurallar, somut olaydaki özenli davranış modeli hakkında yaklaşık bir fikir verir. Dolayısıyla hâkim, özenli davranış belirlerken bu kurallarda belirlenen ölçütlerden yararlanabilir. Fakat hâkim bu kurallarda öngörülen standartlar ile bağlı değildir<sup>35</sup>. Keza bir faaliyet için gereken izinlerin alınması ve idari denetimden başarı ile geçilmesi de, somut risk açısından ihmalin varlığını ortadan kaldıran bir olgu değildir<sup>36</sup>.

### C. Tespit ve Değerlendirme

Bu açıklamalar çerçevesinde, ekonomik analiz açısından önem taşıyabilecek bazı tespit ve değerlendirmeler yapmak yerinde olur. İlk belirtilmesi gereken, sorumluluk hukukundaki sonuçları açısından önemli bir fark olmasa da, “*kast*” ve “*ihmal*” arasında

---

<sup>31</sup> EREN, s. 533

<sup>32</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.513; TANDOĞAN, s. 53; KARAHASAN, s.167; EREN, s. 537; TİFTİK, s.59

<sup>33</sup> TANDOĞAN, s.53; EREN, s.539; von TUHR, s.380

<sup>34</sup> TANDOĞAN, s.54; EREN, s.539

<sup>35</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.514; TİFTİK, s.59; TANDOĞAN, s.54; von TUHR, s.381

<sup>36</sup> TANDOĞAN, s.54

belirgin bir kavramsal farkın olmasıdır. Kasten meydana gelen zararlar açısından, zarar verme, çoğu kez davranışın temel güdüsü ve belirleyici ögesidir. Bir diğerine zarar vermeyi istemek, kişiyi davranışa sevk eden temel güdü konumundadır. Oysa ihmal halinde zarar, davranışın istenmeyen bir sonucu olup, adeta bir yan üründür. İhmal suretiyle zarar veren kişi, tamamen başka ve çoğu kez ahlaken (*ve hukuken*) meşru bir saik ve amaç çerçevesinde davranmış, buna rağmen zarar doğmuştur. Bu anlamda zarar verme isteği, kararında etkili olmamıştır. Fakat zararı önleyici davranış sergilemesi beklenirken, bunu yapmadığı, düşüncesiz davrandığı için kusurludur<sup>37</sup>. Kast açısından irade, davranış ve zarar arasında yoğun bir ilişki var iken, ihmalde irade ile zarar arasında bağ kopuktur.

Nitekim fikrimizce, toplum da, bu iki davranışı tamamen farklı algılayıp, değerlendirmektedir. Ahlak normları açısından bakıldığında zaman, aslında kast ile ihmal şeklindeki davranışların “*kınanabilirlik*”leri son derece farklıdır. Hatta hafif ihmal tarzındaki davranışların toplum tarafından kınandığı dahi şüphelidir. Toplumda bu davranışlara hoşgörüyle yaklaşıldığı ve hukuki sorumluluğun çok da gerekli olmadığı şekilde bir kanaatin olduğu söylenebilir<sup>38</sup>. Dolayısıyla kusur kavramının gerçekten toplumun kınadığı bir davranış olarak tanımlanmasını şüphe ile karşıladığımızı belirtelim. Oysa kast açısından durum çok farklıdır. Salt haksız fiil hukuku penceresinden bakıldığında zaman gözden kaçmakla birlikte, aslında hukuk düzeninin kast ve ihmal kavramlarına yaklaşımı da önemli ölçüde değişmektedir. Hukuk düzeni, zarara yol açan kasıtlı davranışları haksız fiil hukukundan ziyade, ceza hukuku ile düzenler. Mutlak hakların kasten ihlal edilmesi esas itibarla suç teşkil eder ve cezai yaptırım söz konusu olur. Tazminat borcu ise bunun yanı sıra doğmaktadır. Mutlak hakkı ihlal etmeyen kasti davranışlar açısından ise, gün geçtikçe ceza hukukunun uygulama alanı genişlemektedir<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> İhmal açısından çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Kişi makul bir kişinin öngörebileceği zararı sonucu (risk) hiç öngörmemiş, düşünmemiş olabilir. Bu durumda zaten gereken tedbiri alması sadece tesadüflere bağlıdır. İkinci ihtimal, kişi riski öngörmüş olabilir. Fakat bunun nasıl önleyeceğine dair bilgisi olmayabilir. Diğer bir ihtimal, öngördüğü riskin nasıl önleneceğini bilmesi ve fakat bunu uygulama becerisini göstermemesidir.

<sup>38</sup> Nitekim kişinin ihmal içerisinde davranarak zarar verdiği haller için kullanılan kaza terimi, günlük kullanımda kastın olmadığı tüm halleri kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

<sup>39</sup> Ceza hukukunun alanının genişlemesi ise, kanımızca en azından iki nedenden kaynaklanır. İlk olarak zaman içerisinde yeni kurum ve değerler ortaya çıkmakta ve bunların muhafazası sorunu yeni suç tiplerinin

Özetle zarara neden olan kasti davranışlar açısından haksız fiil hukukunun işlevi ikinci planda olup, asıl olarak ceza hukuku uygulanmaktadır. Hal böyle olunca, ekonomik teori açısından bu davranışların haksız fiil hukuku ile düzenlendiği şüphelidir. Bunun çalışmamız açısından önemli sonuçları vardır<sup>40</sup>.

Kast ve ihmal arasındaki kavramsal farkın, haksız fiil hukukunda da bazı sonuçları vardır. Üç tanesine yer verelim. İlki, kastın varlığı halinde nedensellik açısından sınırlama yapılmamasıdır. Kişi, isteyerek zarara yol açması durumunda, hayatın olağan akışına göre davranışının sonucu olarak öngörülmeyecek olan sonuçlardan sorumlu tutulur. Yani tabii illiyet (*şart teorisi*) uygulama alanı bulur<sup>41</sup>. Bu farklı yaklaşım, zarar verendeki “*kötü irade*” tahtında meşru kılınmaktadır<sup>42</sup>. İkinci olarak objektif teorinin ya da somut olayda beklenen özen gibi kavramların kast açısından pratik önemi yoktur. Kast esas itibarla subjektif bir kavramdır. Objektif teorinin “*ortalama ve makul insan standardı*”, kastın varlığını tespitite uygulanmaz. Kasten verilen zararlarda, kişinin nasıl davranması gerektiğine ilişkin özenli davranış modeli belirlemek anlamlı değildir. Kişinin hiç davranmamış olması istenir. Bununla bağlantılı üçüncü nokta, kasten verilen zararlar için haksız fiil hukuku uygulamasının bir özellik arz etmemesidir. Yani, gerek sorumluluğun kurulması ve gerekse kapsamının belirlenmesi kolaydır. Haksız fiil hukukundaki uygulama sorunları, esas itibarla ihmalin varlığı noktasında karşımıza çıkmaktadır<sup>43</sup>.

---

ihdas edilmesini gerekli kılmaktadır. İkinci neden ise, toplumun zaman içerisinde bilgisinin artması ile ilgilidir. Neyin sosyal açıdan arzu edilip neyin edilmediği, davranışın zararlı sonuçları hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir. Eğer bilgi olmaksızın yasaklama öngörülürse (suç tipi yaratılırsa), sosyal açıdan yararlı faaliyetlerin caydırılması söz konusu olur. İşte davranışların olumlu/olumsuz sonuçları hakkında bilgi birikimi oluştuğça, yararlı faaliyetlerin caydırılması riski azalır. Bu nedenle ceza hukukunun uygulama alanının genişlemesi doğaldır.

<sup>40</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>41</sup> Kavram için bkz. §3/A

<sup>42</sup> Bir diğer gerekçe de, normal şartlar altında davranışın o türden zarar vermeye müsait olmamasına rağmen, zarar verenin iradesinin ve davranışlarının, bu zararlı sonucun gerçekleşmesini sağlayacak şekilde ayarlamasıdır. Nedensellik, zarar verenin sorumluluktan sıyrılmasına imkan vermemelidir, aksi halde kişi nedensellik ilişkisini zayıflatacak şekilde bir kurgu oluşturabilir.

<sup>43</sup> TİFTİK, s.57. Nitekim haksız fiil hukukuna dair Yargıtay kararlarının yer aldığı eserler incelendiği zaman, kusur bahsinde yer verilen kararların neredeyse tamamının “ihmal” kavramını konu olması, bu durumu yeterince açıklamaktadır. Haksız fiil hukukunda temel problem özenli davranışın belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bkz. 4. HD. 31.3.1988 T. 59 E. 3302 K.



İkinci önemli tespit, objektif teorinin benimsenmesi ile ilgilidir. Yukarıda bu teorinin ihmal açısından uygulama alanı bulunduğunu belirtmiştik. Doktrinde bu teorinin, iki nedenden dolayı benimsendiği belirtilmektedir<sup>44</sup>. Bunlardan ilki, özen ölçüsünün belirlenmesinde kişinin tüm subjektif özelliklerinin hâkim tarafından dikkate alınmasının son derece güç olmasıdır. İkincisi ise, toplum içerisinde yaşamının gerektirdiği güvenlik düşüncesinin, kişilerin asgari bir özen göstermelerini gerektirmesidir. Herkes yaptığı işin gerektirdiği ortalama bilgiye, beceriye ve fiziksel özelliklere sahip olmalı ve işin gerektirdiği şekilde davranmalıdır. Kişiler diğerlerinin ortalama dikkat ve ihtimamı göstereceğini varsayar ve buna göre davranırlar. Eğer hukuk düzeni bu beklentiyi temin etmezse, güvenlik hissi yara alır. Fakat özen ölçüsünün objektif olması, vasıfları itibarıyla ortalama ve makul insandan aşağı düzeyde olan kişiler açısından dezavantajlıdır. Zira bunlar sahip oldukları özelliklere göre gereken özeni gösterecekler dahi kusurlu sayılabilecektir. Bunun ise iki sonucu vardır: ilk olarak bu ne ölçüde adalete uygundur? Ve yine bununla bağlantılı olarak en azından “*ihmal*” kavramı açısından, kusur kavramının ahlaki bir temele dayandığı söylenebilir mi? Kanımızca her iki sorunun cevabı da olumsuzdur. Özen göstermesi mümkün olmayan bir kişiyi, gereken özeni göstermediği için sorumlu tutmak, adil olmadığı gibi, aynı zamanda baskın haksız fiil hukuku teorisi açısından tutarsızdır<sup>45</sup>. Bu ayırtım gücü olmayan bir kimseyi sorumlu tutmaya benzer. Keza objektif özen ölçüsünün kabulüyle, en azından ihmal<sup>46</sup> açısından kusurun altında yatan ahlaki temel kaldırılmış olur<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> TANDOĞAN, s.51

<sup>45</sup> Hemen belirtelim ki kusurun belirlenmesinde objektif teorinin benimsenmesini isabetli buluyoruz. Bizce de belirtilen bu iki gerekçe yerindedir. Buna mukabil bu teoriye ilişkin eleştirinin nedeni, baskın haksız fiil hukuku doktrininin zarar görenin telafisi ya da bir ihtimal (*denkleştirici*) adalet amacını esas alması (bkz. İkinci Bölüm §3/I ve §3/I/B/4) ve teorinin de, görüşümüze göre bu amaçlar ile çelişki içerisinde olmasıdır. Şöyle ki, özen ölçüsünün tespitinde makul insanın esas alınması bir taraftan vasıfları açısından bu standardın altında olan kişiler açısından dezavantajlı bir durum yaratmakta, diğer taraftan vasıfları açısından ortalama insandan üstün vasıfları olan kimseleri kayırmaktadır. Kişiler arasında bu türden farklı uygulama yaratan hukuk uygulamasının, tabiatıyla adalete uygunluğu soru işaretleri doğurmaktadır.

<sup>46</sup> Dolayısıyla ancak subjektif teori benimsenirse kusur kavramının ahlaki temelini olduğu söylenebilir. Bu açıdan kast kavramını ahlaki temele dayandırmak mümkündür.

<sup>47</sup> Krş. TANDOĞAN, s.52,53; ayrıca bkz. aşağıda §2/II/C/3/b/bb/bba

Kusur kavramı ile ilgili olarak yapılabilecek üçüncü tespit, somut olayda özen ölçüsünün belirlenmesinin güçlüğüdür<sup>48</sup>. Haksız fiil hukuku herkese özenli davranma ödevi öngörmekle birlikte, olayların neredeyse tamamında özenli davranışı betimlememektedir<sup>49</sup>. Bu durumda *ex ante* açıdan özenli davranışı belirleyecek olan kişilerin kendisidir. Kişi davranışının neden olabileceği riskleri, bunları önleme imkânlarını değerlendirecek ve davranışını buna göre uyarlayacaktır. İşte sorun da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Özenli davranışı tanımlamayan hukuk düzeninin, en azından “özen ölçüsü” bakımından yol gösterici ölçüt ya da ölçütler belirlemiş olması gerekir. Aksi halde kişinin somut olayın gerektirdiği özeni göstermesi büyük ölçüde tesadüfe bağlı olacaktır. Netice itibarıyla her türlü zararın önleyici tedbir alınarak önlenmesi mümkündür. Oysa hukuk uygulama ve doktrini, özen ölçüsü hususunda yeterli derecede açık ve net ölçütler ortaya koyamamıştır. “*Makul ve ortalama insanın göstereceği özen*” veya “*riskin fazla olduğu faaliyetlerin daha özenli davranmayı gerektirmesi*” şeklindeki prensipler de yetersizdir. Keza hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağı hakkında da *ex ante* yeterli bilgi yoktur. Şüphesiz bu durum, riskli faaliyetleri yapan ve buna muhatap olan kişiler açısından belirsizliğe neden olmakta ve hukuk güvenliği yara almaktadır<sup>50</sup>.

Nihayet dördüncü tespitimiz, hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ilişki hakkındadır. Kusurlu bir davranışın, aynı zamanda hukuka aykırı olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Kendi içerisinde tutarlı gözükse bu görüşe katılmadığımızı belirtelim<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.510

<sup>49</sup> Fakat eğer somut faaliyet açısından, geçmişte bazı zararlar yargılama konusu olmuşsa, o takdirde bir olasılık mahkeme kararından söz konusu risk hakkında nasıl bir özen gösterilmesi gerektiğine dair bir fikir edinilebilir.

<sup>50</sup> Gerçi mevcut doktrin, belirsizliğin neden olduğu olumsuzluğu, haksız fiil hukukunun amacının zararı önlemekten ziyade, meydana gelen zararları adalet ilkesi uyarınca paylaşımak olduğunu ileri sürerek hafifletebilir. Yani eğer kusur, kişileri özenli davranmaya sevk etmeyip, esas itibarla zararı paylaştırmada rol oynuyorsa, o zaman kişilerin tabi olduğu özenli davranışın belirlenmesinde kullanılacak bir ölçüt bulmaya da çok gerek yoktur. *Ex post* yaklaşımın, teorik tutarlılık açısından kişinin tazminata muhatap olup olmayacağını şansa bırakması doğaldır.

<sup>51</sup> Bir davranış kusursuz olsa dahi hukuka aykırı olabilir, yani hukuka aykırılık mutlaka kusurun varlığını gerektirmez. Buna karşılık aksi geçerli değildir; yani kusurlu bir davranıştan bahsedebilmek için mutlaka hukuka aykırılığa ihtiyaç vardır.

Düşüncemize göre, kişi hukuka uygun ve kusurlu davranabileceği gibi, kusursuz olup hukuka aykırı da davranabilir<sup>53</sup>. Her şeyden önce kusur ve hukuka aykırılık, haksız fiil hukukunun ayrı ve bağımsız şartlarıdır<sup>54</sup>. Dolayısıyla kişinin hukuka uygun ve fakat kusurlu olabileceğinin kabulü, tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı için hukuki sonuç açısından fark yaratmaz. Bunun yanı sıra hukuka aykırılık ile kusur kavramlarının ayrıştırılması görüşü ile tutarlılık sağlanır<sup>55</sup>. Böylece zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru gibi nitelendirilmelerde düşülen ikilem de bertaraf edilir<sup>56</sup>. Fakat en önemlisi, bağımlılık görüşünün reddi ile birlikte, zararın karşılıklı bir olgu olduğu ve sadece zarar veren değil, zarar görenin davranışlarının değerlendirmede önem taşıdığı daha net bir şekilde ortaya çıkar<sup>57</sup>. Ancak bu durumda hâkim, görünürde zarar veren dışındaki kişilerin davranışlarını serbestçe değerlendirir.

Özetlemek gerekirse: **1-Kusur kavramı içerisinde yer alan kast ile ihmal arasında kavramsal açıdan ciddi bir ayırım vardır ve bu sadece genel hukuk sistemi değil, haksız fiil hukukunda da önemli fark yaratır. 2-Kusura dair sorunlar, esas itibarla ihmal kavramına ilişkindir. Keza objektif teori de sadece ihmal açısından önem taşır. 3- Objektif teorinin**

---

<sup>52</sup> Baskın görüşe göre: “kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Zira hukuk düzeninin hukuka uygun bir davranışta bulunan kişiyi kınaması için hiçbir bir neden yoktur...” (EREN, s.530). Dolayısıyla kusurun hukuka aykırılık ile bir arada ele alınmasının sebebi, hukuk düzeninin kınadığı bir davranışın bulunması gereğidir. Hukuka uygun bir davranış kınanmadığına göre, kusur olamaz. Örneğin zarar görenin kendisine zarar vermesi netice itibarıyla hukuka aykırı olmadığından, kişinin özensiz davranması kusur sayılmaz. Benzer şekilde hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hallerde, kişinin zararlı sonucu istemesine rağmen kusurundan bahsetmek mümkün değildir. Bu açıdan kusur hukuken kınanan bir iradi davranış olarak nitelenirse, mantıksal olarak bu gibi hallerde kusurdan bahsedilemez. Fakat kusur ve hukuka aykırılık arasındaki ilişkinin tartışma konusu olduğu da kabul edilmektedir (KOÇHİSARLIOĞLU, s.210 vd.).

<sup>53</sup> Kusur, bu çalışmada vurgulanmaya çalışıldığı üzere, zarar ile nedensellik bağı içerisinde olan bir davranışın, kişinin irade zaafı nedeniyle zararı azaltacak şekilde yapılmaması ile ilgilidir. Kişi zararı etkin bir şekilde azaltma imkanı varken bunu yapmamıştır ve bu nedenle kınanır. Haksız fiil hukukunda, hukuka aykırılık ise hangi zararlardan, kimlerin ne ölçüde sorumlu tutulacağı ile ilgilidir (bkz. aşağıda §5/I/D).

<sup>54</sup> Krş. KOÇHİSARLIOĞLU, s.211

<sup>55</sup> Kusur, kişinin zararı önlemek için gereken davranışı yapmamasına dair bir değer yargısı hükmüdür. Hukuka aykırılık ise, kişinin hukuk normuna aykırı davranmasıdır.

<sup>56</sup> Yazarlar üçüncü kişi ya da zarar görenin gereken özeni göstermemesi durumunu kusur olarak belirtmekte ve fakat burada hukuka aykırılığın bulunmaması nedeniyle kusuru teknik anlamıyla değil mecazi anlamıyla kullandıklarını belirtmektedirler (EREN, s.542, krş. NOMER, s.86).

<sup>57</sup> Zarar görenin davranışlarının değerlendirilmesine ilişkin (*normatif*) hukuki yaklaşıma dair bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/2 ve Dördüncü Bölüm §1/II/B/5; §2/III/A/2 ve §2/II/B/2

kabul edilmesiyle kusur kavramının ahlaki temeli zayıflamıştır. 4-Türk hukukunda somut olayın gerektirdiği özenli davranışın nasıl belirleneceği hususunda yol gösterici ölçütler yoktur. 5-Kusur ve hukuka aykırılık arasındaki bağımlılık gerekli ve hatta isabetli değildir. Kusur kavramını ekonomik açıdan incelerken, bu tespitlere tekrar değineceğiz.

## II. Ekonomik Açıdan Kusur

### A. Genel Olarak

Hukuki-teknik bir kavram olan kusurun (*özellikle kastın*)<sup>58</sup> ekonomik açıdan ifade edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda ilk bakışta şüphe duyulabilir. Zira son tahlilde kusur, kişinin toplum tarafından kınanacak şekilde davranması olarak tanımlanmaktadır. Kınama ise, yerleşik değer yargıları ve özellikle ahlak normları ile ilgili olup, bunun ekonomi bilimi ile ilişkilendirilmesi güç görünmektedir. Hemen belirtelim ki bu izlenim yanıltıcıdır. Kusuru ekonomik açıdan ifade etmek mümkün olduğu gibi, kanımızca ekonomik teori somut olayda kusurun (*özellikle ihmalin*) belirlenmesinde son derece net ve açık bir ölçüt sağlamaktadır. Bu nedenle kusurun ekonomik ifadesi son derece önemli ve faydalıdır<sup>59</sup>.

Kusur analizinin, kişilerin zarara yol açan davranışı ile ilgili normatif bir değerlendirme olduğunu yukarıda belirtmiştik<sup>60</sup>. Hukuk düzeni, zararın ortaya çıktığı her somut olayda, zarar verenin davranışını “*bir ölçüte*” göre belirlediği özenli davranış modeline uyulup uyulmadığını denetlemekte ve eğer uyulmadığını saptarsa, kusurlu olduğuna hükmederek onu kınamaktadır. Kişinin kınanarak davranışının sonuçlarından

---

<sup>58</sup> Objektifleştirilmiş ihmal kavramı, kanımızca ihmal kavramını kötü irade ve ahlaki değer yargılarından bir ölçüde soyutlamıştır. Buna karşılık kast açısından durum farklıdır. Nitekim bu nedenle özellikle kast açısından ekonomik teoremin bir çıkarımı olup olmadığı merak konusu yapılabilir (bkz. aşağıda §2/II/C/2).

<sup>59</sup> Önemle belirtelim ki, burada kusur kavramının esas itibarla hukuki-teknik bir kavram olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle hukuki tanım esas alınmakta, sadece ekonomi bilimine göre yorumlanmaya ve bir ölçüde kavramın içi doldurulmaya çalışılmaktadır.

<sup>60</sup> Bkz. yukarıda §2/II/A

sorumlu tutulması ise, kişiyi özenli davranmaya sevk etmektedir. Bu noktada temel sorun, kusurun bir değer yargısı hükmü olmasına rağmen, hukuk uygulamasındaki normatif ölçütün belirsiz olması ve hatta bir ölçütün var olmamasıdır. Kanımızca bu durum, haksız fiil hukukunun amacı ve kuralların normatif temelleri konusundaki yetersizlikten kaynaklanmaktadır<sup>61</sup>.

Oysa ekonomik açıdan sorun basittir. Hukuk ve ekonomi öğretisinde normatif ölçüt “*ekonomik etkinlik*”tir<sup>62</sup>. Bunun haksız fiil hukukundaki izdüşümü, sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesidir<sup>63</sup>. Bu amaç dikkate alındığında, ekonomik teori açısından özenli davranış modelinin ne olması gerektiği kolaylıkla söylenebilir. “*Özenli davranış*”, kişinin *sosyal maliyetleri asgariye indirecek şekilde* davranmasını ifade eder. Kişinin bu şekilde davranması ise, kabaca, “*önleyici tedbir*” olarak ve/veya “*faaliyet seviyesini*” değiştirerek, mümkün olan en az maliyete neden olan davranış alternatifini, yani “*etkin davranışı*” tercih etmesi ile mümkün olur<sup>64</sup>. Doğal olarak kişi kendiliğinden bu tercihte bulunmaz. Kişinin bu şekilde davranmaya teşvik edilmesi, ancak özenli davranış modeline uyulmadığı takdirde sorumlu olması ile mümkün olur. İşte haksız fiil hukukunda özenli davranış ve kusur bu şekilde belirlenirse, tazminat sorumluluğu kişileri özenli davranmaya sevk edebilir<sup>65</sup>. Basit bir örnekle açıklayalım.

---

<sup>61</sup> Amaç hakkında eleştirilerimiz hakkında bkz. İkinci Bölüm §3/II/B

<sup>62</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/II/B; §2/III/C/1; §2/III/C/2/a ve §2/III/C/3/a

<sup>63</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/A

<sup>64</sup> Yukarıda açıkladığımız üzere beklenen zarar maliyeti ile bu maliyeti azaltmak için katlanılan özen maliyetini optimize eden davranış, özenli davranıştır (bkz. İkinci Bölüm §3/II/B).

<sup>65</sup> Kusur sorumluluğunun ekonomik etkileri hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/d; §2/III/A/2/e ve §2/III/B/1/d

**Tablo I**

Önleyici Tedbirler	Tedbir Maliyeti	Kaza Olasılığı	Olası Zarar Maliyeti	Sosyal Maliyet
Tedbirsizlik	0	%45	45 YTL	45 YTL
I nolu tedbir	10	%30	30 YTL	40 YTL
II nolu tedbir	20	%25	25 YTL	45 YTL
III nolu tedbir	25	%10	10 YTL	35 YTL
IV nolu tedbir	32	%8	8 YTL	40 YTL

Bu örnekte, 45 YTL tutarında beklenen zarar maliyeti olan bir davranışın, çeşitli önleyici tedbirler alınması durumunda nasıl azaltılabileceğine dair bir kurgu verilmiştir. Tüm tedbirler risk üzerinde etkili olmaktadır. Fakat sosyal maliyet, kişinin III nolu önleyici tedbiri alması halinde asgariye inmektedir. Eğer hukuk düzeni somut olayın gerektirdiği özeni, III nolu önleyici tedbirin alınması olarak belirlerse, kişi kusurlu ve sorumlu olmamak için önleyici tedbiri alır. Fakat daha alt seviyenin, örneğin II nolu tedbirin alınmasının özenli davranış olarak belirlenmesi, kaynakların israf edilmesine yol açar. Zira kişinin riski, daha etkin bir tedbirle azaltması mümkündür. Aynı şekilde IV nolu seviyenin özenli davranış olarak belirlenmesi durumunda da, bu tedbirin alınması kaynak israfı anlamına gelecektir<sup>66</sup>.

Görüldüğü üzere ekonomik teori açısından kusurluluk, riskli davranışın sosyal refah (*maliyet*) üzerindeki etkisine göre yapılan bir normatif değerlendirmedir. Kişi somut olayda sosyal maliyetleri asgariye indiren davranış modeline uygun davranmışsa gereken özeni göstermiştir. Bu durumda kusursuzdur. Öte yandan etkin/özenli davranış modelinden sapılması kural olarak kusurun varlığına işaret eder. Kusur ancak bu şekilde tanımlandığı

<sup>66</sup> Bu örnek kurguda ortaya çıkmamakla birlikte, somut olayın gerektirdiği özenin, etkin özenden farklı belirlenmesi halinde, kişi yine de etkin özen gösterebilir. Örneğin IV nolu önleyici tedbirin 32 YTL değil, 40 YTL olduğu bir olasılıkta, mahkeme özenli davranışın IV nolu önleyici tedbir olduğunu belirleseydi, bu sonuç ortaya çıkabilirdi. Zira bu durumda kişinin katlanması gereken maliyet 40 YTL, buna karşılık III nolu önleyici tedbiri almasının maliyeti sadece 35 YTL'dir. Mahkemenin özenli davranış ve kusuru belirlerken hataya düşmesi hakkındaki açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1/b

takdirde, tazminat riski kişileri “etkin özen” göstermeye teşvik eder ve haksız fiillerin sosyal maliyetleri asgariye indirilebilir. Fakat burada önemli bir çekinceye yer verelim. Her ne kadar kişinin gereğinden az veya fazla özen göstermesi ekonomik açıdan aynı gözle değerlendirilse de, *hukuk düzeni özenin fazlasını kınamaz*. Örneğin özenli/etkin davranış III nolu tedbirin alınması olmasına rağmen, zarar veren IV nolu tedbiri alırsa, bu davranış hukuken olsa olsa kişinin fazlasıyla tedbirli olduğu anlamına gelir. Yoksa kusurlu bir davranış yoktur<sup>67</sup>. Bu nedenle, kural olarak *sadece gereğinden az özen sergileyen, özenli davranışın gerektirdiği tedbirleri almayan kişi kusurlu sayılır*.

Kusuru ekonomik açıdan ifade etmek ve soyut bir modelde göstermek basit gözükmemektedir. Fakat somut olayda kişinin özenli davranıp davranmadığının tespiti hiç de kolay değildir. Zira mahkeme, kişinin *ex ante* riski azaltmak üzere doğru seçim yapıp yapmadığını belirlemek durumundadır. Bu ise, zararın gerçekleştiği kurguda, zarar verenin özenli davranış alternatiflerini, bu alternatiflerin risk üzerindeki etkisini ve bunlardan en etkin olanını belirlemesini gerektirir. Somut olay kurgusuna göre, bu değerlendirme olağanüstü bilgi maliyetine neden olabilir. Her ne kadar yargılama sürecinde bilgi taraflarca sağlansa da, mahkemelerin bu tür bir maliyete katlanması güç gözükmemektedir. Fakat hukuk ve ekonomi öğretisinde kusur ile özdeşleştirilen “*Hand formülü*” (*Hand formula*), bu hususta kolaylık sağlayabilir<sup>68</sup>.

Formül kusurun her iki görünümüne de uygulanabilmekle beraber, açıklanan nedenlerden dolayı pratik ve teorik önemi “*ihmal*” açısından karşımıza çıkmaktadır<sup>69</sup>. Dolayısıyla biz de açıklamalarımızı esas itibarla ihmal bağlamında yapıyoruz. Aşağıda formülü açıkladıktan sonra, “*kast*” da dâhil olmak üzere kusurun türlerine tatbik edeceğimiz ve özellikle ihmal açısından önem taşıyan bazı noktaları açıklayacağız. Bu bölümde kusur

---

<sup>67</sup> Herhalde bu farkın temel nedeni, kişinin başkalarına zarar vermemek için elinden gelenin ve kendisinden beklenenin fazlasını yapmış olmasıdır. Kişinin sosyal açıdan arzu edilen seviyeden daha fazla özen göstermesi ise, son tahlilde kendisini ilgilendireceği için hukuk düzeninin müdahale etmesi için bir neden yoktur.

<sup>68</sup> Bkz. *Hand* formülünün bu sorunu nasıl çözebileceği hakkında aşağıda §2/II/C/3/c/cb

<sup>69</sup> Bu durum kast ve ihmal arasındaki farklardan kaynaklanır. Bkz. §2/I/C ve §2/II/C/1

sorumluluğunun refah üzerindeki etkilerinin analiz edilmeyeceğini belirtelim<sup>70</sup>. Amaçlanan, kusurun *Hand formülü* çerçevesinde açıklanması ve formülün Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığının belirlenmesidir.

## B. Hand Formülü

### 1. Kavram

Kusur kavramı, ekonomik açıdan ilk kez ABD hukukunda yargıç *Hand* tarafından 1947 tarihinde verilen bir kararda ifade edilmiştir<sup>71</sup>. Bugün artık ABD hukukunda “*ihmal*”in (*negligence*) belirlenmesinde neredeyse standart ölçüt haline gelen<sup>72</sup> ve diğer bazı hukuk sistemlerini de etkilemeye başlayan bu formül<sup>73</sup>, kararı veren yargıcın ismiyle (*Learned Hand*) anılmaktadır. Kusuru ekonomik açıdan belirtmesinin yanı sıra kararın diğer bir özelliği, henüz hukukun ekonomik analizinin mevcut olmadığı bir dönemde verilmiş olmasıdır. Yani yargıç *Hand*, ekonomik etkinlik ya da sosyal maliyetlerin azaltılması gibi kavramlara atıfta bulunmaksızın, takdir yetkisi çerçevesinde, sağduyusundan yararlanarak formülü uygulamıştır. Bu durum, formülün, amaç tartışması yapmaksızın da uygulanma imkânına işaret eder.

Karara konu olan olayda, limanda rıhtıma bağlı olan bir mavnaya, römorkörün (*Carroll*) bazı eylemlerinin etkisiyle serbest kalmış ve bir tankere çarptıktan sonra yükü ile

---

<sup>70</sup> Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III

<sup>71</sup> US v. Carroll Towing 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)

<sup>72</sup> *Hand formülü*, ABD mahkemeleri tarafından ihmalin belirlenmesinde yaygın olarak kullanıldığı gibi (Örnek olarak bkz. *Dobson v. Louisiana Power Light & Co.*, 567 So. 2d 569, 575-575 (La 1990); *Brotherhood Shipping Co. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 985 F.2d 323, 327-329 (7th Cir. 1993); *Bammerlin v. Navistar INTL. Transport Corp.*, 30 F.3d 898, 902 (7th Cir. 1993), *Davis v. Consolidated Rail Corp.* 788 F.2d 1260); ayrıca bkz. *KEETON/SARGENTICH/KEATING*, s.155 vd.; *HARRISON*, s.337 vd.; *BARNES/STOUT*, s.35 vd.), mahkemelerde yaygın olarak kabul edilen prensiplerin bir anlamda kodifiye edildiği “*Restatement*”larda da benimsenmiş durumdadır (bkz. II Restatement of Torts (1965) § 283, § 291, § 292). Ayrıca bkz. SIMONS Kenneth W., “The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts: Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. (2001), s.901-939

<sup>73</sup> Van SCHILFGAARDE Elizabeth, “Negligence Under the Netherlands Civil Code: An Economic Analysis”, *California Western International Law Journal*, Vol. 21 (1991), s.265-303



birlikte batmıştır<sup>74</sup>. Bunun üzerine, yük ilgilisi (Federal Devlet), mavnanın maliki ve çartereri, mavnanın serbest kalmasına neden olan *Carroll* taşımacılık şirketine haksız fiil esasına dayanan tazminat davası açmıştır. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda davalı şirketi kusurlu bulmakla birlikte, davacının müterafik kusurunu da tartışmış, nitekim *formül* de bu tartışma bağlamında ortaya çıkmıştır<sup>75</sup>.

Davalı taraf, kazanın olduğu gün mavnada hiçbir denizcinin olmadığını, oysa denizcinin bulunduğu bir kurguda kazanın önlenebileceğini belirtmiştir. Davalılara göre, davacılar özensiz davranmıştır ve dolayısıyla zarar davacı ve davalı arasında paylaştırılmalıdır. Yargıç, rıhtıma bağlı olduğu esnada mavnada gemici bulundurma şeklinde bir özen yükümlülüğünün olup olmadığını tespit ederken üç ayrı değişkenin dikkate alınmasının uygun olduğunu belirtmiştir. Buna göre, ilk olarak geminin halatlarını kopararak serbest kalması olasılığı (**O**), bunun yol açtığı zarar (**Z**) ve bu tür bir durumu ortadan kaldırmak için alınacak tedbirlerin külfeti belirlenmelidir (**ÖM**)<sup>76</sup>. Eğer geminin

<sup>74</sup> Olay, yukarıda belirtildiği üzere *Connors denizcilik* şirketine ait *Anna C.* isimli mavnanın, serbest kalarak diğer bir tankere çarpması ve daha sonra yükü ile batmasını konu almaktadır. Kaza gününde, *Carroll taşımacılığa* ait olup, *Grace Lines* isimli şirkete kiralanan *Carroll* isimli römorkör, bitişikteki bir mavnayı taşımak için yaptığı bazı eylemler sonucunda (ki bunlar *Carroll taşımacılık tarafından istihdam edilen kaptan ve Grace Lines tarafından istihdam edilen bir gemi adamı tarafından yapılmıştır*) *Anna C.* 51 nolu rıhtımdan serbest kalmıştır. Serbest kalarak bir süre sürüklendikten sonra 52 nolu rıhtımda demirli bir tankere çarparak batmıştır. *Carroll* ve *Grace* adlı römorkörlerin gelip kurtarmaya çalışması fayda etmemiştir. Kaza 4 Şubat 1994 tarihinin öğle sonrasında gerçekleşmiştir. Mavna *Connors Denizcilik* şirketine ait olmakla birlikte, Pennsylvania Demiryolu şirketi tarafından işletilmektedir. Aralarındaki çarter sözleşmesinde, Connor şirketi sabah 8.00 ile akşamüzeri 4.00 arasında mavnada gemici bulundurulacağını taahhüt etmiştir. Oysa bir gün önce öğleden sonra mavnayı terk eden mürettebat, kaza günü gelmemiş ve mavnada kimse olmayan o günde mavna serbest kalarak tankere çarpmış ve mavnada bir delik oluşmuştur. Nitekim davalılar, bu durumun yani mavnada gemici bulundurulmamasının özen yükümünü ihlal ettiğini, bulundurulduğu bir durumda deliğin fark edilebileceğini ve zararın önlenebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Hand formülü zarar görenin kusuru açısından değerlendirilmiştir.

<sup>75</sup> Dolayısıyla formül sadece zarar veren değil, zarar görenin davranışlarının değerlendirilmesinde de uygulanabilir.

<sup>76</sup> Hakim Learned Hand kararda: “Bir mavnanın limanda serbest kalıp başka gemilere zarar vermesi durumunda, mavnada herhangi bir mürettebat olmamasının mavna sahibini sorumlu kıldığına dair genel bir kural yoktur.... Esasen bu türden bir sorumluluğa ilişkin temeller düşünüldüğü zaman böyle bir genel kuralın olmayışı da açıktır. Her geminin bazen şamandıradan serbest kalması mümkün olduğuna ve böyle olduğu bir durumda da başka gemilere tehdit oluşturduğuna göre, gemi sahibinin meydana gelen zararlardan sorumluluğu üç değişkene göre belirlenir: 1) geminin şamandıradan ayrılma olasılığı, 2) ayrılırsa meydana gelecek zararın büyüklüğü, 3) gereken tedbirin neden olacağı külfet. Bunu önermeyi cebirsel olarak ifade etmek herhalde kolaylık sağlayacaktır. Eğer olasılık (*P*: Probability); zarar (*L*: Loss) ve külfet de (*B*: Burden) olarak ifade edilirse, sorumluluk *B*'nin *P* ile *L*'nin çarpımından az olup olmadığına yani  $B < PL$  ..... bu

serbest kalarak bu türden bir zarar verme olasılığı ile ortaya çıkan zararın çarpımı sonucunda elde edilen değer ki buna “*risk değeri*” de diyebiliriz, bu riski ortadan kaldırmak için alınması mümkün önleyici tedbirin maliyetinden fazla ise, o zaman kişinin tedbiri almak yönünde bir özen yükümü vardır. Alınmadıysa kişinin kusurlu olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla *Hand formülü* çerçevesinde:

***Zarar gerçekleşme olasılığı × Zarar > Özen maliyetleri (ÖM) kişi kusurlu,***  
***Zarar gerçekleşme olasılığı × Zarar < Özen maliyetleri (ÖM) kişi kusursuzdur.***

***Kusurlu: OZ > ÖM***

***OZ < ÖM, kusursuz.***

Görüldüğü gibi formül, zarar (*Z*), bu zararın gerçekleşme olasılığı (*O*) ve özen maliyetleri (*ÖM*) olmak üzere üç ayrı değişken arasındaki ilişkiye dayanmaktadır. Denklem bir tarafında zarar ile olasılık değerinin çarpılması ile elde edilen davranışın “*risk değeri*” ya da “*beklenen zarar maliyeti*” yer almaktadır. Denklem diğer tarafında ise, bu riski azaltmaya yönelik özenli davranışın maliyeti yer almaktadır. Her iki maliyet değeri de, mukayese yapmaya imkân vermesi için YTL cinsinden belirtilmektedir. “*Risk değeri*” veya “*beklenen zarar*” tabirleri, kusur analizinin tamamen *ex ante* özelliğine işaret eder. Haksız fiil tazminatı, zarar verenin (ve zarar görenin) riskli davranışlarını düzenlediğine göre, kusurun belirlenmesinde *ex ante* yaklaşım tabii karşılanmalıdır. Ekonomik açıdan önemli olan, kişinin zarar öncesi kendisini çevreleyen şartlar ışığında doğru seçimleri yapıp yapmadığıdır. Yoksa zarar sonrası (*ex post*) elde edilen yeni bilgiler ışığında, kişinin zararı önlemek için gerekeni yapıp yapmadığı önemsizdir<sup>77</sup>.

---

*olayda mavna mürettebatı mavmayı 3 Ocakta saat 17.00 sularında terk etmiş ve filotilla da takip eden günün öğleden sonrasında yani yaklaşık 24 saat sonra kopmuştur. Mürettebat bu süre içerisinde daimi olarak dışarıdaymış ve kendi ifadesinden anlaşıldığı üzere bu ayrılığı meşru kılan bir neden de bulunmamaktadır. Savaşın devam ettiği bu kısa Ocak ayı günlerinde, mavnalar sürekli olarak manevra halindedirler. İşin daha özenli yapılması, makul olmayan bir beklenti değildir. Bu şartlar altında Connors Şirketinin haklı bir gerekçesi olmadığı sürece iş saatleri (gün içerisinde) mavnada bir mürettebat bulundurmasını adil bir şart olarak düşünüyoruz” (karar için DESERPA, s.184-186).*

<sup>77</sup> Krş. SIMMONS, s.904

Formülün altında yatan temel düşünceye göre, davranışın yol açabileceği riskler, özenli davranılarak azaltılabilir. Yani **ÖM** ile **OZ** değerleri arasında ters ilişim vardır. Özen gösterildiği takdirde kural olarak olasılık değeri ve/veya zarar miktarı azalır<sup>78</sup>. Standart bir varsayım olarak, bu azalmanın ise azalan oranda olduğu kabul edilir<sup>79</sup>. Yani tedbir almak, **OZ** değeri açısından azalan marjinal fayda sağlar<sup>80</sup>. Öte yandan özen gösterilmesi, mesela önleyici tedbir alınması veya davranışın daha az yapılması, zarar veren için bazı maliyetlere neden olur. Bu maliyetler de sosyal maliyetin bir parçasıdır. Bu nedenle, somut olayda özen göstermenin gerekip gerekmediği, özenli davranışın sağladığı yarar (*risk değerinde yarattığı düşüş*) ile dengelenmelidir. Eğer riski azaltmanın sağlayacağı yarar, bunun neden olacağı maliyetlerden fazla ise, kişinin riski önleyici tedbiri almış olması beklenir. Kişi bu tedbirleri almamışsa kusurludur. Eğer birden fazla önleyici tedbir alternatifi var ise, kişinin en fazla net yarar sağlayan tedbiri alması beklenir. Buna karşılık önleyici tedbirin maliyeti, risk değerinde sağladığı yarardan fazla ise, doğal olarak bu tedbirin alınmamış olması, kişinin kusuruna yol açmaz. Bu temel prensipleri aritmetik bir örnek ışığında somutlaştıralım.

Farz edelim ki, davacı 100 YTL'lik maddi zararının, davalının özensiz davranışından kaynaklandığı iddia etsin. Hâkim ilk aşamada, davalının özen yükümünü ihlal edip etmediğini belirlerken, davranışın bu türden zarara yol açma olasılığını, davalının alması mümkün önleyici tedbirleri ve bunların YTL üzerinden maliyetlerini kendisine sunulan deliller ışığında belirleyecektir. Örneğin davalının davranışının bu türden zarara yol açması olasılığının %10 olduğunu ve muhtemel zararı 5 YTL'lik tedbir olarak tamamen ortadan kaldırabildiğini düşünelim. Bu durumda riskin değeri veya haksız fiilin “*beklenen maliyeti*” (*expected cost*) 10 YTL (100×%10) ve tedbir maliyeti 5 YTL olur. Kişi 10 YTL'lik bir beklenen maliyeti, 5 YTL'lik bir önleyici tedbir olarak tamamen önleme

---

<sup>78</sup> Özen gösterilmesi, her iki değişkeni etkileme imkânı olmakla birlikte, burada olasılık değerini etkilediğini varsayıyoruz.

<sup>79</sup> POSNER, s.181

<sup>80</sup> Şüphesiz **ÖM** ile **OZ** arasındaki ilişkinin somut olayın özellikleri ile yakından ilgili olduğunu ve bu genel prensibin farklı görünüm alabileceğini belirtelim. Fakat kaynakların kıt olduğu faraziyesini esas alan bu varsayım genelde geçerlidir.

imkânına sahip ( $OZ > \ddot{O}M$ ) olduğuna göre, tedbiri almamış olması gereken özeni göstermediği ve dolayısıyla kusurlu olduğu anlamına gelir.

Somut olaydaki özenli davranışın riski tamamen ortadan kaldırması şart değildir. Hatta özen gösterilmesi, riski çoğu kez tamamen bertaraf etmez. Geriye “*artık risk*” (*residual risk*) kalabilir. Özenin riski ne ölçüde azalttığı, teknolojik imkânlar, kişinin subjektif durumu, davranışın riskliliği ve sağladığı faydaya göre değişir. Örneğin haksız fiilin beklenen maliyetinin 10 YTL’den (*olasılık değeri ya da zararının kapsamının azaltılması nedeniyle*) 5 YTL’ye 3 YTL’lik bir tedbir alınarak indirilmesi ihtimali var ise, bu tedbirin alınmaması kusurun varlığına işaret eder<sup>81</sup>. Bu örnekte, basitleştirme adına net fayda sağlayan tek bir özenli davranışın olduğu varsayılmıştır. Eğer birden fazla net fayda sağlayan (yani  $OZ > \ddot{O}M$ ) özenli davranış modeli var ise, şüphesiz en fazla maksimum fayda sağlayan özenli davranışın sergilenmesi istenir. Öte yandan somut olayda riski önlemenin maliyeti, beklenen zarar maliyetinden yüksek ise, özen gösterme yükümünden bahsedilemez. Bu durumda önleyici tedbirin alınmaması özensizlik anlamına gelmez. Yukarıdaki örnekte önleyici tedbir maliyeti 11 YTL (ve daha yukarısı) olsaydı, bu tedbirin alınması kaynak israfına yol açardı<sup>82</sup>. Nitekim  $10 \text{ YTL} < 11 \text{ YTL}$  olduğu için, *Hand formülü* kişinin kusurlu olmadığını öngörmektedir.

Görüldüğü üzere formül “*somut olayın gerektirdiği özen*” veya “*makul ve özenli davranış modeli*” hakkında net ve açık bir ölçüt sunmaktadır. Somut olayda net yarar yaratan bir önleyici tedbirin varlığına rağmen, zarar veren bu tedbiri almamışsa kusurlu, aksi halde kusursuz sayılır. Vurgulanması gereken nokta, zarar verenin zararı öngörmesi ve/veya zararı önleyebilecek durumda olmasının başlı başına kusura yol açmamasıdır.

---

<sup>81</sup> Terminolojik açıdan burada belki de *önleyici tedbir* yerine *riski azaltıcı tedbirden* bahsetmek uygun olabilir.

<sup>82</sup> Yani gerçekleştiğinde 100 YTL’lik bir zarara neden olan riskli davranışın, 11 YTL’lik bir tedbir ile önlenmesi mümkün olmasına rağmen bu tedbirin alınmamış olması, özen yükümünün ihlali anlamına gelmez. Dolayısıyla zararın önleyici tedbir maliyetine kıyasla yüksek olması, yanıtıcı olmamalıdır. Önemli olan, zarar değil risk değeridir. Zira davranış öncesi zarar bir olasılıktan ibarettir ve kişi doğal olarak zararı değil, riski dikkate alır.

Zarar veren risk ve hatta tedbir hakkında bilgi sahibi, yani “*şuurlu*” olabilir. Fakat kusur açısından belirleyici olan, fayda/maliyet muhasebesi çerçevesinde riskin “*önlemeye değer*” olup olmadığıdır. Kusurun bu şekilde tespit edilmesi, sadece mahkeme açısından değil, riskli faaliyeti gerçekleştiren kişi açısından da makuldür.

Hatta formülün asıl faydası, kişilerin davranışlarını düzenlemedeki olumlu etkisidir. Her şeyden önce formül özenli davranışın ne olması gerektiği hakkında fikir vermektedir. Böylelikle belirlilik ve hukuk güvenliği sağlanmaktadır. Kişi zarar öncesi, davranışının risklerini bilmeli, bunları önleme ve azaltmanın yollarını araştırmalı ve riski en etkin şekilde azaltan veya ortadan kaldıran tedbirleri almalıdır. Eğer kişi iradesini bu şekilde kullanmaz, riski azaltmak üzere doğru seçimler yapmaz ise hukuken kınanması tabiidir. Son olarak formülün özen ölçüsünün, aslında kişinin kendi işleri açısından gösterdiği özen ölçüsü ile aynı olduğunu da belirtelim. *Hand formülü*, kişinin kendi menfaatlerini ilgilendiren bir risk karşısında nasıl davranıyorsa, başkalarının menfaatlerini olumsuz etkileyen riskler için de aynı davranışı sergilemesini beklemektedir<sup>83</sup>. Bu durum, formülü sadece ekonomik değil, ahlaki açıdan da sağlam bir temele oturtmaktadır<sup>84</sup>.

## 2. Unsurları

Kusur, “*özen maliyeti*” (*ÖM*), “*olasılık*” (*O*) ve “*zarar*” (*Z*) arasındaki ilişki çerçevesinde belirlendiğine göre, bu kavramların açıklanması gerekir. “*Zarar*” kavramını aşağıdaki kısımlar altında kapsamlı olarak incelediğimiz için üzerinde durmuyoruz<sup>85</sup>. Sadece *Hand formülünün* uygulanmasında, zararın YTL cinsinden ifade edilebileceğini varsayıyoruz. Dolayısıyla burada diğer unsurlar üzerinde duralım.

---

<sup>83</sup> Salt kendi menfaatlerini olumsuz etkileyen bir risk karşısında, doğal olarak rasyonel davranan birey beklenen faydasını maksimize edeceği için riski etkin şekilde azaltan davranışı sergileyecektir. Örneğin 10 YTL’lik bir riskin, 4, 7 ve 11 YTL’lik önleyici tedbirler ile önlenmesi mümkün ise, kişi doğal olarak 4 YTL’lik tedbiri alacaktır. İşte *Hand formülü*, kişinin kendisini zarardan korumak için aldığı bu özenli davranışını aynısını başkası için de göstermesini teşvik etmektedir.

<sup>84</sup> COOTER, s.1099

<sup>85</sup> Bkz. aşağıda §4

### a. Olasılık Değeri

“Olasılık” (*O*), zararın gerçekleşme olasılığını ifade eden 0 ile 1 arasında bir sayıdır<sup>86</sup>. Analiz *ex ante* olduğuna göre, zarar öncesi aşamada davranışın zarara yol açması sadece bir ihtimalden ibarettir. Olasılık değeri ile zarar çarpımı, davranışın beklenen (zarar) maliyetini gösterir. Örneğin karlı bir havada trafiğe çıkan sürücünün kazaya yol açıp 1000 YTL’lik bir zarara neden olma olasılığı %15 ise, burada kazanın beklenen maliyeti 150 YTL’dir. Davranış ne kadar tehlikeli ise, olasılık değeri o ölçüde artar<sup>87</sup>. Olasılık değeri arttıkça, beklenen zarar maliyeti artar. Zararın gerçekleşmemesini sağlamak için sergilenen özenli davranışlar, mesela zincir kullanmak, olasılığı (*veya zarar miktarını*) etkiler ve örneğin %5’e indirirse, beklenen zarar maliyeti 50 YTL olur. Dolayısıyla tipik bir kusur analizinde, mahkemenin özenli davranışın olasılık üzerindeki etkisi ile özensiz davranıldığı kurgudaki olasılık değerlerini bilmesi ve iki durumu mukayese etmesi gerekir.

### b. Özen Maliyeti

“Özen maliyeti”, kişinin beklenen zararı azaltan ya da ortadan kaldıran davranış tiplerinin yol açacağı maliyetin YTL cinsinden ifadesidir. Yukarıda ifade edildiği üzere özen, nitelik ve/veya niceliksel olmak üzere iki boyutlu olabilir<sup>88</sup>. Buzlu yolda araba kullanırken ihtimam göstermek, dikkatini yoğunlaştırmak<sup>89</sup>, zincir veya kar lastiği kullanmak gibi davranış tipleri özenin niteliğini ilgilendirir. Buna karşılık yola çıkmamak veya daha az kilometre yapmak özenin niceliğine ilişkindir. Bu çerçevede, özen maliyeti ile fırsat maliyetinin kastedildiği<sup>90</sup> ve bu maliyetin maddi/manevi tüm değerleri kapsadığı

---

<sup>86</sup> Olasılık değeri hakkında ayrıca bkz. aşağıda §3/I/B ve §3/II/C

<sup>87</sup> Kast ve ihmal hallerinde olasılık değerlerinin nasıl değişeceği hakkında bkz. aşağıda §2/II/C/1

<sup>88</sup> İkinci Bölüm §3/II/B/2

<sup>89</sup> Daha ihtimamlı araba kullanmanın neden olacağı sıkıntı kişinin faydasında bir azalmaya neden olur. İşte bu azalmanın parasal açıdan değeri (mesela kişinin o sıkıntıya katlanmamak için ödemeye hazır olduğu para miktarı) özen maliyetini oluşturur (krş. SIMMONS, s.903).

<sup>90</sup> Kavram için bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1

görülmektedir. Niteliksel özenin söz konusu olduğu bazı hallerde, mesela dikkatini yoğunlaştırmak veya daha yavaş araba kullanmak gibi, özen maliyetini değerlemek güç olabilir. Fakat ekseriya niteliksel özen önleyici tedbir şeklinde karşımıza çıkacağı için, maliyet değerini belirlemek kolay olacaktır. Hatta zincir takmak ya da kar lastiği kullanmak gibi pek çok tedbirin piyasa değeri vardır.

Buna karşılık niceliksel özen açısından maliyet, riskli davranışı daha az yapmak ya da yapmamanın, (*sosyal*) faydada yaratacağı azalmayı ifade eder<sup>91</sup>. Örneğin yola hiç çıkılmamasının maliyetini, bu yolculuktan elde edilen muhtemel fayda belirler. Benzer şekilde, yolda geçen kilometre sayısının azaltılması da, kişinin daha fazla araba kullanması durumunda sağlayacağı olası faydadan mahrum olması (*fırsat maliyeti*) anlamına gelir. Oysa mahkemenin bu maliyeti değerlemesi, kişinin faaliyetten sağladığı faydanın genellikle gözlemlenememesi nedeniyle güçtür. Örneğin kişinin araba kullanmaktan sağladığı fayda nasıl belirlenecektir? Bu fayda hakkında bir fikir yürütülse bile, özenin bu boyutunun kusur analizine dâhil edilmesi güçtür. Mesela mahkemenin, somut olayda kişinin 1000 değil 500 YTL araba kullanmasının özenli olduğunu belirterek kusurlu olduğuna hükmetmesi pek mantıklı gözükmemektedir. Nitekim bu bilgi maliyeti nedeniyle, uygulamada somut olayın gerektirdiği özen, çoğu kez<sup>92</sup> niceliksel özen boyutunu içermez<sup>93</sup>. Dolayısıyla *Hand formülü* açısından özen maliyeti ile genellikle kastedilen önleyici tedbir maliyetidir. Bunun ekonomik sonuçları aşağıda ele alınmaktadır<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Hiç şüphe yok ki, niteliksel özen gösterilmesi de bazı maliyetlere neden olacağı için, bu da davranıştan sağlanan faydayı azaltır. Buna karşılık bu davranışın daha az ya da çok yapılması ile ilgileşim halinde olmayıp, bağımsız bir değişkendir. Örneğin arabanın kar lastiği takması durumunda da karlı havada yola çıkmanın sürücü için taşıdığı değer azalır (araba sürmesinin faydası-kar lastiğinin maliyeti). Buna karşılık sürücü, önleyici tedbir maliyeti etkilenmeksizin daha fazla yol yaparak bu faydayı dengeleyebilir. Ama bazı hallerde, niteliksel özen doğrudan fayda ile ilgili olabilir. Mesela daha yavaş araba kullanılması ya da daha dikkatli araba kullanılması hallerinde, davranış değişikliği doğrudan faydayı etkilemektedir.

<sup>92</sup> Bunun sınırlı hallerde olabileceğine dair bkz. SCHAFFER/OTT, s.150

<sup>93</sup> SHAVELL, s.25; MICELI, s.67; POLINSKY, s.49; SHAVELL, *Strict Liability*, s.23; LANDES/POSNER, s.66,67; SCHAFFER/OTT, s.149,150; FRIEDMAN, s.200; FAURE, s.366; POSNER, s.192,193

<sup>94</sup> Bunun ekonomik sonuçları hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/B/1/d

Bu noktada niceliksel özen hakkında bazı saptamalar yapmak yerinde olur. Genel olarak davranışın (*sosyal*) faydası ne kadar fazlaysa, (*niceliksel*) özen maliyeti de o derece fazla olup, kişinin kusurlu sayılma olasılığı, en azından özenin bu yönüyle zayıflar. Dolayısıyla faaliyetin fazla fayda sağladığı hallerde, niteliksel özen önem kazanır. Buna paralel olarak faydanın az olduğu hallerde, niceliksel özen maliyeti de azalacağından, kişinin faaliyeti daha az yapmaya ya da yapmamaya dair kararı önem kazanır<sup>95</sup>. Ortalama beklentiler açısından çok az sosyal faydası olan riskli davranışlar, özensiz olarak nitelendirilebilir<sup>96</sup>.

Son olarak özen maliyetinin, önleyici tedbirlerin neden olacağı masraflar ile sınırlı olmadığını belirtelim. Kişinin riski azaltan önleyici tedbir alması için, öncelikle risk ve olası tedbirler hakkında bilgi sahibi olması gerekir. İşte bunun neden olabileceği maliyetler, yani “*bilgi maliyetleri*” (*information cost*)<sup>97</sup> de özen maliyetinin kapsamındadır<sup>98</sup>. Bu bağlamda kişinin risk ve/veya riski önleyici tedbirler hakkında bilgisiz olması, özen yükümünü ortadan kaldırmayıp, kişinin bu bilgileri edinmek için maliyete katlanmadığı anlamına gelir. Kişi davranışının zararlı sonuçları hakkında bilgi sahibi olmalı, eğer

---

<sup>95</sup> Krş. TANDOĞAN, s.53

<sup>96</sup> Mesela sırf zevk için kullanılan bir sürat teknesinin yüzücülerin olduğu bir bölgeye girmesi ile, boğulmakta olan bir yüzücüyü taşıyan bir teknenin yüzücülerin olduğu yerden geçmesi, hukuken farklı değerlendirilmelidir. İlk tekne kullanıcısının kusurlu sayılması, özellikle önleyici tedbir alma imkânının olup olmadığına göre belirlenir (uyarma amacı ile korna çalma, başka bölgeden sahile yanaşma vs.). Tabiiyle bu durum onun kusurlu sayılma olasılığını azaltır. Buna karşılık diğerinin bu davranışı hiç yapmamasının maliyeti çok düşük olacağından, bu yargılama safhasında yeteri açıklıkla ortaya konabilirse bizatihi bu davranış özensizlik sayılabilir. Eğer yüksek riski olan bir davranışın nedeni hakkında haricen bilgi edinmek mümkün ve toplumsal değer yargıları açısından bu neden çerçevesinde davranışın pek bir fayda sağlamadığı söylenebiliyorsa, bizatihi davranışın yapılması özensizliğe ve kusura işaret edebilir (SIMMONS, s.904; SCHAFER/OTT, s.150).

<sup>97</sup> Bilgi maliyeti, esasen riski azaltmayı amaçlayan “*ön tedbirlerden*” (*prior precaution*) biridir. Ön tedbirler, kabaca, zararın gerçekleşmesinden önce, riskin varlığını dikkate alarak yapılan bazı özenli davranış modelleridir. Arabanın düzenli bakımını yaptırmak bunun tipik bir örneğidir. Her ne kadar bunun pratikte uygulanması basit değilse de, kişinin ne ölçüde ön tedbir alması gerektiği hususunda yukarıdaki esaslar uygulanır. Yani tedbirin sağlayacağı fayda ile bunun maliyeti dengelenmelidir. Burada tedbirin faydası ise, doğrudan risk değerini veya tedbir almanın maliyetini azaltmasıdır. Dolayısıyla bunda sağlanan fayda, ön tedbirin maliyetinden fazla ise, kişinin ön tedbiri alması beklenir. Aksi halde kişi özenli davranmamış sayılır (bkz. SHAVELL, s.77,-79).

<sup>98</sup> SCHAFER/OTT, s.140



bilmiyorsa bilgiyi edinmek için gereken maliyete katlanmalıdır<sup>99</sup>. Örneğin kişinin buzlanmamış bir yolun varlığını veya kar lastiği takarak riski azaltabileceğini bilmediğini ileri sürmesi karşısında, yapılması gereken bu bilgiye ulaşmanın maliyeti ve bu maliyetlere katlanmanın risk değeri açısından sağladığı faydanın muhasebe edilmesidir. Genel olarak bilgi ne kadar kamusalsa, bilgi maliyetleri o ölçüde azalır. Keza kişinin faaliyetin yapılmasında uzmanlığı arttıkça, bilgi maliyetinin azaldığı kabul edilmelidir<sup>100</sup>. Buna karşılık risk ne kadar az biliniyorsa, bu maliyetler o ölçüde artar<sup>101</sup>. Bilgi maliyetinin özen maliyeti içerisinde mütalaa edilmesi, kişilere riski önleyici bilgilere yatırım yapma hususunda saik sağlar<sup>102</sup>.

### c. Maliyetler Hakkında

Maliyet kavramı hakkında üç hususa dikkat çekmek gerekir. Yargıç Hand tarafından belirtilmese de, formüle göre belirlenen özenli davranışın aynı zamanda etkin olabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak maliyet terimi “özel” değil,

---

<sup>99</sup> Öte yandan kişinin ne ölçüde bilgi maliyetine katlanması gerektiği de, bu bilginin sağlayacağı yarar ile maliyetinin dengelenmesi ile belirlenir. Somut olayda bilgi, ne ölçüde etkin bir tedbiri almaya imkân verecekse, bilginin sağlayacağı yarar o ölçüde artar. Bu yararın artması, katlanılması gereken bilgi maliyetinin de artması anlamına gelir. Genel olarak risk seviyesi azaldıkça, katlanılması gereken bilgi maliyeti azalacaktır. Eğer “bilgi maliyeti” (ve bunun sonucunda alınacak diğer tedbir maliyetleri), beklenen zarar maliyetinden yüksek ise o zaman kişinin bilgi edinmemiş olması (yani risk veya önleyici tedbir hakkında bilgisiz olması) özen yükümünün ihlal edilmesi anlamına gelmeyecektir.

<sup>100</sup> Düşüncemize göre, TTK. m.20/2’de yer alan, tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranması gerektiğine ilişkin yükümlülük, en azından haksız fiiller açısından, bilgi maliyetleri kavramı çerçevesinde izah edilebilir. Tacirler faaliyet alanlarına giren işlerde, ortalama bir kişiye göre daha fazla bilgi ve tecrübe sahibi olurlar. Bilginin sağladığı rekabet avantajı ve sürekli tekrardan (yani tecrübe) kaynaklanan bu durum, ise söz konusu faaliyetin risklerini, daha etkin bir şekilde azaltabilme iktidarları olduğu anlamına gelir. Yani ortalama ve makul bir kişiye göre, özen maliyetleri daha düşüktür (bunun sonuçları hakkında bkz. aşağıda §2/II/C/3/b/bb). İşte hukuk düzeni, maliyetler arasındaki bu farkı dikkate almakta ve tacirlere daha fazla özen gösterme ödevi yükleyerek onların sosyal açıdan etkin özen göstermelerini sağlamaktadır.

<sup>101</sup> Bu pratikte şu anlama gelir. Kamusal bilginin olduğu bir durumda, bilgi maliyeti çok düşük olacağından, özen maliyeti, özel bilginin olduğu bir durumdan daha düşük çıkacaktır. Zira bu halde kişinin bilgiye yatırım yapması gerekli değildir. Ayrıca bu ihtimalde kişinin risk ve önleyici tedbir hakkında bilgi sahibi olmadığına ilişkin savı, kural olarak önem taşımayacak ve özen maliyeti seviyesinin tespiti açısından dikkate alınamayacaktır.

<sup>102</sup> Bkz. bu konuda SHAVELL Steven, “Liability and the Incentive to Obtain Information About Risk”, The Journal of Legal Studies, Vol.21, (1992) s.259-270

“sosyal maliyeti” olarak yorumlanmalıdır<sup>103</sup>. Bu bağlamda tedbir almanın sosyal maliyeti ve yararının dengelenmesi gerekir. Genellikle tedbir almanın kişi açısından bireysel ve sosyal maliyeti arasında fark olmayacaktır<sup>104</sup>. Örneğin kar lastiği kullanmanın sosyal maliyeti bunun piyasa değeridir. Ama tedbir almak, genellikle tedbir alan kişiye de fayda sağlar. Bu durumda hâkim somut olayda önleyici tedbir alınmasına gerek olup olmadığını değerlendirirken, bunun sadece zarar görene sağladığı yararı değil, aynı zamanda zarar verene<sup>105</sup> (veya başkalarına) sağladığı yararı da dikkate almalıdır<sup>106</sup>. Ayrıca bu yarar sadece inceleme konusu olan kaza tipinin riski üzerinde yaptığı etki ile sınırlı değildir. Eğer özenli davranış, aynı zamanda başka riskleri azaltıyorsa, bunlar da söz konusu tedbirin sağladığı yararlar arasında yer alır<sup>107</sup>. Riskin tamamen dışsallaştırılmadığı trafik kazaları bunun tipik örneğidir<sup>108</sup>.

Maliyetler ile ilgili diğer husus, maliyet ve yararların “toplama” değil, “marjinal” değerler olmasıdır<sup>109</sup>. Yani yargıç, zarar verenin içinde bulunduğu durumu esas azalarak, alınacak ek tedbirlerin risk değeri üzerindeki marjinal etkisini dikkate alacaktır<sup>110</sup>. Aksi halde, yani “toplama maliyet” ve “yararlar” açısından değerlendirme yapıldığında etkin olmayan sonuçlar doğabilir. Mesela yukarıdaki örnekte, 10 YTL’lik riskin 5 YTL’lik tedbir

---

<sup>103</sup> COOTER/ULEN, s.335

<sup>104</sup> Fark olan hallerden biri mutlak hakları kasten ihlal eden davranış biçimlerinde ortaya çıkar. Bkz. aşağıda §2/II/C/2

<sup>105</sup> Gerçi burada kişinin menfaatini, en iyi kendisinin gözeteceği ve dolayısıyla da hukukun bu gibi bir durumda müdahalesinin gerekli olmadığı söylenebilir. Rasyonel bir birey, bilgi sorunu yaşanmadığı sürece, zaten kendi faydasını gözetebilir (bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1). Fakat önemle vurgulanmalıdır ki burada amaçlanan kişiyi kendi menfaatini korumaya teşvik etmek değil, *Hand formülü* açısından doğru değerlerin tespit edilmesidir. Bu bir doğru değerlendirme sorunudur.

<sup>106</sup> COOTER/ULEN, s.335; SIMMONS, s.904

<sup>107</sup> Bkz. bu şekilde bir değerlendirmenin yer aldığı ABD hukukunda verilen görece yeni bir karar için: Davis v. Consolidated Rail Co., US. Court of Appeals, 7th Cir., 1986, 788 F.2d 1260 (karar için bkz. BARNES/STOUT, s.42-45).

<sup>108</sup> Trafik kazalarında sürücünün karşılaştığı risklerin önemli bir kısmı, aynı zamanda kendi şahıs ve malvarlığı değerlerini tehdit eder. Dolayısıyla kişi neden olduğu riskleri tamamen dışsallaştırmamıştır. Şahıs ve malvarlığı risk altında olduğu ölçüde özen gösterme saiki vardır.

<sup>109</sup> POSNER, s.180; MICELI, s.49; HIRSCH, s.143; SIMMONS, s.904; COOTER/ULEN, s.334; BROWN, Learned Hand, s.515; LANDES/POSNER, s.87

<sup>110</sup> Bu çerçevede sorulması gereken soru: “mevcut davranışını dikkate aldığımız zaman, zarar veren riski azaltmak için, hangi ilave önleyici tedbir almaltıydı?” şeklinde olmalıdır. Nitekim bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1

alınarak ortadan kaldırılması görünüşte etkin bir çözümdür. Buna karşılık eğer somut olayın özellikleri zarar verenin sadece 1 YTL'lik tedbir alarak, riski 2 YTL'ye kadar indirmesini mümkün kılıyorsa, riskin tamamen ortadan kaldırılacak şekilde önleyici tedbir alınması arzu edilmez. Zira risk değerinin 2 YTL olduğu bir durumda, tamamen ortadan kaldırılması zarar verenin 4 YTL'lik bir maliyete katlanarak sadece 2 YTL'lik bir yarar sağlamasını sağlar ki bu kaynakların israf edilmesi anlamına gelir.

Son olarak, hukuk düzeninin bazı maliyetleri (*ya da yararları*) sosyal (*ve hukuki*) açıdan meşru görmeyip, formül içerisinde dikkate almayabileceğini belirtelim<sup>111</sup>. Esas olarak kast halinde karşılaşılan bu durum<sup>112</sup>, ihmal suretiyle verilen zararlarda da karşımıza çıkabilir. Örneğin özenli davranış, zarar verenin subjektif tercihleri nedeniyle kendisi için olağanüstü maliyete neden oluyorsa, bu durum olağan şartlar altında kişiyi önleyici tedbir almaktan ve kusurlu sayılmaktan kurtarabilir. Ama eğer mahkeme, yaptığı değerlendirme sonucunda bu maliyeti sosyal açıdan meşru (*socially illicit*) görmüyorsa, kusur analizinde tamamen ya da kısmen göz ardı edebilir. Mesela kişi yavaş araba kullanmaktan nefret ettiğini ve yavaş gitmenin onun için ciddi bir maliyet teşkil ettiğini ispatlasa bile, mahkeme bunun meşru bir maliyet olmadığı gerekçesiyle, bunu *Hand* formülünün tatbikinde dikkate almayarak kişinin kusurlu olduğuna karar verebilir<sup>113</sup>. Dolayısıyla formül pratikte, her türlü değil, ancak *hukuken meşru maliyetleri (legally recognized costs)* dikkate almaktadır.

---

<sup>111</sup> SHAVELL, s.146,147; SIMMONS, s.907,916-925

<sup>112</sup> Bkz. aşağıda §2/II/C/2 ayrıca Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>113</sup> Farz edelim ki 80 km süratle araba kullanmak, 1000 YTL'lik bir kaza riskini beraberinde getirsin ve kişi bu riski, süratini 30 km azaltarak 200 YTL'ye kadar indirebilsin. Bu şartlar altında, hızın azaltılmasının kişiye maliyeti 800 YTL'den az olduğu sürece, kişinin hızını azaltması etkindir ve kişi hızını azaltmamışsa bu özensiz davrandığı anlamına gelir.

Yine farz edelim ki, olağanüstü haller dışında (hastaneye yetişmek vs.) genel olarak toplumun süratli araba kullanmanın sağladığı ilave yarara (heyecan vs.) önemli bir değer atfetmesin ve hatta hız limitleri de regülasyon ile düzenlensin. Şimdi böyle bir kurguda, davalının daha yavaş araba sürmesinin (*yani hızını azaltmasının*) araba kullanmaktan sağladığı faydayı önemli ölçüde azalttığını ileri sürmesi ve bunu çeşitli delillerle ispatlaması (hız sporlarına meraklılığı, yarış arabası sahibi olduğu, arabasının süratini arttıracak harcamalar yaptığı vs.), hâkim tarafından kural olarak nazara alınmayacaktır. Kişinin daha az araba kullanması onun için bir maliyet teşkil etmekle birlikte (hızlı araba kullanmanın sağlayacağı olası faydadan mahrumiyet), bu *Hand formülündeki* özen maliyetinin içerisinde yer almaz. Şüphesiz hangi maliyetin sosyal açıdan meşru, hangilerinin gayrimeşru olduğuna dair değerlendirme değer yargısı hükmüne dayanır ve subjektiftir. Buna karşılık mahkemenin bu türden değerlendirmeler yapmak zorunda olması kaçınılmazdır.

Belirtelim ki bu durum, bir ölçüde ihmalin objektifleştirilmesinin bir görünümü olarak görülebilir<sup>114</sup>.

### 3. Kusurun Sübjektif Yönü, Ayırtım Gücü ve Hand Formülü

Hukuk ve ekonomi öğretisi, hukuk kurallarının temel işlevinin kişilerin saiklerini etkilemek suretiyle, onların sosyal açıdan arzu edilen (*refahı maksimize eden*) seçimler yapmasını sağlamaktır<sup>115</sup>. Klasik paradigma, hukuk kuralının kişinin karar denklemine maliyet olarak girdiğini, rasyonel bireyin bu değişkeni öngörerek yarar/maliyet muhasebesini yaptığını ve son tahlilde faydasını maksimize edecek seçimi yapacağını varsayar<sup>116</sup>. Doğal olarak bu varsayımların geçerliliği, kişinin akla uygun bir şekilde davranma iktidarına, yani “*ayırtım gücü*”ne sahip olmasını gerektirir. Aksi halde kişilerin davranışlarını istenen şekilde değiştirmek mümkün olmaz. Bu prensip, haksız fiil hukuku açısından da aynen geçerlidir. Tazminat riski kişinin yarar/maliyet denklemine maliyet olarak dâhil olur ve Hand formülü de kişiyi etkin tedbiri almaya sevk eder. Tabiatıyla kişinin bu zihinsel muhasebeyi yapabilmesi, ayırtım gücüne ihtiyaç gösterir. Ayırtım gücüne sahip olmayan kişinin, davranışlarının başkaları üzerindeki olası sonuçlarını öngörmesi, bunları değerlemesi ve maliyetleri asgariye indirecek şekilde davranması (*seçimi yapması*) mümkün değildir. Bu durumda sorumluluk pek bir anlam taşımaz<sup>117</sup>. Dolayısıyla ayırtım gücü, ekonomik açıdan kişinin kusurlu sayılmasının ön şartıdır<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Bkz. aşağıda §2/II/C/3/b/bb

<sup>115</sup> Kişiler, ciddi bilgi problemlerinin yaşandığı ya da sınırlı rasyonalitenin olduğu haller hariç olmak üzere, zaten özel faydalarını maksimize edebilirler. Burada hukukun müdahalesine ihtiyaç yoktur. Zira varsayım olarak kişiler zaten özel maliyetler açısından etkin seçimler yapacaklardır. Sorun, genellikle bireysel ve sosyal fayda arasında bir farkın oluşması ve kişinin sosyal faydayı dikkate alması, dışsal bir faktörün varlığının şart olmasıdır. İşte hukuk da bu noktada devreye girmektedir.

<sup>116</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/I ve §2/III/A

<sup>117</sup> Dolayısıyla ekonomik açıdan bakıldığı zaman, ayırtım gücüne sahip olmayan kişinin hukuken sorumlu olması (*sadece tazminat sorumluluğu değil, her türlü sorumluluk*) izah edilmesi güç bir durumdur. Zira bu hallerde hukukun kişilerin davranışlarını en azından istenildiği şekilde değiştirmesi mümkün değildir. Fakat haksız fiil hukukunda kişinin sorumlu tutulması için her zaman ayırtım gücüne sahip olması gerekmez. *Bir kere* kusursuz sorumluluk hali söz konusu ise, kişinin kusuru aranmayacağı için ayırtım gücüne sahip olup olmaması önem taşımaz. *İkinci istisna* ise, BK.m.54 çerçevesinde hakkaniyetin gerektirdiği hallerde yine ayırtım gücüne sahip olmayan kişilerin verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesidir. Nihayet yine aynı hükme göre, geçici olarak ayırtım gücünü kaybeden kişiler de, bu duruma kendi kusurları olmaksızın düştüklerini

Ayırım gücü açısından, *sübjektif durum dikkate alınmaktadır*. Acaba kişinin diğer özellikleri bakımından aynı esaslar geçerli midir? Örneğin kişinin becerisi, cinsiyeti, zekâsı, refleksleri, yaşı, mesleği, fiziki durumu ve bilgisi, kısacası risk üzerinde etkili olabilecek vasıfları, özen yükümünün belirlenmesinde dikkate alınmakta mıdır? Riski azaltan tedbir ve davranışların neden olacağı maliyet, somut olaya göre kişiler arası farklılardan etkilenebilir<sup>119</sup>. Bu özellikle objektif bir piyasa değeri olmayan özenli davranışlar açısından geçerlidir. Örneğin daha fazla ihtimam ve dikkat göstermek güzel bir örnektir. Yaşlı bir kişi için karlı bir yolda pür dikkat araba kullanmak çok maliyetli iken, genç bir taksi şoförü için aynı derecede maliyetli değildir. Buna karşılık herhalde kar lastiği kullanmanın maliyeti kişiler arasında önemli bir farklılık göstermez<sup>120</sup>. Genel olarak bireysel özellikleri nedeniyle daha düşük özen maliyetine sahip olan kişinin optimum özen seviyesi, özen maliyeti daha yüksek olan bir kişiden yüksek olur<sup>121</sup>. Örneğin karla kaplanmış kaldırımların temizlenmesi, genç bir kişi için etkin bir tedbir olabilirken, yaşlı bir kişi için son derece maliyetli olacağından gereksiz bir tedbir sayılabilir<sup>122</sup>.

---

ispat etmedikleri sürece, kural olarak verdikleri zararlardan sorumludur (BK.m.54/II). İşte ekonomik açıdan bu kuralların izah edilmesi güçtür. Zira tazminat davranışları istenen şekilde değiştirmeksizin taraflar arasında salt bir kaynak transferine neden olur. Üstelik bu transfer idari maliyetler nedeniyle son derece pahalıdır (bkz. Dördüncü Bölüm §2/II/A/C).

<sup>118</sup> Dikkat edilirse ayırım gücünün rolü, kişinin ahlaken kınanması ile ancak dolaylı olarak ilgilidir. Burada ayırım gücü, kişinin riski azaltan doğru ve etkin seçimin yapılabilmesi açısından şarttır. Bu yoksa, kişi doğru seçim yapamayacak ve kusurlu ve sorumlu sayılması da herhangi bir anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda onu kusurlu saymak için neden yoktur. Oysa klasik doktrin kişinin ayırım gücünün yokluğunu, özensiz davranışının mazur görülmesinin haklı sebebi olarak değerlendirir. Ayırım gücü yoksa, kişinin ahlaki açıdan kınanması mümkün değildir. Bu durumda da kişi sorumlu tutulamaz.

<sup>119</sup> MICELI, s.50; SHAVELL, s.73,74

<sup>120</sup> Ama bu hiç maliyet farklılığı olmadığı anlamına gelmez. Bazı hallerde tedbiri almanın piyasa değeri olmasına karşılık, bilgi ve işlem maliyeti değişebilir. Hukuk düzeni bilgi maliyetlerindeki farkları bir ölçüde dikkate alabilirse de herhalde işlem maliyetlerindeki farkları dikkate almayacaktır.

<sup>121</sup> SHAVELL, s.74

<sup>122</sup> Mesela kaldırımların karla kaplanmasının günlük (10000 x %1) 100 YTL'lik bir beklenen zarar maliyeti olduğunu, bunun temizlenmesi halinde bu maliyetin 10 YTL'ye kadar düştüğünü düşünelim. Yaşlı adam için temizleme maliyetinin 95 YTL, genç bir kişi için ise 60 YTL olduğunu varsayalım. Bu durumda söz konusu tedbirin genç bir kişi tarafından alınması arzu edilirken (OZ>ÖM), yaşlı adam için bu tedbirin alınması kaynak israfı anlamına gelecektir (OZ<ÖM). Şüphesiz burada yaşlı adamın bu işi bir başkasını kiralayarak yapması imkânı ve bunun ortalama maliyetleri dikkate alınmamıştır. Bu olasılıklar düşünüldüğü takdirde, kuşku yok ki bu iş için (*genç*) bir kişi ile sözleşme yapmamış olması halinde (*işlem maliyetlerinin 30 YTL'den düşük olması kaydıyla*-  $IM+ÖM<OZ$ ) yaşlı adam da kusurlu olacaktır.

Amaç risklerin etkin özen gösterilerek asgariye indirilmesi olduğuna göre, “*ideal olan*” etkin özen seviyesinin tespitinde tüm kişiler arası farklılıkların dikkate alınması, yani kusur ölçüsünün sübjektifleştirilmesidir<sup>123</sup>. Aksi halde, yani ortalama bir ölçü esas alınır, tazminat riski kişiyi etkin davranmaya sevk etmeyebilir; kişi gereğinden fazla ya da az özen gösterebilir<sup>124</sup>. Hatta kişiler arasındaki farkların dikkate alınması, hukuki kurumsal yapı olarak haksız fiil hukukunun alternatifleri karşısında önemli avantajlarından biridir<sup>125</sup>. Özetle ilk bakışta yani *hand formülüne* göre kusur “*sübjektif*” özelliktedir. Fakat bu durum, kusurun sübjektifleştirilmesinin ekonomik açıdan her zaman isabetli olduğu anlamına gelmez. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınmıştır<sup>126</sup>.

### C. Hand Formülü Çerçevesinde Kusurun Türleri

Yukarıda sürekli olarak “*gereken özen*”, “*özenli davranış*” gibi kavramlardan bahsedilmesi, formülün daha ziyade “*ihmal*” kavramı açısından uygulama alanı bulduğunu, buna karşılık “*kast*” açısından pek de tatbik edilebilir olmadığı kanısını uyandırmaktadır. Bu tespit yerindedir. Yani *Hand formülü*, esas itibarla ihmalin tespitinde önem taşır. Bunun sebebi aslında açıktır. Kast halinde, sorumluluğun kurulması veya kapsamının belirlenmesi ne ekonomik açıdan, ne de hukuki açıdan önemli bir sorun teşkil etmez. Hatta kast açısından özenli davranış modeli belirlemeye de gerek yoktur. Kasten zarar verenin göstermesi gereken özen, zarara neden olan davranışı hiç yapmamasıdır. Nitekim Türk hukukunda da, haksız fiil hukukunun temel ilgi konusunun ihmal olduğunu belirtmiştik<sup>127</sup>. Buna paralel olarak, hukuk ve ekonomi doktrininde, haksız fiil hukuku genellikle ihmal

---

<sup>123</sup> MICELI, s.50; SHAVELL, s.74

<sup>124</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1

<sup>125</sup> Bkz. aşağıda §2/II/C/3/b/bc/bca, Dördüncü Bölüm §1/III

<sup>126</sup> Bkz. aşağıda II/C/3/b/bb

<sup>127</sup> Bkz. yukarıda §2/I/C

kavramıyla özdeşleştirilir<sup>128</sup>. *Hand formülü* de ihmal kavramına münhasır olarak tatbik edilmektedir. Çalışmamızda da esas itibarla “*ihmal*” kavramı üzerinde duracağız.

Peki, acaba kastın ekonomik açıdan ifade edilmesi, örneğin formülün uygulanması mümkün müdür? Zira kast kişinin zararlı sonucu istemesi olup, iç iradeye ilişkin bir durumu ifade eder. Bu ise ekonomik teorinin tatbik edilebilirliği açısından tereddüt doğurabilir. Belirtelim ki tereddüt yersizdir. Kast iradeye ilişkin olmakla birlikte, iradeyi doğrudan gözlemlemek, örneğin kişinin zararlı sonucu isteyip istemediğini haricen bilmek mümkün değildir. Bu durum hukuki değerlendirmede harici faktörlerden yararlanmayı gerekli kılar<sup>129</sup>. Her ne kadar hukuk doktrininde iradeden söz açılrsa da, aslında temel alınan, iradeyi dışı vuran davranışlardır. Bu durumda ekonomi biliminin davranış teorisinin kasti davranışlara uygulanmaması için herhangi bir neden yoktur. Dolayısıyla teorik açıdan *Hand formülü* kasti davranışlara tatbik edilebilir. Fakat kasti davranışlar açısından kusuru belirlemek önemli bir güçlük arz etmediği için, formülün uygulanması haksız fiil hukukunda pratik açıdan çok yararlı değildir.

Bu nedenle aşağıdaki açıklamalar daha ziyade teorik açıdan önem taşımaktadır. İzahatın *Hand formülü*'nün uygulanmasına ışık tutacağını ve “kast” kavramının ekonomik teoride neden farklı değerlendirildiği hakkında fikir vereceğini umuyoruz. Öncelikle kast ve ihmal arasındaki temel farkları ele almayı uygun görüyoruz<sup>130</sup>. Bu açıklamalar, kusurun türleri arasındaki yukarıda<sup>131</sup> vurgulamaya çalıştığımız derin kavramsal farkı teyit etmekte ve hukuk politikası açısından bunların ayrı düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

---

<sup>128</sup> Haksız fiil hukukunu inceleyen çalışmaların neredeyse tamamı, kasten verilen zararlar haricindeki riskli davranışları konu almakta ve bu arada kısmen kasta değinmektedir. Fakat kast esas olarak ceza hukukunun konusu olarak görülmektedir (bkz. bunun nedenleri hakkında Dördüncü Bölüm §1/I).

<sup>129</sup> Bu, esasen kişinin faydasının gözlemlenmesinde karşılaşılan sorunun aynısıdır. Ekonomi bilimi nasıl ki kişinin davranışlarından hareketle bazı çıkarımlar yapmaktadır (*açıklanmış tercihler teorisi*), hukuk uygulamasında da benzer yaklaşım tatbik edilmektedir. Mahkeme kişinin kasten zarar verip vermediğini, ancak zarar öncesi davranışlarını ve çevresel şartları değerlendirerek belirleyebilir.

<sup>130</sup> LANDES M. William / POSNER A. Richard, “An Economic Theory of Intentional Torts”, The University of Chicago Law School Program in Law and Economics Working Paper Series, No: 5 First Draft, s.1

<sup>131</sup> Bkz. yukarıda §2/I/C

Buna karşılık kastın nasıl düzenlenmesi gerektiği, takip eden bölümler altında ele alınacaktır<sup>132</sup>.

## 1. Ekonomik Açıdan Kast ve İhmal Arasındaki Temel Farklar

Kavramsal olarak kastın ihmalden temel farkı, zarar verenin zararlı sonucu öngörmekle kalmayıp, aynı zamanda bu sonucun gerçekleşmesini istemesidir. Buna ekonomik açıdan bazı sonuçlar bağlayabiliriz<sup>133</sup>. Sırası ile belirtelim:

1-Kasten zarar veren kişi “*bizatihi zararlı sonucun gerçekleşmesinden fayda sağlar*”<sup>134</sup>. Aksi halde, zararlı sonucu istememesi gerekirdi<sup>135</sup>. Oysa ihmalde, kişi zararlı sonucu istemediğine göre, bu sonucun gerçekleşmesinden prensip olarak herhangi bir fayda<sup>136</sup> sağlamaz<sup>137</sup>. İhmal halinde zararlı sonuç, hem zarar veren, hem de zarar görenin istemediği bir durumdur. Buna rağmen, ihmal halinde kural olarak sosyal açıdan yararlı bir faaliyet söz konusudur<sup>138</sup>. Oysa kast açısından genellikle faaliyetin sosyal açıdan faydalı olmadığı söylenebilir<sup>139</sup>.

---

<sup>132</sup> Kast ve ihmal arasındaki farkların hukuk politikası açısından sonuçları ve haksız fiil hukukunun yetersizliği hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §1/I

<sup>133</sup> Aşağıdaki açıklamalarda, davranışın mutlak hak konusu hukuki değere zarar verdiği varsayılmaktadır.

<sup>134</sup> MICELI, s.75; POSNER, s.242; LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.8

<sup>135</sup> Davranış, zarar görenin faydasını azaltmakta, ama zarar verenin faydasını arttırmaktadır. Hatta çoğu kez zarar verenin faydasının artması, mağdurun faydasının azalmasına bağlıdır. Örneğin bir başkasını öldürme ya da yaralama kastı ile hareket eden kimse, ancak bu zararlı sonucun gerçekleşmesi durumunda fayda sağlar.

<sup>136</sup> İhmalkâr davranarak zarara neden olan kişi, sadece önleyici tedbir almadığından ötürü tedbir maliyetlerinden tasarruf etmiş ve dolaylı bir fayda sağlamış olur.

<sup>137</sup> LANDES/POSNER, Intentional Torts, s. 8

<sup>138</sup> Öte yandan tehlikeli faaliyetlerde olduğu gibi, riskin yüksek olduğu bazı davranışlar açısından refah kaybının söz konusu olduğu söylenebilir. Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/C/2

<sup>139</sup> Kasten verilen zararların çok çeşitli görünümde ortaya çıkmasına bağlı olarak, tabiatıyla her zaman net refah kaybının olduğunu söylemek güçtür. Bu konuda her şeyden önce ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer kasten başkasına zarar verenin sağladığı fayda sosyal refahın parçası kabul edilmiyorsa (*örneğin tecaviüz edenin, hırsızın veya hakaret edenin*), olayların tamamında davranış net sosyal maliyete neden olur. Yani kişinin davranışı, davranışı zarar gören ve zarar verenin toplam faydalarından oluşan sosyal refahı azaltır. Bu durumda esasen önemli bir sorun yoktur (krş. SHAVELL, s.147; DARI-MATTIACCI, s.29).

Fakat zarar verenin sağladığı fayda refahın bir parçası olarak kabul ediliyorsa, davranış refahı arttırabileceği gibi (zarar verenin faydası>zarar görenin faydası), herhangi bir şekilde değiştiremeyebilir (zarar verenin



2- İradenin zararlı sonuca yönelmesine bağlı olarak, zarar veren bu sonucun gerçekleşmesini sağlayacak kolaylaştırıcı davranışlarda bulunur. Kişi zararlı sonucu istediğine göre, bu sonucun gerçekleşmesi için hazırlık yapacak, davranışlarını buna göre ayarlayacak ve zararın gerçekleşmesi üzerinde etken olabilecek koşulları elverişli hale getirecektir<sup>140</sup>. Yani zararın gerçekleşme olasılığını, (**O**) değerini arttırmak isteyecektir<sup>141</sup>. Mesela hırsız, bir malı çalmak istediği zaman, uygun konumu araştırarak, gerekirse kullanacağı aletleri temin edecek ve en uygun zamanda harekete geçecektir. Tüm bu hareketler doğrudan zarar olasılığını ve hatta “*ex ante*” açıdan zararın büyüklüğünü de arttırır<sup>142</sup>. Oysa ihmalde durum tamamen farklıdır. Kişi en azından bilinçli olarak zararın gerçekleşmesi ihtimalini kolaylaştırmaz. Hatta bazen önleyici tedbir alarak, olasılık değerini azaltır. Failin zarar olasılığını arttıracak davranışlar sergilemesi, ispat hukuku açısından kastı ihmalden ayıran en önemli unsurdur.

3- Kasten zarar veren kişi, zararlı sonucu istemesi nedeniyle, genellikle zarar göreni bilir ve onunla temasa geçebilecek durumdadır. Ekonomik açıdan bu durum *işlem maliyetinin*<sup>143</sup> düşük olduğu anlamına gelir<sup>144</sup>. Yani zarar veren, teorik olarak zarar gören ile pazarlık ederek, ona vereceği olası zarar için rızasını alabilir. Zarar göreni *ex ante* telafi edebilir. Oysa ihmalde, zarar veren zararlı sonucu istemediği ve hatta belki de öngörmediği için, olası mağdur veya mağdurların kimlikleri hakkında yeterli bilgi sahibi olmaz. Bilgi sahibi olsa bile zarar verme olasılığı düşük olduğu için, işlem maliyeti nedeniyle pazarlığa

---

faydası=zarar görenin faydası) veya genellikle olacağı üzere azaltabilir (zarar verenin faydası≤zarar görenin faydası). Ayrıca bkz. LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.8

<sup>140</sup> Bu aynı zamanda kişinin zarar olasılığını arttırmak için yatırım yaptığı, yani kaynakları bu zararı vermek için kullandığı anlamına gelir. Bu özen maliyeti açısından önemlidir (bkz. aşağıda §2/II/C/2).

<sup>141</sup> LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.5; MICELI, s.75; DARI-MATTIACCI, s.28,29

<sup>142</sup> SHAVELL, Foundations, s.553,554; MICELI, s.75

<sup>143</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>144</sup> MICELI, s.287; DARI-MATTIACCI, s.29; POSNER, s.226; LANDES/POSNER, s.160

girişmesi anlam taşımaz. Dolayısıyla tipik bir ihmal kurgusunda işlem maliyetleri son derece yüksektir<sup>145</sup>.

4- Kast halinde özensiz davranıştan bahsetmek anlamsızdır. İrade zarar verici sonuca yöneldiğine göre, aynı iradenin zararı azaltmak için davranış değişikliğine gitmesi akıl dışıdır. Mesela hırsızın mağdura zarar vermemek üzere önleyici tedbir almasından bahsedemeyiz. Hırsızın özenli davranışı, olsa olsa zarar verici eyleme hiç girişmemesini ifade eder<sup>146</sup>. Dolayısıyla ihmal durumunda özenli davranış genellikle zarar verenin önleyici tedbir alması iken, kast halinde davranışın hiç yapılmamasıdır<sup>147</sup>. Bu durumda kastın varlığı halinde (*ÖM*) değeri, söz konusu davranışın yapılmamasının neden olacağı sosyal maliyeti ifade eder.

5- Zararlı sonucu isteyen kişi, doğal olarak, bu sonucun hukuki neticelerinden kaçınmak üzere kimliğini gizler. Zararı bilerek verdiği göre, kişinin zararlı sonucun kendisi için olumsuz sonuçlarından kaçınmak istemesi ve bunu sağlayacak tedbirlere başvurması doğaldır<sup>148</sup>. Örneğin bir başkasının malını çalan kimse, bunu hiç kimsenin fark etmediği bir esnada yapacak veya kimliğini belli etmeyecek şekilde davranacaktır. Bu durumda kişinin dava edilme ihtimali 1'in çok altında olacaktır. Oysa ihmal durumunda, kişi zararlı sonucu istemediği ve hatta çoğu kez öngörmediğine göre, kimliğini gizleme yönünde bir tasavvuru olmayacaktır.

---

<sup>145</sup> Riskli bir faaliyet yapan kişilerin (mesela trafiğe çıkanın ya da inşaat yapanın), bu riskten olumsuz etkilenen kişileri belirlemesi (diğer sürücülerini, yayaları veya inşaatın etrafından geçmekte olan kişileri), bunların katlandığı beklenen maliyeti telafi etmek için pazarlık etmesi (mesela sürücünün trafiğe çıkmadan önce riske neden olabileceği kişilerin riske katlanmalarını sağlamak için onlar ile pazarlıklar yapması) mümkün değildir. Burada kimin riske muhatap olacağı bilinmediği gibi, kişilerin ne kadar bir riske muhatap olduğunu öngörmek de mümkün değildir. İşlem maliyeti, bir pazarlık olasılığını tasavvur edemeyecek kadar yüksektir.

<sup>146</sup> Zora dayalı bir kaynak transferini amaçlayan zarar verenin, zarar olasılığını kolaylaştırıcı eylemleri sosyal açıdan bakıldığı zaman kaynak israfıdır. Bu nedenle onun bu eylemlere hiç girişmemesi arzu edilir (MICELI, s.75; POSNER, s.226).

<sup>147</sup> Hemen belirtelim ki ihmal ile verilen bazı zararlar açısından da özenli davranış davranışın hiç yapılmaması olabilir. Özellikle beklenen zarar maliyeti yüksek olan (tehlikeli) faaliyetler açısından somut olayın özellikleri, o faaliyetin hiç yapılmamasını gerektirebilir.

<sup>148</sup> MICELI, s.75; POSNER, s.241; FRIEDMAN, s.207; DARI-MATTIACCI, s.30; LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.15

6- Nihayet son fark, olayların neredeyse tamamında kasten zarar veren failin zararı önleme hususunda en uygun konumda olmasıdır<sup>149</sup>. Hatırlanacağı üzere *Coase teoremi* zararın karşılıklı bir olgu olduğunu ve sadece zarar verenin değil, zarar görenin davranışlarının da dikkate alınmasının uygun olduğunu belirtmekteydi<sup>150</sup>. Fakat bu önerme ihmal açısından geçerlidir. Kast durumunda genellikle sosyal açıdan istenen, davranışın hiç yapılmaması olduğuna göre, zarar görenin tedbir alması mümkün olsa bile bu kaynakların israfı anlamına gelir. Dolayısıyla hukuk politikası açısından bakıldığında, kasten verilen zararlarda zarar verenin kusurunu değerlendirmek şart değildir.

## 2. Hand Formülü Çerçevesinde Kast

Formül, somut olayda  $OZ > ÖM$  şartının gerçekleşmesi durumunda, kişinin kusurlu olduğunu belirtmektedir. Acaba kast halinde denklem içerisindeki ( $O$ ), ( $Z$ ) ve ( $ÖM$ ) değerleri nasıl bir görünüm alacaktır? Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, bu sorunun cevabını vermek kolaydır<sup>151</sup>. Sırasıyla değişkenleri değerlendirmek gerekirse, ilk belirtilmesi gereken *ex post* açıdan bakıldığı zaman, zarar bakımından ( $Z$ ) ihmal ile kast arasında önemli bir farkın olmamasıdır<sup>152</sup>. Bunun nedeni açıktır. Zarar sadece sonuca ilişkindir, oysa ihmal ve kast sonuçtan ziyade bu sonucun nasıl gerçekleştiği ile alakalıdır. Yanlışlıkla bir başkasının malını almanız ile çalmanız arasında ortaya çıkan zararlı sonuç arasında fark yoktur. Her ikisinde de mal çalınmıştır. Fark daha ziyade,  $O$  ve  $ÖM$  değerleri açısından ortaya çıkmaktadır.

<sup>149</sup> LANDES/POSNER, *Intentional Torts*, s.9-11

<sup>150</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/2, ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/B/5, §2/III/A/2 ve §2/III/B/2

<sup>151</sup> Değişkenleri değerlendirmeden önce ekonomik açıdan kastı tanımlarken, hukuka aykırılığın kapsam dışı tutulduğunu hatırlatalım. Dolayısıyla burada esas alınan hukuka aykırı zararlı sonucu istemek değil, sadece “zararlı sonucu istemektir”. Bu özellikle hukuka uygunluk nedenleri açısından önemlidir.

<sup>152</sup> Yalnız bu açıklamaya iki çekince koyalım. *Ex post* açıdan zararın büyüklüğü farklı olmasa da, *ex ante* açıdan fark vardır. Bunun yanı sıra manevi zararlar açısından, davranışın nasıl gerçekleştiği, yani ihmal mi yoksa kast mı olduğu fark yaratabilir. Kasten verilen zarar mağdurun faydasını, ihmal suretiyle verilen zarardan daha olumsuz etkileyebilir. İkinci olarak *ex ante* açıdan bakıldığı zaman, kişinin diğerine zarar verme kastı ile hareket ettiği bir durumda, zararın kapsamının büyük olması ihtimali de yükselir.

Kasti davranışlarda iradenin zararlı sonuca yönelmesi, davranışın zarara yol açma olasılığını yükseltir. Mesela hırsızın somut olayın özelliklerine göre başkasının malını alması olasılığı 1 (%100) veya 1'e yakın iken, herhangi bir kişinin yanlışlıkla bir başkasının malını alma ihtimali herhalde bu kadar yüksek olmayacaktır. Doğal olarak kast durumunda olasılık *O* değerinin görece yüksek olması beklenmelidir<sup>153</sup>. Kast ile ihmal, *ÖM* değeri açısından da farklıdır. Kasti davranışlar açısından tedbir almaktan ziyade davranışın hiç yapılmamasının istendiğini belirtmiştik. Bunun sonucu olarak *ÖM* değeri ya çok düşük ya da negatif olacaktır<sup>154</sup>. Sebebi ise şu şekilde açıklanabilir: Hatırlanırsa özen maliyeti, sosyal maliyete işaret ediyordu. Bu çerçevede failin zarara yol açan davranışı yapmaktan kaçınması, kendisi açısından (*özel*) maliyete neden olmakla birlikte, sosyal açıdan net bir maliyete yol açmaz<sup>155</sup>. Yani örneğin malın çalınmaması, hırsız bakımdan maliyetli olmakla birlikte (*çalıntı malın değeri*), mağdura yarar sağlayacak (*malın piyasa değeri*) ve toplamda net bir maliyete neden olmayacaktır<sup>156</sup>. Hatta davranışın yapılmaması, en azından zararlı sonucun gerçekleşmesi için failin katlandığı maliyetlerden de tasarruf edilmesi sonucunu doğuracağı için, *ÖM* değeri negatif çıkabilecektir<sup>157</sup>.

Fakat kastın varlığı, her zaman *ÖM* değerinin negatif çıkmasına da yol açmaz. Çok çeşitli ihtimallerin varlığı nedeniyle her olayın değerlendirilmesi şarttır<sup>158</sup>. Tecavüz,

---

<sup>153</sup> LANDES/POSNER, *Intentional Torts*, s.5

<sup>154</sup> POSNER, s.226,227; LANDES/POSNER, *Intentional Torts*, s.7

<sup>155</sup> Hatta kasti zarar verenin, zararlı sonucun gerçekleşmesinden sağladığı faydanın meşru olmadığı ve dolayısıyla sosyal refah denklemi dışarısında tutulması gerektiği görüşü kabul edilirse, kast her zaman net sosyal maliyete neden olur. Bu durumda *ÖM* değeri de her zaman negatif çıkacaktır.

<sup>156</sup> Bu örnekte, hırsızlığın sadece basit bir kaynak transferinden ibaret olmadığı ve malın çalınmasının hırsıza sağlayacağı faydanın, mağdur için maliyetinden daha az olabileceği kolaylıkla söylenebilir. Zora dayalı kaynak transferlerinde durum genellikle bu şekildedir.

<sup>157</sup> Ayrıca sadece failin değil, mağdurun da zararlı sonucu önlemek üzere bir takım tedbirler alacağı düşünülürse (örneğin alarm taktirmek, çelik kapı yapmak gibi), *ÖM* değerinin negatif çıkma olasılığının yüksek olacağı görülebilir.

<sup>158</sup> Burada üç ihtimal düşünülebilir. Somut olayın özelliklerine göre, kasten diğerine zarar verilmesi, zarar verene zarar görenden daha fazla fayda sağlayabilir, aynı düzeyde fayda sağlayabilir veya daha az fayda sağlayabilir. İlk iki olasılıkta, özellikle zararlı sonucun gerçekleştirilmesi için zarar veren bazı maliyetlere katlanmışsa *ÖM* değeri negatif olur. Buna karşılık son olasılıkta *ÖM* değerinin alacağı değer, zararlı sonucun gerçekleştirilmesi için katlanılan maliyetler, failin sağladığı fayda ile mağdurun zararı arasındaki ilişkiye bağlıdır. Burada yapılması mümkün olan bir tartışma, kastın sadece *ÖM* değerinin negatif olduğu hallere hasredilmesinin uygun olup olmadığıdır. Bu konuya temas eden LANDES ve POSNER, kasti genelde sosyal

hırsızlık ve adam yaralama gibi mutlak hakları ihlal eden tipik kasti davranışlar açısından yukarıdaki önerme genellikle geçerlidir<sup>159</sup>. Fakat bazı hallerde bilerek ve isteyerek zarar vermek, net refah artışına neden olabilir. Türk hukukunda tamamen farklı bir kategori altında ele alınan meşru müdafaa, ıztırrar hali ve kamu kudretinin kullanılması gibi “*hukuka uygunluk*” sebepleri bu duruma örnek teşkil eder<sup>160</sup>. Mesela meşru müdafaada, mütecavize bilerek zarar veren kişinin davranışı, kendisinin şahıs veya malvarlığına yapılan bir tecavüzü etkisiz hale getirmeye yöneliktir. Bu davranışın sosyal açıdan yarar sağladığı, dolayısıyla **ÖM** değerinin kusuru ortadan kaldıracak ölçüde pozitif olduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>161</sup>. Ekonomik açıdan tanımlandığında, burada kast ve hatta çoğu kez kusur yoktur.

Kast halinde bu iki değişkenin farklılaştığını tespit ettik. Acaba salt bu değişkenlere dayanarak kastın varlığı kabul edilebilir mi? Örneğin yüksek olasılık kastın varlığı için yeterli midir? Hemen belirtelim ki **ÖM** değerinin negatif çıktığı haller bir kenara bırakılırsa, olasılık değeri veya başlı başına özen maliyetinin düşük olması kastın varlığı açısından yeterli değildir<sup>162</sup>. Genel bir prensip olarak **ÖM** değeri negatif çıktığı bir durumda kural olarak kastın varlığını kabul etmek<sup>163</sup>, bunun dışındaki hallerde ise **OZ** ve **ÖM** değerleri arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir. Ne zaman bu değerler arasındaki

---

açıdan herhangi bir faydası olmayan davranışlar ile özdeşleştirmekle birlikte, zarar verenin ex ante çok az bir maliyetle önemli bir riski ortadan kaldırdığı hallerin de bu kapsamda mütalaa edilebileceğini belirtiyor (LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.12).

<sup>159</sup> Yani bu tür davranışlar açısından failin eylemden sağladığı fayda (*sosyal refah denklemi içerisinde yer aldığı kabul edilse bile*), mağdurun eylem nedeniyle uğradığı maliyetlerden (*manevi-maddi*) fazla değildir. Dolayısıyla eylem net bir refah sağlamadığı gibi, refah kaybına neden olur. Buna bir de eylemin yapılması için katlanılan maliyetler eklenince (*olasılık değerini arttıran maliyetler*), **ÖM** değerinin negatif çıkması kendiliğinden anlaşılır.

<sup>160</sup> Bkz. aşağıda §5/I/C ve ayrıca §5/II/C

<sup>161</sup> Meşru müdafaa halinde kişi mütecavize bilerek ve isteyerek zarar vermekle birlikte, burada önleyici tedbir almasının maliyeti (ki bu meşru müdafaa yapmamasını ifade eder), kendisini müdafaa etmediği bir durumda mütecavizin eylemi sonucunda zarar görme olasılığını da içerir. Bu olasılığın yüksek olduğunu dikkate alırsak, özen maliyetinin son derece yüksek olacağını söyleyebiliriz.

<sup>162</sup> LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.6; LANDES/POSNER, s.152

<sup>163</sup> Öte yandan bu durumda dahi, risk değerinin çok düşük olduğu hallerde kastın varlığı konusunda çekingen davranmak gerekir.

oransal fark büyüktür, o zaman kastın varlığı kabul edilebilir<sup>164</sup>. Mesela davranışın zarara yol açma olasılığı 1 (yani %100) veya 1'e yakın olsa dahi, zararın az ve fakat özen maliyetlerinin yüksek olması, kastın ve hatta kusurun varlığını engeller. Zararın 10 YTL, olasılığın %90 ve önleme maliyetinin 10 YTL olduğunu düşünelim. Bu durumda olasılık yüksekliğine rağmen,  $\text{ÖM} > \text{OZ}$  olduğundan kişinin özen yükümü ve dolayısıyla kusuru yoktur. Keza benzer şekilde olasılık değerinin düşük olması da, kastın bulunmadığı anlamına gelmez<sup>165</sup>. Davranışın zarara yol açma olasılığı düşük olsa dahi, tedbir maliyetleri, risk değerine kıyasla son derece düşük olabilir. Örneğin olasılığın %0.1, zararın büyüklüğünün 100000 tedbir maliyetinin ise 1 YTL olduğu bir durumda, kişinin neredeyse herhangi bir külfete katlanmadan zararı önleme imkanı olduğu için (*ihtimali*) kastın olduğu kabul edilebilir<sup>166</sup>.

Özetle ekonomik açıdan kastı belirleyen başlı başına değişkenlerin değerleri değil, bunlar arasındaki ilişkidir. Kural olarak somut risk açısından *olasılık değerinin yüksek, buna karşılık tedbir maliyetlerinin görece çok düşük veya negatif bir değer arz ettiği hallerde “kastın” ya da en azından “ihtimali kastın” varlığından bahsedilebilir. Bu değişkenler arasındaki ilişkinin, riskin ya da ortaya çıkan zararın sosyal açıdan yararlı bir faaliyetin bir yan etkisi olmadığına işaret etmesi gerekir*<sup>167</sup>. Kastın “olasılık”, “zarar” ve “önleyici tedbir” değişkenleri arasındaki ilişkiye atfen tanımlanması, şüphesiz hukukumuzda yabancıdır. Ancak netice itibarıyla aralarında önemli bir fark olduğunu düşünmüyoruz. Hatta verdiğimiz tanımın bazı yönlerden avantajları vardır. Hukuk doktrininde olduğu gibi zarar verenin iradesi yerine, davranışına odaklanmak hukuk uygulaması açısından daha

---

<sup>164</sup> Örneğin bir inşaat firmasının, her tünel inşaatında belirli sayıda ölüm ve yaralanma olduğunu öngörmesi ve buna rağmen tünel yapmaya devam etmesi durumunda (ihtimali) kastın varlığından bahsedilebilir mi? Bunun cevabı olumsuzdur. Somut riski önleyici tedbirler açısından ÖM değeri (*ve bununla bir arada faaliyetin sağladığı sosyal fayda*) dikkate alınmadan bu hususta bir yargıya varılamaz. Bu tür bir durumda olasılığın yüksek olması aktivite seviyesi ile bağlantılı olup, temel nedeni çok sayıda kişinin riske muhatap olmasıdır. Buna karşılık riskin bu şekilde artmasına paralel olarak, eğer önleyici tedbir açısından önemli bir ölçek ekonomisi (*yani büyük çapta risk açısından riski önlemenin maliyetsiz bir yolu*) yoksa (ÖM) değeri de olasılığa paralel artacaktır (bkz. LANDES/POSNER, s. 151).

<sup>165</sup> LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.6,7

<sup>166</sup> Örnek için bkz. LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.7

<sup>167</sup> LANDES/POSNER, s.153

gerçekçi ve isabetlidir<sup>168</sup>. Zararlı sonucun istenip istenmediği ancak failin zarar öncesi davranışlarının değerlendirilmesi ile belirlenebildiğine göre, doğrudan davranışları esas alan bu yaklaşım işlevseldir. Ayrıca ispat hukuku ile de uyumludur. Nihayet kastın bu şekilde ifade edilmesi kast ve ihmal arasındaki derin kavramsal farklılığa dikkati çekmekte ve hukuk politikasına dair çıkarımlar yapmayı olanaklı kılmaktadır<sup>169</sup>.

### 3. Hand Formülü Çerçevesinde İhmal

#### a. Genel Olarak

*Hand formülünün* esas itibarla “*ihmal*” açısından önem taşıdığını, zira özenli davranış modelinin belirlenmesi konusunda net bir ölçüt sağlayarak hukuk uygulamasındaki eksikliği giderdiğini belirtmiştik. Formüle göre ihmal, marjinde (*sınırdaki*) önleyici tedbir alınmanın maliyeti ile alınan tedbirin sağlayacağı faydanın mukayese edilmesi ile belirlenir. Muhtemel zarar maliyetindeki azalma, özenli davranışın marjinal maliyetinden fazla olduğu sürece kişinin önleyici tedbiri alması beklenir. Kişi önleyici tedbir almadığı durumda gereken özeni göstermemiştir ve ihmali vardır. Buna karşılık somut olayda tedbir alınmanın maliyeti, risk değerinde sağladığı azalmadan fazla ise, tedbirin alınmaması kişinin özensiz davrandığı anlamına gelmez. Zira zarar verenin sadece “*net refah*” yaratan tedbirleri alması beklenir. Kişinin zarar olasılığını öngörmesi ve hatta

---

<sup>168</sup> Hukuki tanım salt iç iradeyi esas almakta ve zarar verenin davranışları ile riskin önlenmesindeki alternatifleri dikkate almamaktadır. Bu durumda tanımın lâfzen ele alınması ilginç neticelere yol açabilir. Mesela ihtimali kast kavramını düşünelim. Kişinin davranışının zarara yol açabileceğini öngörüp, buna rağmen davranışı yapması; yani riski göze alması durumunda ihtimali kastın olduğu kabul edilmektedir. Oysa bu tanım eksiktir. Kişi pekâlâ girişeceği bir faaliyetin risklerini öngörebilir. Hatta bunların gerçekleşmesi ihtimalini bilerek faaliyete başlayabilir. Günlük hayatta bundan doğal bir şey yoktur. Burada hukuk politikası açısından sorun, zararın önlenmesi açısından failin önündeki alternatif seçenekleri nasıl değerlendirdiğidir. Genel olarak failin önünde davranışı hiç yapmamak (*ya da seviyesini ayarlamak*) ve/veya önleyici tedbir almak seçenekleri vardır. Örneğin önleyici tedbirin olmadığı veya çok yüksek maliyeti olduğu, ayrıca faaliyetin refahı arttırdığı hallerde kişinin faaliyete devam etmesi arzu edilir. Oysa yukarıdaki tanımlar lâfzen değerlendirilerek kişinin kasten zarar verdiği dahi söylenebilir.

<sup>169</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1/I

önleyici tedbiri bilmesi de kusurlu sayılmasını gerektirmez<sup>170</sup>. Öte yandan risk net refah yaratan çok çeşitli tedbirler (*davranış modelleri*) ile azaltılabiliyor ve/veya ortadan kaldırılabiliyor ise, özenli davranış asgari sosyal (*birincil*) maliyete neden olan tedbirin alınmasını gerektirir.

Kast açısından formülün nasıl bir görünüm alabileceğini yukarıda belirtmiştik. İhmal halinde olasılık değerinin düşük, buna karşılık özen maliyetinin görece yüksek veya en azından pozitif olduğu kolaylıkla söylenebilir. Yani *OZ* ve *ÖM* değerleri arasında ciddi bir orantısızlık olması beklenmez. Pek tabi ki değerler arasındaki farkın ya da oranın ne kadar olması gerektiği hususunda net bir ölçüt vermek güçtür. Fakat formülü kast olasılığının da yer aldığı çeşitli örneklerde uyguladığımız takdirde, bu değerlerin nasıl bir görüntü arz edeceği hakkında genel bir fikir edinilebilir<sup>171</sup>.

**Tablo II**

<b>Olay</b>	<b>Olasılık</b>	<b>Zarar (YTL)</b>	<b>OZ (YTL)</b>	<b>ÖM</b>
1	0.01	1000	10	1000
2	0.01	1000	10	7
3	0.01	1000	10	1
4	0.90	1000	900	1000
5	0.90	1000	900	4
6	0.09	1000	90	-10
7	0.90	1000	900	-10

<sup>170</sup> Yani kişi zarar öncesi davranışının zarara yol açma olasılığını öngörmüş ve hatta riski önleyecek tedbir hakkında bilgi edinmiş olsa dahi, tedbiri almamış olması ihmal içerisinde davrandığı anlamına gelmez. Bu gibi bir durumda kişinin bilgi maliyetinin “0” olması nedeniyle salt özen maliyetleri azalmıştır. Ama bunun haricinde tedbir almak maliyetli olabilir.

<sup>171</sup> Örneğin hazırlanmasında Posner’den esinlenilmiştir. Bkz. LANDES/POSNER, s.158



Tabloda zarar miktarı 1000 YTL olarak sabit, buna karşılık **ÖM** ile **OZ** değerlerinin farklılaştığı çeşitli kurgular verilmiştir. Kural olarak özen, kaza ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu tabloyu değerlendirmek gerekirse, *ilk olayda* tedbir maliyetleri (1000 YTL), kaza maliyetleri (10 YTL) karşısında orantısız bir şekilde yüksektir. Bu gibi bir durumda kişinin tedbir alması beklenemez (**OZ < ÖM**)<sup>172</sup>. Dolayısıyla kişi kusurlu değildir. *İkinci olayda* ise, **ÖM < OZ** olduğundan kişinin önleyici tedbiri alması beklenir, almadığı takdirde kusurludur. Bu olayın “*ihmal*”ın tipik bir görünümü olduğu söylenebilir. *Üçüncü olayda* ise, **OZ** değeri aynı olmakla birlikte **ÖM** değeri daha azdır. Tabiatıyla kişi burada da kusurludur ve yine bir “*ihmal*” söz konusudur. *Dördüncü olayda* göze çarpan, zarar olasılığının son derece yüksek olmasıdır. Yani *tehlikeli faaliyet* söz konusudur. Buna karşılık **ÖM > OZ** olması, kişinin tedbir almaması durumunda kusurlu sayılmasını önler<sup>173</sup>. *Beşinci olayda* zararın gerçekleşme olasılığı son derece yüksek buna karşılık bu önlemenin maliyeti çok düşüktür. Mesela kişi çok az bir dikkat gösterdiği durumda, bu riski tamamen bertaraf edebilecek durumdadır. Kusurun türü açısından bu olayın kast ve ihmal arasında bir yerde olduğu söylenebilir<sup>174</sup>. Son iki olayda ise, (**ÖM**) değerleri negatif olması itibarıyla kast vardır<sup>175</sup>.

İhmal içerisinde mütalaa edilebilecek olması nedeniyle tablodaki iki, üç ve beşinci olayları ayrıca değerlendirelim. Hatırlanacağı üzere ihmal, “*hafif*” ve “*ağır ihmal*” olmak üzere ikiye ayrılıyordu<sup>176</sup>. Her ne kadar kesin bir ayırım yapmak mümkün değilse de, ikinci olay “*hafif*”, üçüncü olay “*ağır ihmal*” olarak nitelendirilebilir. İki olayda da risk düşüktür,

<sup>172</sup> Burada mücbir sebep benzeri bir durumun olduğu söylenebilir (bkz. aşağıda §2/II/C/3/b/bd Karar VIII)

<sup>173</sup> Dikkat edilirse ilk olay ve dördüncü olayda sadece zarar olasılığı değişmekte, buna karşılık diğer değerler aynı kalmaktadır. Her ikisinde de kişi kusursuz olmasına karşılık son olayda zarar olasılığının yüksek olması nedeniyle, davranışın beklenen maliyeti yüksektir ve bu durum söz konusu davranışın son tahlilde net refah artışına neden olup olmadığı hususunda soru işaretlerine neden olabilir.

<sup>174</sup> Örneğin LANDES ve POSNER tarafından bu hal için verilen örnek, sürücünün araba kullanırken sebepsiz yere gözünü kapamasıdır. Bu durumda özen maliyeti çok düşük, buna karşılık kaza riski çok yüksektir (LANDES/POSNER, *Intentional Torts*, s.14).

<sup>175</sup> Doktrinde altıncı olay için, kişinin otoban üzerindeki köprüden, otobanda giden araçlara taş fırlatması örneği verilmektedir. Söz konusu davranışın herhangi bir sosyal yararı olmadığı açıktır ve bu ÖM değerinin negatif olmasını açıklamaktadır. Buna karşılık olasılık değeri alelade bir kast durumundan farklıdır. Zira taşın bir arabaya isabet ederek bu ölçüde bir zarara neden olma olasılığı düşüktür (LANDES/POSNER, s.152).

<sup>176</sup> Bkz. yukarıda §2/I/B/2

fakat üçüncü olayda kişi az bir külfetle bu riski ortadan kaldırma imkânına sahip olduğundan ihmali ağırdır. Buna karşılık beşinci olay ihmalden ziyade kasta daha yakın durmaktadır. Zira üçüncü olaydan farklı olarak davranışın zarara neden olma riski çok yüksek, buna karşılık önleyici tedbir almak neredeyse külfetsizdir. Riskin yüksek olduğu hallerde kişinin zararlı sonucu öngördüğüne, yani kişinin bilgisi olduğuna dair bir karinenin varlığı kabul edilmelidir. Bu olgu özen maliyetinin düşüklüğü ile birleşince, ihtimali kastın varlığını kabul etmek daha uygundur. Tabiatıyla sadece olasılık değeri değil, zararın kapsamının büyük olduğu bazı hallerde de, kişinin zararı öngördüğü veya en azından öngörmesi gerektiği söylenebilir.

Görüldüğü gibi kusur ve kusurun derecesini belirleyen değişkenler değil, **OZ** ve **ÖM** değerleri arasındaki ilişkinin arz ettiği özelliklerdir<sup>177</sup>. Risk değerinin yüksek olduğu hallerde, özen yükümlülüğü artar ve **ÖM** değeri buna paralel artmıyorsa kişinin kusurlu sayılma olasılığı yükselir<sup>178</sup>. Dikkat edilirse bu prensip, Türk hukukundaki “*riskli faaliyetlerin daha fazla özen gerektirdiği*” şeklinde ifade edilen prensibin tamamen paralelidir<sup>179</sup>. Riskli faaliyet, olasılık ve/veya zararın yüksekliği nedeniyle beklenen zararın fazla olmasını ifade eder. Daha fazla özen ise, kişinin riski önlemek üzere daha fazla gayret göstermesi, yani ekonomik açıdan özen maliyetinin yüksek olması anlamına gelir<sup>180</sup>. Bu

---

<sup>177</sup> POSNER, s.183

<sup>178</sup> Üstelik bu durumda kişinin risk hakkında bilgi sahibi olduğu karinesi geçerli olacağından, tedbir maliyetinin bir unsuru olan bilgi maliyeti sıfır olur. Böylelikle ÖM değerinin yüksek olması ve dolayısıyla kişinin kusursuz sayılma olasılığı azalacaktır. Fakat yanlış anlamaya meydan vermemek için formülün işleyişini tekrar hatırlatalım. Ekonomik teori, kişinin marjinde riski etkin bir şekilde azaltan tedbirleri alması gerektiğini öngörür. Yani kişi 1 YTL’lik bir maliyetle, risk değerinde ya da beklenen kaza maliyetinde 2 YTL’lik bir azalma sağlıyorsa, bu tedbir etkindir ve alınmalıdır. Son tahlilde önemli olan tedbirlerin risk değeri açısından sağladığı son birim yararı olup, riskin total değerinin büyüklüğü değildir. Bu çerçevede risk değeri çok yüksek olmasına rağmen, bunu etkin bir şekilde azaltan tedbirler yoksa mesela 100000 YTL’lik bir zararın %10 gerçekleşme olasılığı bulunup da, 10000 YTL’lik bu riski ortadan kaldıran tedbir 10500 YTL ise, en azından niteliksel açıdan özen gösterilmesi arzu edilmez. Fakat yine de önleyici tedbirin riski ortadan kaldırdığını veya önemli ölçüde azalttığını varsayarsak ki bu gerçekçidir, bu takdirde yukarıdaki ilişki yerindedir. Yani risk değeri yüksekse bu özen maliyetinin artacağına, risk değeri düşük ise azalacağına işaret eder.

<sup>179</sup> Bkz. yukarıda §2/II/C

<sup>180</sup> Örneğin ilginç bir kararda, Yargıtay yolun bozuk olması durumunda şoförün aracı daha dikkatli ve daha az hızlı kullanması gerektiğini belirtmiştir (HGK. 15.9.1965 T., 165/D-4 E. 310 K.). Ekonomik açıdan yolun bozuk olması, kaza riskinin artması ve buna paralel olarak özen maliyetlerinin de artırılması gerektiğine

prensibin mefhumu muhalifinin de geçerli olduğu; yani az riskli davranışların da daha az özeni gerektirdiği kabul edilirse, prensip ile *Hand formülü* arasında tam bir paralelliğin olduğu söylenebilir. Bu paralelliği göz önünde tutarak, ihmalin ekonomik açıdan belirlenmesinin Türk pozitif hukuku ile ne ölçüde uyumlu olduğu hususunu incelemek kanımca yerinde olur.

## **b. Türk Hukukunda İhmal Hand Formülüne Göre Belirlenebilir mi?**

### **ba. Genel Olarak**

Hiç şüphe yok ki, ihmalin *OZ/ÖM* denkleminde göre belirlenmesi alışılmadık bir yaklaşımdır. Türk hukukunda herhangi bir yargı kararında veya bilimsel eserde bu türden bir formül kullanılmadığı gibi; “*beklenen zarar*”, “*özen maliyeti*” gibi kavramlara rastlanmaz. Fakat bu durum, Türk hukukunda özenli davranışın bu formüle göre belirlenemeyeceği anlamına gelmez. Düşüncemize göre formül, özenli davranış ve hatta kusur kavramına ilişkin *teorik-analitik* bir çerçeve sunmakta, ayrıca ihmalin belirlenmesinde yol gösterici bir *ölçüt* öngörmektedir. Nitekim bu durumu göz önünde tutarak, bu başlık altında pozitif hukuk açısından ihmalin formüle göre belirlenmesinin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır. Bu amaçla öncelikle genel prensipler değerlendirilecek, akabinde farklı gözüken hususların ekonomik açıdan izah edilmesine çalışılacaktır. Son olarak bazı Yargıtay kararları formül açısından yorumlanacak ve benzer bir değerlendirmenin bulunup bulunmadığı irdelenecektir.

---

işaret eder. Aracın daha dikkatli ve yavaş kullanılması da özenin niteliksel boyutuna ilişkin olup, özen maliyetinin artırılması gerektiğine işaret etmektedir. Yargıtay bir başka kararında (ki bu karar aşağıda incelenmiştir bkz. §2/II/C/3/b/bd Karar VI) “... *Davalının taşınmazından bir yeraltı telefon hattının geçtiğini mevcut belirtilere göre tahmin imkânı var ise hizmetin kamuya tesis edilmiş olması için önemi ve niteliği yönünden davalıdan daha fazla bir özen göstermesi beklenmelidir...*” şeklinde bir tespit bulunmuştur (Yarg. 4. HD. 20.11.1980 T., 10380 E., 13359 K). Bu tespit, olasılığın değil ve fakat gerçekleştiği takdirde zararın çok büyük olması nedeniyle risk değerinin yüksek olacağını ima etmektedir. Hizmetin kamuya tesis edilmesi, her olayda değil ve fakat sanırız ki bu olayda, davacının tahrip etmesi durumunda telefon hatlarının bozulmasına ve dolayısıyla da pek çok kişinin iletişim imkânından yoksun kalmasına neden olacaktır. Fakat pek tabii kamusal bir değere yapılan müdahale her durumda kendiliğinden muhtemel zararın büyük olacağı anlamına gelmemelidir.

İlk olarak, pozitif hukukun ihmal kavramının *Hand formülüne* göre yorumlanmasına engel teşkil etmediğini belirtelim. Borçlar Kanunu “*kusur*” veya “*ihmal*” kavramlarını tanımlamadığı gibi, “*gösterilmesi gereken özenin*” nasıl tespit edileceğini de belirtmemiştir. Dolayısıyla Kanun’un lafzı açısından, ekonomik yorum yapmak mümkündür<sup>181</sup>. İhmalin doktrinde ve içtihatlarda ifadesini bulan tanımı ve uygulaması açısından da ciddi bir yorum engeli yoktur. Zira netice itibarıyla ihmal, “*zararın önlenmesi hususunda durumun gerektirdiği özenin gösterilmemesi*” olarak tanımlanmakta, *Hand formülü* de gereken özenin nasıl belirleneceğini öngörmektedir<sup>182</sup>. Bu anlamda farklı bir tanım benimsenmemekte, sadece farklı bir (*normatif*) perspektiften “*ölçüt*” ortaya atılmaktadır. Gereken özenin nasıl belirleneceği hususunda doktrin ve yargı kararlarında açık ve net bir ölçüt ortaya konmadığına göre, “*engel*” bir kenara bu konuda Türk hukukunda “*boşluk*” bulunmaktadır. Dolayısıyla formül bu boşluğu doldurabilir<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Kanunun ruhu açısından yorum faaliyetinin daha karmaşık olduğunda şüphe yoktur. Hukukçu, kanunun ruhunu (*ya da özünü*) belirlerken, kanunun sistemi, hazırlık çalışmaları, amacı, yorumun yapıldığı zamanın şartları ve ihtiyaçları ve doktrindeki görüşler ile mahkeme içtihatları gibi çeşitli faktörleri dikkate alarak sonuca varabilir (bkz. bu konuda OĞUZMAN/BARLAS, s.52 vd.). Kanunun ruhunun bu türden bir yoruma engel oluşturup oluşturmadığını belirlemek açısından, söz konusu faktörleri değerlendirmek isabetli olabilir. Konumuz açısından kanunun sisteminin pek fazla önemi yoktur. Hazırlık çalışmaları açısından ise, en azından görüşümüzü destekleyecek tarzda bir yaklaşımın olması beklenemez. Buna karşılık kanunun amacı ve yorumun yapıldığı zamanın şartları ve ihtiyaçları kanımızca, benimsediğimiz yoruma cevaz vermekte ve hatta desteklemektedir. Yukarıda amaç bahsinde haksız fiil hukukunun amacına dair Türk hukukunda belirsizlik olduğunu, ileri sürülen amacın “amaç” vasfını taşımadığını belirtmiştik (bkz. İkinci Bölüm §3/I). Bu durumda, amaç açısından kusurun *Hand formülüne* göre belirlenmesi sorun değildir. Zaten alternatif olarak ileri sürdüğümüz amacın kabul edilmesi halinde, kusurun bu şekilde belirlenmesi zorunluluk halini almaktadır. Bunun yanı sıra günümüzün şart ve ihtiyaçları açısından bakıldığında, ihmalin *Hand formülüne* göre belirlenmesi daha uygundur. Zira mevcut yaklaşım, gereken özenin nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda herhangi bir ölçüt sağlamamaktadır.

<sup>182</sup> Formülü dikkate alarak farklı tanımlar yapmak olasıdır. Mesela somut olayın gerektirdiği özen, sağladığı fayda açısından maliyetine katlanmaya değer tedbirleri almayı ifade eder. Veya özenli davranış, risk değerinde sağladığı azalma açısından, maliyetinden daha fazla fayda sağlayan davranıştır. Diğer bir tanım, sosyal maliyeti asgariye indiren davranış biçimidir.

<sup>183</sup> ABD hukukunda, haksız fiil uyuşmazlığının esasına uygulanan federe devlet hukukunun (Illinois) açıkça benimsememesine rağmen, *Hand formülünün* somut olayın gerektirdiği özen ya da makul özen ölçütünün belirlenmesinde kullanılabileceği hakkında yargıç Posner tarafından yapılan bir yorum için bkz. Mc. Carthy v. Pheasant Run Inc., US. Court of Appeals, 7th Cir. 1987, 826 F 2d. 1554 (karar için bkz. BARNES/STOUT, s.39-41)

Şüphesiz bu noktada formülün kusur kavramına ilişkin Türk hukukundaki genel prensiplere aykırı olduğu ve dolayısıyla benimsenmesinin mümkün olmadığı iddia edilebilir. Fakat düşüncemize göre bu açıdan da ciddi bir tezat ya da uygunsuzluk yoktur. Ekonomik yaklaşım özenli davranış hususunda net bir ölçüt sunmakla birlikte, özenli davranış tamamen somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla ihmalin “*esnekliği*” korunmaktadır. Formül tahtında belirlendiği durumda da, ihmal son tahlilde bir “*irade zaafı*”dır. Buradaki zafiyet, kişinin dışsal maliyetleri (*zararları*) dikkate almayarak ya da gerektiği gibi muhasebe etmeyerek, etkin davranışı sergilememesidir<sup>184</sup>. Bu bağlamda ekonomik açıdan bakıldığında, kişinin kusurlu sayılması, *ayırtım gücü*ne sahip olmasını gerektirir. Keza hukuk uygulamasında olduğu gibi, özenli davranış ile risk arasındaki pozitif bir korelasyon vardır. Tehlike ve risk arttıkça (*risk değeri*), gösterilmesi gereken özen (*maliyeti*) de artar<sup>185</sup>. Formül çerçevesinde de, kişinin riski öngörmemiş olması ya da bilgisiz olması, kusurluluğu engellemez. Yine formüle göre belirlenen özenli davranış, kişinin her ne pahasına olursa olsun zararı önlemesini gerektirmez. Kişinin zararı önlemesi mümkün ve beklenebilir olmalıdır<sup>186</sup>. Bu hususta da herhalde, zarar verenden, kendisini olumsuz etkileyen riskler için sergileyeceği özenin sergilenmesini beklemek kadar makul bir ölçüt yoktur.

Görüldüğü üzere temel prensipler açısından, ekonomik ve hukuki yaklaşım arasında bir fark yoktur. Bu paralellikleri dikkate alıp, daha da ileri giderek, mevcut hukuk uygulamasında “*örtülü*” de olsa *Hand formülüne* benzer bir zihinsel muhasebenin yapıldığı dahi iddia edilebilir<sup>187</sup>. Yani mahkemelerin aynı terminolojiyi kullanmasa da, davranışın riskini ve bunu önleme imkânlarını araştırarak, risk ve bunu önleyen tedbirli davranışlar

---

<sup>184</sup> Zarar veren, dışsal maliyeti ve/veya gerçekleşme olasılığını öngörmemiş veya küçümsemiş olabilir. Şüphesiz bu durumda zarar veren gereğinden daha az özen gösterme eğiliminde olacaktır. Zarar veren risk değerini öngörmüş olabilir, fakat önleyici tedbir olmadığını düşünebilir ya da önleyici tedbirin risk üzerindeki etkisinin daha az olduğunu düşünebilir. Nihayet tüm parametreleri doğru değerlendirmesine rağmen, kararını uygularken hataya düşebilir.

<sup>185</sup> Krş. SCHAFFER/OTT, s.138; SHAVELL, s.20

<sup>186</sup> Bkz. 4. HD., 2.10.1984 T., E. 5417, K. 7216

<sup>187</sup> Krş. LANDES/POSNER, s.85,86, ayrıca ABD mahkemelerinin 19. yy. sonu ve 20. yy başında verdiği kararların ekonomik teori açısından gösterdiği özellikler ve özellikle zımnen bir fayda/maliyet denkleminin uygulanıp uygulanmadığı hakkında bkz. POSNER, *Negligence*, s.29-96

arasında bir denge kurmaya çabaladığı söylenebilir. Nitekim *riskli faaliyetlerin daha fazla özene ihtiyaç gösterdiği* şeklindeki genel prensip, bunu teyit eder mahiyettedir. Pek tabii ki bu iddia, mahkemelerin ekonomik amaçları benimsediği veya ekonomik açıdan isabetli kararlar verdiği anlamına gelmemelidir. Burada sadece meselenin özü açısından ciddi bir farkın olmadığı ve kusur analizinde önemli paralelliklerin olduğu vurgulanmaktadır. Özenli davranışın tartışma konusu yapıldığı bazı mahkeme kararları incelendiği takdirde, formül ile mevcut uygulama arasında bir benzerlik olup olmadığı daha iyi görülebilir. Fakat bunu incelemeyen önce, doktrinde özen ölçüsünün tespitinde ortaya atılan bazı ölçütleri ele alalım. Bunlardan ilki objektif teori, diğeri ise riski düzenleyen diğer kuralların kusur analizinde oynayabileceği role ilişkindir.

#### **bb. İhmalin Objektifleştirilmesi**

Yukarıda kural olarak *Hand formülünün* subjektif özelliğe sahip olduğunu, yani özenli davranışın belirlenmesinde zarar verenin özelliklerinin dikkate alınmasının daha uygun olduğunu belirtmiştik<sup>188</sup>. Türk hukukunda objektif teori benimsendiğine göre, ekonomik teori ile hukuk uygulaması arasında bir fark olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta, ihmal kavramının *Hand formülüne* göre yorumlanabileceğine ilişkin görüşümüz bir engelle karşılaşmaktadır. Bu meseleyi değerlendirmeden önce, özen ölçüsünün objektif teoriye göre belirlenmesinin ekonomik açıdan ne anlama geldiğini kısaca belirtelim.

#### **bba. Objektif Teorinin Ekonomik Sonuçları**

Özen ölçüsü, *ortalama makul bir insan* esas alınarak belirlenirse, *Hand formülü*, somut risk için önem taşıyan kişisel özellikler açısından ortalama insandan farklı vasıfları haiz kişilere etkin davranma yönünde saik sağlamayabilir<sup>189</sup>. İki ihtimal düşünebiliriz. İlk

---

<sup>188</sup> Bkz. yukarıda §2/II/B/3

<sup>189</sup> Objektif teorinin kabulü ile birlikte ihmalin değerlendirilmesinde referans noktası, zarar verenin zararı azaltmak için gerekli iradi çabayı harcadığı bir durumda ortaya çıkması muhtemel özenli davranış değil, zarar

olarak, kişinin (*marjinal*) özen maliyeti ortalamadan daha düşük olabilir<sup>190</sup>. Birinci tip sapma olarak adlandırabileceğimiz bu ihtimalde, zararı azaltmada daha üstün özelliklere sahip olduğu için, bu kişinin optimum özen seviyesi genellikle daha yüksek olmalıdır<sup>191</sup>. Oysa ortalama ölçüye göre belirlenen özen, kişinin optimum özen seviyesinden daha düşük olur<sup>192</sup>. Bu durumda objektif teoriyi esas alan uygulama, kişinin optimum değil ortalama özene uymasına neden olur. Bu da etkin olmayan davranış anlamına gelir. Örneğin 100 YTL'lik bir riski (1000×%10), ortalama bir insan tedbir olarak 110 YTL, buna karşılık özen maliyeti daha düşük olan bir kişi 80 YTL'ye ortadan kaldırılabiliyorsa, kişinin o tedbiri alması etkindir<sup>193</sup>. Fakat özen, ortalama ölçüde göre belirlendiği için, hukuk kişiye özenli davranma-tedbir alma yönünde saik sağlamaz. Zira kişi hukuk düzeninin kendisine özen gösterme ödevi yüklediğini öngörecektir ve tazminat riskine muhatap olmayacağı için riski dışsallaştıracaktır. Özen göstererek maliyete katlanması ise herhangi bir fayda sağlamayacağı için, davranışlarını değiştirmeyecektir<sup>194</sup>.

Buna karşılık kişinin özen maliyeti ortalamadan yüksek olursa<sup>195</sup>, mahkemenin belirlediği özenli davranış, kişinin ortalama ve makul bir kişiden daha fazla gayret göstermesini gerektirir. İkinci tip sapma hallerinde, ortalama özen ölçütünün kişinin davranışları üzerindeki etkisi daha karmaşıktır. Kısaca belirtmek gerekirse, kişinin özen maliyeti, ortalama bir kişinin maliyetinden önemli ölçüde farklı ise, ortalama ölçüye göre

---

veren ile sadece bazı özellikler açısından örtüşen hayali bir kişiliğin zararı azaltmak için göstereceği özenli davranıştır.

<sup>190</sup> Burada kişi, ortalama bir kişi ile kıyaslandığı zaman, riski daha etkin bir şekilde azaltabilme vasıflarına sahiptir. Bu ya kişinin özen maliyetinin görece düşük olmasından ya da özenli davranışının daha verimli olmasından kaynaklanır. Her iki durumda da sonuç aynıdır.

<sup>191</sup> LANDES/POSNER, s.124; MICELI, s.51

<sup>192</sup> MICELI, s.51; LANDES/POSNER, 124; SCHAFER/OTT, s. 145

<sup>193</sup> Burada ortalama ve makul seviyede kişiler için, hukuk düzeni herhangi bir şekilde özen gösterme ödevi yüklememektedir.

<sup>194</sup> Bu durum, teknik olarak mahkemenin kusurun belirlenmesinde hataya düşmesi ile eşdeğer sonuçlar doğurur. Bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1

<sup>195</sup> Burada kişinin risk açısından önem taşıyan özelliklerinin farklılığı iki tür etki yapabilir. Ya marjinal özen maliyeti daha yüksek olabilir ya da kişinin özeni görece verimsiz olabilir. Verimsiz özen ile kastedilen, kişinin özeninin risk değeri üzerindeki etkisinin normalden az olmasıdır. Her iki ihtimalde de değerlendirilmelerin fark etmeyeceğini belirtelim.

belirlenen özen, kişinin davranışları üzerinde etkili olmaz<sup>196</sup>. Mesela 100 YTL'lik bir riski ortalama bir kişi 50 YTL özen maliyetine katlanarak önleyebilirken, dezavantajlı olan kişi 110 YTL'lik bir maliyetle önleyebiliyorsa, tazminat riski kişinin davranışlarını değiştirmez. Fakat kişinin özen maliyeti ile ortalama kişinin maliyetleri arasında önemli bir farklılık yoksa kişi sosyal açıdan istenmese bile özenli davranış modeline uyacaktır<sup>197</sup>. Zira bu şekilde davranması, tazminat riskini ortadan kaldırarak beklenen maliyeti azaltmaktadır<sup>198</sup>.

Görüldüğü üzere objektif teorinin benimsenmesi, ortalama makul insandan farklı vasıflara sahip iki grup insan arasında ilginç bir ayırım yaratmaktadır. Özen maliyeti daha yüksek olan, görece az beceriye, bilgiye, reflekslere, zekâya ve hatta fiziksel özelliklere sahip bireylerin hukuk karşısındaki durumu (II. Tip sapma), diğer gruba göre dezavantajlı kılınmakta, hatta en dezavantajlı diyebileceğimiz bir grup için “*kusursuz sorumluluk*” yaratılmaktadır<sup>199</sup>. Öte yandan risk üzerinde etkili beceri, bilgi, zekâ gibi özellikler açısından avantajlı konumda olanlar ise, kendilerinden beklenenden daha az bir gayret göstererek hukukun aradığı standarda uyabilmektedir (I. Tip sapma). Bu açıklama kusur

---

<sup>196</sup> MICELI, s.51,52; LANDES/POSNER, s.124,125; krş. POSNER, s.183

<sup>197</sup> LANDES/POSNER, s. 124; MICELI, s.51

<sup>198</sup> Dikkat edilirse burada kişinin gösterdiği ek özen ya da çaba, risk değerinde neden olduğu azalma açısından kişinin özen göstermesini haklı kılmaz. Davranışın maliyeti risk değerinde daha az bir azalmaya neden olur. Buna karşılık standarda uyulması, tazminat riskini tamamen bertaraf edecektir. Mesela ortalama ölçüde göre belirlenen özenli davranışın gerektirdiği tedbirin alınması, kişinin 5 YTL (yaşlı olduğundan dolayı), buna karşılık ortalama bir kişinin 3 YTL maliyete katlanmasına neden olsun (*benzer örnek aynı maliyet ölçüğünün risk değerinde yarattığı azalmadaki farklılık esas alınarak tasarlanabilir*). Farz edelim ki bu tedbirin alınması, 14 YTL'lik beklenen zarar maliyeti, 10 YTL'ye düşürerek risk değerinde 4 YTL'lik bir azalma yaratsın. Bu olasılıkta açıktır ki ortalama kişinin bu tedbiri alması etkin, oysa somut zarara neden olan kişinin alması etkin değildir. Bu durumda ilgili kişi tedbir alması durumunda katlanması gereken maliyet ile tedbir almadığı durumda katlanacağı maliyetleri karşılaştırarak karar verecektir. Yani 5 YTL tedbir alması durumunda hiç sorumlu olmayacağı için bu davranışının maliyeti 5 YTL, diğer durumda ise 14 YTL'dir. Açıktır ki bu durumda kişi etkin olmamasına rağmen söz konusu tedbiri alacaktır (krş. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1/b). Buna karşılık rakamları değiştirelim ve kişinin 5 değil 15 YTL maliyete katlanması gerektiğini düşünelim. Burada kişi 15 YTL'lik bir maliyete katlanmak ile 14 YTL'lik bir risk arasında seçim yapacak ve hiç şüphe yok kendi faydasını maksimize eden ve aynı zamanda sosyal açıdan arzu edilen seçimi yapacaktır. Ama buna rağmen kusurlu sayılacaktır. Görüldüğü gibi bu durum, risk değerinin, kişi için özen maliyetinden az olduğu bir durumda karşımıza çıkmaktadır (*metinde verilen örnekte olduğu gibi*). Bu gibi hallerde bireysel ve sosyal açıdan etkin davranması, kusurlu sayılmasını engellemekte, nitekim bu durum neden bu gibi hallerin bazı hallerde kusursuz sorumluluk olarak adlandırıldığını açıklamaktadır (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1/a).

<sup>199</sup> EREN, s.538; FRIEDMAN, s.205; POSNER, 196; SCHAFFER/OTT, s.145; LANDES/POSNER, s.73, FAURE, s.362



kavramının ahlaki temellerini sarstığı gibi, kişiler arasında bu türden bir ayırım yapılmasının adalet ilkesi açısından izah edilmesi güç görünmektedir.

### ***bbb. Objektif Teorinin Ekonomik Açından İzah Edilmesi***

Şimdi cevaplanması gereken soru, ekonomik teori ile hukuk uygulamasındaki bu başkalığın nasıl izah edileceğidir<sup>200</sup>. Hukuk ve ekonomi öğretisi, objektif teorinin tatbik edilmesini iki gerekçe ile açıklar. Her somut olayda kişinin risk üzerinde etkili olabilecek bireysel vasıflarının dikkate alınması, mahkemeleri ağır bir bilgi yükü altına sokar. Daha da ötesi, taraflar ispatlanması güç, spekülâtif iddialar ileri sürecek ve bunları ispatlamak için başkaca maliyetlere katlanacaktır. Doğal olarak bu, haksız fiil yargılamasının idari maliyetini ciddi oranda arttıracaktır. İdari maliyetler sosyal maliyetin bir unsuru olduğuna göre, bu maliyetlerin önemli ölçüde artacağı hallerde, sübjektif özelliklerin göz ardı edilmesi olağandır. Dolayısıyla özen ölçüsünün objektifleştirilmesi, “*idari (üçüncül) maliyetler*” bağlamında meşru kılınabilir<sup>201</sup>. Nitekim hukuk doktrininde ileri sürülen, “*sübjektif vasıfların belirlenmesinin güçlüğü*” şeklindeki gerekçe de, aslında ekonomik açıdan idari maliyetlerin artmasından farklı bir şey değildir.

Diğer gerekçe de hukuk uygulamasına paraleldir. Hatırlanırsa objektif teorinin benimsenmesinin diğer nedeni, “*güvenlik*” düşüncesiydi. Buna göre toplum güvenliği, bazı (*riskli*) faaliyetler açısından herkesin asgari bazı vasıflara sahip olmasını gerektirmekte, özen ölçüsünün ortalama ve makul kişiye göre belirlenmesi ise bunu temin etmekteydi. Ortalama ölçü, bazı vasıfları açısından olumsuz durumdakilerin söz konusu faaliyeti yapmasını önlemekteydi. Hemen belirtelim ki ekonomik açıdan bakıldığı zaman bu mülâhaza, sadece sahip olduğu vasıflar açısından dezavantajlı durumda olan ve bu nedenle

---

<sup>200</sup> Mevcut hukuk doktrinin bunu iki gerekçeyle açıkladığını ve fakat bu gerekçelerin adalet ya da denkleştirici adalet amacıyla bağdaştırılmasının mümkün gözükmediğini daha önceden belirttik (bkz. §2/II/C ayrıca §2/II/C/3/b/bb).

<sup>201</sup> MICELI, s.51; FAURE, s.362; SCHWARTZ, Legal Standards, s.560; SHAVELL, s.74

de faaliyetin yüksek risk taşıdığı haller için geçerlidir<sup>202</sup>. Bu kişilerin bazı faaliyetleri yapmaları, *mesela kör bir kişinin havai fişek atması ya da bir küçüğün araba kullanması*, toplum için önemli bir risk oluşturur. Dezavantajlı kişi, ne kadar özen gösterirse gösterebilir, havai fişek atmanın veya araba kullanmanın risklerini önemli ölçüde azaltamaz. Burada bir anlamda o kişiler bakımından tehlikeli bir faaliyet vardır.

İşte bu gibi hallerde, yüksek risklilik nedeniyle kişinin faaliyet seviyesinin kontrol edilmesi arzu edilir<sup>203</sup>. Bunu sağlamanın bir yolu ise<sup>204</sup>, özenin ortalama insana göre belirlenmesidir. Vasıfları açısından dezavantajlı durumda olan kişi her türlü ihtimamı gösterse dahi kusurlu sayılacağı için, ortalama ölçüt, kişiyi faaliyet seviyesini değiştirmeye sevk eder. Dolayısıyla fiilen, kusur sorumluluğu ile özenin diğer boyutu olan faaliyet seviyesi kontrol edilmektedir<sup>205</sup>. Dikkat edilirse burada kişinin sübjektif vasıfları önemli bir maliyete katlanmadan belirlenebilir. Buna rağmen, sübjektif vasıflar dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle *faaliyet seviyesinin kontrol edilmesi*, diğer gerekçeden bağımsız bir mülahazadır.

Görüldüğü üzere, objektif teori, ekonomik teori tarafından, hukuk uygulamasına paralel şekilde izah edilebilmektedir<sup>206</sup>. Bundan dolayı özen ölçüsünün objektif olması, *Hand formülünün* benimsenmesine engel değildir. Bilakis, ekonomik analiz, objektif

---

<sup>202</sup> Dikkat edilirse burada faaliyet mahiyeti icabı değil, faaliyeti yapan kişinin vasıfları nedeniyle tehlikeli hale gelmekte yani risk derecesi artmaktadır.

<sup>203</sup> Burada artık tehlikeli bir faaliyet karşımıza çıkar. Benzer durum, alkol veya benzeri nedenden dolayı ayırım gücünü geçici olarak kaybedenler açısından da geçerlidir. Bu durumdaki kişinin davranışları, artık yüksek risk ihtiva eder ve genellikle bu riskin önleyici tedbir ile azaltılması pek mümkün olmaz. Kişinin faaliyet seviyesinin kontrol edilmesi, yani ayırım gücünün kaybedilmesine yol açan seçimlerin doğru yapılmasına teşvik edilmesi ekonomik açıdan daha isabetlidir. Nitekim BK.m.54/2 bu amaca hizmet eden bir düzenleme yapmış ve rızası ile ayırım gücünü geçici olan kaybeden kimsenin kusursuz sorumlu olacağını belirtmiştir. Bu düzenleme ekonomik açıdan son derece isabetlidir (krş. tehlikeli faaliyetler için Dördüncü Bölüm §2/III/C/2 ve ayrıca faaliyet seviyesi için Dördüncü Bölüm §2/III/B).

<sup>204</sup> Herhalde diğer yolu, hâkimin her somut olayda kişinin vasıflarını ve davranışlarının riskliliğini değerlendirmesi ve eğer davranışın yüksek risk ihtiva ettiğini düşünüyorsa (*tehlikeli faaliyet*), kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğine karar vermesidir. Fakat bu şekilde kusursuz sorumluluk normu ihdas edilmesinin genel olarak kabul görmediğini belirttik (OĞUZMAN/ÖZ, s.488).

<sup>205</sup> FAURE, s.362; SHAVELL, s.75; SCHWARTZ, Legal Standards, s. 560; krş. SCHAFFER/OTT, s.139,140

<sup>206</sup> SHAVELL, s.76

teorinin uygulanma şartlarına dair yol gösterici bazı ölçütler de ortaya koymaktadır. Şöyle ki, hukukumuzda objektif teori katı bir şekilde uygulanmamakta, ayırtım gücü haricinde, zarar verenin yaşı, mesleği, cinsiyeti gibi bazı sübjektif vasıflar dikkate alınmaktadır. Buna karşılık hangi sübjektif vasıfların, ne zaman dikkate alınması gerektiği hususunda net bir ölçüt yoktur. İşte ekonomik teori bu noktada iki ayrı ölçüt ortaya atmaktadır.

Genel olarak kişiler arası farklılıkları dikkate almanın yol açacağı idari maliyetlere katlanmanın isabeti, birincil maliyetlerde sağladığı azalmaya göre belirlenir. Bu bağlamda, sübjektif özelliklerin maliyetsiz bir şekilde belirlenebildiği hallerde dikkate alınması, aksi hallerde ortalama ve makul bir kişinin esas alınması ekonomik açıdan daha anlamlı olmaktadır<sup>207</sup>. Örneğin fiziksel özellikler, mesleki durum ve yaş gibi kolaylıkla gözlemlenebilir sübjektif özellikler, bu maliyeti arttırmayacağı için dikkate alınmalıdır. Buna karşılık refleks, zekâ, maharet, dalgınlık gibi özellikler, tespit (ve doğrulama) zorluğu nedeniyle idari maliyetleri daha fazla artırır. Dolayısıyla tarafların bu tür vasıflara ilişkin iddialarının dikkate alınmaması gerekir<sup>208</sup>. Nitekim doktrinde verilen örnekler dikkate alındığı zaman, hukuk uygulamasının buna paralel olduğu görülmektedir. Öte yandan diğer ölçüt, riskli faaliyetin seviyesine ilişkindir. Faaliyetin seviyesinin azaltılarak riskin ortadan kaldırılması ne ölçüde kolaysa, hukuk düzeninin özen ölçüsünü objektif olarak tespit etmesi o derece mantıklıdır. Faaliyet seviyesi değişikliklerinin risk üzerinde önemli etkisi olmalıdır. Bu ise özellikle faaliyetin, bunu yapan kişiye önemli bir fayda sağlamadığı, buna karşılık riskin önemli ölçüde yüksek olduğu hallerde söz konusu olur<sup>209</sup>.

Özetle özen ölçüsünün objektifleştirilmesi, ekonomik teori açısından isabetlidir. Bu, idari maliyetlerden tasarruf sağladığı gibi, kişinin sübjektif özellikleri nedeniyle yüksek riski olan (*tehlikeli*) davranışların kontrol edilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca

---

<sup>207</sup> POSNER, s.183,184; SHAVELL, s.75; LANDES/POSNER, s.126

<sup>208</sup> Esasen bu açıklamalar çerçevesinde bir başka normatif çıkarım yapılabilir. Eğer somut olaydaki risk üzerinde kişilerin sübjektif özellikleri önemli rol oynuyor ve buna rağmen bunları haricen gözlemlemek ve özen standardı içerisine dâhil etmek mümkün olmuyorsa, kusur değil, kusursuz sorumluluğun uygulanması isabetlidir (FRIEDMAN, s.205).

<sup>209</sup> LANDES/POSNER, s.126

ekonomik teori, hangi hallerde objektif teoriden ayrılmanın uygun olduğu hususunda da ölçüt sağlamak ve pratik yarar sağlamaktadır. Bu açıklamaların bir önemi de, *idari maliyet* mülâhazasının hukuk politikasında oynadığı role dikkati çekmesidir. İdari maliyetler maddi hukukun şekillenmesinde doğrudan rol oynamaktadır<sup>210</sup>.

### **bc. İhmalin Belirlenmesinde Rol Oynayan Kurallar**

Kusurun (*ihmalin*) belirlenmesinde önem taşıyan bir başka faktör, söz konusu riski (*riskli davranışları*) düzenleyen kurallardır. Bu kurallar, çok çeşitli olabilir. İdari bir makam tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlem (*regülasyon*), bir meslek örgütünün üyeleri için yayınladığı davranış kuralları, uygulama ile kendiliğinden oluşmuş adet ve uygulamalar bu kapsamda mütalaa edilebilir. Bu kuralların kusur sorumluluğu açısından temel işlevi, zarar verenin ihmal içerisinde davranıp davranmadığının tespit edilmesinde referans olmasıdır. Zira kurallar, davranışın riskleri ve özellikle önleyici tedbir alternatifleri konusunda önemli bilgi kaynaklarıdır. Bu ise, şüphe yok ki tarafların ve mahkemenin bilgi maliyetinden tasarruf etmelerine imkân verir. Fakat bu durum her kuralın aynı derecede dikkate alınması gerektiği anlamına gelmez. Bu nedenle kuralların ekonomik açıdan gösterdiği özelliklerin incelenmesi isabetli olur.

Tabiatıyla tüm bu kuralları sistematik olarak tasnif ederek, ihmalin belirlenmesinde oynayabileceği rolleri incelemek çalışmanın kapsamını aşar. Burada genel fikir vermesi açısından iki tür kuralı ele almak istiyoruz. Bunlardan ilki riskli davranışları düzenleyen kanun, tüzük, yönetmelik, vb. hukuk kuralları (*regülasyon*) ve diğeri de sosyal yaşamda ve piyasada genel kabul gören sosyal normlar ve ticari teamüllerdir. Seçimimizi bu yönde yapmamızın bir nedeni, bunların ortaya çıkışında alternatif iki kurumun etkin olmasıdır. Hukuk kuralları siyasi süreç, diğeri ise rızaya dayanan etkileşim ve piyasa dinamikleri sonucunda oluşur. Bu farklılık ise incelemeyi ilgi çekici kılmaktadır.

---

<sup>210</sup> POSNER, s.184

### ***bca. Güvenlik Regülasyonları ve İhmal***

İkinci bölümde, yasa koyucunun dışsallığı düzenlerken çeşitli hukuki araçlara sahip olduğunu ve haksız fiil hukukunun bunlardan sadece biri olduğunu belirtmiştik. Bunun dışında kullanılan önemli bir hukuki araç, “regülasyon”dur<sup>211</sup>. Bu başlık ile ilgili açıklamalar açısından “regülasyon” (ya da güvenlik regülasyonu), kişilerin şahıs ve malvarlığını koruma amacıyla öngörülen ve sosyal açıdan arzu edilen davranışların doğrudan kuralda tasvir edildiği hukuk kuralları olarak tanımlanabilir. Düzenlenmek istenen risk her ne ise, kural koyucu bu riski azaltan özenli davranışları kuralda tarif etmekte ve öngördüğü yaptırım vasıtasıyla kişileri bu davranışı sergilemeye sevk etmektedir<sup>212</sup>. Mesela yangın riski açısından, yangın söndürücü bulundurma, yangın çıkışı gösterme gibi yükümlülükler, regülasyonun tipik örnekleridir<sup>213</sup>.

Bu tanım çerçevesinde regülasyonun bilgi maliyetine ilişkin iki özelliğine vurgu yapalım. Kural koyucunun bu tür düzenleme yapabilmesi için, sadece risk değil, riski etkin şekilde azaltan özenli davranışlar hakkında da bilgi sahibi olması gerekir. Bu ise kural koymanın yüksek bilgi maliyetine işaret eder<sup>214</sup>. Dolayısıyla bu kuralların, ancak toplumun risklere aşına olmasından ve tecrübe kazanmasından sonra konulması beklenir. Diğer özellik ise, bu kuralların çoğu kez özenin niteliksel boyutuna, yani önleyici tedbirlere ilişkin düzenlemeler öngörmesidir. Kusur bahsinde açıklanan nedenlerden dolayı, faaliyet

---

<sup>211</sup> Bkz. İkinci Bölüm §1/II/B/2, ayrıca Dördüncü Bölüm §1/IV

<sup>212</sup> Tabiatıyla kural koyucunun her zaman tasvir ettiğimiz şekilde davrandığı düşünülmemelidir. Bilgi eksikliği, baskı gruplarının etkileri (*regulatory capture*) veya teknolojik gelişmeler gibi etkenler, regülasyonun sosyal açıdan arzu edilmeyen davranış modelleri içermesine neden olabilir.

<sup>213</sup> Günlük hayattaki risklerin yönetmelik, tüzük, tebliğ gibi regülasyonlar ile düzenlenmesi son derece yaygındır ve bu konuda çok sayıda örnek verilebilir. Mesela “Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik”, RG. T. 26.7.2002 sy. 24822; “Gemilerde Yolcuların Sıhhi Emniyeti Hakkında Nizamname”, RG. T. 28.1.1943, sy. 5316; “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü”, RG. T. 11.1.1974, sy.14765; “Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi Ve Benzerlerinin Üretimi, İthalı, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Tüzük”, RG. T.29.9.1987, sy.19589; “Tehlikeli Eşyanın Ticaret Gemileri ile Taşınması Hakkında Tüzük”, RG. T. 8.10.1952, sy.8227.

<sup>214</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/1/a ve §1/IV

seviyesinin bu kurallar ile kontrol edilmesi güçtür. Fakat nadir de olsa niceliksel özeni düzenleyen regülâsyonlara da rastlamak mümkündür<sup>215</sup>.

İhmal, kişinin somut olayın gerektirdiği özeni göstermemesi olarak tanımlanınca, regülâsyon ile ihmal arasında sıkı bir bağ olduğunda tereddüt yoktur<sup>216</sup>. Yukarıda tanımladığımız şekliyle regülâsyon, bir tür özenli davranış kodifikasyonudur<sup>217</sup>. Eğer kişinin yol açtığı zarar, herhangi bir regülâsyonun konusunu oluşturuyorsa, hâkimin bir bilgi kaynağı olarak bundan yararlanması son derece tabiidir. Bu, bilgi maliyetini azalttığı gibi, regülâsyonda öngörülen önleyici tedbirler, somut olayda gösterilmesi gereken özenin ölçüsü olabilir. Hatta prensip olarak kişinin kuralda öngörülen davranış modeline uygun davranmamış olması, özensiz ve kusurlu olduğuna işaret eder<sup>218</sup>.

Peki, hukuk doktrinde bu kuralların bağlayıcı olmadığı yönündeki görüş ekonomik açıdan nasıl izah edilecektir? Uygulamada sorun, daha ziyade davalının regülâsyonda öngörülen tedbirleri almasına rağmen, mahkeme tarafından bunun yetersiz görülmesi nedeniyle ortaya çıkabilir<sup>219</sup>. Esasen yukarıdaki açıklama bu soruyu

---

<sup>215</sup> Mesela “Maden ve Taş Ocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzüğü” 346. maddesinde maden ocaklarında sigara paketi, çakmak, kibrit gibi sigara yakmaya yarayan eşyaların bulundurulması kesinlikle yasaklanmıştır. Bu belirtilen yerlerde sigara içmenin yasaklanması, özenin niceliksel boyutuna ilişkin olup, faaliyetin hiç yapılmamasını amaçlar. Bir faaliyetin yasaklanması ise, ceza hukukunda olduğu gibi, ancak net sosyal maliyete neden olduğunun sabit olması halinde anlamlı olabilir. Burada her ne kadar kişi sigara içmekten fayda sağlıyorsa da, başkalarına vereceği rahatsızlık ve daha da önemlisi *ex ante* açıdan taşıdığı yüksek yangın riski düşünülürse, refah kaybına yol açacağı kesindir. Bu nedenle regülâsyonun ilgili maddesi ekonomik açıdan isabetlidir. Niceliksel özenin düzenlendiği başka regülâsyonlar için bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/4

<sup>216</sup> Haksız fiil hukuku ile regülâsyon arasındaki ilişki hakkında bkz. SHAVELL Steven, “Liability for Harm v. Regulation of Safety”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No:2, (1984), s.357-374; INNES Robert, “Enforcement Costs, Optimal Sanctions and the Choice Between ex-post Liability and ex ante Regulation”, *International Review of Law and Economics*, Vol.24, (2004), s.29-48; SCHMITZ W. Patrick, “On the Joint Use of Liability and Safety Regulation”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 20 (2000), s.371-381; KOLSTAD D. Charles/ULEN S. Thomas/JOHNSON V. Gary, “Ex Post Liability for Harm v. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements”, *American Economic Review*, Vol.80 (1990), s.888-901

<sup>217</sup> TANDOĞAN, s.54

<sup>218</sup> Yani aslında bir tür karineden bahsedilebilir.

<sup>219</sup> Diğer ihtimal yani davalı veya davacının regülâsyonda öngörülen tedbirleri almamış olması, kişinin kusurlu olduğuna karine teşkil ederse de, aksi haller tasavvur edilebilir. Kişinin davranışının neden olduğu risk, ortalama risk değerinden daha düşük olur veya özen maliyeti ortalama bir kişiden daha fazla olursa, regülâsyondaki standart kişi için fazla katı olur (krş. SHAVELL, *Liability v. Regulation*, s.365,366).

yanıtlamaktadır. Her şeyden önce bu kuralların objektif ve genel olması, kişiler arası farkların ve somut olaydaki özelliklerin dikkate alınmadığı anlamına gelir. Yasa koyucu sahip olduğu sınırlı bilgi çerçevesinde, ancak ortalama bir fayda/maliyet analizi yaparak standartlar belirleyebilir. Bu açıdan kural olarak bunların muhafazakâr standartlar olması, yani etkin olduğuna emin olunan davranış modelleri olması beklenir<sup>220</sup>. Oysa yukarıdaki değerlendirmenin de işaret ettiği üzere, “*etkin özen*” ya da “*etkin davranış*” somut olayın ve bilhassa kişinin subjektif özelliklerinin dikkate alınmasını şart kılar. Düzenlemenin genelliği, subjektif özelliklerin dikkate alınmamasına, bu ise belirlenen özenli davranış modelinin, somut olayda etkin olmamasına yol açabilir. Bunun yanı sıra, düzenlemenin yapılmasından sonra risk üzerinde etkili olan şartlar veya önleyici tedbire ilişkin teknoloji değişebilir. Bu durum, ekonomik açıdan etkin özenin değişmesine neden olur. Ayrıca kural koyucunun bilgisinin hiçbir zaman mükemmel olmaması, etkin standartlardan sapılmasının diğer bir nedenidir. Son olarak ise, kural koyan makamın, düzenlediği (*regüle ettiği*) piyasaların ya da çeşitli politik baskı gruplarının etkisinde kalması ve sosyal açıdan değil, belirli menfaat gruplarının çıkarlarına hizmet eden standartlar belirlemesidir (*regulatory capture*)<sup>221</sup>.

Özetle, somut riskin gerektirdiği özenli davranışın hukuk kuralında ifadesini bulan davranış modelinden farklı olması muhtemeldir. İşte bu nedenle, bu tür kuralların bağlayıcı olmaması, mahkemelerin somut olayın gerektirdiği etkin özeni belirleyebilmesi açısından

---

<sup>220</sup> Doktrinde haksız fiil hukuku ile birlikte uygulandığı zaman, regülasyonda öngörülen davranış standartlarının, salt regülasyonun uygulandığı bir kurguda benimsenmesi olası standartlardan daha aşağı seviyede (*suboptimal*) olması gerektiği ileri sürülmektedir (KOLSTAD/ULEN/JOHNSON, s.889). Bu durum kısaca şu şekilde açıklanabilir. Yukarıda açıklandığı üzere davranışın neden olacağı riskin ve bunu azaltan özen maliyetleri her olayda değişkenlik gösterir. Regülasyon *ortalama* risk ve özen maliyetini esas alan bir davranış standardı öngördüğü bir durumda, özen maliyeti (ya da beklenen maliyet) açısından daha avantajlı olanlar (*mesela daha az maliyetli bir tedbir ile zararı önleyebilecek konumdakiler*) gereğinden fazla özen gösterecek, buna karşılık daha aksi konumdakiler optimum olandan daha az özen göstereceklerdir. İşte regülasyon ve haksız fiil hukukunun bir arada uygulandığı bir kurguda, regülasyonun minimum (*ilk gruptakiler için*) standartlar öngörmesi yeterli olacaktır. Bu durumda haksız fiil hukuku tazminatı, ikinci gruptakileri daha fazla özen göstermeye teşvik edecek, öte yandan bu yapı kimsenin gereğinden fazla tedbir almasını gerektirmeyecektir. Üstelik regülasyon, gösterilmesi gereken özen konusunda referans noktası teşkil edecek ve bilgi maliyetini azaltacaktır.

<sup>221</sup> Bkz. bu konuda genel olarak VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, s.327 vd.

şarttır<sup>222</sup>. Eğer regülasyonda öngörülen hareket tarzına uygun davranış kişileri sorumluluktan kurtarırsa, hiç kimse regülasyonda öngörülenden daha fazla özen göstermez. Oysa amaç kişileri etkin/özenli davranmaya sevk etmek ise, somut olaydaki değişkenlerin esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Nitekim bu değerlendirme tarzı, haksız fiil hukukunun uygulandığı hukuki kurumsal yapının, regülasyon karşısındaki önemli bir avantajını oluşturur<sup>223</sup>. Son olarak önemle belirtilmelidir ki, mahkeme, davalının regülasyonda öngörülen tedbiri aldığını tespit etmesine rağmen kusurlu olduğu düşüncesindeyse, bunun nedenlerini kararında açıkça belirtmelidir. Aksi durum, kişilerin tüzük ve yönetmeliklerde öngörülen davranış modellerine uyma yönündeki saiklerini zayıflatır.

### ***bc. Sosyal Normlar ve Ticari Teamüller***

Kişinin kusurlu olup olmadığı hususunda dikkate alınabilecek bir diğer kural türü, sosyal norm ve ticari teamüllerdir. Bu kurallar çok çeşitli olabilir. Mesleki faaliyetlerin neden olabileceği riskleri azaltmak için meslek mensuplarının benimsediği normlar veya piyasadaki üreticilerin benimsediği ve ürün risklerini azaltan endüstri uygulamaları, ilk akla gelen türlerdir. Bunların belirleyici vasfı, toplumdaki sosyal ve/veya ticari etkileşimin sonucunda ortaya çıkması ve kurallara uyulmaması halinde (*doğrudan*) herhangi bir hukuki yaptırımın uygulanmamasıdır. Mahkemelerin somut olayın gerektirdiği özeni tespit ederken, toplumda hâlihazırda uygulanan bu kurallardan yararlanması doğal gözükmektedir. Zira bu kurallar toplum tarafından genel olarak benimsendiğine göre, davranışın özenli olup olmadığına dair referans noktası olabilir<sup>224</sup>. Örneğin bir doktorun tedavi esnasında özenli davranıp davranmadığı, doktorlar arasında genel kabul gören mesleki güvenlik kurallarına (*mesleki kusur*)<sup>225</sup> bakılarak değerlendirilebilir<sup>226</sup>. Böylece

---

<sup>222</sup> SHAVELL, *Liability v. Reguation*, s.365; krş. FAURE, s.362,363

<sup>223</sup> Krş. FRIEDMAN, s.75,76

<sup>224</sup> Basit bir mantıkla piyasadaki sağlayıcı ve üreticilerin güvenlik tedbiri almış olmaları, bunun faydasının, maliyetinden daha fazla olduğuna işaret eder.

<sup>225</sup> Kavram hakkında bkz. ÖZDEMİR, s.163 vd.



mahkeme her olayda alternatif tedbirlerin maliyet ve faydaları hakkında araştırma yapmak zorunda da kalmaz. Bu durumda *Hand formülünün* gerektirdiği yüksek bilgi maliyetinden de tasarruf sağlanmış olur<sup>227</sup>.

Bu kurallar, riski etkin bir şekilde azaltan davranış modellerini öngörüyorsa<sup>228</sup>, ekonomik açıdan mahkemelerin bu kurallardan yararlanmasının isabeti konusunda şüphe yoktur. Fakat bu konuda tereddüt etmek için haklı nedenler vardır. Ekonomik açıdan ilk akla takılan soru, kişinin başkalarına risk oluşturan davranışı için neden zahmet edip (*maliyete katlanıp*) de tedbir alacağıdır<sup>229</sup>. Zira temel teori, kendi faydasını maksimize eden kişinin kural olarak bu riskleri dışsallaştıracağını ve davranış değişikliğine gitmeyeceğini öngörmektedir. Nitekim hukukun varlık nedeni piyasa aksaklığı olan bu durumun düzeltilmesidir<sup>230</sup>. Eğer kişi kendiliğinden riski azaltıyorsa, hukuki yaptırıma ne gerek vardır? Bu soruya çok farklı yanıtlar verilebilir. Örneğin kişilerin gerçek hayatta ekonomik teorisinin öngördüğü gibi davranmadığı ve/veya hukuk dışı normların kişilerin davranış ve tercihlerinde önemli etkisi olduğu iddia edilebilir<sup>231</sup>. Bu iddiaların isabetli olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, klasik teoriyi temel alarak bazı yanıtlar verebiliriz.

---

<sup>226</sup> Bkz. mesela 4. HD. 19.6.1967 T., 2867 E., 5612 K.; (“...genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulamasına aykırı bir surette uygulama veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerden tecahül göstermesi halinde mesleki kusurda bulunmuş olacağından zarardan sorumlu olur.”), benzer yönde Yarg. 4. HD. 7.3.1977 T. 6297 E., 2541 K. (Bkz. KARAHASAN, s.449 vd.)

<sup>227</sup> Üstelik bu sadece mahkemenin değil, tarafların ispat külfetini de hafifletir.

<sup>228</sup> Yani söz konusu standart, sosyal maliyeti ve yararı marjinde dengeleyen davranış modeli olarak tanımlanabilir.

<sup>229</sup> Şüphesiz burada hukuki yaptırımların mükemmel bir şekilde işlemediğini varsayıyoruz.

<sup>230</sup> Eğer toplumsal etkileşim, risklerin kontrol edilmesinde etkin standartların ortaya çıkıp tatbik edilmesini sağlıyorsa, hukukun müdahalesine de pek ihtiyaç kalmayacaktır.

<sup>231</sup> İlk iddia, ekonomik teorisinin dayandığı rasyonel seçim teorisinin isabetli olmadığı anlamına gelir. Bu teoriye dair eleştirileri daha önceden ilettiğimiz için bunun üzerinde durmuyoruz. Diğer iddia ise, sosyal normların tercihler ve davranışlar üzerindeki etkisine ilişkindir ve bu iddianın ekonomik teoriye sadık kalınarak incelenmesi mümkündür. Fakat tezimizde kural olarak sosyal normların dışsallıkların düzenlenmesinde oynadığı rolü incelemedik. Dolayısıyla bu iki iddianın geçerliliğini tartışmıyoruz.

İlk yanıt, başkaları için riske yol açan davranışların aynı zamanda kişinin kendisi için risk oluşturması ve kişinin bu nedenle özenli davranmasıdır<sup>232</sup>. Ekonomik teori açısından bu hallerde kişinin önleyici tedbir alacağı söylenebilirse de, bu tedbirin optimum seviyenin altında olması pek muhtemeldir. Zira son tahlilde kısmen de olsa kişi riski dışsallaştırır<sup>233</sup>. Buna benzeyen bir diğer olasılık, davranışın salt başkaları için risk teşkil etmesi, buna rağmen kişinin eşit olasılıkla zarar gören konumunda bulunmasıdır<sup>234</sup>. Sürücü ve yaya örneğinde olduğu üzere, kişi eşit olasılıkla hem zarar veren, hem de zarar gören kimliğine sahiptir. Bu durumda ileride kendisinin de aynı riske muhatap olacağını düşünerek, tedbirli davranmayı tercih edebilir. Teorik olarak mümkün gözükmekle birlikte, pratikte bu mülahazanın etkili olabileceği kaza tipleri tasavvur etmek güçtür.

Düşüncemize göre ekonomik açıdan daha mantıklı bir açıklama, ekonomik faaliyetin neden olduğu risklerin, piyasa baskısı nedeniyle azaltılmasıdır. Yani mal veya hizmetin alıcıları, aldıkları mal ya da hizmetin kendileri için teşkil ettiği riskleri öngörüp, buna bir değer attikleride takdirde, bu durum sağlayıcıları tedbir almaya sevk eder<sup>235</sup>. Bu durumda, mesela ürün riskleri, alıcıları tarafından aynen kalite unsuru gibi algılanır ve üreticiler de eğer etkin tedbirler mevcutsa, bunu uygulayarak karlarını arttırabilir. Nitekim meslek kuralları ve endüstride uygulanan güvenlik kuralları, genellikle piyasa ilişkisinin olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır<sup>236</sup>. Dolayısıyla ilk yapılması gereken tespit, sosyal veya ticari normların ekonomik açıdan arzu edilen seviyede önleyici tedbirleri içermesi için, riske maruz kalan ile bunu kontrol edebilecek kişiler arasında işlem maliyetinin düşük olduğu bir piyasa ilişkisinin olması gerekir<sup>237</sup>. Alıcıların güvenlik talebi fiyata dolaylı

---

<sup>232</sup> Örneğin araba kullanan kişinin, özen göstermesinin nedeni, olası bir kazadan aynı zamanda kendisinin de zarar görecektir olmasıdır.

<sup>233</sup> Örneğin bir dolmuş sürücüsü, kaza halinde sadece kendi can ve mal güvenliğini değil, yolcuların güvenliğini de tehlikeye atar. Fakat teori, sürücünün özen seçiminde kural olarak başkaları üzerindeki riskleri yeteri ölçüde dikkate almayacağını belirtmektedir.

<sup>234</sup> COOTER, Prices and Sanctions, s.1534

<sup>235</sup> Şüphesiz burada mal ya da hizmet alımını hukuki anlamda kullanmıyoruz.

<sup>236</sup> Bu durumda genellikle taraflar arasında aynı zamanda bir sözleşme ilişkisinin olması ve BK.m.96 vd. normlarının uygulanması muhtemeldir.

<sup>237</sup> LANDES/POSNER, s.132; krş. SCHAFFER/OTT, s.162,163

olarak yansıtılmadığı sürece, ekonomik faaliyet yapan kişinin bu riskleri dışsallaştırması daha tabiidir<sup>238</sup>. Bu çerçevede örneğin alınan bir malın kullanımı esnasında alıcının değil de, üçüncü kişilerin maruz olduğu riskler açısından, sosyal ve ticari normların etkin olmasını beklemek gerçekçi olmaz<sup>239</sup>.

Son bir nokta olarak, ekonomik faaliyetin neden olduğu risklerin mal ya da hizmetin alıcısının doğrudan etkilediği her kurguda, üretici veya sağlayıcıların benimsediği güvenlik kurallarının etkin olduğu da düşünülmemelidir. Eğer riskler konusunda taraflar arasında ciddi bir bilgi asimetri varsa, sosyal normlar etkin olmayabilir<sup>240</sup>. Zira burada alıcılar riski doğru değerleyemeyeceği için, üreticiler için riski azaltıcı tedbir maliyetlerine katlanmak cazip olmayacaktır<sup>241</sup>. Bu durumda piyasada optimum seviyenin altında güvenlik standartlarının benimsenmesi çok muhtemeldir. Tıp mesleğinde, hasta ve doktor arasındaki ilişki bunun bir uygulama alanı olarak düşünülebilir. Burada hizmet alan kişilerin risk ve bunu azaltan olası tedbirler konusunda sınırlı bilgisi, optimum seviyede bir güvenlik talebi oluşmasına imkan vermez. Bu durumda sağlayıcıların da kendiliğinden güvenlik tedbirleri alması beklenmemelidir. Özetle mahkeme, önleyici tedbirler konusunda, piyasalarda veya toplumda uygulanan güvenlik kurallarını dikkate alacağı zaman çekingen davranmalı, ancak riske muhatap olan kişiler ile bu riskin kaynağı arasında işlem maliyetinin düşük olduğu ve alıcıların riskler hakkında bilgisinin olduğu hallerde kuralları referans almalıdır.

---

<sup>238</sup> Nitekim bu durum, güvenlik risklerinin piyasa ilişkisi içerisinde içselleştirilmesi anlamına gelir.

<sup>239</sup> LANDES/POSNER, s.133

<sup>240</sup> LANDES/POSNER, s.132; MICELI, s.92

<sup>241</sup> Örneğin herhangi bir ürün ya da hizmetin %5 olasılıkla alıcısı için 1000 YTL zarara neden olabileceğini düşünelim. Kural olarak alıcıların risk hakkında bilgisi var ise, bu mal ya da hizmetin fiyatına yansıtılır. Yani malın bedeli 300 YTL ise, bu risk nedeniyle 350 YTL olarak algılanır. Eğer bu riski birim başı 30 YTL'lik maliyetle ortadan kaldırmak mümkün (*ve piyasada rekabet var*) ise, üreticiler bu tedbiri benimserler. Bu durumda malın değeri 330 YTL olur. Fakat eğer bu risk gereği gibi algılanmıyor ve mesela yarı ölçüde tehlikeli olduğu düşünülüyorsa, bu durumda risk primi sadece 25 YTL, mal için ödenmeye hazır tutar ise azami 325 YTL olur. Üreticiler malın risklerini bilmelerine rağmen bu tedbiri almaktan imtina ederler. Zira tedbiri almaları maliyete neden olacak (330), fakat malın fiyatına tam olarak yansıtılmayacaktır. Bu durumda piyasanın kendiliğinden tedbir alması beklenmemelidir.

## bd. Yargı Kararlarında İhmal ve Hand Formülü

Yukarıdaki açıklamalar, ihmalin *Hand formülüne* göre belirlenmesi yönünde pozitif hukuk açısından ciddi bir engel olmadığını ortaya koymaktadır. Türk hukukunda kabul edilen prensipler, formülün dayandığı temel prensipler ile uyum içerisindedir. Öte yandan, bu incelemenin daha sağlıklı olması için, yargı kararlarında özenli davranışın nasıl belirlendiğine de bakmak gerekir. Bu amaçla, aşağıda “*ihmal*” ve “*özen*” kavramlarının tartışıldığı bazı Yargıtay kararlarını incelemeyi uygun görüyoruz. Böylelikle somut olayın gerektirdiği özenin hangi değişkenler etrafında nasıl belirlendiği ve hâkimin takdir yetkisini kullanırken izlediği yöntem ile formül arasında esaslı bir farkın olup olmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Kararlarda somut olayın özellikleri hakkında fazlaca verinin bulunmaması ve az sayıda kararın örneklenmesi, incelemenin bilimsel açıdan eksik olmasına yol açmaktadır<sup>242</sup>. Fakat tekrar belirtelim ki burada mütevazı bir iddia ortaya atılmaktadır. Dayandığı prensipler itibarıyla *Hand formülü* mevcut yaklaşımdan çok farklı değildir ve kararları formüle göre izah etmek olasıdır. Kararların incelenmesi, aynı zamanda formülün somut olayda nasıl uygulanacağı hakkında da fikir verecek ve “mücbir sebep”, “kaçınılmaz risk” ve “öngörülemezlik” gibi bazı kavramların ekonomik açıdan ne anlama geldiğini ortaya koyacaktır.

**Karar I (*İhmal - Bakım Eksikliği – Regülasyon*):** İhmal açısından incelediğimiz ilk karar<sup>243</sup>, hukuk doktrininde kusursuz sorumluluğu düzenlediği kabul edilen BK.m.58

---

<sup>242</sup> Aşağıda yer verilen kararlar genel olarak değil, sadece ihmal ve özenli davranış ile ilgili kavramlar açısından tartışılmaktadır. Yani sonuç itibarıyla tazminata hükmedilmesinin veya müteselsil sorumluluğun ya da hukuka aykırılığın tespitinin doğru olup olmadığı gibi konular, prensip olarak inceleme dışı bırakılmıştır. Esas itibarla haksız fiil hukukuna ilişkin olaylara yer verilmekle birlikte, *Hand formülünün* uygulanması açısından fark yaratmaması nedeniyle sözleşmesel sorumluluğa dair bazı kararlar da incelenmiştir.

<sup>243</sup> Bu ve aşağıdaki kararlar, temel özellikler açısından birbirlerine benzemekte ve fakat (kategorik olarak) farklı hukuki prensipler dairesinde tartışılmaktadır. Her üç kararda da, yapı malikinin aslında BK.m.58 hükmüne göre değerlendirilmesi gereken sorumluluğu söz konusudur. Bu sadece yukarıdaki kararda yapılmış ve fakat son tahlilde bir özenli davranış değerlendirildiği için, analiz diğer iki karardan pek farklı olmamıştır. Aşağıdaki kararda ise, BK.m.58 hükmünden bahsedilmeyip BK.m.41 çerçevesinde doğrudan kusur tartışmasına girilmiştir.

hükmüne ilişkindir<sup>244</sup>. Kısaca özetlemek gerekirse, olayda davacının 8 yaşındaki çocuğu evinin yakınından geçen yüksek gerilim hattına takılan uçurtmasını yarı iletken bir tel ile kurtarmak isterken elektrik akımına kapılarak ölmüş ve ailesi idareye karşı maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Davalı idare, kusursuz sorumluluğu gerektirecek bir durum bulunmadığını, ölüm olayında herhangi bir kusurunun olmadığını, elektrik hattının *Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği*'ne<sup>245</sup> uygun yapıldığını ve ayrıca ölenin davranışının illiyet bağıni kestiğini ileri sürmüştür. Hukuk Genel Kurulu<sup>246</sup>, sorumluluğun BK.m.58 hükmüne göre tayin edilmesi gerektiğini belirttikten sonra, davalının “*özen ödevi*”ne uygun davranıp davranmadığını tartışmıştır. İlk olarak yapının planlarının onanmış ve inşa açısından idari makamlarca denetlenmiş olmasının, sorumluluğu ortadan kaldırmadığını belirtmiş, özen ödevini ise “*bakım noksanı*” kavramı çerçevesinde tartışmıştır. Hukuk Genel Kurulu'na göre malik, taşınmazının başkalarına risk oluşturmaması için normal ve objektif ölçülere göre önleyici tedbirler almalıdır. Önemli tehdit oluşturan bu gibi tesisler açısından ise, *normalin üzerinde özen borcu* söz konusudur. Buna göre, idare bu tür yüksek gerilim iletkenlerine güvenli yaklaşma sınırının aşılmasını sağlayacak önlemleri almalı, gerekli uyarı levhalarını herkesin kolaylıkla görebileceği yerlere asmalı, yerleşim yerlerinin dışındakilere oranla çok daha kısa aralıklarla kontrollerini yapmalıdır. Yapmadığı için özen borcunu gereği gibi yerine getirmemiştir ve sorumludur.

Hukuki açıdan ilginç olan, BK.m.58 hükmünün (*aykırı lafzına rağmen*) doktrin<sup>247</sup> ve uygulamada kusursuz sorumluluk olduğunun kabul edilmesi, buna karşılık bu ve (diğer

---

<sup>244</sup> Yarg. HGK. E. 2003/4-144, K. 2003/161, T. 12.3.2003

<sup>245</sup> RG. Sy. 24246, T. 30.11.200

<sup>246</sup> Tazminat davasına ilişkin yargılama sonucunda Bağıcılar Asliye Hukuk Mahkemesi 71.10.2001 tarih ve 200/1658-2001/2109 sayılı kararıyla davalının kusurunun olmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiş, davalının temyiz itirazı sonucunda Yarg. 4. HD. 3.7.2002 tarihinde verdiği 3168-8841 sayılı kararında davalının özensiz davrandığı ve dolayısıyla da kusurlu olduğunu ileri sürerek tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi kararında direnince, uyuşmazlık HGK. önüne gelmiştir.

<sup>247</sup> Doktrinde BK.m.58 hükmünün kusursuz sorumluluk öngördüğü kabul edilmekle birlikte, bunun hangi esasa dayandığı tartışma konusu yapılmaktadır. Örneğin EREN, BK.m.58 hükmünün olağan sebep sorumluluğu esasına dayandığını (EREN, s.608,609); OĞUZMAN ve ÖZ en üst düzeyde yararlanan kimsenin sorumlu olması esasına dayandığını (OĞUZMAN/ÖZ, s.593), TANDOĞAN objektif özen yükümü esasına dayandığını (TANDOĞAN, s.184), KARAHASAN tehlike esasına dayandığını (KARAHASAN, s.716) kabul etmektedir.

bazı) kararlarda olduğu gibi “özen” tartışmasının yapılmasıdır<sup>248</sup>. Öncelikle bu yaklaşımın, ekonomik açıdan isabetli olduğunu belirtelim. Zira bakım (*ya da yapım*) eksikliğinin bulunup bulunmadığı, son tahlilde bir özen ödevi ya da özenli davranışın belirlenmesi sorunudur. Eksiklik, tanımı gereği, yapım ve bakım faaliyetinde sosyal açıdan arzu edilen şekilde davranılmamasından kaynaklanır. Davranışa ilişkin normatif bir değerlendirme, ise “*bir tür kusur*” araştırmasıdır<sup>249</sup>. Dolayısıyla burada gerçek anlamıyla bir kusursuz sorumluluk yoktur. Düşüncemize göre kusursuz sorumluluk, zarara neden olan (*miüspet ya da menfi*) davranış hakkında normatif bir değer yargısı olmaksızın, zarar ile davranış arasında illiyet bağının varlığı halinde tazminat sorumluluğunun doğmasını gerektirir<sup>250</sup>.

Meseleyi ekonomik açıdan incelemek gerekirse, ilk göze çarpan zararın karşılıklı olmasıdır. Yani davalının bakımda gösterdiği özensizlik kadar, davacının ihmali de tartışma konusu yapılabilir. Dolayısıyla her iki taraf açısından da değerlendirme yapmak ve bu türden riskleri hangi tarafın daha etkin bir şekilde önleyebileceğini belirlemek gerekir. Oysa Yargıtay sadece davalı açısından meseleye yaklaşmış ve davacının ihmali tartışmamıştır. Düşüncemize göre, bu bir eksikliklerdir. Davalının davranışlarını değerlendirdiğimiz zaman, tartışılması gereken “*bakım eksikliği*” kavramıdır. Bakım eksikliği, başkalarının can ve mal güvenliğini korumak amacıyla faaliyetin gerektirdiği şekilde bakım ve onarım yapılmaması, yani alınması gereken tedbirlerin alınmamasıdır. Somut faaliyetin ne tür tedbirleri gerektirdiği ise, neden olduğu risk (*değeri*) ve teknolojik ve fiziksel imkânlar açısından riski azaltan tedbirlerin maliyetine göre belirlenir. Merdivenlerin aydınlatılmaması, uyarıcı işaret olmaması, yıkılmakta olan duvarın desteklenmemesi önleyici tedbirlere örnek gösterilebilir.

---

<sup>248</sup> Mesela bkz. Yarg. 4. HD. 18.4.1967 T., 642 E., 3368 K.; 4. HD. 14.3.1967 T, 1265 E., 2340 K.; 4 HD. 13.6.1989 T., 2027 E., 5357 K. (kararlar için bkz. KARAHASAN, s.1125 vd.)

<sup>249</sup> Bu görüşümüz, binaların neden olduğu ya da elektrik tesislerinin neden olduğu risklerin normatif olarak kusur sorumluluğuna tabi olması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Düşüncemize göre BK.m.58 hükmü, pozitif hukuk açısından ancak kusur sorumluluğu olarak yorumlanabilir ve mahkeme uygulaması da (farklı nitelermeye rağmen), yapılan analiz itibarıyla bunu destekler mahiyettedir. Bu konudaki görüşümüz için bkz. Dördüncü Bölüm §2/II

<sup>250</sup> Mesela bu olay açısından “*bakım eksikliği*”ne bakılmaksızın, bina malikinin zararlı sonuçtan sorumlu tutulması halinde kusursuz sorumluluk söz konusu olurdu.

Somut olaydaki Yönetmelik (*regülasyon*), şüphesiz riskler ve bunlar karşısında alınması gereken tedbirler hakkında bir fikir verecektir. Burada öngörülen tedbirlerin alınmış olması, kural olarak davalının özenli davrandığına, yani bakım eksikliğinin olmadığına dair karine oluşturur. Tabiatıyla hâkim, gerekçe belirtmek kaydıyla somut olaydaki risk için, davalının daha farklı tedbirler almasını gerekli kıldığını takdir edebilir. Olayımızda, Yargıtay riskin önemli ölçüde tehlike doğurduğunu varsayarak normalin (*yani sanırsız ki yönetmeliğin öngördüğü ölçütün*) üzerinde özen gösterilmesi gerektiğini ileri sürerek, bakım eksikliğini tartışmıştır. Bu yaklaşım, yönetmeliğin öngördüğü standartların yetersiz kabul edilmesinin tartışılmaması açısından eksiktir. En azından bu hususta gerekçe verilmesi uygun olurdu.

Bakım eksikliğinin olup olmadığının belirlenmesinde ise, *Hand formülü* başarı ile tatbik edilebilir. Zira son tahlilde mesele, özenli davranışın belirlenmesi sorunudur. Faaliyetin yol açtığı bu türden bir riski etkin bir şekilde ortadan kaldıran ya da azaltan tedbirlerin varlığına rağmen, bunların alınmamış olması, özensizliğe ve dolayısıyla da bakım eksikliğine delalet eder. Kabul etmek gerekir ki, (*genelde olduğu üzere*) bu olayda formülün tatbikine imkân verecek ölçüde veri yoktur. Buna rağmen bazı çıkarımlar yapılabilir. Kararda yüksek gerilim hattının işletilmesinin yüksek riske yol açtığı belirtilmektedir. Bu, OZ değerinin yüksek olduğuna ve dolayısıyla da katlanılması gereken özen maliyetinin arttığına işaret eder. Eğer somut olaydaki risk, bahsi geçen yönetmeliğin temel aldığı ortalama riskten fazla ise, mahkemenin normalin üzerinde özen gösterilmesi gerektiği şeklindeki tespiti yerindedir<sup>251</sup>. Burada gerilim hattı, yerleşim yerinden geçtiğine göre riskin olağan seviyenin üzerinde olduğu kabul edilebilir<sup>252</sup>.

Özen maliyetini değerlendirmek gerekirse, Hukuk Genel Kurulu uyarı levhası, güvenli yaklaşma sınırının aşılması için gereken önlemin alınması ve sıklıkla kontrol

<sup>251</sup> Benzer değerlendirmeler için bkz. TANDOĞAN, s.192; KARAHASAN, s. 736,737; OĞUZMAN, s.598

<sup>252</sup> Gerilim hattının yerleşim yerinden geçmesi, hem olası zarar miktarını hem de olasılık değerini artırır. Bu durumda OZ değeri, çok daha yüksek olur.

yapılması gibi tedbirlerden söz açmaktadır<sup>253</sup>. Şüphesiz uyarı levhası, son derece maliyetsiz bir tedbirdir ve bu nedenle risk üzerinde etkili olduğu sürece alınmamış olması özensizliğe işaret eder. Nitekim bu nedenle ilgili yönetmelik bu türden tedbirin alınması gerektiğini açıkça ifade etmektedir<sup>254</sup>. Fakat olay açısından baktığımızda, önemli olan o yaştaki çocuklar için bu tedbirin işlevselliğidir. Bu tedbir, ancak çocuğun bu levhayı okuyup anlayabilmesi ve buna uygun davranabilme iktidarı var ise, **OZ** değerini etkiler. Çocuğun yaşı dışında bir veri olmadığı için, bu konuda bir iki olasılık düşünülebilir. Eğer ayırtım gücünün olduğu kabul edilirse, davalının gereken özeni göstermediği kolaylıkla söylenebilir<sup>255</sup>. Zira söz konusu tedbir son derece maliyetsiz olmasına rağmen, bu türden bir riski etkin bir şekilde azaltmakta ya da ortadan kaldırmaktadır. Ayırtım gücünün olmadığı kabul edilirse, başlı başına bu tedbirin alınmamış olması, özensiz davranıldığı anlamına gelmez. Zira burada uyarıcı levha bu türden bir riski etkilemez.

Yargıtay ikinci alternatif olarak, güvenli yaklaşma sınırını belirleyen tedbirlerden bahsetmiştir. Bu ise, herhalde çit, tel örgü ya da benzeri bir engel ile yüksek gerilim hattının geçtiği bölgenin kapatılması anlamına gelir. Dolayısıyla bu tedbirin yol açacağı maliyetler belirlenmeli ve risk değerindeki azalma ile mukayese edilmelidir. Şüphesiz bu yapılırken sadece kazanın gerçekleştiği bölge dikkate alınmamalıdır. Kararın benzer kazalar için emsal teşkil edeceği düşünülürse, yüksek gerilim hattının geçtiği benzer yerleşim bölgelerinde bu tedbirin maliyeti (*ve yararı*) dikkate alınmalıdır. Bu ise en azından ilgili

---

<sup>253</sup> Dikkat edilirse bu tedbirlerin tümü niteliksel boyuta ilişkindir. Bunun dışında direklerin daha yükseğe yapılması, yerleşimin olmadığı daha müsait yerden geçirilmesi gibi tedbirlerden de söz açılabilir. Burada özenin niceliksel boyutu tartışma konusu yapılabilir mi? Elektrik enerjisinin sağladığı fayda dikkate alınır, bu tartışma çok da anlam taşımayacaktır.

<sup>254</sup> Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği'nin 19, 21, 35(g), 36(a) ve 53. maddelerde uyarı levhaları konusunda hükümler yer almaktadır.

<sup>255</sup> Fakat bu durumda da, zarar görenin kusuru tartışma konusu olacak ve hukuken tazminatın indirilmesi ve belki de illiyet bağının kesilmesi söz konusu olabilecektir. 8 yaşındaki bir çocuk için değerlendirme yapmak güçse de, eğer mesela uyarıcı yazı bulunmasına rağmen, 15 yaşındaki bir çocuğun aynı eylemi yapması, çocuğun gereken özeni göstermediğine (*önemli fayda sağlamayan, buna karşılık son derece riskli bir davranış*) ve dolayısıyla da kusurlu olduğuna işaret eder. Hatta bu gibi bir durumda, idarenin risk üzerindeki kontrolü de tartışma konusu yapılmak kaydıyla, alternatif özen kurgusunun olduğu ve kusurun ağırlığı illiyet bağını kesecek yoğunlukta olduğu iddia edilebilir. Ekonomik açıdan illiyet bağının kesilmesinin ne anlama geldiği takip eden bölümlerde açıklanmaktadır. Bkz bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/b ve ayrıca Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/a



idare açısından çok da zor bir hesaplama yöntemi değildir. Mahkeme bu türden bir bilgiyi bilirkişi marifetiyle elde edebilir.

Fakat olayda Yargıtay bu iki tedbiri değil, “sık denetleme” olgusunu esas almış gözükmektedir. Zira Yargıtay “...söz konusu olaydan önce tele takılı bulunan uçurtmanın başkaları tarafından alınması sırasında doğabilecek tehlikeleri düşünerek gereken denetimleri yaparak bu tür engelleri kaldırmadığı anlaşıldığından...” şeklinde bir muhakeme yaparak, zarardan idarenin sorumlu olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Yargıtay bu tür riskler için, idarenin elektrik direklerinin bulunduğu yerde sıklıkla denetim yapmalarının daha uygun bir tedbir olacağını düşünmüştür. Bu bağlamda idareye düşen görev (özen ödevi), yüksek gerilim hatlarını sıklıkla kontrol etmek ve riskli durumları önlemektir. Mesela takılması muhtemel uçurtmaları yaptıkları denetimlerde tespit etmek ve bunları risk oluşturmayacak şekilde toplamak bu kapsama girecektir. Üstelik bu sadece kazanın gerçekleştiği yer değil, risk değeri açısından benzer özelliklere sahip yüksek gerilim hattının geçtiği tüm bölgeler için geçerli olacaktır. Şüphesiz idareye böyle bir ödev yüklemek ve buna aykırı davranmayı da bakım (özen) eksikliği kabul etmek anlamlı değildir. Her ne kadar idarenin daha sık kontrol yapması bu ve benzeri riskleri azaltırsa da, alternatif tedbirler yanında bunun etkinliği son derece şüphelidir.

Özetle ekonomik açıdan bakıldığında, Yargıtay’ın meseleye temel prensipler açısından yaklaşımı ekonomik teoriye paraleldir. Bakım ya da yapım noksanının bulunup bulunmadığı son tahlilde can ve mal güvenliğini temin etmeye yönelik tedbirlere göre belirlenir. Nasıl bir tedbirin alınması gerektiği sorunu da risk ile muhtemel önleyici tedbirlerin mukayesesine bağlıdır. Bu bağlamda risk fazla ise, katlanılması gereken tedbir (özen) maliyeti de fazla olacaktır<sup>256</sup>. Netice olarak da bakım eksikliğinin tespiti de

---

<sup>256</sup> KARAHASAN doktrine atfen (bkz. 231 nolu dpt.) aynen şöyle demektedir: “Demek ki bakım noksanı; zaman ve gereksinimlere göre değişen gerekli korunma tedbirlerinin alınmaması, tamirlerin yapılmaması, teknik yenilikler ve tesislerin getirilmemesi durumunda var olmaktadır. Gelgelelim, malikten aşırı yani yapı ya da inşaa eserinin gösterdiği tehlike ile orantılı olmayan giderlerin yapılması beklenemez” (KARAHASAN, s.736,737). Keza EREN: “malikin almak zorunda olduğu önlemler her şeyden önce zaman ve teknik

yerindedir. Buna rağmen, gerek ilgili regülasyonun öngördüğü tedbirlerin tartışılmaması, gerekse somut risk ve bunu azaltan tedbirler ne olması gerektiği açılarından hatalı bir yaklaşım sergilenmiştir. Kanımızca burada etkin olan, riskli alanlara başkalarının girmelerini engelleyecek şekilde tedbir alınmasıdır. Bunun yanı sıra, davacının ihmalinin de değerlendirilmemiş olması bir diğer eksikliktir. Zira zararın her iki tarafın da davranışlarından etkilendiği bu türden bir olayda, en azından kabaca davacının bu türden bir riski önleme imkânının olup olmadığı değerlendirilmeliydi. Örneğin genel olarak aile başkanının bu türden riskleri önlemesinin idareye göre daha maliyetli olup olmadığı veya her iki tarafın birlikte özen göstermesinin gerekip gerekmediği tartışılabilirdi<sup>257</sup>.

**Karar II (İhmal):** Karar, şehirlerarası karayolundaki hemzemin geçidinde otobüs ile trenin çarpışması sonucunda açılan tazminat davasında DDY.'nin kusurunu ele almaktadır<sup>258</sup>. Yargıtay, olay yerinde pek çok kaza olduğunu, karayollarının uyarı önlemleri haricinde DDY.'nin *yanıp sönen ışıklı uyarıcı* yahut *bekçili bariyer* ya da *ışıklı bariyer* tesis etmemesini kusurun varlığı için yeterli saymıştır. Ekonomik açıdan baktığımız zaman sorun DDY.'nin, kararda sayıldığı gibi bazı tedbirler alarak riski etkin bir şekilde azaltabilip azaltamayacağıdır. Eğer DDY.'nin alacağı herhangi bir ek tedbir, hemzemin kazası riskinde önemli bir azalma sağlıyorsa ve DDY. bu tedbirler almadysa, özenli davranmadığı

---

*yönünden mümkün ve ayrıca ekonomik açıdan ondan beklenebilir olmalıdır*". Şüphesiz bu ifadeler karşısında kusursuz sorumluluğun bulunduğunu söylemek güçtür (EREN, s.617).

<sup>257</sup> Bu türden risklerin ebeveynler (aile başkanı) tarafından önlenmesi, eğer küçükler yapılan uyarıları değerlendiremiyorsa, ancak çocukları ev ya da benzeri yerlere kapatmak ya da çocuklara nezaret ederek sağlanabilir. Bunun ise maliyetli olduğu söylenebilir. Mesela bir Yargıtay kararında, benzer bir saptama vardır: "...Diğer taraftan davacı anne, 4 yaşındaki çocuğunun, 11 yaşındaki diğer çocuğu ile birlikte sokağa çıkmasına izin vermiştir. Bu günlük yaşam için kusurlu bir davranış olarak nitelendirilemez. Kaldı ki çocukları toplum yaşamına uyum sağlayabilmesi maddi ve manevi değerlerini geliştirebilmesi için bu gibi davranışlar kaçınılmazdır.....". Eğer aile başkanının bu tür riskleri önleme maliyetlerinin fazla olduğu söylenebiliyorsa, bu durumda karşımıza ikili bir olasılık çıkar. İlk olasılık bu duruma rağmen, her iki tarafın özen göstermesinin etkin olmasıdır. Müşterek özen kurgusu olarak adlandırılan bu halde, idare riski daha etkin bir şekilde kontrol etmesine rağmen, aile başkanının da önleyici tedbir alması istenir. Dolayısıyla bu olasılıkta aile başkanının kusuru olduğuna ve zararın bir kısmına katlanması gerektiğine hükmedilebilir. Diğer olasılık ise, her iki tarafın riski kontrol edebilme imkânına rağmen, olay kurgusu itibarıyla sadece birisinin özen göstermesinin uygun olmasıdır. Alternatif özen kurgusu olarak adlandırılan bu halde ise, aile başkanının kusurunun tartışılması anlam taşımaz. Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/a ve Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/b

<sup>258</sup> Yarg. 4. HD. 17.11.1986 T., 5782 E., 7783 K. (bkz. KARAHASAN, s.417)

söylenbilir. Karardan anlaşıldığı üzere, söz konusu geçitte sıklıkla (*ölümlü*) kazalar olmaktadır. Bu tabiatıyla risk değerinin, gerek zararın büyüklüğü, gerekse olasılık değerinin fazla olması nedeniyle çok yüksek olduğuna işaret eder. Kabaca bir tahminle, ışıklı bariyer gibi bir önleyici tedbirin alınması ise, riski ciddi oranda azaltacaktır. Zira ışıklı bariyer, sürücülerin dikkatini çekecek ve daha ötesi bariyer hemzemin geçide uygunsuz girişi engelleyecektir. Bu durumda ışıklı bariyer yapılması çok ciddi bir maliyete neden olmadığı sürece, bunun etkin bir tedbir olduğu ve DDY.'nın da kusurlu olduğu rahatlıkla söylenbilir.

Ayrıca bu olay açısından formülde yer alan değişkenleri kabaca değerlemenin mümkün olduğunu da belirtelim. Önleyici tedbirin piyasa değeri olduğu gibi, riskin bir tekrarlanan risk olması, olasılık değerinin tespitine imkân verir. Tek zorluk zararın belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır ki bu da *ex ante* değerlendirme ile çözümlenebilir<sup>259</sup>. Nitekim hakim, zaten bu değerlemeyi yapmak zorunda olduğu için, bu, formülün uygulanmasından kaynaklanan ilave bir külfet değildir.

**Karar III (*İhmal*):** Yukarıdaki olaya benzer diğer bir olayı konu alan Yargıtay kararında, istasyonda trenden inen yolcular yaya alt geçidi yerine rayların üzerinden karşıdan karşıya geçmiş ve böyle bir geçiş esnasında davacının yakını tren çarpması sonucunda hayatını kaybetmiştir<sup>260</sup>. Bunun üzere açılan tazminat davasında Yargıtay: “*Olay tarihinde raylar arasında bir tel örgü bulunduğu belirtilmekte ise de,..... tel örgünün yolcuların geçişini engellemeye yeterli muhkem bir engel teşkil etmedi anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davalı işletmenin denetim ve gözetimi altında bulunan tren istasyonunda mevcut yaya alt geçidinden geçmeyen yolcuların ray üzerinden geçmelerine bir nevi müsaade eden davalının işletme kusuru bulunduğu*” şeklinde bir karar vermiştir.

---

<sup>259</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/3/b

<sup>260</sup> Yarg. 11.HD., 21.2.1980 T., E. 1988/5107, K.1989/1017

Ekonomik açıdan belirlenmesi gereken, söz konusu riskin, işletme tarafından etkin bir şekilde ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığıdır. Burada Yargıtay tel örgünün etkin tedbir olduğunu varsayarak, sadece bu tedbir üzerinde durmaktadır. Şüphesiz yolcuların riskli bölgeye girmesini engelleyen başkaca tedbirler de düşünülebilir (*uyarı levhası, görevlilerin yol göstermesi gibi*). Fakat meseleyi karmaşık hale getirmemek için bu tedbiri *Hand formülü* tahtında değerlendirmek uygundur. İlk göze çarpan, tedbirin maliyetsiz ve buna karşılık son derece verimli olmasıdır. Tedbirin verimliliği ile kastedilen, risk değerindeki etkisinin fazla olmasıdır. Örneğin tel örgü (*riskli bölgeyi tamamen çevreliyorsa*), yayaların girmelerini engelleyecek ve böylelikle risk neredeyse tamamen bertaraf edilebilecektir. Risk değerinin çok düşük olmadığı kabul edilirse, aslında bu değerlendirme doğrudan söz konusu tedbirin etkin olduğuna ve dolayısıyla da işletmenin kusuruna işaret etmektedir. Genel olarak risk değerinin düşük olmadığı da söylenebilir. Zira risk konusu olan değer kişilerin vücut bütünlüğü ve hayatlarıdır. Olasılık ise, yayaların genel olarak o bölgeden geçtikleri düşünülürse düşük olmamalıdır. Genel istatistiksel bir değerlendirme ile bu türden bir kazanın gerçekleşme olasılığı dahi belirlenebilir. Dolayısıyla somut olayda, kabaca değişkenlerin ortalama değerlerini aritmetik olarak ifade etmek ve mukayese yapmak dahi olasıdır.

**Karar IV (İhmal-regülasyon):** Bir diğer karar, davalı kombina müdürünün görevi esnasında kendilerine gönderilen kirli (*jöle*) işkembenin bozulması nedeniyle tazminat sorumluluğunu konu almaktadır. Zararın, işkembelerin çok kısa süre bekletilmesinden ve dondurulmaya elverişli torbalar yerine, büyük torbalar kullanılmasından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Üstelik izlenecek usul yönetmelik hükümlerinde belirtilmiş ve müdür ne tür torba kullanması gerektiği konusunda uyarılmıştır. Bu olguları dikkate alan Yargıtay, sorumluluğun objektif kusur ilkesi ile belirleneceğini belirtmiş ve “*en büyük titizlikle değil ve fakat umursamaz tavırlar içinde bulunmayan olağan özen borcu bu ilkenin sınırlarını oluşturur*” şeklinde bir tespit yapmıştır. Kombina müdürü, hem objektif, hem de sübjektif açıdan kusurlu bulunmuştur.

Her ne kadar elimizde değişkenlere ilişkin değerler olmasa da, *Hand formülü* açısından bu tespit yerinde gözükmemektedir. Burada büyük yerine, küçük torba kullanarak ve ayrıca yıkamadan sonra işkembeleri daha uzun süre (8-12 saat) bekleterek riskin azaltılması ve hatta (*riskin yönetmelikte düzenlediği düşünülürse*) bertaraf edilmesi mümkündür<sup>261</sup>. Bu önleyici tedbirin verimine işaret eder. Üstelik tedbir herkes tarafından bilinmektedir, dolayısıyla bilgi maliyeti de yoktur<sup>262</sup>. Kısacası özen maliyeti, büyük yerine küçük torba kullanmanın ve işkembeleri daha uzun bekletmenin yol açacağı maliyetlerden ibaret olacaktır. Özen maliyetinin bu ölçüde düşük ve buna rağmen verimli olduğu bir halde, kural olarak ihmalin olduğu kolayca söylenebilir (*OZ>ÖM*). Üstelik bu olayda, *Hand formülünün* aritmetik olarak ifadesi de olasıdır. Zarar, bozulan işkembenin piyasa değeri, olasılık ise, işkembelerin kısa süre bekletilerek büyük torbalara konulmasının zarara neden olma ihtimalidir. Yönetmelik, ilgili tedbiri açıkça belirlediğine göre, olasılığın 1'e yakın olduğu söylenebilir. Bunun dışında işkembenin de mutlaka bir piyasa değeri olacak, kesin olmasa da *OZ* değerini belirlemek mümkün olacaktır. Yapılacak mukayese de, kişinin kusurluluğu ve hatta bunun derecesi hakkında fikir verecektir.

**Karar V (İhmal):** Bir başka karara konu olan olayda, davacının evi, davalının hızar atölyesinden çıkan yangın sonucunda yanmış ve davacı, maddi tazminat talebi yöneltmiştir<sup>263</sup>. İlk derece mahkemesi atölyenin önceden boşaltılmış olduğu ve şirketin kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Yargıtay, “boşalttığı hızar atölyesindeki yanmaya müsait talaş ve sair kalıntıyı temizlememek ve içeriye yabancıların ve özellikle çocukların girmesini önleyici koruma tedbirlerini almamak...” şeklindeki davranışın ihmal teşkil ettiğini belirterek davalıyı yangından kaynaklanan maddi zararlardan sorumlu tutmuştur. Yanmaya elverişli maddelerin bırakılması şeklindeki

<sup>261</sup> Karardaki ifadelerden bu tedbirlerin birbirlerinin alternatifi değil, tamamlayıcısı olduğu ve dolayısıyla somut olayın gerektirdiği özenin bu iki tedbirin bir arada alınmasını gerektirdiği söylenebilir.

<sup>262</sup> Hatta büyük yerine küçük torba kullanmak açısından, açıkça uyarılmasına rağmen aksi yönde davranması nedeniyle maliyetin negatif çıkacağı dahi söylenebilir.

<sup>263</sup> Yarg. 4. HD. 2.5.1988 T. 3028 E. 4544 K. (KARAHASAN, s.413,414)

davranış, belirli bir yangın riski taşımaktadır<sup>264</sup>. Fakat daha da önemlisi, bu yerin boş bırakılması ve özellikle çocukların oyun yeri haline getirilmesidir. Bu söz konusu davranışın ciddi bir sosyal faydası olmaksızın, yüksek risk taşıdığına işaret etmektedir. Riskin öngörülmesi ve son derece maliyetsiz tedbirler ile önlenmesi mümkündür. Yanıcı maddeleri ortadan kaldırmak<sup>265</sup> ya da atölyeye girişini engelleyen tedbirler almak, örneğin kapı yapmak ya da kapıyı kilitlemek riski ortadan kaldıran son derece basit tedbirlerdir. Bu tedbirlerin riski etkin bir şekilde azalttığı düşünüldüğü zaman, **OZ>ÖM** koşulunun gerçekleşeceği kolayca söylenebilir. Dolayısıyla *hand formülü* açısından karar yerindedir.

**Karar VI (İhmal-önceden öngörülebilirlik):** Diğer bir *Yargıtay* kararında ise<sup>266</sup>, riskin öngörülebilirliği tartışma konusu yapılmış ve ihmalin iki aşamalı bir inceleme sonucunda belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>267</sup>. Karar, “öngörülebilirlik” kavramı ve “zararın karşılıklılığı” açılarından incelenebilir. Karara konu olan olayda, davalı müteahhit inşaat ruhsatı aldıktan sonra hafriyata başlamış ve taşınmazın altında bulunan davacı idareye ait telefon kablolarına zarar vermiştir<sup>268</sup>. İlk derece mahkemesi burada davalının kazıya başlamadan, taşınmazından herhangi bir tesisin geçip geçmediğine dair elektrik idaresi ya da su idaresi gibi ilgili dairelerde bir araştırma yapması gerektiğini, yapmadığı için kusurlu olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesine göre özenli davranış, kazıya başlamadan önce bu taşınmazda bulunabilecek tesislere dair araştırma yapılmasıdır.

---

<sup>264</sup> Esasen burada olumlu mu yoksa olumsuz bir davranışın bulunduğu hususunda tartışılabilir. Bu konu hakkında bkz. aşağıda §5/I/B ve §5/II/D

<sup>265</sup> Bu özenin niceliksel boyutuna ilişkindir. Fiilen atölyenin faaliyette olmaması nedeniyle talaş ve benzeri maddelerin ortadan kaldırılmasının herhangi bir maliyeti olmayacaktır. Buna karşılık faaliyet gösteren bir atölye açısından hiç şüphe yok ki bu türden bir tedbirin çok daha yüksek maliyeti olacağı söylenebilirdi. Genellikle herhangi bir fayda sağlamayan, fakat yüksek risk taşıyan faaliyetlerin niceliksel özen açısından kontrol edilmesi isabetlidir.

<sup>266</sup> Yarg. 4. HD. 20.11.1980 T., 10380 E., 13359 K.

<sup>267</sup> Benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 4. HD. 23.6.1976 T., 9701 E., 6308 K.; 4. HD., 2.10.1984 T., E. 5417, K 7216; 11 HD. 11.10.1968 T., 1355 E., 5257 K.; YHGK. 13.12.1995 T., 4-903 E., 1120 K.

<sup>268</sup> Telefon kablolarının kopmasından kaynaklanan zararlar ve bu zararlarının ne ölçüde tazmin edilebileceği hususunda bkz. aşağıda §4/II/B/2/d/da/dab ve §4/B/2/e/ed/edb

Yargıtay'a göre bu, “zararlı sonucu objektif olarak önceden tahmin, görüş ve tahmin kurallarını aşmaktadır”. Zira Yargıtay'a göre: “Kusurun tartışılabilmesi için her şeyden önce somut olayda özenin beklenebilir olması gerekir. Olayın sorumlusu olduğu iddia edilen kişiden özen beklenmeyen hallerde kusurdan söz edilemez. Özenin yokluğu ise sonucun önceden tahmini gerekli ve mümkün iken, tahmin edilmemiş olmasıyla ortaya çıkar. Zira önceden tahmin edilemeyecek olan sonucu tahmin etmesi kimseden istenemez ve beklenemez.” Bu ifadeye göre, ilk olarak riskin önceden tahmin edilebilir olup olmadığı araştırılacak, eğer tahmin edilmesi mümkün değilse, doğrudan kişinin kusursuz olduğuna karar verilecektir. Gereken özenin gösterilip gösterilmediği, ikinci aşamada yani riski önceden tahmin etmek mümkün ise, araştırılacaktır. Her iki aşamada da değerlendirme objektif ölçüte göre yapılacaktır<sup>269</sup>. Bu çerçevede, taşınmazdan bu türden bir tesisin geçtiği imar ve tapu kayıtlarında belirtilmemiş, ayrıca davacı da böyle bir iddia ileri sürmüş ve ispatlamış değildir. Davalının, belediye imar müdürlüğünden temel ruhsatını alması gereken özenin gösterildiği anlamına gelir.

Öncelikle kararda ifadesini bulan *objektif olarak önceden tahmin edilebilirlik* sorunu üzerinde duralım. Bu aslında iki ayrı şeyi ifade edebilir. İlk akla gelen, söz konusu davranışın genel olarak riski arttırmamasıdır. Esas itibarla nedensellik bağı ile ilgili olan bu durumu, takip eden bölümlerde ele alınmıştır<sup>270</sup>. Dolayısıyla burada üzerinde durmuyoruz. Diğeri ise, davranışın riski arttırması, buna karşılık zarar veren tarafından öngörülmemesidir. Bu ise kusurla ilgili olup, incelemekte olduğumuz karara konu olmuştur. *Hand formülü* açısından baktığımız zaman, riskin tahmin edilemez olması, somut durum açısından uzak bir riskin varlığına işaret eder. Yani olaydaki gibi bir zararın

---

<sup>269</sup> Karar'a göre: “Türk özel hukukunda hâkim görüş özenin ölçüsünün yani taksirin objektif ölçülerle belirlenmesi gerektiği yolundadır. Kusurun objektifleştirilmesi denen bu görüş tarzına göre somut bir olayda sorumlunun kendi ehliyet ve kabiliyeti değil, genel hayat tecrübelerine göre o işteki normal seviyeli (vasat) (makul) insanların hareket tarzı esas alınacaktır. Ancak hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken dava konusu olayın özelliği ve işin önemi gerektirdiğinde kişiden beklenen bilgi seviyesi davranış, yaş cinsiyet dış alemde göründükleri oranda ilgiliye ilişkin özel münasebetler de hesaba katılmalıdır. Kaldı ki yukarıda anılan kusurun objektifleştirilmesi kıstası yalnız özen ölçüsünün tayininde değil zararlı sonucun önceden tahmin meselesinde de esas alınmalıdır”

<sup>270</sup> Bkz. aşağıda §3/I/B ve §3/II/C

gerçekleşme olasılığı son derece düşüktür. Bu nedenle ortalama bir insan tarafından öngörülmemesi mümkündür<sup>271</sup>. Tabiatıyla bu durum, kişinin kusursuz olduğu anlamına gelmez. Fakat bu tür bir durumda, birbiriyle bağlantılı iki nedenden dolayı kişinin kusursuz sayılması çok muhtemeldir. İlk olarak riskin öngörülememesi, kişinin bilgi maliyetine katlanmasını gerektirecek, bu ise özen maliyetinin yükselmesine yol açacaktır. Somut olayda olduğu gibi, bu bazen çok yüksek olabilir. Davalının, tapuda veya imar kayıtlarında yer almamasına ve hafriyat için aldığı idari izne rağmen, taşınmazının altından bir telefon hattının geçtiğini düşünmesi ve üstelik bunu araştırmak için tesis döşemesi olası çeşitli kurumlar nezdinde araştırma yapması, son derece maliyetlidir<sup>272</sup>. Öte yandan maliyete katlanmanın sağlayacağı yarar ise, olasılık değerinin düşük olduğu düşünülürse fazla olmayacaktır. Dolayısıyla rasyonel bireyin bu tür uzak riskler için, ek külfete katlanması beklenemez. Örneğin kaç kişinin taşınmazından, herhangi bir şekilde dışarıdan gözlemlenmeyen, imar veya tapudaki kayıtlarda yer almayan, ruhsatı veren makam tarafından bildirilmeyen telefon ya da benzeri tesis geçme olasılığı vardır? Şüphesiz çok az. Dolayısıyla olasılık değerinin düşük, özen maliyetinin ise bilgi maliyetleri nedeniyle yüksek olması, somut olay açısından **ÖM>OZ** olduğu anlamına gelir ve dolayısıyla kişinin davranışı kusursuz sayılır.

Belirttiğimiz bu yaklaşımın karardakinden farkı, önceden öngörülebilirliği özenli davranışın belirlenmesi sorunsalından ayırmaması; yani analizin tek aşamalı olmasıdır. Ekonomik açıdan öngörülebilirlik, bir bilgi maliyetidir ve özen maliyetinin unsurudur<sup>273</sup>. Oysa Yargıtay, bunu ön şart olarak tetkik etmiş ve özenli davranışın ancak öngörülebilirliğin söz konusu olacağı hallerde inceleneceğini belirtmiştir. Bu doğru gözükmeyle birlikte, kusur açısından öngörülebilirlik objektiftir. Sonuç olarak kişinin, gereken maliyete katlanması kaydıyla her türlü riski öngörmesi mümkündür. Dolayısıyla öngörü bir özenli davranış sorunudur.

---

<sup>271</sup> Bkz. aşağıda §3/II/C/3

<sup>272</sup> Üstelik Yargıtay kararının verildiği dönemde 1980 öncesi yeraltında kablo döşenmesinin çok nadiren yapılan bir uygulama olduğu dikkate alınırsa, kişinin bu türden bir riski düşünmesi olasılığının ne kadar düşük olduğu ve ondan bunu düşünerek hareket etmesini beklemenin anlamsızlığı görülecektir.

<sup>273</sup> Bkz. yukarıda §2/II/B/2/b



Sonucun isabetli olup olmadığını tetkik etmek için, Yargıtay'ın davalıyı kusurlu saydığını ve ilk derece mahkemesi kararını onadığını varsayalım. Bu durumda davalının özenli davranması, ilgili kurumlar nezdinde araştırma yapması ile mümkün olacaktır. Özen ödevinin benzer durumda herkes için aynı olacağını varsayarsak, bu durum taşınmazına inşaat yapacak olan herkesin doğalgaz, elektrik, telefon, su, havagazı, kablo gibi altyapı hizmetleri sağlayan çeşitli kurumlara başvurmasını gerektirecektir. Bunun ise kabul edilebilir bir durum olmadığı ortadadır. Bu açıklama bu tür bir riskin davalı değil, davacı tarafından önlenmesinin daha etkin olduğunu da göstermektedir (*cheapest cost avoider*). İlgili tesisatı döşeyecek olan kurum, taşınmaz malikine yapacağı bir bildirim (ve somut olaya göre alacakları bir izin, örneğin irtifak tesis edilmesi) suretiyle riski çok daha etkin bir şekilde azaltabilir. Dolayısıyla hukuk politikası açısından ideal olan, bu tür ihtilafların ortaya çıkmasını önlemek için, riskin regülasyon ile düzenlenmesidir. Son olarak belirtelim ki, riskin uzak olduğu veya sonucun önceden tahmin edilemediği her durum, kişinin kusursuz olduğu anlamına gelmez. Bu, özen maliyeti ve risk arasındaki ilişki çerçevesinde her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

**Karar VII (İhmal-önlenebilirlik-kaçınılmaz risk):** Yukarıdaki kararda, kusurun unsuru olarak ele alınan riskin tahmin edilebilirliğini ele aldık Burada ise önlenebilirliğini tartışacağız<sup>274</sup>. Karara konu olan olayda, davalı, Ayrancı Belediye Pazarı Mağazası'nda şef olarak çalışırken, 351.370 TL'lik açık oluşmuştur. Ayrancı Belediyesi haksız fiil esasına dayanan tazminat davası açmıştır<sup>275</sup>. Mahkeme talebi kabul etmiş, Yargıtay ise kusur incelemesinde hataya düşüldüğünü belirterek hükmü bozmuştur. Zira kusur analizinde önce riskin tahmin edilebilir olup olmadığı belirlenmeli, ama bunun yanı sıra, riskin önlenebilir olup olmadığı da araştırılmalıdır. Karara göre: “Kişiyi iradesiyle önleyemeyeceği sonuçtan sorumlu tutmak olanağı yoktur... O halde olayımızda kusurun belirlenmesi için öncelikle

---

<sup>274</sup> Yarg. 4. HD. 2.10.1984 T., 5417 E., 7216 K. (Bkz. KARAHASAN, s.421,422)

<sup>275</sup> Yargıtay tazminat davasının BK.m.41'e göre belirleneceğini belirtmişse de, davalı ve davacı arasında (hizmet) sözleşme(si) bulunmaktadır. Bu nedenle sorumluluğun akde dayandırılması isabetli olurdu. Fakat bu tartışmaya yer vermiyoruz.

“önlenebilirlik” unsuru üzerinde durulması gerekir... süper market şeklinde malların açık sergilenerek satıldığı yerlerde bütün önlemler alınsa dahi belirli bir açığın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği incelenmelidir... çünkü... bu tip mağazalarda türlü nedenlere dayalı kaçınılmaz riskin varlığı söylenebilir... bu nedenle davalının şefliğini yaptığı mağazada işletmenin normal işleyişinin yarattığı kaçınılmaz bir riskin veya daha başka bir anlatımla hal ve durumun gerektirdiği bütün özenin gösterilmesi durumunda önlenebilir bir durumun olup olmadığı ve bunun kapsamı tespit edilmelidir ”.

Kararın kusur açısından önemi, riskin öngörülebilir olmasının yanı sıra, önlenebilir olması şartının aranmasıdır. Bir risk önlenemez ise, kişinin kusurlu sayılarak bu riskten sorumlu tutulması sonuç olarak bu kişinin davranışlarını değiştirmez<sup>276</sup>. Bu nedenle ekonomik açıdan önlenemez risklerden sorumluluk, en azından niteliksel özenin önem taşıdığı hallerde, isabetsizdir. Bu saptamayı yaptıktan sonra önlenebilirliği, *Hand formülü* açısından değerlendirelim. Önlenemezlik<sup>277</sup>, özen maliyetinin yüksek olması anlamına gelir<sup>278</sup>. Genellikle olduğu üzere, buradaki risk mutlak anlamda önlenemez değildir. Örneğin işletme müdürünün çalışan sayısını arttırması, her kapıya bir görevli yerleştirerek çıkan tüm müşterilerin poşetlerini kontrol ettirmesi herhalde riski büyük ölçüde azaltır. Ama bu tedbirler son derece maliyetli olacağı için, muhtemelen somut olayda bu tedbirlerin alınması gerekli değildir. Dolayısıyla *önlenemezlik* aslında bu kurguda alternatif tedbirlerin, risk üzerindeki etkisi açısından son derece maliyetli olduğuna işaret etmektedir. Şüphesiz bu sonuca varmak için, risk üzerinde etkili olması muhtemel, ek personel istihdam etmek, güvenlik kapısı kurmak, güvenlik kamerası sistemi yerleştirmek gibi her türlü tedbirin değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay da bu türden bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmiştir.

---

<sup>276</sup> Meğerki faaliyet seviyesi risk üzerinde etkili olsun. Bu durumda kişinin aldığı tüm tedbirlere rağmen sorumlu tutulması kişinin, faaliyet seviyesini azaltarak riski önlemesini sağlayacaktır.

<sup>277</sup> Önlenemezlik kavramının tehlikeli faaliyetler açısından oynadığı rol için bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/C/2

<sup>278</sup> Örneğin, her sene belirli bir açığın ortaya çıktığını ve bunun ortalama 350.000 TL olduğunu düşünelim. Burada riskin kaçınılmaz olması, alınacak önleyici tedbirin maliyetinin bundan fazla, mesela 400.000 TL olmasından ya da bazı tedbirlerin riski yeteri derecede azaltmamasından kaynaklanabilir. Mesela 20.000 TL maliyetli güvenlik kamerası yerleştirilmesi, ancak 15000 TL bir azalma yaratıyorsa, bu tedbirin alınması anlamlı değildir.

Son olarak, özenin niteliksel boyutu ile kontrol edilmesi mümkün olmayan bazı risklerin, niceliksel olarak kontrol edilebileceğini belirtelim. Eğer risk bir insan faaliyetinden kaynaklanıyorsa, son tahlilde o faaliyetin yapılmaması riski bertaraf eder. Örneğin burada, risk, malların açık sergilenmesinden kaynaklanmaktadır. Mallar bu şekilde sergilenmediği takdirde, risk de önemli ölçüde azalacaktır. Bu durum hiçbir riskin kaçınılmaz olmadığını gösterir. Peki, neden kaçınılmazlık ifadesi kullanılmaktadır? Bunun sebebi yukarıda da ifade edildiği üzere, özen kavramının genellikle niteliksel özen olarak anlaşılması, niceliksel özenin ise (*dışarıdan gözlemlenmesi güç olması nedeniyle*) kapsam dışı bırakılmasıdır<sup>279</sup>. Örneğin burada malın açık sergilenmesi, muhtemelen satış ve pazarlama stratejisinin bir parçası olup kârlılığını arttırmaktadır. Hâkimin özenli davranışı niceliksel açıdan ele alabilmesi için, bu yöntemin terk edilmesi halinde neden olabileceği maliyetler ve bunun risk üzerindeki etkisi hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu ise son derece güçtür. Dolayısıyla pratikte istisnai haller dışında, niceliksel özen kusur analizinde dikkate alınmamaktadır.

**Karar VIII (*İhmal-mücbir sebep*):** Kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin verilen bir kararda<sup>280</sup>, kira konusu taşınmazın kaza sonucu yanmasının, mücbir sebepten mi yoksa ihmalden mi kaynaklandığı hususu tartışılmıştır. Taşınmaz kiracı tarafından kullanıldığı bir sırada yanmış ve kira bedeline ilişkin çıkan uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi yangının mücbir sebep teşkil ettiğini ve dolayısıyla da kiracıya herhangi bir kusur atfedilemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>281</sup>. Yargıtay ise, mücbir sebebi, önceden öngörülmeyen, sorumlu kişinin işletmesi veya faaliyeti dışında kalan ve karşı konulamayacak bir şiddetle kendisini gösteren olağanüstü bir olay olarak tanımlamıştır.

---

<sup>279</sup> Bkz. yukarıda §2/II/B/2/b, ayrıca bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/B/1/d

<sup>280</sup> 19 H.D. E. 1997/6416, K. 1997/10192, T. 25.11.1997

<sup>281</sup> Çıkan yangında kiracının kusurunun olup olmadığı, kira dönemi açısından kalan ayların kira bedellerinin ödenmesi açısından önem kazanır. Eğer kira konusu malın kullanılmamasına sebep olan olaylar açısından kiracının kusurlu olduğu kabul edilirse, kiranın ödenmesi gerekir. Davacı kiracı, kusurunun olmadığı ve verdiği bonodan dolayı borcunun bulunmadığının tespitini istemiş, davalı kiralayan ise, yangının davacının gereken özeni göstermemesi nedeniyle çıktığını ve bu nedenle de taşınmazı kullanamamasında kendisine atfedilebilir bir neden olmadığını belirtmiştir.

Buna göre, mücbir sebepten bahsetmek için, sonuçlarını tahmin etmek ve alınan bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen olayın sonuçlarını önlemek mümkün olmamalıdır<sup>282</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde, haklı olarak yangının mücbir sebep teşkil etmediğini tespit etmiş ve ikinci aşama olarak kiracının kusurunu tartışmıştır. Yargıtay kusurun, gereken özenin gösterilmemesi; sonucun önceden tahmin edilmesi mümkün iken tahmin edilmemiş olmasıyla ortaya çıkacağını, dolayısıyla yangının önceden tahmin edilmesinin mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Akabinde, (*herhalde tahmin edilmesi gerektiğini varsayarak*) somut olayın gerektirdiği özenli davranışı belirlemeksizin, çevredeki benzer iş yerlerinin aldığı ve alması gerektiği tedbirler göz önünde tutularak (*özellikle alarm teşkilatı, gece bekçisi*) belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>283</sup>.

Bu karar ekonomik açıdan iki yönüyle değerlendirilebilir. İlk olarak mücbir sebep kavramını ele alalım. Kavram haksız fiil hukukunda nedensellik bağının kesilmesi bahsinde ele alınmakla birlikte, kusuru da ortadan kaldırmaktadır. Ekonomik açıdan bakılırsa bu kavramın ayırt edici özelliği, riskin önlenmesinin güç olmasıdır. Nitekim bu kavramı ifade etmek üzere, “*mutlak olarak kaçınılmaz harici olaylar*”<sup>284</sup>, “*öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan harici olaylar*”<sup>285</sup>, tarzındaki ifadeler kullanılır. *Hand formülü*

---

<sup>282</sup> Karar’a göre bu : “*Teknik ve bilimin o anda mevcut bütün olanaklarının kullanılmasına ve her türlü tedbirin alınmasına ve özenin gösterilmesine rağmen olayın sonuçlarını meydana getirmesi önlenmemektedir*”.

<sup>283</sup> Karar’a göre: “*Bu bağlamda, genel hayat tecrübelerine göre o işteki normal seviyeli vasat bir insanın hareket tarzı göz önünde bulundurularak zararlı eylemin ortaya çıkmaması için alınması gerekli tedbirlerin neden ibaret olduğu işyerinin bulunduğu mahal ve meskun mahale uzaklığı, aynı mahiyetteki işyerlerinin aldığı ve alması gerektiği tedbirler ve özellikle gece bekçisi tutulması ve bekçi köpeğiyle işletmenin emniyetinin sağlanması ve hırsızlık ve yangına karşı bilim ve tekniğin olanaklarından yararlanılarak PTT telefon hattıyla irtibatlı hırsızlık ve yangın olayını anında cihazda bulunan bilgisayarın hafızasında mevcut telefon numaralarına bildirebilen alarm tesisinin işletmeye konulması ve benzeri tedbirlerle yangın olayının gerçekleşmesinin ve gerçekleşmiş ise en kısa zamanda büyümesinin önlenmesinin mümkün olup olmadığı göz önünde bulundurularak kusurun varlığı veya yokluğu saptanmalıdır.*”

<sup>284</sup> TANDOĞAN’a göre; haricilik borçlunun fiilleri dışında ve onun faaliyetine yabancı olmalı, mutlak kaçınılmazlık ise, sadece ilgili kişi tarafından değil herhangi bir kimse için aşırı derecede masraflı tedbirler alınmış ve tekniğin tüm imkânları kullanılmış olsa dahi önlenemez olmalıdır (TANDOĞAN, s.464, 465).

<sup>285</sup> EREN’e göre, “*Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz şekilde yol açan öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır*” (EREN, s.518). Yazar burada en önemli ögenin *kaçınılmazlık* olduğunu belirtmekte ve kaçınılmazlığın mutlak ve objektif olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim bu şartlar, “*umulmayan hal*” ile “*mücbir sebep*” arasındaki temel farkı oluşturur (EREN, s.521).

tahtında düşünürsek, riskin olumsuz sonuçlarının önlenememesi **ÖM** değerinin sonsuz ya da son derece yüksek olduğu anlamına gelir. Bu önleyici tedbirin olmamasından veya tedbir maliyetinin yüksek veya en azından etkilediği risk değeri karşısında orantısız bir şekilde yüksek olmasından kaynaklanabilir<sup>286</sup>. Kural olarak kişinin niceliksel özen göstermesi de riski azaltmayacağı için, *Hand formülü* açısından da özen eksikliği söz konusu olamaz<sup>287</sup>. Olaya baktığımızda, yangın riskinin son derece yaygın olması ve daha önemlisi, bu riski azaltan çok sayıda tedbirin varlığı, mücbir sebebe ilişkin karardaki değerlendirmenin isabetli olduğunu derhal göstermektedir<sup>288</sup>.

Karardaki diğer analiz ise özenli davranışa ilişkindir. Mahkeme burada her ne kadar özenli davranışı belirlememişse de, ihmal açısından önem taşıyanın, riski önlemesi mümkün tedbirler olduğunu belirterek, ekonomik yaklaşıma paralel bir tutum sergilemiştir. Somut olayın gerektirdiği özenin belirlenmesinde ise, olay yerinde keşif yapılarak uzman bilirkişilerin benzer mahiyetteki iş yerlerinin aldığı tedbirleri dikkate almasının uygun olduğunu belirtmiştir. Bu tür bir durumda ekonomik açıdan ideal olan, bilirkişilerin zararın kaynağı olan aksaklık ya da davranışın, bu türden bir zarara yol açma olasılığı hakkında yaklaşık bir öngöründe bulunması ve zararı belirleyerek risk değerini tespit etmesidir. Olasılık değeri, herhalde benzeri iş yerlerinde ne sıklıkla yangın olduğuna dair bir araştırma ile saptanabilir<sup>289</sup>. Akabinde kararda da belirtildiği üzere bu türden bir riski önleyen tedbirler araştırılmalıdır. Mahkemenin de belirttiği gibi, benzer iş yerlerinin kullandığı

---

<sup>286</sup> Mücbir sebebe ilişkin verilen örnekler incelendiği zaman, aslında bu kavram altında çeşitli farklı kurguların söz konusu olduğu görülmektedir.

<sup>287</sup> Doktrinde mücbir sebebin harici olması ile zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olması kastedilmektedir (EREN, s.520). Bu durum ise, risk ile zarar verenin faaliyet seviyesi arasında herhangi bir ilişkinin olmaması, mesela faaliyet seviyesinin azaltılması ya da artırılmasının risk değerini etkilemeyeceği anlamına gelir. Nitekim deprem, yıldırım düşmesi gibi örneklerden de bu durum anlaşılmaktadır.

<sup>288</sup> Şüphesiz yangın riskini önleyici pek çok tedbirin varlığı, büyük ölçüde teknolojinin sunduğu imkânlar ile ilgilidir. Yangın söndürücüler, alarmlar, duman detektörleri ve benzeri tedbirler hep son yıllarda ortaya çıkan tedbirlerdir. Buna mukabil herhalde 100 yıl önce temel inşaat malzemesinin ağaç olduğu zamanda değerlendirme yapılacak olsaydı, yangın riskinin mücbir sebep ya da en azından bir fevkalade hal teşkil edeceği söylenebilirdi.

<sup>289</sup> Yangın riskine dair kayıtların idare tarafından tutulması pek muhtemeldir. Bunun yanı sıra, sigorta şirketleri yangın riskini sigortaladığına göre, bu şirketlerin kayıtlarında en azından sigortalı iş yerleri açısından yangın riskinin ne sıklıkla gerçekleştiği ve ortaya çıkması muhtemel zarar hakkında önemli ölçüde bilgi bulunacaktır.

tedbirler burada yol gösterici olabilir<sup>290</sup>. Tespit edilen risk değeri ile tedbir maliyetleri mukayese edildiğinde, kusurun olup olmadığı da kolaylıkla belirlenebilir.

**Karar IX (İhmal-malpraktis-sağlık şurası):** Bir diğer karar, davranışın doğrudan kusura işaret etmesi ve sağlık şurası kararlarının ihmal analizindeki etkisi açısından önemlidir<sup>291</sup>. Karara konu olan olayda, davalı doktor ameliyat esnasında davacının vücudunda 2 metre uzunluğunda gazlı tampon unutmuş ve yüksek sağlık şurası, bunun nadiren de olsa gerçekleşmesi mümkün bir olay olduğunu, büyük ameliyatların görülebilen ihtilaflarından teşkil ettiğini, dolayısıyla gaz tamponu bırakan operatör doktor Y.L.'ye atfi kabil bir hata yüklenemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay haklı olarak bu görüşü kabul etmemiş ve hatta bu türden bir olayın bilirkişi tarafından incelenmesine dahi gerek olmadığını belirtmiştir. Buna göre: “*Davalı operatör doktorun davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır..... Çünkü bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır.*”<sup>292</sup>

Olayda davalının kusuru son derece açıktır. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, burada risk değerinin görece yüksek, buna karşılık özen maliyetinin çok düşük olduğu söylenebilir. Zira özen maliyeti, bilgi ve ihtimam açısından yüksek standarda sahip olması beklenen operatöre göre belirlenmekte ve onun sadece (*marjinal olarak*) “*dikkati*”ni artırarak riski ortadan kaldırması mümkün görünmektedir. Ayrıca gazlı bezin uzunluğu dikkate alındığında, operatörün hiç dikkat göstermediği ve dolayısıyla özen maliyetinin çok

---

<sup>290</sup> Ama diğer işyerlerinde alınan tedbirler, etkin/özenli davranışa işaret etmeyebilir. Bkz. yukarıda §2/II/C/3/b/bc/bcb

<sup>291</sup> Yarg. 13. HD. E. 7237, K. 1783 T.14.3.1983

<sup>292</sup> Yargıtay'ın bu ifadesi ABD hukukundaki “*malpraktis*” (*malpractice*) uygulaması ile tamamen paraleldir. Bu tür durumlarda “*res ipsa loquitur*” (*görünen köy kılavuz istemez*) doktrini uygulama alanı bulmakta ve başka bir incelemeye ihtiyaç olmaksızın zarara neden olan fiilin durumun kusurun varlığına işaret ettiği kabul edilmektedir (HIRSCH, s.176).

düşük olduğu kolaylıkla söylenebilir<sup>293</sup>. Yani her durumda  $OZ > ÖM$  olacaktır. Öte yandan faaliyetin risk değeri, sonuçlar göz önünde tutulduğunda yüksektir. Davacının 9 sene boyunca ağrı çekmesi ve ikinci bir operasyona ihtiyaç duyulması, zararın çok yüksek olduğu anlamına gelir. Olasılık değeri açısından ise, sağlık şurasının, “... *nadir de olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatların görülebilen ihtilaflarındandır...*” şeklindeki tespiti, çelişkili olsa da, ameliyatların bu tür zarara sebebiyet verme olasılığının mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Riskin öngörülebilir ve (*maliyetsiz bir şekilde*) kolayca önlenabilir olması, buna karşılık davalının özen göstermemiş olması, formül açısından kusura işaret eder ( $ÖM < OZ$ ).

Diğer taraftan bu türden bir olayda, kusurun takdiri açısından sağlık şurası kararına gerek olmadığı şeklindeki saptama da isabetlidir. Ekonomik açıdan bakıldığında, bilirkişiye, teknik bilgi gerektiren hallerde, sadece fiili olgular, yani  $O$ ,  $Z$  ve  $ÖM$  değişkenlerine değer atfedilmesi için ihtiyaç duyulabilir. Yani hâkim, faaliyetin riski, zararın ne sıklıkla gerçekleşebileceği, bu riski önlemesi mümkün alternatif tedbirleri ve maliyetleri hakkında bilirkişiden yararlanmalı, bu değerler hakkında yaklaşık bir fikir sahibi olduktan sonra kusurun varlığını ya da yokluğunu kendisi takdir etmelidir<sup>294</sup>. Öte yandan olayımızdaki gibi, formüldeki değişkenlerin açık bir şekilde kusura işaret ettiği hallerde, değerler belirsiz de olsa, hâkimin doğrudan takdir yetkisi çerçevesinde karar vermesi beklenir.

---

<sup>293</sup> Yani uzmanlığı esas alırsak, daha fazla dikkat ve çaba sarf etmenin yükleyeceği maliyet göz ardı edilebilecek kadar düşüktür. Nitekim operasyonun yardımcı şahıslar eliyle yürütülmesi, kullanılan malzemelerin tamamen bu kişiler tarafından sağlanması ve bu tür riskleri ortadan kaldırmak için mesleki kuralların uygulandığı dikkate alınır, gazlı bezin unutulmaması için katlanması gereken maliyet çok düşüktür.

<sup>294</sup> Tabiatıyla piyasadaki ticari teamüller ve özellikle regülasyonun varlığı, takdir hakkının kullanılmasında yol gösterici olacaktır. Bilhassa formüle ilişkin değerler hakkında yeterli veri olmadığı hallerde bunlar daha önemli hale gelir.

### c. İhmalin Hand Formülüne Göre Belirlenmesindeki Olası Sorunlar

*Hand formülü*, özen ölçüsünün belirlenmesinde açık ve net bir ölçüt sağlamakla birlikte, pratikte matematiksel bir formül olarak uygulanmasının kolay olmadığını tekrar vurgulayalım. Esasen yukarıdaki açıklamalardan bu net bir şekilde görülmektedir. Nitekim hukuk ve ekonomi öğretisinde formülün pratik/işlevsel (*operasyonel*) yönünün sınırlı olduğu, daha ziyade “*ihmal*” (ve hatta genel olarak kusur) kavramına teorik/analitik bir çerçeve oluşturduğu belirtilmektedir<sup>295</sup>. Dolayısıyla formülü kantitatif ya da aritmetik bir ölçüt olarak değil, kalitatif bir kriter olarak düşünmek gerekir<sup>296</sup>. Bu başlık altında formülün uygulanması ile ilgili olarak, özünde her ikisi de “*bilgi maliyetleri*” ile ilgili iki temel sorun üzerinde durmak istiyoruz<sup>297</sup>. Bunlardan ilki “*değerleme*” ve diğeri ise “*etkin (optimum) özen*”in belirlenmesidir.

#### ca. Değerleme Sorunu

Klasik kusur analizi ile kıyaslandığı zaman, *Hand formülünün* uygulanmasının daha külfetli olduğu açıktır. İhmalin formüle göre belirlenmesi, sadece *zarar* değil, *olasılık değeri* ve *özen maliyetleri* hakkında da bilgi sahibi olmayı ve değerleri marjinde mukayese etmeyi gerektirir<sup>298</sup>. Bilhassa manevi değerlerin söz konusu olduğu hallerde ise, “*değerleme*” ciddi bir sorundur. Örneğin ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali halinde, zararın; gösterilmesi gereken özenin, dikkat arttırmak veya bilgi edinmek olduğu hallerde özen maliyetinin YTL cinsinden ifadesi güçtür. Olasılık değerini belirlemek de bundan daha kolay değildir. Pek çok durumda olasılığa ilişkin sayısal değer elde etmek neredeyse

<sup>295</sup> DESERPA, s.182; SIMMONS, s.914,915

<sup>296</sup> Nitekim formülü ortaya atan yargıç Hand, ihmalin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken değişkenleri belirledikten sonra, bunları değerlendirme ve ölçme gibi bir faaliyete girişmemiştir.

<sup>297</sup> Elbette formülün uygulanmasıyla ilgili yegâne sorunlar bunlar değildir. Örneğin bir başka sorun, formülün kendiliğinden zarar görenin kusurunu dikkate almamasıdır. Formül salt tek bir tarafın (zarar gören veya zarar veren) davranışlarını değerlendirebilir. Dolayısıyla her iki tarafın da zarar üzerinde etkili olabileceği düşünülüyorsa, formül ayrı ayrı uygulanmalıdır.

<sup>298</sup> Bkz. COLE/GROSSMAN, s.216; krş. COOTER/ULEN, s.336



imkânsızdır. Bu durum karşısında haklı olarak formülün pratik önemi ve mahkemelerin kurumsal yapı olarak bu değerlendirme için uygun olup olmadığı soruları akla gelmektedir.

Mevcut hukuk uygulamasına bakıldığında ise, ne *risk değeri* ne de *özen maliyetlerinin* değerlendirilmesi gibi bir sorun yoktur. Bu değişkenler arasında zımni bir mukayese yapıldığı söylenebilirse de, davranışın riski ne ölçüde arttırdığını veya özen maliyetinin verimliliğini ölçme ihtiyacı hissedilmez. Kusur analizi tahmin ve varsayımaya dayanır. Somut olaya göre teknik bilgi gerektiren durum var ise, bilirkişiler zarar verenin hangi tedbiri alması gerektiğini “*bir ölçüte*” göre tespit etmektedir. Regülasyon veya ticari teamül var ise, *herhalde* bunların öngördüğü standartlar referans alınmaktadır. Bu türden bir referans noktası yoksa olayların olağan akışı gibi genel bir takım mülahazalar ile normal ve makul bir insanın nasıl davranabileceğine dair tahminler yürütülmektedir. Fazla bilginin gerekmemesi nedeniyle, bu yaklaşım tarzının idari maliyetlerden tasarruf sağladığı şüphesizdir. Fakat son tahlilde, hukuk tatbikatında gösterilmesi gereken özenin hangi ölçüte göre belirleneceği belirsizdir. Dikkate alınan ölçütler yetersiz olduğu gibi, teorik temelden yoksundur. Örneğin kişi *ex ante* açıdan bakıldığında, hemen her zaman riski bazı tedbirler olarak önleyebilir. Bu durumda kişi riski önlemek için ne ölçüde bir külfete katlanmalıdır? Ya da benzer bir şekilde, risk arttıkça gösterilmesi gereken özen artar. Fakat ne kadar artar?

Özetle, mevcut kusur analizinin daha basit ve yürütülebilir olması, bunun daha üstün olduğu anlamına gelmez. Son tahlilde özen ölçüsü konusunda bir boşluk söz konusudur ve formül bu boşluğu doldurmaktadır. Formülün uygulama güçlüğü ise, kanımızca *ikincil* bir sorundur<sup>299</sup>. Ayrıca bu sorun, sanıldığı kadar önemli de değildir. Bir kere bazı hallerde formülü uygulamak önemli bir güçlük arz etmez. Örneğin önleyici tedbir ve zarara ilişkin piyasa değerinin olduğu hallerde, formül doğrudan tatbik edilebilir. Ayrıca bir sonuca varmak için, her zaman tüm değerleri tam olarak bilmek ve fayda/maliyet analizi

---

<sup>299</sup> Dolayısıyla temel sorun özen ölçüsünün yokluğu, ikincil sorun ise ortaya atılan ölçütün uygulanabilirlik derecesidir. Özen ölçüsünün yokluğu, ortaya atılan rasyonel ölçütün tatbik güçlüğünden daha önemli bir sorundur. Bu nedenle yapılması gereken, ortaya atılan ölçütün uygulanmasında karşılaşılan sorunların ne şekilde çözülebileceği üzerinde kafa yormaktır (*Son tahlilde haksız fiil hukuku sorunlarının kolay olduğunu ya da ekonomik teorinin mucize yarattığını iddia eden yoktur*).

yapmak gerekli değildir. Bazen özen maliyeti veya risk değeri o kadar çarpıcı olabilir ki, diğer değer ya da değerleri tespit etmeye gerek olmaz. Mesela önleyici tedbirin son derece maliyetsiz, buna karşılık risk değerinde çok etkili olduğu hallerde ayrıca değerlendirilmeye ihtiyacı yoktur. IX nolu karar buna güzel bir örnektir. II ve III nolu kararlarda olduğu üzere, bazen, değerlere dair kabaca tahminde bulunmak yeterli olabilir.

Değer belirlemenin nispeten önem taşıdığı ve buna karşılık güç olduğu hallerde ise, mahkemenin mevcut uygulamaya paralel bir değerlendirme yapması her zaman olasıdır. Yani tahminlere dayalı kabaca bir mukayese yapılabilir. Bu yapılırken, hayatın olağan akışında alınması beklenen tedbirler gibi ölçütlerden yararlanılabilir. Zira son tahlilde olağan kabul edilen davranışlar (*tedbirler*), benzer olaylar (*riskler*) karşısında sürekli tekrarlanan ve toplum tarafından “etkin” olduğu kabul edilen davranış normlarıdır. Benzer şekilde regülasyon ve ticari teamüller de yol gösterici olabilir<sup>300</sup>. Tüm bu kurallar, gerek riskler, gerekse önleyici tedbirler hakkında bilgi sağladığı için, mahkemelerin yükünü azaltır. Bu gibi hallerde formül, yedek bir kural olarak, varılan sonucun yerindeliğini değerlendirmek açısından kullanılabilir. Ayrıca önemli olan, riskli davranışlarda bulunan kişilerin, somut olayın gerektirdiği özenin nasıl belirlendiği ve bu belirleme yönteminin mahkemelerce uygulandığına dair bilgisinin olmasıdır.

Son olarak piyasa değeri olmayan (*manevi*) zararların belirlenmesi güçlüğünün, ekonomik teoriye özgü bir durum olmadığını belirtelim. Mahkemeler de manevi tazminat talepleri karşısında, bu tür zararları belirlemek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla formül, en azından *zararın değerlendirilmesi* açısından ilave bir külfet yaratmaz. Hatta ekonomik teoriden bu tür zararların belirlenmesinde yararlanmak dahi mümkündür<sup>301</sup>. Olasılık değeri açısından ise, sık tekrarlanan riskler açısından bazı rakamsal veriler elde edilebilir. Trafik kazaları, yangın, tedavi, kötü hava koşullarının yol açtığı riskler, *büyük sayılar kuralının*<sup>302</sup> yardımı ile olasılık değerleri hakkında fikir sahibi olmaya imkân verir. Netice itibarıyla

---

<sup>300</sup> Bkz. yukarıda §2/II/C/3/b/bc

<sup>301</sup> Bkz. aşağıda §4/II/B/1 ve §4/II/C/3/b

<sup>302</sup> Bkz. Birinci Bölüm §2/I

sigorta sistemi, istatistik bilimi yardımıyla bu tür verileri kullanmaktadır<sup>303</sup>. Ayrıca ihmalin ekonomik açıdan yorumlanması ile birlikte, zaman içerisinde yargılama sistemi daha fazla bilgi birikimi sağlayacak ve bu durum formülün uygulanmasını kolaylaştıracaktır.

### **cb. Etkin (optimum) Özen ve Hand Formülü**

Ekonomik açıdan özenli davranışın, refahı maksimize eden etkin davranış olduğunu belirttik<sup>304</sup>. Kişi bu davranışı sergilemezse, kural olarak kusurludur. Mahkeme özenli davranışı, *etkin özene* eşitlediği takdirde, kusur sorumluluğu kişileri etkin davranmaya sevk eder. Bu çerçevede mahkemenin önce somut olayın gerektirdiği özenli/etkin davranışı belirlemesi ve akabinde somut davranışın bu modele uygun olup olmadığının takdir ederek ihmali belirlemesi beklenir. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında, bu iki aşamalı yöntemi benimsemiş gözükmektedir. “*Öncelikle zararın oluştuğu alan içinde normal olarak yapılması gereken davranış, daha sonra da olay içerisinde sorumlu olduğu iddia edilen kişinin gerçekleşen davranış ve tutumu tüm ayrıntıları ile tespit edilmelidir. Olması gereken ile gerçekleşen davranış ve tutum arasında bir fark var ise işte o zaman bir kusurun varlığından söz edilebilecektir*”<sup>305</sup>.

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman bu yöntem, mahkemenin önce etkin davranışı belirlemesini ve akabinde de somut davranışın, buna uygunluğunu takdir etmesini gerektirir. İlk aşamadaki belirleme ise, risk değeri, bu değer üzerinde etkili olabilecek alternatif tedbir ve diğer davranış modelleri ve bunların maliyetleri hakkında mukayeseli bir inceleme yapılması anlamına gelir. Bu ise son derece zahmetlidir. Üstelik yeterli veri olmadığı hallerde, bu, imkân dışı dahi olabilir. Hemen belirtelim ki, hukuk uygulamasında veya *Hand formülünde* bu türden bir analiz yapılmamaktadır<sup>306</sup>. Somut olaydaki

---

<sup>303</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/C/2

<sup>304</sup> Bkz. yukarıda §2/II/A

<sup>305</sup> Yarg. 4. HD. 24.9.1984 T. 6027 E. 6856 K; 4 HD. 9.2.1993 T. 671 E. 965 K.; ayrıca bkz. yukarıda §2/II/C/3/b/bd VI nolu karar

<sup>306</sup> SCHAFFER/OTT, Untaken Precaution, s.17

değişkenler hakkında tam bilgi sahibi olunsa bile, formül, sadece söz konusu davranışın, başka bir davranış karşısında özenli olup olmadığını ortaya koyabilir. Örneğin davacı, davalının davranışının özensiz olduğunu zira daha etkin bir tedbirin bulunduğunu ispat ederse, davalı kusurlu sayılır. Davalının kusurlu olup olmadığını belirlemek için, ayrıca somut olaydaki en etkin davranış modelini belirlemek gerekli değildir<sup>307</sup>. Bu nedenle, *Hand formülünün* tatbik edilmesi her zaman etkin/özenli davranışın belirlenmesini sağlamaz<sup>308</sup>.

Şimdi bunu aritmetik bir örnek çerçevesinde somutlaştıralım. III nolu kararı temel alalım. Farz edelim ki istasyonda yayaların alt geçidi kullanmayıp, rayların üstünden geçmesinin 5000 YTL’lik beklenen kaza maliyeti olsun (50000.%10). Bu riskin ise uyarıcı levha, tel örgü, demir parmaklık ve fazladan görevli istihdam edilerek aşağıdaki kurgudaki gibi azaltılabildiğini düşünelim.

**Tablo III**

Tedbirler	Maliyeti	Beklenen Kaza Maliyeti	Sosyal Maliyetler
Tedbir Alınmaması	0	5000	5000
Uyarıcı Pano	100	4000	4100
Tel Örgü	1000	600	1600
Demir Parmaklık	1500	500	2000
Görevli	3000	2200	5200

Açıktır ki bu tabloya göre ekonomik açıdan ideal olan istasyon işletmesinin tel örgü kullanmasıdır (*etkin tedbir*). Zira tel örgü kullanılması durumunda, sosyal maliyetler asgariye inmektedir. Uyarıcı pano ve demir parmaklık kullanılması da, risk değerindeki etkileri açısından katlanılan maliyeti haklı kılmaktadır. Fakat tel örgü ile mukayese edildiği

<sup>307</sup> SCHAFFER/OTT, s.153

<sup>308</sup> Bu doktrinde “sınırlı bilgiye dayanan marjinal standart” (*limited information incremental standard*) olarak da adlandırılmaktadır (HIRSCH, s.143,144).

zaman etkin/optimum tedbirler değildir. Öte yandan görevli kullanılarak riski azaltmak mümkün olmakla birlikte, neden olacağı maliyet, risk değerindeki azalmadan fazla olduğu için alınması gereken bir tedbir değildir. Fakat bu tedbirin alındığı bir durumda da, kişi kusurlu sayılmaz<sup>309</sup>. Mahkeme, iki aşamalı bir değerlendirme yaptığı bir durumda, risk değerini, önleyici tedbirleri ve bu tedbirlerin risk üzerindeki etkilerini ayrı ayrı tespit etmek durumunda kalacaktır. Etkin tedbir belirlendikten sonra, eğer zarar veren bu şekilde davranmışsa kusursuz, aksi halde kusurlu sayılacaktır. Şüphesiz bu son derece güç bir faaliyettir.

Şimdi pratikteki yargılama sürecinde, mahkemenin formülü tatbik ederken etkin/özenli davranışı belirleyip belirlemediğine bakalım. Davalının önleyici tedbir almadığını farz edelim. Zararın gerçekleşmesi üzerine açılan tazminat davasında, davacı açısından önemli olan davalının kusurunu ispatlamaktır. Bu çerçevede davacı, kaza maliyetini etkin bir şekilde azaltan tedbirin varlığını, mesela demir parmaklığın takılması halinde riskin bunun maliyetinden daha fazla azalacağını ispatlayabilirse, davalının somut olayın gerektirdiği özeni göstermediği kabul edilecektir. Kusurun tespiti, sorumluluğun kurulması açısından yeterli olacak, ayrıca özenli davranışın belirlenmesi gerekmeyecektir. Dolayısıyla formül, ihmali, daha etkin bir tedbirin var olup olmadığına göre belirlemekte, yoksa en etkin tedbiri tespit etmek gerekmemektedir.

Şüphesiz bazı hallerde, *Hand formülüne* göre yapılan değerlendirme sonucunda optimum özenli davranış ortaya çıkabilir. Örneğin somut olayın özellikleri, etkin önleyici tedbirin ne olduğuna açık bir şekilde işaret edebilir. Bazen davacının, davalının almadığı, fakat alması gerektiğini ileri sürdüğü tedbir etkin olabilir. Fakat genel olarak formülün, tek aşamada ihmalin olup olmadığını değerlendirmesi, özenli davranışı belirlemeyi gereksiz kılmaktadır<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Bu durumda kişi gereğinden fazla özen göstermiştir. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman bu durum da bir özensizliktir ama hukuken kusurun olduğu söylenemez. Son tahlilde etkin olmayan davranış ile kusurlu davranış aynı şey değildir (bkz. yukarıda §2/III/A).

<sup>310</sup> SCHAFFER/OTT, *Untaken Precaution*, s.28

Bu noktada akla takılan soru, formülün haksız fiil hukukunun amacına uygun olup olmadığıdır? Zira kusur sorumluluğunun etkin olabilmesi için, hukukun belirlediği özen ödevinin, etkin özen ile aynı olması gerektiğini belirtmiştik. Hemen belirtelim ki bu şart değildir. Mahkemenin etkin/özenli davranışı belirlememesi bazı olumsuzluklara yol açabilirse de<sup>311</sup>, önemli olan hukukun yüklediği özen ödevi ölçüsünün toplum tarafından bilinmesidir. Formül daha etkin önleyici tedbir olduğu sürece kişileri bunları almaya teşvik etmektedir. Zira davranışın riskleri ve olası tedbirler hakkında bilgi sahibi olan kişiler, daha etkin tedbirin varlığı halinde zarardan sorumlu olacaklarını bildikleri için, etkin/özenli davranacaklardır. Dolayısıyla bu yaklaşım kademeli olarak kişileri en etkin tedbiri almaya sevk etmektedir. Zaman içerisinde de, tedbirler optimum seviyeye gelecektir<sup>312</sup>.

Konuyu yukarıdaki örnek ile somutlaştıralım. Kişinin uyarıcı pano koyduğunu varsayalım. Şüphesiz bu net fayda sağlayan bir tedbirdir ve daha iyi bir alternatif olmadığı sürece etkin özen standardıdır. Buna karşılık somut olayda daha etkin bir tedbir var ise, bir kazanın ortaya çıkması durumunda kişi bu tedbiri almamışsa kusurlu sayılacaktır. Bu durum onu alternatif önleyici tedbirleri araştırmaya ve en etkin tedbiri almaya sevk eder. Dolayısıyla formül riskleri önleme konusunda etkin saik sağlar. Ekonomik açıdan da önemli olan budur. Üstelik bu yaklaşımın bilgi maliyetleri açısından önemli avantajı vardır. Kusurun bu şekilde tespit edilmesi, tarafları ve mahkemeleri somut riski önleyen tüm tedbirleri, bunların maliyetini ve risk üzerindeki etkilerini araştırmak ve bunları mukayese etmekten (*dolayısıyla da idari maliyetlerden*) kurtarır. Bu, taraflar ve özellikle davacı açısından son derece önemli bir avantajdır. Mesela yukarıdaki olayda, tüm bu tedbirlerin ayrı ayrı değerlendirilmesine gerek olmayıp, davacının daha etkin olan tedbiri almadığının

---

<sup>311</sup> Akla gelen bir olumsuzluk, mahkemenin yapılan bir yargılama sonucunda, *Hand formülüne* göre daha etkin bir tedbirin varlığını tespit etmesi ve bunun toplum tarafından etkin/özenli davranış olarak algılanmasıdır. Bu durumda kişiler doğal olarak etkin olmayan davranışlar sergiler (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/1/b). Oysa mahkeme bu gibi hallerde sadece zarar verenin aldığı tedbirden daha etkin bir tedbirin varlığını tespit etmiştir. Bu ise, tedbirin somut risk açısından sosyal maliyeti aşgariye indiren tedbir olduğu anlamına gelmez. Diğer bir olumsuzluk ise, etkin özenli tedbirin belirlendiği bir kurguya göre, kişilerin daha fazla bilgi maliyetine katlanmak durumunda olmasıdır.

<sup>312</sup> COOTER/ULEN, s.335; SCHAFER/OTT, s.153,157

ispatlanması yeterlidir. Keza bu durum ekonomik teörinin uygulanması ve değerleme sorunu açısından da son derece kolaylaştırıcıdır.

### § 3. Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik ve Nedensellik Kavramının Ekonomik Analizi

#### I. Türk Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik

##### A. Kavram ve Mantıki Nedensellik

Haksız fiil sorumluluğu için aranan bir diğer şart, zararlı sonuç ile davranış (*fiil*) arasında “*nedensellik bağı*”nın<sup>313</sup> bulunmasıdır<sup>314</sup>. Kanun, hukuk uygulamasındaki önemine rağmen nedensellik bağını tanımlamaktan kaçınmıştır<sup>315</sup>. Dolayısıyla bu kavram da, (*diğer temel kavramlar gibi*), büyük ölçüde doktrin ve yargı içtihatları çerçevesinde şekillenmiştir. Açıklamalara başlamadan önce, nedenselliğin (*sadece hukuk alanında değil ve fakat bilim felsefesinde de*)<sup>316</sup> son derece tartışmalı bir konu olduğunu ve fakat çalışmanın kapsamı açısından bu tartışmalara yer verilmeyeceğini belirtelim. Burada sadece, ekonomik analize temel oluşturması için Türk haksız fiil hukukunda nedenselliğin nasıl anlaşıldığı ve nedensellik konusundaki hâkim teori kısaca açıklanacaktır<sup>317</sup>.

---

<sup>313</sup> Doktrinde “*nedensellik*” yerine genellikle, “*illiyet*” terimi kullanılmaktadır. Her ne kadar hukuk alanında illiyet kavramı yerleşmişse de, öz Türkçe olması itibarıyla nedensellik tabirini kullanmayı yeğliyoruz.

<sup>314</sup> Nedensellik kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. EREN Fikret, “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Kuramı”, Sevinç Matbaası, Ankara 1975; ATAMER Yeşim, “Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması-Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları”, Beta Yayınevi, İstanbul 1996

<sup>315</sup> Nedensellik sadece haksız fiil hukukunda değil, genel olarak sorumluluk hukukunda ve hatta ceza hukukunda da önemli uygulama alanına sahiptir. Sorumluluk ister kusur ister kusursuz sorumluluk ilkesine dayansın, sorumluluğun kurulması için nedensellik bağının varlığı mutlaka aranır.

<sup>316</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. EREN, Uygun İlliyet, s. 4-10

<sup>317</sup> Bu çerçevede aşağıda da belirtileceği üzere, birden fazla nedenin zarar üzerinde etkili olduğu haller de kapsam dışı tutulmuştur. Bunun temel nedeni ise, bu hallerin ekonomik analizine yer verilmeyecek olmasıdır.

Nedensellik basit tabirle iki olay arasındaki neden-sonuç ilişkisidir. Haksız fiil hukuku açısından bu, davranış ile zararlı sonuç arasındaki ilişkiyi ifade eder. Kural olarak davranışın hukuki sorumluluğa yol açması için, bunun *mantık* kurallarına göre zararın nedeni olması gerekir. Bir davranışın zararın nedeni olarak kabul edilmesi ise, “*davranış olmasaydı, zarar olmazdı*” şeklinde ifade edilebilir (*but for causation*). Yani X davranışının Y sonucunun nedeni olabilmesi, X’in olmadığı bir kurguda Y’nin gerçekleşmemesi veya X’in Y’nin “*zorunlu şartı*”<sup>318</sup> olması gerekir. Eğer X olmaksızın Y gerçekleşiyorsa, o zaman X, Y’nin nedeni değildir<sup>319</sup>. Zararın nedeni olmayan bir davranış sorumluluğu gerektirmez. Bu anlamda nedensellik bağı her şeyden önce sorumluluğun kurucu unsurudur. Hukuk alanında bu ilişki “*mantıki nedensellik*” (*condictio sine qua non*) olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla nedensellik bağının kurulması için, öncelikle mantıki nedenselliğin varlığını aramak gerekir. Mantıki nedensellik yok ise, nedensellik bağından bahsedilemez.

Fakat salt mantıki nedensellik, hukuki sorumluluğun belirlenmesi açısından yeterli değildir. Somutlaştıralım; tren garında kahve içerken, garson kusurlu bir davranış ile üzerinize kahve döküyor ve kısmen eliniz yanıyor. Tedavisi için zaman kaybettiğinizden dolayı bir sonraki trene biniyorsunuz ve bindiğiniz tren hemzemin geçitte kaza yapıyor. Kazada iki bacağınız birden kırılıyor ve iki ay hastanede kalıyorsunuz. Bu sürede işinize gitmediğiniz için *ekonomik zarara*<sup>320</sup> uğruyor ve iflas ediyorsunuz. Mantıki nedensellik

---

<sup>318</sup> Zorunlu şart, bulunmadığı takdirde sonucun dış âlemde fiilen gerçekleştiği şekilde ortaya çıkması düşünülemeyecek olan şarttır (EREN, s.490).

<sup>319</sup> Burada, zaman akışı içerisinde bir öncelik-sonralık ilişkisi vardır. Ön olay (sebebe) vardır ve sonuç arkasından gelir. Fakat öncelik sonralık ilişkisinin olduğu her durumda sebebe sonuç ilişkisi olmaz (örneğin gece ve gündüz). Bu örnekte, şart ve sebebe (neden) kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Nitekim mantıki neden ve tabii neden şart mefhumunu bu şekilde telakki eder. Yani sonucu meydana getiren şartlardan her biri neden adını alır. Buna karşılık felsefi anlamda neden kavramının farklı bir anlamı vardır. Buna göre, olayı meydana getiren şartlardan her biri neden adını almaz. Her şart sonucu meydana getirebilmek için diğer şartlar ile birleşmek zorundadır. Bu şartlardan biri olmazsa sonuç meydana gelmez. Dolayısıyla bu anlamda neden, şartların tamamını ifade eder. Şüphesiz felsefi anlamda neden kavramı, sorumluluğu kurmak ve kapsamını belirlemek için iyi bir başlangıç noktası değildir. Fakat bir sonucun birden fazla şartın etkisiyle meydana geldiğine vurgu yapması itibarıyla dikkate değerdir (bkz. bu konuda EREN, s.488-489).

<sup>320</sup> Ekonomik zarar kavramı için bkz. aşağıda §4/II/B/2/a ve §4/II/B/2/b



açısından bakıldığı zaman, kahvenin dökülmesi sadece el yanığının değil, bacağıın kırılmasının da nedenidir. Nedensellik bu şekilde anlaşılırsa, sorumluluk sadece yanığın tedavisi ile ilgili zararları değil, bacağınızın kırılması ve bununla ilintili maddi zararları da kapsayacaktır. Acaba bu durumda meydana gelen tüm zararlardan servisi yapan kişiyi sorumlu tutabilir misiniz? Bir başka örnek; farz edelim ki araba sürat limitini aşıyor ve yolda hızla seyrederken yıldırım çarpması nedeniyle bir ağaç yola devrilerek arabaya ve arabadakilere zarar veriyor. Mantıki nedensellik kabul edilirse, sürat kazanın zorunlu şartıdır. Zira hızlı gidilmeseydi, bu türden bir zarar da oluşmayacaktı. Bu durumda arabada zarar görenler, sürücüye karşı tazminat davası açabilir mi?

Her iki örnekte de mantıki nedensellik şartı gerçekleşmekle birlikte, soruların yanıtı olumsuzdur. Bu durum, nedenselliğin salt mantık kuralları tahtında izah edilemeyeceğini açıklamaktadır<sup>321</sup>. Nedensellik esas itibarla hukuki bir kavramdır. Örneklere de görüldüğü üzere, mantıki nedensellik her şeyden önce sorumluluğun kurulmasında belirsizliğe (*indeterminate*) neden olur. Zira sonuç için varlığı gereken her şart *neden (sebe)* olarak görülürse, sonucun pek çok nedenden kaynaklandığı kolaylıkla ileri sürülebilir. Genelde sonuç olarak görülen bir olgu A, B, C, D gibi pek çok şartın bir araya gelmesiyle ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle şartlar arasında “*zihinsel bir filtreleme*” işlemine ihtiyaç vardır. Daha da önemlisi, mantıki illiyet sorumluluğun olağanüstü genişlemesine, kişinin davranışının en uzak sonuçlarından dahi sorumlu tutulmasına neden olur. Davranışı takip eden olaylar zincirinin uzayıp gitmesi neticesinde, davranış pek çok olumsuz sonucun nedeni sayılabilir. Örneğin yukarıdaki örnekte garsonun kusurlu davranışı, iflas ve iflası izleyen muhtemel olumsuzlukların zorunlu şartı ve nedenidir. Oysa

---

<sup>321</sup> Bunun yanı sıra, sadece mantıki nedensellik bazı hallerde mantıksal açıdan dahi yanlış sonuçlara götürebilir. Farazi nedenselliğin söz konusu olduğu haller bunun güzel bir örneğidir. Bilindiği üzere “*farazi nedensellik*”, gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli birden çok nedenin bulunmasına rağmen, bunlardan sadece birinin sonucu doğurması, buna karşılık, bu nedenin gerçekleşmediği bir kurguda, diğer nedenin aynı zarara kesin olarak (ya da kuvvetli bir olasılıkla) yol açacağı halleri ifade eder. Mesela fabrikalardan biri zehirli atıklarını göle boşaltıp, balıklara zarar verdikten sonra diğeri de aynı işlemi yaparsa, burada zarar meydana gelmiş olacağından, ikinci fabrikanın davranışı farazi neden sayılır. Eğer sadece mantıki nedensellik açısından bakarsak, ilk fabrikanın yarattığı kirlilik olmasaydı da, diğer fabrika kirliliğe yol açacağından, burada mantıki nedensellik gerçekleşmemiş sayılacaktır. Oysa kirliliğin nedeni, mantık kurallarına göre ilk fabrikanın eylemidir.

açıktır ki bütün bu zararlardan sorumluluk “*adalet*” ve “*hakkaniyet*” hissine aykırı düşmektedir. Dolayısıyla bir noktada sorumluluğun sınırlandırılması ihtiyacı doğmaktadır<sup>322</sup>.

İşte bu gerekçeler ile özellikle sorumluluğu sınırlandırma amacı güden çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bir tarafta “*şart teorisi*” olarak adlandırılan ve kural olarak şartlar arasında pek bir ayırım yapmayan görüş<sup>323</sup>, diğer tarafta ise “*ayırımçı teoriler*” olarak adlandırılan ve çeşitli ölçütler ışığında şartlar arasından “*hukuki neden*”i bulmayı amaçlayan görüşler nedensellik bağı etrafındaki hukuki tartışmaların çerçevesini çizmektedir<sup>324</sup>. Bugün Türk hukukunda hâkim olan görüş ise, ayırımçı teori arasında zikredilen, “*uygun nedensellik bağı teorisi*”dir<sup>325</sup>. Aşağıda bu teoriyi ele alıyoruz.

## B. Uygun Nedensellik Bağı Teorisi

“*Uygun nedensellik bağı teorisi*”ne göre, fiil, niteliği itibarıyla olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre meydana gelmiş olan zarar türünden bir zarara yol açmaya elverişli ise, fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulmuştur<sup>326</sup>. Teori “*zorunlu şartı*” hareket noktası olarak almakta ve fakat zorunlu olan her şartın değil, olağan

---

<sup>322</sup> Nitekim doktrinde özellikle bu neden üzerinde durulmakta, mantıki illiyet (*ya da eş olarak görülen şart teorisinin*), ilk sonuca eklenen zararlı diğer sonuçlar nedeniyle sorumluluğu olağanüstü ölçüde genişlettiği kabul edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ; s.519; TANDOĞAN, s.74; EREN, s.491; KARAHASAN, s.199; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.572)

<sup>323</sup> Şart teorisi (*zorunlu şart teorisi*), bir zararın meydana gelmesi için zorunlu olan, yani var olmaması durumunda zararın gerçekleşmeyeceği her şartı, zararın nedeni saymaktadır. Dolayısıyla zarar veren, fiilinin zorunlu şart özelliği gösterdiği tüm olumsuz sonuçlarından sorumludur. Şart teorisi büyük ölçüde mantıki nedenselliği, hukuk alanına ithal etmiş gözükmektedir. Buna karşılık bu teori taraftarları, yine de mantıki nedenselliğin olumsuz sonuçlarını törpülemeye yönelik bazı savlar ileri sürmüştür (Bkz. EREN, Uygun İlliyet, s.27 vd.).

<sup>324</sup> Ayırımçı ya da ferdileştirici teoriler, “*son şart teorisi*”, “*denge teorisi*”, “*etkin şart teorisi*” ve “*en etkin şart teorisi*” olmak üzere çeşitli ayırımlara tabi tutulmaktadır. “*Son şart teorisi*” (*proximate cause*), bugün ABD ve İngiliz Hukuklarında egemen nedensellik teorisidir (GLANNON, s.171 vd.; teoriler hakkında ayrıca bkz. EREN, Uygun İlliyet, s.35-47; TANDOĞAN, s.74 vd.).

<sup>325</sup> OĞUZMAN/ÖZ; s.519; TANDOĞAN, s.76; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.573; EREN, s.492; KARAHASAN, s.186

<sup>326</sup> TANDOĞAN, s.77; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.573; EREN, s.492; OĞUZMAN/ÖZ, s.519

hayat tecrübelerine göre genel olarak sonucu meydana getirmeye “*elverişli*” olan ve onu “*kolaylaştıran şart*” ya da şartların “*uygun neden*” sayılacağını belirtmektedir. Genel olarak sonucu meydana getirmeye elverişlilik ise, zorunlu şart sayılan davranışın, *sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırması* halinde söz konusu olur<sup>327</sup>. Bu durumda olayların normal akışı ve olasılık ilişkisi dışında tamamen kendine özgü beklenmedik sonuçlar, davranış ile mantıki nedensellik ilişkisi olsa bile, sorumluluğa yol açmayacaktır. Bu manada teori, zarar vereni davranışının objektif ihtimal dâhilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutarken, her türlü ihtimal dışı, *fevkalade durumların birleşmesi sonucu tesadüfî ve atipik bir şekilde meydana gelen zararlardan doğan sorumluluktan kurtarma amacı gütmektedir*<sup>328</sup>.

Bu noktada cevaplanması gereken soru ise, “*zorunlu*” olduğu belirlenen bir şartın, ne zaman “*uygun*” vasfını alarak hukuki sorumluluğu haklı kılacağıdır. Uygunluk kavramı değerlendirilirken belirleyici olan ölçüt, zararlı sonucun gerçekleşme olasılığının objektif olarak artmasıdır<sup>329</sup>. Şüphesiz bu, öncelikle davranış öncesi durumun risk değerinin (*beklenen zarar maliyetini*) bilinmesini ve bu iki değerink mukayese edilmesini gerektirir. Davranışın risk değerinde ne ölçüde bir artışa yol açmasının yeterli sayılacağı ise, genel olarak tartışma konusudur. Bir kısım yazarlar bu konuda bir sınırlama öngörmezken, genel yaklaşım davranışın *olasılığı önemli ölçüde arttırmasını* aramaktadır<sup>330</sup>. Şüphesiz, risk değerlerini tam olarak bilmek mümkün olmadığı gibi, olasılığın ne zaman önemli ölçüde artmış sayılacağına dair ölçüt vermek güçtür. Hâkim, her durumda hayat tecrübeleri ve sağduyusu ışığında takdir hakkını kullanarak karar verecek ve gerektiğinde bilirkişiden yararlanacaktır.

Tabiatıyla bu değerlendirmenin yapılabilmesi için öncelikle, şart ve sonucun bir ölçüye kadar genelleştirilmesi de gerekir. Genelleştirme yapılmaksızın, olayın ayrıntılarıyla

---

<sup>327</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.60; ATAMER, s.43,44

<sup>328</sup> EREN, s.494

<sup>329</sup> Krş. EREN, Uygun İlliyet, s.62; ATAMER, s.44

<sup>330</sup> EREN, s.74; krş. ATAMER, s.47-49

(zorunlu şartları ile) dikkate alınması durumunda, olasılık değerini bulmak mümkün olmaz. Hatta hayatımızdaki olayların çoğunun bir defaya mahsus olduğu ve atipik olduğu kolaylıkla söylenebilir. Mesela zarara neden olan olay, “yolda düşerek kolunuzu kırmanız” yerine, “akşamüzeri yolun sağ tarafındaki kaldırımda giderken telefonun çaldığı anda düşüp sağ kolunuzu iki yerden kırmanız” şeklinde, tüm ayrıntıları ile betimlenirse, olasılık değeri dramatik bir şekilde değişir<sup>331</sup>. Bu tür bir tanımın olasılık açısından anlamı yoktur. Dolayısıyla gerek şartın, gerekse sonucun bir dereceye kadar somut olaydan soyutlanarak genelleştirilmesi, olasılığı belirlemek açısından zorunludur.

Sonucun<sup>332</sup> genelleştirilmesi görece kolaydır<sup>333</sup>. Özellikle araya herhangi bir eylemin girmediği hallerde sonuç, ölüm, yaralanma, malvarlığının zarara uğraması gibi genel bir şekilde tanımlanabilir (*hukuksal açıdan önem taşıyan sonuç*). Bu hallerde sonucun ayrıntılı betimlenmemesi uygundur. Sorun daha ziyade zamansal olarak araya başka sebeplerin (*dolaylı nedensellik*) girmesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>334</sup>. Mesela trafik kazası sonucunda hafif yaralanan bir kimseyi hastaneye götüren aracın kaza yapması sonucunda kişinin ölmesi veya ameliyat esnasında ölmesi durumunda değerlendirme nasıl olacaktır? Doktrin, araya giren sebeplerin, *uygunluk* filtresinden geçirilmek suretiyle dikkate alınacağını ve bu çerçevede sonucun *sınırlı olarak genelleştirilmesi* gerektiğini kabul etmektedir<sup>335</sup>. Hal böyle olunca ilk trafik kazası ile yaralanma arasında uygun bir nedensellik ilişkisi olmakla birlikte, ilk trafik kazası ölüm olayının uygun nedeni değildir. Artık araya başka bir neden girmiştir. Buna karşılık diğer olasılık, yani ameliyat esnasında ölüm bakımından uygun nedenselliğin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>336</sup>.

---

<sup>331</sup> Olasılık değeri ancak tekrarlanabilen olaylar (*riskler*) açısından belirlenebilir. Genel olarak bir olay ne kadar ayrıntılı tanımlanırsa, bunun gerçekleşme olasılığı o ölçüde azalır. Buna karşılık olay bireysel özelliklerden ne ölçüde soyutlanır ve genelleştirilirse, olasılık değeri o ölçüde artar.

<sup>332</sup> Sonuç, sorumluluğu doğuran davranış veya olayın dış dünyada meydana getirmiş olduğu, hukuken önem arz eden değişikliklerdir (EREN, Uygun İlliyet, s.77).

<sup>333</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.77; EREN, s.495

<sup>334</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.78; ATAMER, s.50; EREN, s.496

<sup>335</sup> ATAMER, s.51, EREN, Uygun İlliyet, s.83; Yarg. 4. HD. 12.12.1989 T. 6461 E. 9570 K. (KARAHASAN, s.531-533)

<sup>336</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.82

Hukuk doktrini şartın genelleştirilmesi sorunu ile daha fazla meşgul olmuş ve bu hususta çeşitli teoriler ortaya atılmıştır<sup>337</sup>. Özetlemek gerekirse bir kısım yazarlar, hâkimin *ex ante*, yani fiil öncesindeki durum esas alınarak değerlendirme yapması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre ancak fiilin işlendiği esnadaki şartlar dikkate alınır ve burada da belirleyici olan risk üzerinde etkili olan şartların *öngörülebilir* olmasıdır. *Ex ante* yaklaşımı benimseyen yazarlar üç gruba ayrılabilir. Bazı yazarlar *sübjektif görüşü* benimseyerek, sadece failin bilebileceği şartların dikkate alınabileceğini kabul etmektedirler. Diğer bazıları *objektif görüşü* benimsemekte ve makul ve ortalama bir kişinin fiilin işlendiği esnada bildiği veya bilmesi gerektiği şartların göz önünde tutularak sonuca varılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Nihayet bir görüş de fiilin işlendiği esnada ancak azami dikkat ve özen sahibi bir kişi (*ideal insan*) tarafından bilinebilecek şartların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir yaklaşım, değerlendirmenin *ex post* yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. *Objektif ex post* teoriye göre, sadece fiilin işlendiği esnada bilinen veya bilinebilecek şartlar değil, sonradan öğrenilen şartlar da dikkate alınabilir. Somut bir örnek vermek gerekirse; öldürücü olmayan bir darbe ile yaralanan ve fakat hemofili hastası olan kişinin ölmesi durumunda, hastalık fiilin işlendiği anda mevcut olduğundan, *ex post* görüşe göre öngörülemez de olsa bu şartın dikkate alınması gerekir<sup>338</sup>. Dolayısıyla hemofili hastasına vurmak, ölüm olayının uygun nedeni sayılır<sup>339</sup>. Oysa *ex ante* görüşlerden herhangi biri kabul edilseydi, fiilin işlendiği esnada risk üzerinde etkili olan bu şartın öngörülebilir olmaması nedeniyle, fiil ölüm olayının uygun nedeni sayılmazdı.

Bugün Türk hukukunda egemen olan *objektif ex post* teoridir<sup>340</sup>. Bu teoriye göre, *ex ante* görüşlerin öngörülebilirliği dikkate alınması, kusur kavramı ile ilgili olup, kusur ile

<sup>337</sup> Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Uygun İlliyet, s.85-97; ATAMER, s.52-57

<sup>338</sup> Yarg. 4. HD. 5.11.1984 T. 6092 E. 8184 K.; HGK. 24.6.1964 T. 508/ D-4 E.481 K. (KARAHASAN, s. 545,546, 565-569) ayrıca krş. von TUHR, s. 81 dpt.5

<sup>339</sup> Bu ve benzeri örnekler açısından uygun nedenselliğin söz konusu olduğu ve fakat sorumluluğun kurulduğu bir olasılıkta dahi BK.m.43 çerçevesinde tazminatın tenkis edilebileceği kabul edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.520; TANDOĞAN, s.78).

<sup>340</sup> TANDOĞAN, s.78; EREN, s.503; ATAMER, s.62; KARASAHAN, s.204; Yargıtay da bu görüşü kabul etmiştir. Bkz. HGK. 24.6.1964 T. 1966/4-508 E. 481 K.

nedenselliğin karıştırılmasına yol açar<sup>341</sup>. Fakat söz konusu teori çerçevesinde önceden öngörülemez şartların da dikkate alınması sorumluluğu genişletmekte ve teoriyi şart teorisine yaklaştırmaktadır<sup>342</sup>. Bu nedenle doktrinde teorinin somut olayda Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralının filtresinden geçirilerek uygulanmasının isabetli olacağı belirtilmektedir<sup>343</sup>.

### C. Tespit ve Değerlendirmeler

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde şu tespit ve değerlendirmeleri yapabiliriz. Haksız fiil hukukunda nedensellik kavramının iki işlevi vardır. Nedensellik bir taraftan sorumluluğu kurmakta, yani davalının hukuken sorumlu olup olmayacağını belirlemekte, diğer taraftan sorumluluğun çerçevesini çizmektedir<sup>344</sup>. Hâkimin geniş takdir yetkisine sahip olduğu bu değerlendirme süreci, iki aşamalıdır. İlk aşamada söz konusu davranışın, zararlı sonucun “*zorunlu şartı*” olup olmadığına bakılmakta (*but for test*), ancak bu şartın gerçekleştiği bir durumda ikinci aşamaya geçilerek, davranışın bu türden sonucun “*uygun nedeni*” olup olmadığı irdelenmektedir. Öncelikle davranış (*objektif ex post*) ve sonuç (*dar anlamda*) genelleştirilerek tanımlanmakta, akabinde ise, davranışın sonucun gerçekleşme (*zarar*) olasılığını (*önemli ölçüde*) arttırıp arttırmadığı incelenmektedir. Genel hayat tecrübeleri ve hayatın olağan akışına göre davranış zararlı sonucun gerçekleşme olasılığını önemli ölçüde arttırıyorsa, davranış ile sonuç arasında uygun nedenselliğin bulunduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık sonucun *atipik* ya da *tesadüfi* olması, nedenselliğin olmadığı sonucuna yol açmaktadır. Önemle vurgulanması gereken nokta, uygun nedensellik teorisinin egemen görüş olmasına rağmen, her durumda<sup>345</sup> tatmin edici çözüm

<sup>341</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.520; ATAMER, s.52,53; EREN, Uygun İlliyet, s.94,95

<sup>342</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.520; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.576; EREN, Uygun İlliyet, s.96; ATAMER, s.63

<sup>343</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.520; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.575 (Nitekim teoriyi ortaya atan RUMELIN, sonradan sorumluluğu sınırlandırmak amacıyla “*hakkaniyet değişiklikleri*” olarak da adlandırılan iki ayrı değişiklik yapmıştır. Bkz. bu konuda ATAMER, s.54,55, EREN, Uygun İlliyet, s.96,97)

<sup>344</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.54

<sup>345</sup> Yargı kararlarında özellikle “*yansıma yolu ile uğranılan zararlar*”ın tazmini meselesinde uygun nedensellik bağının tatmin edici çözüm vermediği belirtilmektedir (4. HD. 25.2.1992. T. 12979 E. 2257 K.; 4.

vermediğinin doktrinde kabul edilmesi<sup>346</sup> ve alternatif bazı teoriler ile tamamlanmasına çalışılmasıdır<sup>347</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar, nedenselliğın salt maddi olayların ispatlanmasına ilişkin bir olgu olmayıp, esas itibarla hukuki ve normatif bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır. Bilhassa uygun nedensellik bağı teorisi açısından geçerli olan bu durum<sup>348</sup>, nedensellik kavramının bir *amaç* tahtında meşru kılınmasını gerektirir. Oysa hukuk doktrinde nedenselliğın normatif temellerine ilişkin tatmin edici bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Teorinin, sorumluluğın sınırlandırılması ihtiyacından doğduğı kabul edilmekle birlikte, asıl ya da nihai amaç net bir şekilde belirtilmemektedir. Örneğın haksız fiil hukukuna atfedilen, “*zarar görenin zararının telafisi amacı*” ile nedensellik teorileri arasında herhangi bir ilişki kurulmadığı gibi, esasen bir uyumsuzluk olduğu dahi söylenebilir<sup>349</sup>. Bu nedenle yapılabilecek ikinci tespit, nedenselliğe ilişkin teorilerin, haksız fiil hukukunun amacı ile paralel, sağlıklı ve tutarlı normatif bir temele dayanmamasıdır<sup>350</sup>. Oysa uygun nedensellik bağı teorisi ekonomik teori ile tamamen uyumludur. Teori, son tahlilde atipik, tesadüfî ve anormal zararları kapsam dışı tutarak, tazminat sorumluluğunu zarar veren bakımından öngörülebilir riskler ile sınırlamaktadır. Kişinin öngöremediğı, atipik, tamamen tesadüfî zararlardan sorumlu tutulması onun herhangi bir şekilde davranışlarını

---

HD. 8.1.1979 T. 13144 E. 38 K.; 8.1.1979 T. 1346 E. 39. K.; 4. HD. 13.3.1978 T. 5312 E. 3193 K.; kararlar için bkz. KARAHASAN, s. 572 vd.).

<sup>346</sup> TANDOĞAN, s.78; EREN, s.504; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.574,575; OĞUZMAN/ÖZ, s.520; teoriye yöneltilen eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, Uygun İlliyet, s.97 vd.; ATAMER, s. 62 vd.

<sup>347</sup> Bkz. ATAMER, s. 69

<sup>348</sup> Her ne kadar mantıki nedensellik kavramı da normatif bir karaktere sahipse de, hukuk doktrinde bu kavramın aranması son derece tabii karşılandığı için varlığını meşrulaştırmak için herhangi bir gerekçe ileri sürülmemektedir. Mantıki nedenselliğın aranması mantığın ve adaletin bir gereğı gibi görülmektedir.

<sup>349</sup> Nedensellik bahsi bakımından, Türk hukukunda haksız fiil hukukunun geneline atfedilen *zarar görenin zararının giderilmesi* amacının benimsenmesi herhalde mümkün değildir. Zira nedenselliğe dair tüm tartışma ve teoriler, büyük ölçüde zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırmayı amaçlamakta ve bu amaçla gelişmektedir. Bkz. İkinci Bölüm §3/I/B/4

<sup>350</sup> Varsayım olarak, nihai amacın zarar verenin tazminat sorumluluğunu adalete uygun bir şekilde sınırlayarak, zararın taraflar arasında paylaşılması olduğu söylenebilir. Şüphesiz amacın bu şekilde ifade edilmesi, neden (*diğer herhangi bir teorisin değil de*) uygun nedensellik bağının tercih edildiğini açıklamamaktadır.

değiştirmeyeceği için, tazminatın ancak zarar verenin davranışlarını *ex ante* etkileyebildiği hallerde uygulanması ekonomik açıdan son derece anlamlıdır.

Yukarıdaki tespite paralel olarak diğer bir tespit, mantıki nedensellik ile uygun nedenselliğin kavramsal olarak son derece farklı olmasıdır. İlki tamamen somut olayın özellikleri çerçevesinde (*sübjektif ve somut*), *ex post* bir bakış açısı ile zarar ve gerçekleşen davranış arasındaki ilişkiyi ele alırken, diğeri belirli bir türden davranışın, (*hukuki açıdan önem taşıyan*) sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığını, *genel, soyut ve ex ante* bakış açısı ile irdelemektedir. Yani önemli olan somut davranışın zarara yol açıp açmadığı değil, hayat tecrübelerine göre böyle bir sonucun doğmasının makul olup olmadığıdır. Dolayısıyla her iki kavram arasında bir bütünlük ya da mantıksal bir ilişki yoktur.

Nihayet yapılabilecek bir diğer tespit, nedensellik hakkındaki açıklamalarda kusur ve kusursuz sorumluluk arasında herhangi bir ayırım yapılmamasıdır. Her ne kadar kusursuz sorumluluk açısından nedensellik bağının daha önemli olduğu kabul ediliyorsa da (*nitekim sebep sorumluluğu teriminin kullanılması bu manada anlaşılabilir*)<sup>351</sup>, bu iki sorumluluk kuralı tahtında ayrı bir değerlendirme yapılmamaktadır. Oysa düşüncemize göre, nedensellik bu iki kural açısından farklı özellikler göstermektedir. Bir kere kusur analizi, zaten bünyesinde nedenselliği ihtiva etmektedir. Bir davranışın özenli olabilmesi, ancak zarar (*ya da risk*) üzerinde etkili olabilmesine bağlıdır. Hal böyle olunca, nedenselliği kusur sorunundan tam olarak soyutlamak mümkün değildir. Nitekim kusurun belirlenmesinde *Hand formülü* uygulandığı bir durumda bu net bir şekilde gözlemlenebilir<sup>352</sup>. Oysa kusursuz sorumluluk açısından, zarar verenin belirli bir davranışa uygun davranıp davranmadığı incelenmediği için, nedensellik her iki işlev açısından da belirleyici olmaktadır. Örneğin bu çerçevede mantıki nedensellik açısından yapılan “*test*” dahi farklılaşır. Kusur sorumluluğunda, nedensellik, özenli davranıldığı bir kurguda ortaya

---

<sup>351</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.3; TİFTİK, s.53; EREN, s.488

<sup>352</sup> *Hand formülü*, kusuru, özenli davranışın risk üzerindeki etkisine göre belirlediğine göre, bu analiz bünyesinde zaten nedensellik içerir. Özenli davranışın *ex ante* açıdan risk üzerinde etkili olması yani zarar olasılığını etkilemesi şarttır. Bkz. bu konuda aşağıda §2/II/B/ ve özellikle §2/II/B/2/a



çıkacak sonuç ile mevcut davranışın sonucu arasındaki mukayesesi sonucunda belirlenir. Özenli davranıldığı bir durumda dahi aynı zarar meydana gelecektse, o zaman zararlı sonuç ile davranış arasında nedenselliğin olmadığını kabul etmek uygun düşer. Buna karşılık kusursuz sorumluluk açısından özenli davranış modeli olmadığına göre, nedenselliğin varlığı, davranışın olmadığı bir kurgu ile yapılan mukayese sonucunda belirlenebilir.

## II. Ekonomik Açıdan Nedensellik Kavramı

### A. Genel Olarak

Hukuk ve ekonomi literatüründe haksız fiil hukukunu konu alan çalışmalar incelendiği zaman göze çarpan hususlardan biri de, nedensellik bağının göz ardı edilmesidir<sup>353</sup>. Özellikle ilk yıllardaki çalışmalardan bu açık bir şekilde gözlemlenebilir. Mesela *Coase*, nedensellik ilişkisini büyük ölçüde reddederek, zararın karşılıklı bir olgu olduğunu belirtmiştir<sup>354</sup>. O'na göre önemli olan, sorumluluğun, değeri maksimize edecek şekilde kurulması olup, bu yaklaşım içerisinde nedenselliğin belirleyici bir rolü yoktur. *Calabresi*<sup>355</sup>, *Landes ve Posner*'in<sup>356</sup> çalışmalarında da buna benzer bir yaklaşım vardır. Yazarlara göre nedensellik değer yargısı hükmüdür. Haksız fiil hukukunun amacının “*ekonomik etkinlik*” olduğu kabul edilirse, nedensellik aslında sosyal maliyetleri asgariye indirecek şekilde davranma iktidarına sahip olan kişinin belirlenerek, sorumlu tutulması meselesidir. Kişinin sorumlu tutulması ekonomik açıdan etkin değilse, nedenselliğin olmadığı kabul edilebilir<sup>357</sup>. Haksız fiil kurallarını biçimsel ve teorik modeller tahtında

---

<sup>353</sup> Aynı görüş için bkz. COOTER, Causation, s.531,532; BEN-SHAHAR, s.645; MICELI, Causation, s.473; MICELI, s.59

<sup>354</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/2

<sup>355</sup> CALABRESI, Causation, s.87

<sup>356</sup> LANDES/POSNER, s.229 (Yazarlara göre: “Eğer haksız fiil hukukunun amacı ekonomik etkinlik ise, davalının zararın sonuçlarından sorumlu tutulması güvenlik ve özene ilişkin kaynakların etkin tahsisini sağladığı sürece, davalının davranışı zararın nedeni sayılacaktır. Davalının farklı şekilde davranması etkinliği sağlamıyorsa, kazanın nedeni sorumluluğun söz konusu olmadığı doğal afet (mücbir sebep) veya başka bir nedene dayandırılacaktır. Bu bakış açısına göre, zarar veren ancak zararı en az maliyetle önleyen taraf (cheapest cost avioder) ise zararın nedenidir.”

<sup>357</sup> LANDES/POSNER, s.229

inceleyen çalışmalarda da nedensellik başlı başına inceleme konusu olmamış, özen maliyeti ile olasılık değişkeni arasında *fonksiyon* ilişkisi olarak belirtilmiştir<sup>358</sup>. Buna göre, özen gösterilmesi, zarar olasılığını ve dolayısıyla da riski azaltır. Özenli davranış, olasılık değerini azalttığı için, doğası gereği, zararlı sonuç ile arasında *ex ante* nedensellik bağı vardır. Tabiatıyla bu yaklaşım mantıki nedensellik kavramını izah etmekten uzaktır<sup>359</sup>. Özetle bu çalışmaların tamamında nedensellik, özen maliyeti ve riski optimize eden en etkin tedbiri kimin alabileceğinin belirlenmesine indirgenmektedir<sup>360</sup>.

Kısaca özetlediğimiz bu yaklaşım, nedensellik kavramının başlı başına inceleme konusu olmasıyla zaman içerisinde değişmeye başlamıştır<sup>361</sup>. Buna karşılık nedenselliğin hukuk alanında olduğu gibi, ekonomik analizde merkezi bir yerinin olduğunu söylemek güçtür<sup>362</sup>. Hatta nedenselliğe dair bu yaklaşım, hukuk ve ekonomi öğretisinin (*haksız fiil*

---

<sup>358</sup> BROWN John, “Toward an Economic Theory of Liability”, Journal of Legal Studies, Vol. 2 (1973) 323-348; COOTER, s.534; COOTER/ULEN, s.316

<sup>359</sup> Özen, risk üzerinde etkili olan davranış değişiklikleri olduğuna göre, *ex ante* açıdan bu davranışlar ile zararlı sonuç arasında nedensellik olması tabiidir. Fakat bu durumda, *ex post* özellikleri olan mantıki nedenselliğin ayrıca açıklanması gerekir.

<sup>360</sup> BEN-SHAHAR, s.646; COOTER, Causation, s.540

<sup>361</sup> Bu konuda özellikle 1987 tarihinde Chicago-Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde düzenlenen “*Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik*” konulu sempozyum örnek olarak zikredilebilir. Bunun dışında konu ile ilgili olarak bkz. BEN-SHAHAR, “Causation and Forseeability”, Encyclopedia of Law and Economics, s.644-668; CALABRESI Guido, “Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.”, University of Chicago Law Review, Vol. 43 (1975/1976), s.69-108; COOTER D. Robert, “Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation”, Chicago Kent Law Review, Vol. 63 (1987), s.522-551; GRADY Mark F., “Proximate Cause and the Law of Negligence”, Iowa Law Review, Vol. 69 (1984), s.537-573; KAHAN Marcel, “Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule”, Journal of Legal Studies, Vol.18, (1989), s.427-447; LANDES William M./POSNER Richard A., “Causation in Tort Law: An Economic Approach”, Journal of Legal Studies, Vol. 12 (1983), s.109-134; MARKS Stephen, “Discontinuities, Causation and Grady’s Uncertainty Theorem”, Journal of Legal Studies, Vol.23, (1994), s.287-301; MICELI Thomas, Cause in Fact, Proximate Cause and the Hand Rule: Extending Grady’s Positive Economic Theory of Negligence”, International Review of Law and Economics, Vol. 16 (1996): s.473-482, SHAVELL Steven, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, The Journal of Legal Studies, Vol. 9 (June 1980), s.463-516; SHAVELL Steven, “Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability in the Law of Torts”, Journal of Law and Economics, Vol. 28 (1985), 463-516; SHAVELL Steven, “Causation and Tort Liability”, The Palgrave Dictionary of Economics and the Law, (Edited by Peter NEWMAN) Vol. I, A-D, 1998, ayrıca bu konuda geniş bir literatür için bkz. BEN-SHAHAR, s.664-667

<sup>362</sup> MICELI, Causation, s.473

*hukukunun ekonomik analizinin*) eleştirildiği konuların başında gelmektedir<sup>363</sup>. Bu bağlamda, ekonomik teorinin nedensellik kavramını başarılı bir şekilde izah edemediği yönünde yaygın görüşler vardır<sup>364</sup>. Bunun nedenleri çeşitlidir. Bunlardan ilki, herhalde, ekonomik analizin meseleleri basite indirgeme kaygısıdır<sup>365</sup>. Farklı kuralların teorik modeller tahtında analitik bir şekilde incelenmesi, sorunu soyutlayarak basitleştirmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu ise, zaten son derece karmaşık olaylarda karşılaşılan nedensellik sorunlarının göz ardı edilmesini gerektirmektedir. Bir diğer neden, ekonomik analizde kusur kavramının nedensellik bağını ihtiva edecek şekilde anlaşılmasıdır. Yukarıda özetlendiği üzere, *Hand formülü* kusurun varlığını, özen maliyetleri ile risk değeri arasındaki fonksiyonel ilişkiye göre belirlemektedir<sup>366</sup>. Davranışın özenli sayılabilmesi için, aynı zamanda riski (*olasılık değerini*) objektif olarak etkilemesi, yani onun “*uygun nedeni*” olması gerekir. Bu ise, aslında uygun nedenselliğin farklı bir şekilde ifadesinden başka bir şey değildir<sup>367</sup>. Nihayet ekonomik analiz *ex ante* vasfa sahiptir<sup>368</sup>. Bu ise, temelde *ex post* bakış açısına dayanan mantıki nedensellik kavramının göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir<sup>369</sup>.

---

<sup>363</sup> BURROWS, s.29,30; ayrıca bkz. WRIGHT Richard, The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics, The Chicago-Kent Law Review, Vol. 63 (1987), s.553-578; EPSTEIN Richard E., “Causation in Context: An Afterword” The Chicago-Kent Law Review, Vol. 63 (1987), s.653-680 (belirtelim ki bu eleştiriler özellikle ekonomik etkinlik karşısında alternatif bir paradigma olarak nitelendirilebileceğimiz haksız fiil hukukunda “*denkleştirici adalet*” (*corrective justice*) amacını benimseyen görüşe mensup müellifler tarafından ortaya atılmaktadır).

<sup>364</sup> BURROWS, s.35 vd.; CALABRESI, Causation, s.89,100 vd.

<sup>365</sup> MICELI, s.41

<sup>366</sup> Bkz. yukarıda §2/II/B/1

<sup>367</sup> Şüphesiz bu, kusursuz sorumluluk açısından nedensellik bağının nasıl kurulması gerektiğini açıklamamaktadır. Buna karşılık doktrinde (*salt kusur sorumluluğu açısından*) hand formülünün yanı sıra (*uygun*) nedensellik teorisine gerek olmadığına dair görüşler bulunmaktadır (GRADY, Untaken Precautions, s.139 vd.; MICELI, Causation, s.474,477). Fakat bu iddianın tartışmalı olduğunu belirtelim. Zira ileride de açıklanacağı üzere, öngörülebilirlik hand formülü ve uygun nedensellik teorisi açısından ayrı ayrı ele alınmaktadır.

<sup>368</sup> Burada söz konusu olan kişinin zarar olasılığı çerçevesinde, özen göstermeye dair seçimin doğru yapıp yapılmadığıdır.

<sup>369</sup> Ekonomik modeller zarar verenin (veya risk üzerinde etkili olan kişinin) özen göstermeye dair seçimlerine odaklandığı için, *ex post* yaklaşımı esas alan mantıki nedenselliğin kurgulanması güç gözükmemektedir. Zira bu aşamada henüz zarar doğmadığı için, zarar bir olasılıktan ibarettir ve kazanın sübjektif durumu hakkında zarar verenin bilgisi yoktur (bkz. MICELI, Causation, s.474; BURROWS, s.31, ayrıca krş. CALABRESI, Causation, s.85-87). Kusur sorumluluğunun uygulandığı bir durumda, mantıki nedensellik şartının

Bu açıklamalar çerçevesinde, nedensellik sorununa ekonomik açıdan nasıl yaklaşıldığını kısaca belirtelim. Ekonomik açıdan haksız fiil tazminatı dışsal maliyetleri içselleştirme, yani kişiyi riski etkin bir şekilde önleme hususunda isabetli kararlar almaya teşvik etmekteydi. Sorumluluğun bir şartı olarak nedensellik koşulu (ve buna ilişkin teoriler) kişilerin özen göstermeye dair saiki üzerindeki etkisi açısından ele alınmakta, etkin davranmaya teşvik ettiği ölçüde yerinde görülmektedir<sup>370</sup>. Bu çerçevede düşünüldüğü zaman, kişinin davranışı ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının olması tabiidir. Sorumluluğun kişiyi etkin davranmaya sevk etmesi, ancak kişinin davranışını, bunun diğer kişiler üzerindeki olumsuz etkisi ile ilişkilendirdiği halde mümkün olur. Kişi mantık kuralları çerçevesinde bir neden-sonuç ilişkisi kuramazsa, davranışının olumsuz sonuçlarını dikkate almaz<sup>371</sup>. Bu çerçevede kişinin davranışı ile risk (ve bu bağlamda zararlı sonuç) arasında bir nedensellik olmalıdır. Kişinin herhangi bir şekilde etkileyemediği ve dikkate alamayacağı riskler için sorumlu olması ise, ekonomik teori açısından anlam taşımamaktadır.

Aşağıda nedensellik kavramına hukuk ve ekonomi öğretisinde nasıl yaklaşıldığı açıklanacaktır. Fakat bu başlık altında nedensellik ile ilgili tüm sorunların ele alınmayacağını, özellikle analizi basit tutmak adına, esas olarak tek kişinin davranışının zararın nedeni olduğu halleri inceleyeceğimizi belirtelim. Bu çerçevede nedensellik bağının temel ayaklarını oluşturan, *mantıki* ve *uygun nedensellik* ekonomik açıdan açıklanacak, akabinde ise hukuk ve ekonomi öğretisinde inceleme konusu yapılan “*ihtimali nedensellik*” kavramına yer verilecektir. Birden fazla kişinin muhtemel zarar üzerinde etkili olması hali, takip eden kısımlar içerisinde kısmen ele alınmıştır<sup>372</sup>.

---

sorumluluğu sınırlayarak kişinin beklenen maliyetlerindeki “kopukluğu” ortadan kaldırması, buna karşılık klasik ekonomik analizin bunu göz ardı etmesi herhalde bunun tipik örneğidir.

<sup>370</sup> SCHAFFER/OTT, s.202

<sup>371</sup> CALABRESI, Causation, s.84

<sup>372</sup> Çoğu kez risk, birden fazla kişi tarafından kontrol edilebilir. En başta zarar gören ve zarar veren olarak adlandırılan kişilerin riski azaltabildiği söylenebilir. Ekonomik yaklaşım genellikle bu kişiler arasında bir ayırım yapmaz. Önemli olan riskin etkin bir şekilde azaltılmasıdır. Burada hukuk bir araç olarak

## B. Mantiki Nedensellik

### 1. Genel Olarak

*Nedensellik* bağının kurulmasında *mantiki nedenselliğin* aranması çok tabii gözükse de, ekonomik açıdan bu şartın aranmasının ne anlama geldiğini açıklamakta fayda vardır. Mantiki nedenselliğin iki temel özelliği vardır. Somut olayın özelliklerini dikkate alması itibarıyla *sübjektiftir ve ayrıca ex post* bir bakış açısına dayanmaktadır. Zarar gerçekleşmiştir ve geriye dönük olarak zarar verenin başka türlü davranmış olması durumunda sonucun farklı olup olmayacağı incelenir. Eğer zarar verenin davranışı olmaksızın dahi zararın meydana geleceği söylenebiliyorsa, davranış zararlı sonucun nedeni olarak görülmemekte ve dava reddedilmektedir<sup>373</sup>. Bu açıdan mantiki nedensellik sorumluluğu sadece zarar verenin neden olduğu zararlar ile sınırlamaktadır.

Ekonomik teori, mantiki nedenselliği kişilerin özen göstermeye dair saiki üzerindeki etkisi açısından değerlendirir. Tahmin edileceği üzere, sorumluluğun bu şekilde sınırlanması kişinin özenli davranmaya dair saikini olumsuz bir şekilde etkilemez. Kişilerin sadece davranışları ile yol açtıkları zararlardan sorumlu tutulması, onlara “*etkin saik*” sağlaması açısından yeterlidir. Kabaca belirtmek gerekirse, mantiki nedensellik sorumluluğu *davranışın sosyal maliyette neden olduğu artış ile sınırlayarak özenli davranış*

---

düşünülmekte, kimin riski daha etkin bir şekilde ortadan kaldıracığı meselesine odaklanılmaktadır. Birden fazla kişinin zararın nedeni olduğu haller çok çeşitli olabilir. Bu çalışmada sadece zarar veren ve zarar görenin karşılıklı olarak zararı kontrol edebildiği bazı haller incelenmiş, bunun yanı sıra olumsuz davranış ve hukuka aykırılık sorunu çerçevesinde bazı tartışmalara yer verilmiştir. Bkz. aşağıda §5/I/B, §5/II/D ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/B/5, §2/III/A/2

<sup>373</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisinde mantiki nedenselliğin tanımı şu şekilde verilmektedir: “*Genel olarak bir davranışın (başka bir davranış karşısında) zararlı sonucun zorunlu şartı (mantiki nedeni) olması, belirli bir kurguda (state of the world), başka şekilde davranılsaydı sonucun farklı olması halinde gerçekleşir.*” (SHAVELL, Causation, s.467). Örneğin sürücünün hızlı sürmesinin trafik kazasının nedeni olarak görülmesi, (aynı hava ve yol koşulları altında) sürücünün hızını azalttığı bir durumda trafik kazasının olmadığı varsayımına dayanır. Aksi durumda yani sürücünün davranışlarını değiştirdiği bir durumda dahi zarar meydana gelmişse, zorunlu şarttan bahsedilemez. Mantiki nedenselliğin aranması, fiilen, kişinin hukuki sorumluluğunun sadece davranışın zararlı sonuç üzerinde etkili olduğu kurgu ile sınırlanması anlamına gelmektedir. Nedensellik şartı, kişinin sonucu etkilemediği diğer tüm kurguları kapsam dışı tutmaktadır.

*konusunda etkin saik sağlamaktadır*<sup>374</sup>. Buna karşılık her ihtimalde, yani *daha farklı (özenli) davranılması halinde dahi* meydana gelen zararlardan da sorumlu tutmak, özen saiki açısından önemli bir fayda sağlamayıp, kaynakların yargılama sürecine aktarılması (*idari maliyetlerin artması*) anlamına gelmektedir<sup>375</sup>. Örneğin kişinin yangın söndürücü bulundurduğu bir durumda dahi, (*başka bir nedenin etkili olması nedeniyle*) yangını önlemesi mümkün değilse, kusurlu sayılarak sorumlu tutulması özen göstermeye dair saikini arzu edilen şekilde değiştirmez. Bu sadece yargılama nedeniyle idari maliyetleri arttırır. Fakat yine de, sorunu bir örnek tahtında incelemekte fayda vardır. Zira mantıki nedenselliğin aranmadığı, yani kişinin özen gösterdiği durumda bile meydana gelecek zarardan sorumlu tutulduğu ihtimalin incelenmesi, ilginç bazı sonuçlara yol açmaktadır.

Basit bir örnek ile açıklayalım<sup>376</sup>. Farz edelim ki fabrikanın atıklarını göle bırakması nedeniyle göldeki balık çiftliğinde 1000 YTL zarar oluşsun. Yine aynı balık çiftliğinde kullanılan kalitesiz yem nedeniyle 500 YTL tutarında zarar meydana gelsin. İçselleştirme açısından, fabrikanın sadece *neden olduğu* zararlardan sorumlu tutulması yeterlidir. 500 YTL'lik zarar başka bir nedenden kaynaklandığına göre, bundan sorumlu tutulması kural olarak fabrikanın özen saikini arzu edilen yönde değiştirmeyecektir<sup>377</sup>. Meseleyi kusur ve kusursuz sorumluluk halleri açısından ayrı ayrı ele alalım.

## 2. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk halinde, fabrika nedensellik bağı içerisindeki tüm zararlardan sorumludur. Mantıki nedensellik, sorumluluğu 1000 YTL ile sınırlamakta ve zararı önleme hususunda uygun saik sağlamaktadır. Örneğin 300, 400 ve 1200 YTL'lik

---

<sup>374</sup> SHAVELL, s.108; SHAVELL, Causation, s.476

<sup>375</sup> LANDES/POSNER, s.236; COOTER, s.536,537

<sup>376</sup> Sorunun kolay ifadesi ve ayrıca kusursuz sorumluluk kuralında mantıki nedenselliğin etkisinin daha iyi görülebilmesi açısından yukarıdaki basit örnek tercih edilmiştir. Buna karşılık zararın gerçekleşmesinin kesinlik arz etmediği (*olasılık değerlerin söz konusu olduğu*) daha gerçekçi örnekler verilebilir. Bunlar için özellikle bkz. SHAVELL, Causation, s.463-490

<sup>377</sup> Başka bir nedenin zarara neden olmasının anlamı ise, kişinin davranışlarının o zarar üzerinde etkili olmamasıdır. Bu durumda davranışın değiştirilmesi, örneğin özenli davranılması zararı etkilemez.

arıtma cihazlarının (*önleyici tedbir-niteliksel özen*) bulunduğu bir kurguda, ekonomik açıdan arzu edilen 300 YTL'lik bir tedbirin alınmasıdır. Tazminatın sınırlanması ise bu tedbiri alma hususunda uygun saik sağlar. Mantıki nedenselliğin olmadığı bir kurguda ise, fabrika 1500 YTL'lik zarardan sorumlu olur. Peki, bu fabrikanın seçim ve davranışlarını nasıl etkiler? Fabrikanın sorumluluğunun artması tedbir alma yönündeki saikini güçlendirirse de<sup>378</sup>, daha farklı (mesela 1200 YTL'lik) bir tedbir almaya sevk etmeyecektir. Zira mantıksal olarak, fabrikanın özen seviyesini değiştirmesi 500 YTL üzerinde etkili olmadığı için, fabrika yine etkin tedbir olan 300 YTL'lik arıtma cihazını kullanacaktır<sup>379</sup>. Dolayısıyla “*niteliksel özen*” açısından mantıki nedenselliğin aranmaması ilginç bir şekilde kişinin önlem almaya dair saikini olumsuz etkilemez<sup>380</sup>.

Buna karşılık “*niceliksel özen*” açısından sonuç farklı olabilir<sup>381</sup>. Fabrikanın neden olmadığı zarardan sorumlu olması, fabrikanın faaliyet maliyetini 1000 YTL'den 1500 YTL'ye çıkarır. Bu ise sosyal açıdan arzu edilen üretim faaliyetini olumsuz etkileyebilir. Farz edelim ki zararı önleyecek herhangi bir teknoloji bulunmasın. Bu durumda fabrika 1000 YTL'den daha fazla kar elde ediyorsa, örneğin 1200 YTL, fabrikanın faaliyetine devam etmesi net refah yarattığı için arzu edilir. Fakat mantıki nedenselliğin aranmaması, sorumluluğu 1500 YTL'ye çıkaracağı için, tazminat fabrikanın katlanamayacağı bir yük haline gelir ve faaliyet açısından “*yıkıcı*” (*crushing liability*) olabilir<sup>382</sup>. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk açısından mantıki nedensellik şartının aranması, fabrikanın sadece faaliyeti ile ilgili sosyal maliyet artışından sorumlu olmasını sağlayarak, faaliyet seviyesi açısından etkin seçimler yapmaya teşvik etmektedir.

---

<sup>378</sup> Özellikle olayımızdaki gibi, zararın kesin değil, ihtimal içerisinde olduğu hallerde, muhtemel tazminatın kapsamının daha geniş olması (*yani mantıki nedensellik çerçevesinde sınırlanmamış olması*), özen ödevinin doğru belirlenmiş olması şartıyla (*ki bu sadece davranışın zararın mantıki nedeni olduğu kurgulara göre belirlenir*) kişinin özenli davranmaya dair saikini kuvvetlendirecektir (SHAVELL, Causation, s.489).

<sup>379</sup> Şüphesiz bu durum fabrikanın 500 YTL'lik zararın kendi faaliyetinden kaynaklanmadığını bilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Eğer fabrikanın bu hususta bilgisi yok ise, 1500 YTL'den sorumlu olması sosyal açıdan arzu edilen seviyeden daha fazla tedbir almaya sevk edebilir.

<sup>380</sup> BEN-SHAHAR, s.649; SHAVELL, s.108

<sup>381</sup> Niteliksel ve niceliksel özen kavramları hakkında bkz. İkinci Bölüm §3/II/B/2, ayrıca yukarıda §2/II/B/2/b ve Dördüncü Bölüm §2/III/A ve §2/III/B

<sup>382</sup> SHAVELL, Causation, s.476; SHAVELL, s.108; LANDES/POSNER, s.236,237; BEN-SHAHAR, s.650

### 3. Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğunun özen gösterme hususunda etkin saik sağlaması, mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni, etkin bir şekilde belirlemesi halinde mümkün olur<sup>383</sup>. Yukarıdaki örnek çerçevesinde bu, 300 YTL'lik önleyici tedbirin (*arıtma cihazının*) alınması anlamına gelir. Fabrika bu maliyete katlandığı takdirde sorumluluktan kurtulacak, aksi halde, tüm zarardan sorumlu olacaktır. Mahkemenin özenli davranış modelini bu şekilde belirlediği bir kurguda, mantıki nedensellik şartının aranmaması, fabrikanın tedbir alma yönündeki saikini olumsuz etkilemez. Fabrika tedbir aldığı bir durumda 300 YTL'lik, tedbir almadığı durumda ise 1500 YTL'lik bir maliyet ile karşı karşıya kalacak ve tabiatıyla önleyici tedbir almayı tercih edecektir. Hatta sorumluluğun genişlemesi, mahkemenin özen ödevini etkin olarak belirlediği bir ihtimalde, özenli davranma yönünde daha güçlü bir güdü yaratmaktadır<sup>384</sup>. Üstelik kusur kuralı, özenin niceliksel boyutunu kontrol edemediği için<sup>385</sup>, kusursuz sorumluluğun tatbik edilmesi halinde ortaya çıkan *yıkıcı etki* burada görülmez<sup>386</sup>. Görüldüğü üzere, kişi, neden olmadığı zararlardan sorumlu olsa da, (*niteliksel*) etkin özen göstermeye devam edecektir<sup>387</sup>. Bunun belirgin nedeni, etkin özenin, zaten davranışın zararı etkilediği kurgular (*states of the world*) dikkate alınarak belirlenmesidir. Etkin özen, önleyici tedbir almanın zararı üzerindeki etkili olduğu kurgular dâhilinde belirlendiğine göre, kusurun belirlenmesi zaten bünyesinde nedenselliği de içerir<sup>388</sup>.

Bu noktada, klasik ekonomik analizde göz ardı edilen ve fakat mantıki nedenselliğin kusur sorumluluğunda ortaya çıkması muhtemel farklı bir etkisine değinmek gerekir. Mantıki nedensellik, kusurlu olması durumunda, kişiyi tüm zararlardan değil,

---

<sup>383</sup> Özenli davranışın ne zaman etkin olduğu ve bunun nasıl belirlenebileceği hususundaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm §3/II/B/2 ve yukarıda §2/II/A, ayrıca §2/II/B, §2/II/C/3/b/bd

<sup>384</sup> Bu kusur sorumluluğu kuralının, özenli ve özensiz davranışın beklenen maliyetlerinde yarattığı kopukluğun özel bir uygulama alanıdır (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/d).

<sup>385</sup> Bkz. bu konuda aşağıda §2/II/B/2/b ve ayrıca Dördüncü Bölüm §2/III/B/1/d

<sup>386</sup> BEN-SHAHAR, s.651

<sup>387</sup> SHAVELL, s.108; BEN-SHAHAR, s.650

<sup>388</sup> BEN-SHAHAR, s.650; krş. SHAVELL, s.108; POSNER, s.199



sadece özensiz davranmanın sonucu olan zararlardan sorumlu kılmaktadır. Yani özen gösterildiği bir kurguda da zaten gerçekleşecek olan zararlar, kapsam dışıdır. Bir örnek ile somutlaştıralım<sup>389</sup>. Farz edelim ki şehir içindeki futbol halı sahası, dışarıya kaçan topolar nedeniyle çevredekiler açısından bir tehlike oluştursun. Saha sahibinin bu riski, tel örgü yaparak önleyebildiğini ve futbol sahasının çevresini 8 metre yüksekliğinde tel örgü ile çevrelediğini varsayalım<sup>390</sup>. Fakat tabloda gösterildiği üzere, etkin özenin 8 metre olmadığını düşünelim.

**Tablo IV**

Tel örgü yüksekliği	Tel örgü maliyeti	Zarar (beklenen) maliyeti	Toplam maliyet
7 M	70 YTL	140 YTL	210
8 M	80 YTL	125 YTL	205
9 M	90 YTL	110 YTL	200
10 M	100 YTL	90 YTL	190
11 M	120 YTL	85 YTL	205

Olayı tasvir eden bu kurgu çerçevesinde saha sahibinin tel örgüyü 8 değil, 10 metre yapmasının *etkin özen* olduğu kolaylıkla görülmektedir. Zira bu seviyede sosyal (*birincil*) maliyetler asgariye indirilmektedir. Bu sonuca *Hand formülü* ile de varılabilir<sup>391</sup>.

<sup>389</sup> Benzer örnek için bkz. MICELI, s.59,60

<sup>390</sup> Yukarıda verilen örnek, bu çalışmada verilen diğer örneklerde olduğu gibi, tamamen sorunun açıklanması amacını taşımakta olup, pozitif hukukun sorumluluğu kime ve nasıl atfettiği meselesinden soyutlanmıştır. Buna karşılık böyle bir kurguda halı saha sahibinin BK.m.58 çerçevesinde yapı malikinin sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutulması mümkündür. Anılan hüküm, her ne kadar kusursuz sorumluluk olarak zikredilse de, yapılan analiz açısından kanımızca kusur kuralına daha yakındır (bu konudaki görüşümüz için bkz. Dördüncü Bölüm §2/II/B).

<sup>391</sup> Kişinin 8 metre yüksekliğinde tel örgüyü 9 metreye çıkarması, özen maliyetlerinde 10, buna karşılık beklenen kaza maliyetlerinde 15 YTL'lik bir azalma sağlamakta (net 5 YTL fayda), 9 metreden 10 metreye çıkarması ise net 10 YTL fayda sağlamaktadır. Bu çerçevede 8 metreden 10 metreye çıkarmasının sağladığı net fayda 15 YTL'dir. Buna karşılık 10 metreden 11 metreye çıkarmanın maliyeti 20 YTL, sağladığı fayda ise 5 YTL'dir. Dolayısıyla marjinal olarak daha fazla özen göstermek, sağladığı faydayı haklı kılmadığından, ekonomik açıdan isabetli değildir. Hand formülüne göre kişinin tel örgüyü 11 metreye çıkarmasına gerek yoktur.

Klasik yaklaşıma göre, saha sahibi gereken özeni göstermediği için topun çevrede meydana getirebileceği her türlü zarardan sorumludur. Bu bağlamda, zararın, 10 metre yüksekliğinde (*ya da daha üzerinde*) bir tel örgü kullanıldığı faraziyede de ortaya çıkacak olması önemsizdir. Tüm bu zararlardan saha sahibi sorumludur. Oysa mantıki nedensellik, gereken özen gösterilseydi dahi ortaya çıkacak zararları kapsam dışı tutmaktadır. Bu durumda saha sahibi 10 metrelik tel örgü kullanılması durumunda da meydana gelecek zararlardan değil, sadece 8-10 metre arasında bir tel örgü kullanılması halinde meydana gelecek zararlardan sorumlu olmalıdır.

Bu farklılığın ekonomik sonucu ise ilginçtir. Bunu açıklamak için öncelikle klasik yaklaşıma değinelim. Klasik yaklaşım, kişinin tüm zarardan sorumlu olduğunu varsaydığı için, kişinin gereken özeni göstermediği durumda muhatap olacağı beklenen maliyet (*tüm zararları kapsayacak şekilde*) yüksektir. Fakat özen ödevi yerine getirildiği durumda beklenen maliyet, önemli ölçüde azalarak salt özen maliyeti ile sınırlı olmaktadır. Bunun doğal sonucu ise, kusur sorumluluğunda özenli davranışın beklenen maliyetlerde bir “kopukluğa” yol açmasıdır<sup>392</sup>. İşte mantıki nedensellik, sorumluluğu sınırlayarak kişinin özen göstermediği bir kurgudaki beklenen maliyetini azaltmaktadır. Şimdi bunu tablo ışığında gösterelim.

**Tablo V**

<i>Tel örgü yüksekliği</i>	<i>kusur kuralı ışığında maliyet</i>	<i>kusur+mantıki nedensellik ışığında maliyet</i>
7 M	70+140=210 YTL	70+50=120 YTL
8 M	80+125=205 YTL	80+35=115 YTL
9 M	90+110=200 YTL	90+20=110 YTL
10 M	100 YTL	100 YTL
11 M	120 YTL	120 YTL

<sup>392</sup> MICELI, Causation, s.476; SHAVELL, Causation II, 212, COOTER/ULEN, s.327,338; bu kopukluk hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/d

Görüldüğü üzere, klasik (öğretinin) kusur analizinde, kişi özen göstermediği bir durumda beklenen maliyeti 200 YTL olurken, özen göstermesi bu maliyeti 100 YTL aşağı çekmektedir. Beklenen maliyetlerdeki bu “kopukluk” ise, doğal olarak, kişide özenli davranma yönünde kuvvetli bir saik yaratır<sup>393</sup>. Kişi, tel örgü yüksekliğini sadece 1 metre arttırmak suretiyle beklenen maliyetini önemli ölçüde azaltabileceği için, mutlaka özenli davranmayı tercih edecektir. Nitekim bu olgu kusur sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk karşısında bir avantajı olarak zikredilmektedir<sup>394</sup>. Fakat mantıki nedensellik, sorumluluğu sınırladığı için bu kopukluğu ortadan kaldırmaktadır<sup>395</sup>. Bu nedenle, her ne kadar kişinin özenli davranmaya dair saiki devam etse de, bu saik, mantıki nedenselliğin söz konusu olmadığı bir kurguya göre daha zayıftır. Şüphesiz bunun olumsuzluğu (*en azından olayın özellikleri itibarıyla bu tür durumları ortaya çıkabileceği hallerde*)<sup>396</sup>, kusur sorumluluğunun özenli davranma yönünde sanıldığı ölçüde güçlü bir saik yaratmamasıdır<sup>397</sup>. Faydası ise, özenli davranış modelinin belirsizlik arz ettiği hallerde<sup>398</sup>, bilinçli olarak gereğinden fazla özen gösterme yönünde saikin zayıflamasıdır<sup>399</sup>.

---

<sup>393</sup> COOTER/ULEN, s.327; MICELI, s.45,46.

<sup>394</sup> Bunun yansımaları hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/1/e ve ayrıca §2/III/D

<sup>395</sup> GRADY, Negligence, s. 816,817; MICELI, s.60,61; MICELI, Causation, s.476; SHAVELL, Causation II, s.212; BEN-SHAHAR, s.651,652; ayrıca bkz. MARKS, s.287-301; KAHAN, s.427-447

<sup>396</sup> Sorumluluğun kapsamının bu şekilde daralması ya da genişlemesi, özenli davranışın seviyesinin aşamalı olarak kontrol edilebilmesi ile mümkündür. Tel örgünün yüksekliğinin ayarlanabilmesi veya arabanın süratının ayarlanabilmesi gibi özenli davranışlar açısından, mantıki nedenselliğin bu türden bir etkisi olabilir. Buna karşılık her zaman mahkemenin bu türden bir değerlendirme yapması mümkün olmadığı gibi, (*örneğin 11 metre tel örgü yapılıyorsa da bu zarar meydana gelecekti*) bazı hallerde önleyici tedbirin vasfı itibarıyla bu tür bir sınırlama söz konusu olmaz. Örneğin önleyici tedbir tel örgünün yapılması ya da yapılmaması olarak telakki edildiği bir durumda, mantıki nedensellik sadece kişinin tel örgü yaptığı bir durumda dahi meydana gelecek zararları kapsam dışı tutmaktadır ki, klasik analiz bu tür durumlarda geçerlidir.

<sup>397</sup> Bu bizaatihi bir avantaj olduğu gibi, bununla bağlantılı başka avantajlar da söz konusudur. Örneğin bir tanesi, kişinin muhtemel zararı karşılayacak kadar malvarlığının olmaması durumunda dahi, beklenen maliyetlerdeki kopukluğun yine de kişiyi özenli davranmaya sevk etmesidir (SHAVELL, s.167). Bir diğeri, zararın hesaplanmasında yaşanabilecek hataların (*gerek mahkeme, gerek zarar veren açısından*), çok büyük olmadığı sürece, kişilerin özen göstermeye dair saiklerini olumsuz etkilememesidir (COOTER/ULEN, s.338,339). Dolayısıyla mantıki nedensellik (*belirtilen sınırlar dâhilinde*) beklenen maliyetlerde yaşanan kopukluk ile ilgili avantajları ortadan kaldırmaktadır (SHAVELL, Causation II, s.212).

<sup>398</sup> Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/D/1/c

<sup>399</sup> BEN-SHAHAR, s.652; SHAVELL, s.253 dpt. 36

Özetle, mantıki nedensellik şartı, kişinin sorumluluğunu sadece davranışın neden olduğu (*marjinal*) sosyal maliyetler ile sınırlayarak riski önleme hususunda uygun ve yeterli saik sağlamaktadır. Buna karşılık kusursuz sorumluluktaki “yıkıcı” etkisi bir kenara bırakılırsa, teorik olarak bu şartın yokluğu kişinin özen saikini olumsuz etkilememektedir. Şüphesiz varılan bu sonuç, iki açıdan revize edilmelidir. Uygulamada ortaya çıkan aksaklık ve hatalar nedeniyle (*mesela mahkemenin etkin özeni belirleyememesi gibi*), kusur sorumluluğu bünyesinde bir ölçüde “kusursuz sorumluluk” barındırır<sup>400</sup>. Özenli davranış modeli her olayda doğru belirlenemeyeceğine göre<sup>401</sup>, kusursuz sorumluluk açısından geçerli olan “yıkıcı” etki, kusur sorumluluğu açısından da bir ölçüde geçerlidir<sup>402</sup>. Fakat daha da önemlisi, mantıki nedenselliğin aranmaması *idari maliyetleri* arttırır. Kişinin neden olmadığı zararlardan da sorumlu tutulması, açılacak dava sayısını ve dolayısıyla yargı yükünü arttırır. Sorumluluğu sınırlandırmanın diğer bir açıklaması bu olabilir<sup>403</sup>. Gerçi mantıki nedensellik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, birim dava maliyetini yükseltecektir<sup>404</sup>. Fakat bu ek maliyetin, diğeri karşısında daha az önem taşıdığı söylenebilir<sup>405</sup>.

---

<sup>400</sup> LANDES/POSNER, s.237; BEN-SHAHAR, s.651; SHAVELL, Causation, s.489

<sup>401</sup> Zarar verenler, özen ödevine uymaya çalışmalarına ve hatta fiilen uymalarına rağmen sorumlu tutulabilirler. Bu yargılama sisteminin aksaklığından, örneğin mahkemelerin özenli davranış modelini yanlış belirlemesinden, vaka hakkında yanlış bilgilenmesinden veya değerlendirmede yanılmasından kaynaklanabileceği gibi, zarar veren kişinin özenli davranmaya dair kararını yanlış oluşturmasından da kaynaklanabilir. Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/D/1

<sup>402</sup> SHAVELL, s.108; BEN-SHAHAR, s.651; SHAVELL, Causation, s.489; LANDES/POSNER, s.236

<sup>403</sup> SHAVELL, s.109; LANDES/POSNER, s.236

<sup>404</sup> SHAVELL, s.109; BEN-SHAHAR, s.663,664

<sup>405</sup> Nedensellik bağının aranmasının idari (üçüncül) maliyetler üzerindeki etkisi belirsiz olduğu kabul edilmekle birlikte (BEN-SHAHAR, s.663), genel olarak mantıki nedensellik şartı açısından idari maliyetlerden önemli ölçüde tasarrufun sağlandığı ve bunun birim davadaki maliyet artışından daha önemli olduğu söylenebilir. Bunun temel nedeni ise, mantıki nedenselliğin belirlenmesinin çoğu kez çok basit ve maliyetsiz olması, diğer taraftan nedenselliğin aranmadığı bir durumda açılması olası dava sayısındaki artışın çok fazla olmasıdır.

## C. Uygun Nedensellik Bağı

### 1. Genel Olarak

Nedensellik bağıının varlığı için davranışın, zararlı sonucun zorunlu şartı olması yeterli olmayıp, aynı zamanda *uygun nedeni* olması gerekir<sup>406</sup>. Bir davranışın uygun neden olması ise, anılan türden zararın meydana gelme olasılığını objektif olarak artırması halinde mümkün olur<sup>407</sup>. Olasılıktan bahsedilmesinin iki sonucu vardır. Bir kere analiz *ex ante* bakış açısına dayanır, yani zarar verenin zarar öncesi karar ve davranışı önem taşır. İkinci olarak nedensellik ilişkisi geneldir. Yani incelenen somut olaydaki davranışın zarara neden olup olmadığı değil, genel ve soyut biçimde tanımlanan davranış biçiminin bu türden zarara yol açma olasılığını artırıp artırmadığıdır. Eğer söz konusu davranış (*diğer bir davranış karşısında*) zararlı sonucun gerçekleşme olasılığını (*önemli ölçüde*) artırıyor ise, uygun neden sayılmakta<sup>408</sup>, aksi durumda, nedensellik bağı kurulmadığı için sorumluluk doğmamaktadır. Dolayısıyla bu teori davranışın *atipik* ve *tesadüfi* (zararlı) sonuçlarını kapsam dışı tutarak, sorumluluğu sınırlandırmaktadır.

Uygun nedenselliğin ekonomik açıdan açıklanması son derece kolaydır. Sorumluluğunun işlevi, kişiyi risk hususunda özenli davranmaya sevk etmek olduğuna göre, riskin *ex ante* öngörülebilir olmasını gerektirir. Kişi hayat tecrübelerine göre, ancak olayların normal akışına uygun olan riskleri öngörüp, davranışını bunlara göre uyarlayabilir. Buna karşılık, hayatın olağan akışına göre riskin artmadığı veya normal olmayan, atipik ve tesadüfi riskler *ex ante* dikkate alınmaz. Dolayısıyla kişinin bu risklerden sorumlu olması davranışını sosyal açıdan arzu edilen yönde değiştirmez.

---

<sup>406</sup> Şüphesiz uygun nedensellik, kişinin davranışının zararın mantiki nedeni olduğu hallerde önem taşır. Yani burada kişinin davranışını değiştirdiği bir olasılık, örneğin daha özenli davranması; daha yavaş araba kullanması kural olarak zararlı sonucu etkilemekte, buna karşılık bu sonucun *uygun nedeni* sayılmamaktadır.

<sup>407</sup> Bu tür nedensellik aslında "*olasılıklı nedensellik*" olarak da ifade edilebilir.

<sup>408</sup> Hukuk ve ekonomi öğretisinde bu kavram: "*bir davranışın (diğer bir davranış karşısında) belirli bir sonucun olasılıklı (uygun) nedeni olması, bunun gerçekleştirilmesi halinde sonucun gerçekleşme olasılığının diğerinden daha fazla olması halinde söz konusu olur.*" şeklinde tanımlanmaktadır (SHAVELL, Causation, s.468)

Sorumluluk sadece kaynak transferine neden olur. Hatta yargılama ile ilgili idari maliyetler refah kaybına yol açar. İşte uygun nedensellik bağı, sorumluluğu hayatın olağan akışına uygun, normal ve tipik riskler ile sınırlayarak, kişilerin dikkate almayacağı riskleri kapsam dışı tutmaktadır<sup>409</sup>. Bu ise, tazminat riskine maruz olan kişilerin özenli davranmaya dair saiklerini olumsuz etkilemeksizin, idari maliyetlerden tasarruf sağlamakta ve sosyal refahı arttırmaktadır.

Şüphesiz bu açıklamalar özellikle kusursuz sorumluluk açısından önem taşır. Zira kusur sorumluluğunda *Hand formülünün* uygulama alanı bulunduğu bir ihtimalde, kişinin kusurlu olması, zarar olasılığını etkilemesi şartına bağlıdır. *Ex ante* açıdan zarar olasılığını arttırmayan bir davranış, herhangi bir şekilde kusura neden olmaz. Fakat formülün, uygun nedensellik bağını aynen bünyesinde barındırdığını söylemek de doğru gözükmemektedir. Zira teori, davranışın sadece zarar olasılığını arttırmasını yeterli görmemekte, aynı zamanda bu artışın “önemli ölçüde” olması gerektiğini belirtmektedir (*tart.*). Dolayısıyla zarar olasılığını çok az arttıran bir davranış, zararın uygun nedeni sayılmamakta ve sorumluluğun kapsamı dışında kalmaktadır. Oysa formül açısından olasılığın az artması, sadece

---

<sup>409</sup> SCHAFFER/OTT, s.203. Bu noktada bir çekince belirtmekte fayda vardır. Türk hukukunda uygun nedensellik bağının kabul edilmesinin altında yatan düşüncenin kişinin riski önceden öngörmesini sağlamak olduğuna dair bir görüş bulunmamaktadır. Hatta aksine, şartların genelleştirilmesine ilişkin teorilerden objektif *ex post* görüşün benimsenmesi ve bunun gerekçeleri, öngörülebilirliğin hiç de hedeflenmediğini de göstermektedir. Yazarlara göre öngörülebilirlik kusur ile ilgili olup, nedensellik ile bağlantılı değildir (EREN, Uygun İlliyet, s.94,95,119). Bu ifadeler uygun nedensellik bağı teorisinin, zarar vereni sadece öngörülebilir zararlardan sorumlu tutmayı amaçlamadığını ima etmektedir. Bu görüşe katılmadığımızı hemen belirtelim. Düşüncemize göre uygun nedensellik bağı, (*objektif ex post teorisinin kabul edilmesine rağmen*), sorumluluğu davranış esnasında kişinin öngörebileceği riskler ile sınırlamayı amaçlamaktadır. Riski *ex ante* arttırmayan ya da çok az arttıran davranışların sorumluluğa yol açması, kural olarak tazminat riskinin kişinin saikini etkilememesi nedeniyle herhangi bir anlam taşımamakta ve bu nedenle de uygun nedensellik bağı teorisi ışığında sorumluluk kapsamı dışında tutulmaktadır. Nitekim yazarlar da sorumluluğun işlevini, “*herhangi bir davranış veya olay sonucu meydana gelen arzi, tesadüfî ve atipik zararların tazminini sorumluluk dışında bırakmaktadır*” olarak tanımladığına göre, bu tür zararların kapsam dışı tutulmasının başka bir amacı olmasa gerekir. Yani “atipik veya anormal ya da tesadüfî zararların kapsam dışı tutulması” başlı başına bir amaç olamayacağına göre, bunun altında başka bir amacın olması gerekir ki, öngörülebilirlik dışında başka bir amaç da akla gelmemektedir. Ayrıca belirtelim ki objektif *ex post* teorisinin benimsenmesi, bu durumla çelişkili de değildir. Zira son tahlilde “*olasılık*” değeri, aşağıda belirteceğimiz üzere (*en azından hukuki anlamda*) objektiftir (Esasen istatistik bilimi açısından haksız fiil vakalarında ortaya çıkan olasılıkların önemli bir kısmının objektif değil, sübjektif olacağını belirtelim. krş. SHAVELL, Causation, s.468, ayrıca kavramlar için bkz. LIND/MASON/MARCHAL, s.124-127). Bu durumda bu değerler kişinin davranışının muhtemel sonuçları hakkındaki öngörüsüne değil, dışarıdan yapılacak değerlendirmeye dayanır.

katlanılması gereken özen maliyetinin görece düşük olması anlamına gelir. Yoksa kişiyi özen yükümünden muaf tutmaz. Bu açıdan davranışın uygun neden olmadığı, buna karşılık kusurlu olabileceği kurgular düşünmek mümkündür<sup>410</sup>.

Bu açıklamalar çerçevesinde uygun nedenselliğin önem taşıdığı olasılıkları kusur ve kusursuz sorumluluk açısından ayrı ayrı ele almakta fayda vardır. Doktrinadaki çalışmalar incelendiği zaman, uygun nedensellik teorisinin esas itibarla iki durumda önem taşıdığı görülür. Bunlardan biri tesadüfen meydana gelen (*tesadüfi*) zararlar, diğeri ise uzak olasılıklı (*öngörülemez*) zararlardır. Sırasıyla bu halleri inceleyelim.

---

<sup>410</sup> Yani olasılık değerinin çok az arttığı, buna karşılık muhtemel zararının kapsamının büyük olması nedeniyle, kişinin göz ardı edilmeyecek oranda özen maliyetine katlanması gerektiği hallerde ortaya çıkar. Hemen belirtelim ki, uygun nedensellik bağı teorisinin olasılık değerinin önemli ölçüde artması zorunluluğunu öngörmesinin muhtemel bir etkisi de *hand formülünün* uygulanmasında ortaya çıkabilir.

Hatırlanacağı üzere kusurluluk, teorik açıdan, zarara neden olan davranışın hukuk düzeni tarafından belirlenen bir özenli davranış modeline uygun olup olmadığına göre belirlenmekteydi. Buna karşılık fiili uygulamada, en azından *hand formülü* açısından, davacının somut davranıştan daha etkin bir davranışın varlığını kanıtlaması halinde kusurun olup olmadığı belirlenmekteydi. Bu bağlamda davacının ya da mahkemenin somut olayın gerektirdiği özenli davranış modelini belirlemesine ihtiyaç olmayıp, sadece somut davranıştan daha etkin bir tedbirin varlığını ispatlaması yeterliydi. Bu durum ise uygulamada mahkemeler tarafından belirlenen “*özenli davranış modellerinin*” maksimum refah yaratan etkin davranış modelinden farklı olmasına, yani “*özen modelinden aşağı doğru bir sapıklığa*” neden olmaktadır.

Somutlaştıralım. Tren garında inen yolcuların rayların üzerinden geçmesi nedeniyle tehlikeli bir durum ortaya çıktığını ve durumun (1000×%10) 100 YTL’lik risk olduğunu düşünelim. Bu riskin ise, 5 YTL’lik bir işaret ile (1000×%7.5) 75 YTL’ye, 70 YTL’lik tel örgü ile (1000×0.005) 5 YTL’ye indirilebildiğini düşünelim. Bu kurgu içerisinde etkin olan tedbir, tel örgünün örülmesidir zira bu durumda toplam maliyet 75 YTL olurken, işaret durumunda 80 YTL olmaktadır. Yapılan yargılamada ise, davacının 70 YTL’lik etkin tedbirin varlığını ortaya koymasına gerek yoktur. 5 YTL’lik bir tedbirin görece etkin olduğunu ispat etmesi, davalının kusurlu sayılabilmesi açısından yeterli sayılacaktır. Bu durumda mahkeme uyarıcı işaret konulmamasının kusur teşkil edeceğini belirleyecek ve somut kurgudaki etkin/özenli davranış modelinin ne olduğu belirlenmemiş olacaktır. Bu ise riskli davranışların etkin bir şekilde düzenlenmesi açısından arzu edilir bir çözüm tarzı değildir. İşte uygun nedensellik bağının öngördüğü olasılığın önemli ölçüde artması koşulu, bu bağlamda şu şekilde bir etki doğurabilir. Uyarı işareti konmaması, her ne kadar *hand formülü* tahtında özensiz bir davranış sayılsa da (OZ>ÖM: 25>5), bu önleyici tedbirin olasılık değeri üzerindeki etkisi son derece azdır (P1: %10; P2: %7.5; P1-P2=%2.5). Bu durumda bu tedbirin alınmadığı şeklindeki iddia, uygun nedensellik kapsamı dışında görülebilir. Dolayısıyla bu şart davacıyı zarar olasılığını önemli ölçüde artıran tedbirlerin varlığını ispatlamaya teşvik edecektir. Mesela bu olay açısından bu tel örgünün çekilmesi şeklindeki tedbirin alınması olabilir. Görüldüğü üzere bu kural, her somut olayda açık bir şekilde ortaya çıkmayacak olmakla beraber, *hand formülünün* uygulanmasında ortaya çıkan etkin davranış ile mahkemenin belirlediği özenli davranış arasındaki farkı ortadan kaldırıncı etki yapabilir (krş. MICELI, s.63).

## 2. Tesadüfi Zararlar

*Tesadüfi zarar* terimi, davranışın zarar olasılığını (veya risk değerini) *ex ante* arttırmadığı halleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>411</sup>. Burada kişinin davranışı zararın mantıki nedeni olmakla birlikte, kişinin somut riski azaltmak üzere daha özenli davrandığı bir durumda dahi risk değeri bundan etkilenmemektedir. Yukarıdaki, hız limitini aşan arabaya yıldırım nedeniyle düşen ağacın çarpması bu durumun tipik örneğidir<sup>412</sup>. Bu olayda arabanın hızlı kullanılması, kazanın mantıki nedenidir. Zira yavaş gidildiği bir durumda, bu zarar meydana gelmeyecekti denebilir. Buna karşılık *ex ante* açıdan bakıldığında, arabanın sürati bu türden bir zararın gerçekleşme olasılığını arttırmaz. Zira yıldırım nedeniyle (ya da başka bir nedenle) ağacın arabanın üzerine düşme riski, özenli davranıştan bağımsızdır. Aşağıdaki tabloda görüldüğü üzere daha yavaş veya hızlı kullanıldığı hallerde de aynı zarar gerçekleşebilir. Bu nedenle daha yavaş kullanıldığı bir durumda da, risk değeri değişmez. Dolayısıyla kişi özenli davranmaya karar verirken bu riski dikkate almayacak ve daha da önemlisi, tazminatla sorumlu tutulduğu bir durumda davranışları değişmeyecektir<sup>413</sup>.

**Tablo VI**

Davranışlar	A durumu	B durumu
	(yıldırım yakın bir noktaya düşüyor)	(yıldırım daha uzak noktaya düşüyor)
Hızlı sürüş	kaza yok	kaza var
Yavaş sürüş	kaza var	kaza yok

<sup>411</sup> SHAVELL, s.110; krş. LANDES/POSNER, s.237-239

<sup>412</sup> Bkz. yukarıda §3/I/A

<sup>413</sup> Yargıtay kararlarından bir örnek verelim. Trafik kazasını konu alan bir kararda, davalı müdür, diğer davalı olan şoförden alışveriş yaptıkları bakkaldan 150 metre kadar uzaklaştıktan sonra eksik kalan sebze yi de aynı yerden alması için geri dönmesini istemiş, şoför manevra yaparken kamyonet şarampole yuvarlanmış ve bunun üzerine idare tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, gerek müdür (3/8), gerekse şoförü (5/8) kusurlu bularak müteselsil sorumlu olduklarına hükmetmiştir. Yargıtay ise, müdürün davranışının zararın uygun nedeni olmadığını belirterek, sadece şoförün sorumlu olduğuna karar vermiştir (Y. 4. HD. 7.4.1987 T. 1743 E. 2570 K., bkz KARAHASAN, s.541,542) . Dikkat edilirse burada da tesadüfi bir zarar söz konusudur. Müdürün talimatı zararın mantıki nedeni olmakla birlikte, *ex ante* açıdan bu türden bir zararın gerçekleşme olasılığını arttırmaz. Benzer bir kaza, aracın yolunu değiştirmedeği bir durumda da meydana gelebilir. Müdürün bu eylemden dolayı sorumlu tutulması, ona etkin davranma yönünde herhangi bir saik sağlamayacağı için ekonomik açıdan doğrudur.



Bu açıklamalar çerçevesinde ekonomik açıdan etkin davranış belirlenmesinde, bu tür zararların kapsam dışı tutulacağı kolaylıkla söylenebilir<sup>414</sup>. Bu noktada kusur ve kusursuz sorumluluk açısından uygun nedensellik teorisini ayrıca değerlendirmekte fayda vardır. Kusur sorumluluğu açısından bakıldığı zaman, sorun son derece basittir. Buradaki zarar, sürücünün özen göstererek azaltabileceği *OZ (Olasılık x Zarar)* değişkeninin parçası değildir<sup>415</sup>. Kişi daha özenli davrandığı bir durumda da risk aynı olacağından, kusurlu sayılmayacak, dolayısıyla sorumluluk doğmayacaktır. Bu durumda en azından doğrudan zararlar açısından uygun nedensellik bağı önemli bir işlev görmez<sup>416</sup>.

Buna karşılık kusursuz sorumlulukta uygun nedensellik önem taşır. Zira salt mantiki nedensellik aranırsa, kişi bu tür zararları tazmin etmek durumunda kalır. Aynen yukarıda olduğu gibi, bu durum kişinin özenli davranmaya dair saikini olumsuz etkilemez<sup>417</sup>. Buna karşılık bu tür zararlardan sorumluluk ekonomik açıdan bir fayda sağlamadığı gibi, faaliyetin beklenen maliyetini artırır ve somut olayın özelliklerine göre kişileri sosyal açıdan yararlı faaliyetler yapmaktan caydırabilir (*crushing liability*)<sup>418</sup>. Ayrıca sorumluluk, dava nedeniyle yargılama maliyetlerinin artması sonucunu doğurur<sup>419</sup>. Dolayısıyla kusursuz sorumlulukta, uygun nedensellik önemli bir işlevi yerine getirmektedir.

---

<sup>414</sup> SHAVELL, s.112,113; FRIEDMAN, s.191

<sup>415</sup> POSNER, s.201

<sup>416</sup> Buna karşılık, dolaylı zararlar açısından durum farklıdır. Örneğin garsonun servis yaparken kahve dökmesi ve müşterisinin elini yakması örneğinde, ilk meydana gelen zararlar açısından kusur ve nedensellik bağı vardır. Bu durumda sorumluluk da kurulur. Buna karşılık, treni kaçırmayı nedeniyle bir sonraki trene binmesi ve daha sonra bu trenin kaza yapması nedeniyle uğranılan zararlar açısından artık sorun zararın kapsamının nedensellik bağı çerçevesinde sınırlanması sorunudur ve burada “*kusur*” kavramı ile meselenin çözümlenmesi güçtür. Dolayısıyla kusur sorumluluğunda uygun nedensellik bağı çok önemli değilse de, tamamen işlevsiz değildir.

<sup>417</sup> SHAVELL, s.113

<sup>418</sup> Esasen buradaki sonuç da mantiki nedensellik ile paraleldir. Bkz. yukarıda §3/II/B

<sup>419</sup> SHAVELL, s.113

### 3. Düşük Olasılıklı Zararlar

Hatırlanırsa bir davranışın uygun neden sayılabilmesi için, zarar olasılığını “önemli ölçüde” arttırması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>420</sup>. Buna göre zarar olasılığını çok az arttıran bir davranış, zararın uygun nedeni sayılmamaktadır. Dolayısıyla uygun nedensellik bağı, zararın mantıki nedeni olan bir davranışı, riski arttırmasına rağmen sorumluluktan muaf tutmaktadır. Bu durumların genellikle kişinin öngöremediği, uzak riskler açısından karşımıza çıktığı söylenebilir. Ekonomik açıdan, düşük olasılıklı zararların sorumluluğun kapsamı dışında tutulmasının yerinde olup olmadığı hususu belirsizdir.

Teorik perspektiften bakıldığı zaman olasılığın düşük olması, risk değerinin de görece düşük olduğu anlamına gelir ki bu sadece katlanılması gereken özen maliyetinin azaltır. Fakat bu durum başlı başına kişiyi özen yükümünden muaf tutmaz. Kişinin, eğer var ise, riski azaltıcı tedbirleri alması beklenir. Nitekim *Hand formülü* çerçevesinde bakıldığı zaman bu net bir şekilde görülebilir<sup>421</sup>. Bu nedenle düşük olasılıklı da olsa, her türlü zararın tam olarak tazmini gerekir<sup>422</sup>. Unutulmaması gereken nokta, özensiz davranışın sonucu olan zarar, *ex post* açıdan bakıldığı zaman çoğu kez düşük olasılıklı görülebilir. Ama aynı özensiz davranış, çok sayıda düşük olasılıklı zararın nedeni olabilir ve bunlar bir arada düşünüldüğü zaman, özen gösterilmesi önemli bir riski önleyebilir<sup>423</sup>. Bir örnek ile somutlaştıralım<sup>424</sup>.

---

<sup>420</sup> Konunun tartışmalı olduğunu da belirtelim. Bkz. yukarıda §3/I/B

<sup>421</sup> Özellikle muhtemel zararın kapsamının büyük olduğu hallerde, olasılık çok az da olsa katlanılması gereken özen maliyetleri, göz ardı edilmeyecek boyutta olabilir. Örneğin özen gösterilmesi, olasılık değerini %0001'den, %00005'e düşürebilir. Buna karşılık zararın 10000000 YTL olduğu bir kurguda, risk değerindeki değişme 500 YTL olacaktır ki bu rakam katlanılması gereken özen maliyetinin üst sınırını teşkil eder. Mesela kişinin 450 YTL'lik bir önleyici tedbir alması makuldür.

<sup>422</sup> BEN-SHAHAR, s.661; SHAVELL, s.129; SHAVELL, Causation, s.483,484,490

<sup>423</sup> LANDES/POSNER, Causation, s.127; SHAVELL, s.129

<sup>424</sup> Yargıtay içtihatlarından bu duruma örnek bir karar zikredilebilir. Karara konu olan olayda trafik kurallarına aykırı bir şekilde arabasını kaldırıma park eden davalı, trafiğe çıkmak üzere arabasını çalıştırmıştır ve o sırada oradan geçmekte olan yaşlı davacı, 3. bir kişinin arabanın hareket ettiğine dair uyarısı üzerine paniğe kapılıp düşüp yaralanmıştır. Yerel mahkeme tazminata hükmetmiş, buna karşılık Yargıtay HGK. uygun nedensellik bağının kurulamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir (Yarg. HGK. 6.3.1987 T. 985/4-854 E. 140 K., karar için bkz. KARAHASAN, s.535-539 ve özellikle dipnotta yer alan karşı oy yazısı). Olayın,

Özenli davranılmadığı bir durumda, kazanın gerçekleşme olasılığının %10 olduğunu ve 200 ile 400 YTL maliyeti olan iki ayrı seviyede zararlı sonucun ortaya çıkabileceğini düşünelim. İlk zararın ortaya çıkma olasılığının %70 değerinin ise %30 olduğu bir kurguda, kazanın beklenen maliyeti  $(\%10 \times (200 \times \%70 + 400 \times \%30)) = 26$  YTL olacaktır. Bu kurguda, kazayı tamamen bertaraf eden ve maliyeti 26 YTL'den az olan her türlü tedbirin alınması ekonomik açıdan etkindir. Şimdi gerçekleşme olasılığı %1 olan ve fakat gerçekleştiği zaman 10.000 YTL zarara neden olan üçüncü bir zarar seviyesinin olduğunu varsayalım<sup>425</sup>. Bu durumda davranışın beklenen maliyeti,  $(\%10 \times (200 \times \%69 + 400 \times \%30 + 10000 \times \%1)) = 35.8$  YTL olmaktadır. Görüldüğü üzere etkin/optimum özenin seviyesi değişmiştir. Kişinin 36 YTL'ye kadar önleyici tedbir alması beklenir. Kural olarak sorumluluğun kişiye etkin saik sağlaması için, zararın hangi seviyede olursa olsun sınırlanmaması, tazminatın zarara eşit olması gerekir. Örneğin uygun nedensellik bağı çerçevesinde, 10.000 YTL'lik zarar gerçekleşmesi olasılığı çok düşük olduğu için kapsam dışı tutulursa, o zaman zarar veren için davranışın maliyeti 26 YTL olacak ve etkin davranmaya dair saiki zayıflayacaktır.

Teorik açıdan tamamen doğru gözükse de bu analiz, pratik açıdan her zaman çok da geçerli olmayabilir. Zira sorumluluğun özen göstermeye teşvik edebilmesi, kişinin uzak riskleri de öngörmesine bağlıdır (*sübjektif olasılık*)<sup>426</sup>. Oysa hayatın olağan akışında kişinin

---

oluş şekli itibarıyla çok sık karşılaşılmayacak bir tür olduğunda şüphe yoktur. Kaldırım üzerine park eden arabanın çalıştırılması üzerine bu türden bir kazanın gerçekleşmesi olasılığı neredeyse yok denecek kadar azdır. Buna karşılık kaldırıma park edilmesi, neden olduğu risk açısından düşünülürse, son derece farklı türde tanımlanabilecek pek çok kazanın oluşumuna sebep olabilir. Dolayısıyla uygun nedenselliği değerlendirirken, sonucu tüm ayrıntıları ile tanımlamaktan kaçınmak gerekir. Davacının eylemi çok çeşitli kaza olasılıklarını barındıran, riskli bir davranış türüdür ve bu nedenle Yargıtay kararının aksine davalının sorumlu tutulması uygun olur.

<sup>425</sup> Hemen belirtelim ki olasılık değeri olarak %1 rakamının seçilmesi, verdiğimiz örneğin daha çarpıcı olması açısından seçilmiştir. Esas itibarla düşük olasılığın ne olması gerektiği hakkında bir rakam vermek mümkün değildir. Bu tamamen somut olayda hâkim tarafından olayların normal akışı, hayat tecrübeleri ve gerekirse bilirkişi görüşü çerçevesinde belirlenecektir. Fakat yine de, %1 rakamının düşük olasılık açısından son derece iyimser olduğunu itiraf etmek gerekir. Olasılık değerinin bundan daha düşük bir değer arz edeceği söylenebilir.

<sup>426</sup> BEN-SHAHAR, s.661; SHAVELL, Causation, s.490; SCHAFER/OTT, s.204

davranışlarının tüm olası sonuçlarını öngörmesi mümkün değildir. Kişiler hayat tecrübelerine ve bilgi birikimlerine göre ancak belirli tip kazaları ve bunların gerçekleşme olasılıklarını değerlendirir. Mükemmel olmayan bu zihinsel süreç sonucunda doğal olarak bazı zararlı sonuçlar, özellikle düşük olasılıklı zararlar göz ardı edilir veya küçümsenir<sup>427</sup>. Dolayısıyla mahkemenin dikkate aldığı *objektif olasılık değeri* ile kişinin öngördüğü *sübjektif olasılık değeri* arasında bir fark meydana gelir. Burada iki ihtimal düşünülebilir<sup>428</sup>. Objektif olasılık değeri pozitif, buna karşılık sübjektif değer “0” olabilir. İkinci ihtimalde ise, her ikisi de pozitif buna karşılık sübjektif değer daha düşük olabilir. İlk durumda kişi herhangi bir şekilde özen göstermeyecek, diğerinde ise etkin seviyeden daha az özen gösterecektir. Fakat netice itibarıyla her iki ihtimalde de kişinin sorumlu tutulması, davranışlarını arzu edilen yönde değiştirmeyecektir. Dolayısıyla yargılama süreci, idari maliyetler nedeniyle net refah kaybına yol açacaktır<sup>429</sup>.

Özetle, sorumluluğun bu şekilde daraltılmasının ekonomik açıdan önemli bir problem olmadığı ve hatta refah kaybını önlediği söylenebilir. Fakat burada bazı çekinceler belirtmek gerekir. Bir kere mahkeme sübjektif ve objektif değer arasında bir farkın olduğunu belirlemelidir. Kişinin iradesini dışarıdan değerlendirmeyi gerektiren bu belirleme ise son derece spekülattir. Bu durum, potansiyel davalıları, riskin öngörülemeyeceği yönünde savunma yapmaya; hatta mahkemeyi yanıltmaya sevk eder. Bu ise idari maliyetleri artırır<sup>430</sup>. Diğer olumsuz etki ise şudur: sorumluluğun kapsamını daraltmak, kişilerin davranışlarının her türlü sonuçlarını düşünme, dikkate alma yönündeki saiklerini zayıflatır<sup>431</sup>. Uzak riskler göz önünde tutulmayacaksa, kişinin bunlar hakkında

---

<sup>427</sup> Bkz. Birinci Bölüm §6/I

<sup>428</sup> Konumuzun dışında olan üçüncü bir olasılık ise, kişinin olasılık değerini abartmasıdır ki bu konuya değinmeyeceğiz. Burada risk algılamasında problem söz konusudur ve bunun sonucu olarak kişi (sorumluluk hukukunun uygulandığı bir durumda) gereğinden fazla tedbir alır. Uygun olan çözüm ise, doğru bilgi akışının artırılmasıdır.

<sup>429</sup> SCHAFFER/OTT, s.204; BEN-SHAHAR, s.661; LANDES/POSNER, s.244; SHAVELL, s.129,130; FRIEDMAN, s.193

<sup>430</sup> SHAVELL, s.130

<sup>431</sup> BEN-SHAHAR, s.662; CALABRESI, Causation, s.88; SHAVELL, Causation, s.492

bilgi edinmesi ve bunları içselleştirmesi rasyonel olmaktan çıkar<sup>432</sup>. Dolayısıyla hukuk politikası açısından bakıldığı zaman, sorumluluğun kapsamının daraltılmasının net refah artışı sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır. Üstelik düşük olasılıklı zararların, tanımı gereği, nadiren meydana geleceği düşünülürse<sup>433</sup>, sorumluluğun kapsamının daraltılmasının idari maliyetlerde önemli bir tasarruf sağlayacağı da şüphelidir. Bu sebeplerle bu hususta çekingen davranılarak, objektif olarak öngörülmesi mümkün olmayan ve yüksek bilgi maliyeti gerektiren riskler için sorumluluğu daraltmak uygun olabilir<sup>434</sup>.

Son olarak hukuk doktrininde tartışma konusu olan, zarar görenin özel durumu nedeniyle zararın ağırlaşması ve zarar verenin öngörmesi mümkün olmayan (*anormal*) zararlardan sorumlu tutulması sorununa değinelim. Tipik örnek, zarar görenin hemofili hastası olması nedeniyle, basit bir darbe sonucunda ölmesidir. Hatırlanırsa zararlı sonuca etkili olan şartların değerlendirilmesinde *objektif ex post teorinin* kabul edilmesi nedeniyle, zarar verenin bu tür zararlardan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmekte<sup>435</sup> ve buna karşılık hakkaniyet mülhazaları tahtında tazminatın tenkis edilebileceği kabul edilmekteydi. Buradaki sorunun özü, *sübjektif* ile *objektif olasılık değeri* arasında fark olmasıdır. Kişinin tüm zararlardan sorumlu tutulması, riski zaten küçümseyeceği için, kişiyi daha özenli davranmaya sevk etmeyecektir. Dolayısıyla tazminatın ekonomik açıdan anlam taşımadığı ileri sürülebilir. Buna karşılık, tam tazminat yerine, mesela ortalama seviyede bir

---

<sup>432</sup> Sorumluluk hukuku düşük olasılık riskleri kapsam içerisine aldığı sürece, kişilerin riskler ve bunları önleyici özenli davranış modelleri hakkında bilgi edinmeye dair saikleri artacaktır (bkz. bu konuda SHAVELL Steven, Liability and the Incentives to Obtain Information about Risk”, Journal of Legal Studies (1992), 21 s.257-270) Şüphesiz burada bilgi edinmenin yerinde olduğu, bunun sağlayacağı fayda (riskin önlenmesi hususunda) ile dengelenmelidir. Dolayısıyla belki de en uygun çözüm, sorumluluğun kapsamının maliyetsiz veya verimli bilgilerin elde edilmesini teşvik edecek şekilde belirlenmesidir. Bunun yanı sıra önemli diğer bir nokta, kişi düşük olasılıklı her türlü riski öngörmese ve bunların gerçekleşme olasılıkları hakkında fikir sahibi olmasa bile, genel olarak yaptığı faaliyetin risklerini bilebilir. Yani faaliyet ile riskleri ilişkilendirebilecek konumda olabilir. Bu durumda sorumluluk öngörmek, kişinin niceliksel özen seviyesinin kontrol edilmesi için arzu edilebilir bir çözüm olabilir (BEN-SHAHAR, s.662; LANDES/POSNER, s.250).

<sup>433</sup> Zaten risk öngörülemeyeceğine göre, bu risklerden sorumlu olmak da öngörülemez dolayısıyla sorumluluğun önemli bir olumsuz etkisi olmayacaktır.

<sup>434</sup> Burada esas itibarla sorun, sorumluluğun kapsamının daraltılmasının, kişilerin atipik veya uzak olasılıklı zararlar açısından özen göstermeye dair saiklerindeki olumsuz etkileri ile bunun idari maliyetlerde sağlayacağı tasarrufun dengelenmesidir.

<sup>435</sup> ABD hukukunda da bu tür durumlarda sorumluluğun kabul edildiğini belirtelim (GLANNON, s. 178; KEETON/SARGENTICH/KEATING, s.407,408).

tazminata hükmedilmesi, ancak bundan daha düşük seviyede zarar gören kişilere de (*örneği fiziksel açıdan çok daha dirençli olanlara*) ortalama zarar üzerinden tazminat ödenmesi şartıyla ekonomik açıdan etkin saik sağlar. Sübjektif durumları nedeniyle ortalamadan daha fazla zarar görenlere ortalama zarara eşit tazminat ödenip (*daha düşük*), ortalamadan daha az zarar görenlere ancak zarar seviyesinde tazminat ödenirse, ortalama sorumluluk, ortalama zarar seviyesinden aşağıda kalır<sup>436</sup> ve özen saiki zayıflayabilir<sup>437</sup>.

## **D. Nedensellik Bağına İlişkin Belirsizlik: İhtimali (Olasılıklı) Nedensellik**

### **1. Sorunun Ortaya Konması ve Olası Yaklaşımlar**

Sıklıkla karşılaşılan bir başka durum, zararın nedeni konusunda belirsizlik olmasıdır. Bu durum çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Mesela, kişinin önleyici tedbir aldığı, örneğin yangın merdiveni bulundurduğu bir kurguda dahi, yangının ölüm ve yaralanmaya neden olup olmayacağı hususunda belirsizlik yaşanabilir<sup>438</sup>. Mantiki nedensellik analizi farazi bir değerlendirmeye dayandığı için belirsizlik olasıdır. Seçimlik nedensellik<sup>439</sup> başlığı altında incelenen bir diğer olasılık ise, iki avcının açtığı ateş sonucu oradan geçmekte olan kişinin yaralanması, fakat bu duruma kimin silahından çıktığı belirlenemeyen bir merminin yol açmasıdır<sup>440</sup>. Nihayet başka bir olasılık ise fabrikanın yarattığı kirliliğin, kanser vakalarında istatistikî olarak belirli bir oranda artışa neden olması ve fakat hangi vakanın, fabrikanın kirliliğinden, hangilerinin diğer faktörlerden kaynaklandığının tespit edilememesidir<sup>441</sup>. Tüm bu halleri *belirsiz nedensellik* başlığı

<sup>436</sup> Ortalama zarara eşit tazminat, zarara uğrayan az dirençli kişilerin kendilerini risklerden korumak için gereğinden fazla tedbir almalarına, buna karşılık ortalamadan dirençli kişilerin de, fazladan tazmin edilecekleri için daha az tedbir almalarına neden olabilir (LANDES/POSNER, Causation, s.132).

<sup>437</sup> LANDES/POSNER, s.250; BEN-SHAHAR, s.663; POSNER, s.204

<sup>438</sup> Bu olasılığın ekonomik açıdan değerlendirilmesi için bkz. LANDES/POSNER, Causation, s.120-123

<sup>439</sup> *Seçimlik nedensellik* durumunda, zararın bir nedenden meydana geldiği kesin olarak bilinmekle birlikte, fiilen hangi nedenin zarara yol açtığı yani nedensellik bağı hususunda belirsizlik vardır.

<sup>440</sup> Bkz. LANDES/POSNER, Causation, s.124

<sup>441</sup> Buna son derece benzer bir durum, zararın nedeni olarak ileri sürülen olgunun çok önceden gerçekleşmiş ve fakat zararın sonradan ortaya çıkmasıdır. Mesela gemi sökülümünde çalışan ve maruz olduğu asbest maddesiyle gün geçtikçe zehirlenen ve 10 sene sonra kanser olan kişinin durumu böyledir.

altında incelemek mümkündür. Fakat mevcut haksız fiil sisteminin yetersiz çözümü ve ekonomik açıdan gösterdiği özelliği dikkate alarak, (*çalışmanın kapsamını da genişletmemek kaygısıyla*) sadece son örnekteki hal incelenecektir<sup>442</sup>.

Nedenselliğin belirsiz olması, Türk hukukunda bir ispat hukuku sorunu olarak ele alınmaktadır. Genel kural, davalının davranışının zararın nedeni olduğunun *kesin* veya *kesine yakın* bir şekilde mahkeme tarafından tespiti halinde nedensellik bağının (*dolayısıyla sorumluluğun*) kurulması ve davalının, zararın tamamından sorumlu olmasıdır<sup>443</sup>. Davacı, davalının zarara neden olduğunu kesin (*ya da kesine yakın*) olarak ispatlayamadığı takdirde, sorumluluk doğmaz yani dava reddedilir. Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda pek dikkate alınmamakla birlikte, nedenselliğin belirsizlik arz ettiği bu gibi hallerin farklı kurallar ile düzenlenmesi olasıdır.

Genel perspektiften bakıldığı zaman hukuk düzeni bu gibi hallere iki farklı şekilde yaklaşabilir. İlki, nedensellik bağının kurulması halinde kural olarak zarar verenin zararın tamamından sorumlu tutulmasıdır. “*Ya hep ya hiç*” (*all or nothing principle*) ilkesi olarak adlandırabileceğimiz bu yaklaşım, genellikle hukuk uygulamasında benimsenen yöntemdir. Fakat “*nedensellik eşiği*” ülkeden ülkeye farklı olabilmektedir. Örneğin Türk hukukunda

---

<sup>442</sup> Şüphesiz sorun çok daha geniş bir şekilde ele alınabilir ve nedenselliğin belirsiz olduğu tüm haller ve bunların muhtemel çözümleri ayrı ayrı incelenebilir. Buna karşılık bu türden bir faaliyet bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu bölümde amaçlanan sadece nedensellik kavramının ekonomik açıdan nasıl nitelendirilebileceği ve genel olarak ekonomik etkinlik açısından değerlendirilmesidir.

Fakat belirtelim ki özellikle ele aldığımız bu son ihtimal, klasik haksız fiil hukuku teorisinin soruna yeteri derecede çözüm getirememesi nedeniyle son derece ilgi çekicidir. Üstelik bu durumun aksine, günümüz hayat koşulları insanları önemli riskler ile baş başa bırakmakta ve fakat bu risklerin, zarara dönüşse bile, haksız fiil hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilmesi imkânı son derece kısıtlı olmaktadır.

<sup>443</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKEŞ, s.322-324. İspat ölçüsü konusunda yazarlar kesin ya da kesine yakın bir şekilde ispat kavramını “*tam ispat*”, %50’nin üzerindeki olasılık ilişkisini ise, “*yaklaşık ispat*” olarak adlandırmıştır. Yazarlara göre Türk hukukunda genel kural ispatın tam olmasıdır. Buna karşılık hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil ikamesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde (İİK.m.101, m.258 gibi), yaklaşık ispat ölçüsü esas alınabilir. Şüphesiz bu durumda da, bu ölçünün ne olması gerektiği konusunda bir değer verilemez. Hemen belirtelim ki görüşümüze göre, tam ispat durumunda dahi çoğu kez %100 bir ispat ölçüsünden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca krş. ALANGOYA, s.323

bunun %100'e yakın olması aranırken<sup>444</sup>, ABD hukukunda olasılığın %50'den fazla olması (*preponderance of evidence*) sorumluluğun kurulması açısından yeterli görülmektedir<sup>445</sup>. Bu bağlamda, zarar verenin davranışının zararın nedeni olduğu kesin olarak tespit edilememekle birlikte, %60 ya da %70 olasılıkla zarara neden olduğu kesin olarak belirlenirse, zararın tamamından sorumlu tutulması için yeterli görülmektedir.

Özellikle hukuk ve ekonomi öğretisinde inceleme konusu olan ikinci yaklaşım ise, zarar verenin zarara neden olma olasılığına göre, zararın belirli bir oranından sorumlu tutulmasıdır. Mesela zarar verenin %30 olasılıkla zarara neden olduğu belirlenmişse, zararın tamamından değil ancak %30'undan sorumlu tutulmasıdır. *İhtimali veya olasılıklı nedensellik (probabilistic causality)* olarak adlandırılan bu kural, ABD hukukunda da çeşitli kararlarda kabul edilmiştir<sup>446</sup>. Özellikle çevre ve imalatçının sorumluluğu gibi, çok

---

<sup>444</sup> Türk hukukunda genel kural tazminatın zarara eşit olması yani zarar görenin zarar öncesi durumuna getirilmesi ise de, pek çok durumda hâkim zarardan daha az tazminata hükmetme konusunda takdir yetkisine sahiptir (BK.m.43,44). Dolayısıyla genel olarak bakıldığı zaman, ya hep ya hiç kuralının gerçek anlamıyla uygulanıp uygulanmadığında tereddüt duyulabilir. Buna karşılık en azından yukarıdaki örnek açısından, nedensellik bağının kurulmadığı kabul edileceğinden, genel kuralın uygulama alanı bulunduğunu varsayıyoruz.

<sup>445</sup> SHAVELL, s.118; BEN-SHAHAR, s.653

<sup>446</sup> ABD hukukunda bu *olasılıklı nedenselliğe* bağlı *nispi tazminat* kuralı, çevre hukuku ve imalatçının sorumluluğu alanlarında (çok da yaygın olmamakla birlikte) uygulama alanı bulmaktadır. Bu hususta mihenk taşı olan karar, *Sindell v. Abbott Laboratories 607 P.2d 924 (1980)* davasında verilmiştir (karar için bkz. KEETON/SARGENTICH/KEATING, s.814-820). Karara konu olan olayda, hamilelikte düşük sorununu önleme gayesiyle 1947 yılında Besin ve İlaç İdaresinin (FDA.) izniyle piyasaya sürülen DES isimli bir ilacın uzunca bir süre sonra insan sağlığına olumsuz etkileri olduğu anlaşılmıştır. İlaç, hamileliği döneminde bu ilacı alan kadınların kız çocuklarında bir tür kansere yol açma riski taşımakta ve bu risk minimum 10-12 sene sonra ortaya çıkmaktadır. İlacın bu yan etkilerinin ortaya çıkması ile birlikte FDA. 1971 yılında ilacın piyasaya sürülmesini yasaklamış ve ilacın kullanılmaması gerektiğini duyurmuştur. Kararda, çeşitli unsurlar tartışma konusu yapılmakla birlikte, konumuz açısından ilginç olan kısmı, davacının zararın kesin olarak hangi firmanın eyleminden kaynaklandığı hususunu ispatlayamaması ve ayrıca somut zararın ne ölçüde söz konusu davranıştan (ilacın alımından) kaynaklandığı hususlarının bilinmemesidir. Her şeyden önce davacı, bizzat zarar gören kişidir ve ilaç annesi tarafından hamileliği döneminde kullanıldığı için ilacın hangi firmadan alındığı tespit edilememiştir. Ayrıca ilaç için patent alınmamış olması ve ilaç endüstrisindeki pek çok firma tarafından üretilip satılması (yaklaşık 200 firma), bu belirlemeyi iyice güçleştirmiştir. Nitekim davacı, ilacın kullanılması nedeniyle zarar gören diğer davacılar ile birlikte (ilacın 1,5 ila 3 milyon kişi tarafından kullanıldığı tahmin edilmektedir), ilacı üretilip pazarlayan tüm firmaları davalı olarak göstermiş ve tamamının bu zarara katkıda bulunduğunu iddia etmiştir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, yaptığı değerlendirme sonucunda firmaların tümünün zarardan (müteselsilen) sorumlu olduğuna ve sorumluluk oranlarının da ilacın satıldığı ve pazarlandığı dönemdeki piyasa payına göre belirleneceğine hükmetmiştir (esasen 5-6 firma piyasanın %90'ını kontrol etmektedir). Zararın paylaşılmasında "*piyasa payı yaklaşımı*" (*market share approach*) metodu olarak anılan bu yöntem, daha sonra verilen bazı kararlarda da tartışma konusu yapılmış ve farklı şekillerde uygulanmıştır (Collins v. Eli Lilly Co. 116 Wisconsin 2d 166, 342



sayıda kişinin zarar gördüğü ve nedensellik bağının kurulmasında sorun yaşanan alanlarda önerilen bu kural öğretide derin tartışmalara yol açmıştır<sup>447</sup>. Hiç şüphe yok ki bu kural Türk hukukuna son derece yabancıdır. Ayrıca zarar verenin davranışı ile zarar arasında tam bir nedensellik ilişkisi olmaksızın tazminata hükmedilmesi, pozitif hukuk açısından tartışılabilir. Bu tartışmalara girmeksizin, bu iki kuralın mukayeseli olarak ekonomik açıdan incelenmesi, haksız fiil hukukunun tatmin edici çözüm sağlamadığı bazı hallerin düzenlenmesinde, olması gereken hukuk (*de lege feranda*) açısından yeni bir perspektif sağlayacaktır. Şimdi sırasıyla iki kuralın ekonomik etkilerini inceleyelim.

## 2. Ekonomik Analiz

Öncelikle “*ya hep ya hiç*” kuralını ele alalım. Farz edelim ki fabrikanın neden olduğu kirlilik, civardaki kanser riskini %20 arttırsın. Örneğin normal şartlarda kanser vakası sayısının 100 olduğunu, fakat fabrikanın yer aldığı bölgede (*mesela Dilovası*) 120 olduğunu düşünelim. Fakat mahkemenin önüne gelen olayda kansere kirliliğin mi, yoksa başka bir faktörün mü neden olduğunu belirlemesi mümkün olmasın. Dikkat edilirse, inceleme konusu ihtimalde kirliliğin kanser riskini %20 arttırdığı kesin olarak bilinmekte ve fakat somut olaydaki (*mantiki*) nedensellik bağı açısından bir belirsizlik yaşanmaktadır<sup>448</sup>. Bu durumda her olayda fabrikanın zararın nedeni olma olasılığı sadece

---

N.W.2d 37 (1984)). Bu ilacın neden olduğu zararlar nedeniyle Hollanda’da açılan bir davada, mahkeme sorumluluğu kabul etmekle birlikte piyasa payı yaklaşımını reddetmiştir (karar için bkz. GERVEN, s.474-452).

<sup>447</sup> BEN-SHAHAR, s.653; KAYE David, “The Limits of Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation”, American Bar Foundation Research Journal, Vol. 13 (1984) s.487-516; DELGADO Richard, “Beyond Sindell: Relaxation of Cause in Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs”, California Law Review, Vol. 70, (1982), s.881-908; MARINO M. Anthony, “Market Share Liability and Economic Efficiency”, Southern Economic Journal, Vol.57 (1991), s.667-675; ROSE-ACKERMAN Susan, “Market Share Allocations in Tort Law: Strengths and Weakness”, Journal of Legal Studies, Vol. 19 (1990), s.739-746; KEETON/SARGENTICH/KEATING, s.820-823

<sup>448</sup> Diğer bir ifadeyle *ex ante* açıdan bakıldığı zaman, nedensellik hususunda bir belirsizlik yoktur. Yani fabrika kanser riskini belirli bir oranda arttırmaktadır. Buna karşılık yapılan yargılamada somut zararın, söz konusu nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenememekte, dolayısıyla *ex post* açıdan bir belirsizlik yaşanmaktadır. Yani belirsizlik mantiki nedensellik açısından yaşanmaktadır.

Belirtilmesi gereken diğer bir nokta, kirliliğin zararın değil, riskin %40’ını teşkil etmesidir. Yani kanser hastalığı, (zararlı sonuç) kirlilik ile diğer sebeplerin birleşmesi ile değil, kural olarak başlı başına neden teşkil

yaklaşık %17'dir. Açıktır ki böyle bir kurguda nedenin kesin olarak ispatı şartının aranması, fabrikanın neden olduğu zarardan sorumlu olmayacağı anlamına gelir. Bu durumda sorumluluk hukuku zararı önlemek (*içselleştirmek*) için herhangi bir saik yaratamaz.

Bu örnekteki kurgu açısından, nedensellik eşiğinin %100 yerine %51 olması durumunda da aynı sonuç ortaya çıkar. Sistematik olarak fabrika %51'in altında bir zarara neden oluyorsa, sorumlu olmayacak, bu nedenle de zararı önlemek için herhangi bir tedbir almayacaktır<sup>449</sup>. Buna karşılık, eşiğin %51 gibi bir rakam olarak kabul edildiği bir kurguda, *ya hep ya hiç* kuralı tam aksi bir etki de yaratabilir. Mesela fabrikanın %17 değil, %55 olasılıkla kanser vakalarının nedeni olduğu bir durumda, oran nedensellik eşiğini aştığı için fabrika neden olmadığı zararlardan da sorumlu olacaktır. Bu çerçevede kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir ihtimalde, sorumluluk fabrika için gereğinden fazla özen gösterme yönünde saik yaratacak ve hatta faaliyeti açısından “*yıkıcı*” etki söz konusu olabilecektir<sup>450</sup>.

Kusur sorumluluğunun uygulandığı bir durumda ise, meseleyi ikiye ayırmak gerekir. Eğer özenli davranış modeli tam ve doğru bir şekilde belirlenebiliyorsa, sorumluluk fabrikayı özenli davranmaya teşvik eder<sup>451</sup>. Buna karşılık özenli davranışın belirlenmesinde sorunlar ve belirsizlikler olduğu sürece, sorumluluk gereğinden fazla özen

---

etmektedir. Eğer kirliliğin, diğer faktörler ile birlikte, her olayda belirli oranda etkili olduğu yapılan inceleme sonucunda belli olursa, kural olarak burada herhalde *ortak nedensellikten* bahsetmek ve tazminatı buna göre indirmek gerekecektir. Dolayısıyla burada sonuç itibarıyla nispi tazminat ödendiği için olasılıklı nedenselliğe benzer bir durum söz konusu olmaktadır. Benzer durum, birden fazla kişinin bir zararın gerçekleşmesine katkıda bulunması, yani ortak nedensellik içerisinde zarara yol açması halinde de söz konudur. Hemen belirtelim ki bu sadece kusur sorumluluğu açısından uygulama alanı bulmakta, kusursuz sorumlulukta ise zarar veren zararın tamamından sorumlu tutulmaktadır (EREN, Uygun İlliyet, s.155).

<sup>449</sup> SHAVELL, s.115; SHAVELL, Uncertainty, s. 588; BEN-SHAHAR, s.655,656

<sup>450</sup> SCHAFER/OTT, s.212; SHAVELL, s.115; BEN-SHAHAR, s.655; FRIEDMAN, s.195

<sup>451</sup> Fakat *ex ante* fabrika nedensellik bağının kurulamayacağı konusunda kesin bilgi sahibi ise, o zaman kusur sorumluluğu fabrikayı herhangi bir şekilde özen göstermeye teşvik etmeyecektir (SCHAFER/OTT, s.211). Sorumluluğun özen göstermeye teşvik etmesi, sadece fabrikanın nedensellik bağının kurulması konusunda tereddüt etmesi (*ve beklenen tazminat ile etkin özen arasında belirli bir ilişkinin olması*) halinde söz konusu olur.

göstermeye teşvik edecektir<sup>452</sup>. Genellikle de mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni tam olarak belirleyemediği dikkate alınır, “*ya hep ya hiç kuralı*” zararı önleme hususunda etkin saik sağlamayacaktır.

*İhtimali nedensellik* kuralının uygulandığı bir durumda ise sonuç farklıdır. Esasen yukarıdaki açıklamalar bu ihtimalde tazminatın etkin davranmaya teşvik edeceğine işaret etmektedir. Zira bu kural, fabrikanın beklenen maliyeti arttırdığı nispette sorumlu olmasını sağlamaktadır. Mesela fabrika riski %20 arttırıyorsa, kanser nedeniyle açılacak tüm davalarda zararın %20’lik bir kısmını tazmin etme riski ile karşı karşıya kalacak, bu durum ise *ex ante* kişinin etkin önleyici tedbirleri almasını sağlayacaktır<sup>453</sup>. Nitekim bu nedenlerle hukuk ve ekonomi öğretisinde ihtimali nedensellik kuralının daha isabetli olduğu genel olarak kabul görmektedir<sup>454</sup>.

Diğer yandan ihtimali nedensellik kuralı, özellikle neden olacağı yargılama maliyetleri açısından son derece dezavantajlıdır<sup>455</sup>. Bir kere *ya hep ya hiç* kuralından farklı olarak, bu durumda açılacak dava sayısı artacaktır. Mesela kirlilik nedeniyle kanser olan 20 kişi değil, 120 kişi de dava açma imkânına sahip olacaktır. İkinci olarak, açılan davalarda yargılama maliyeti ek bir unsurun ihtilaf konusu yapılması nedeniyle artacaktır (*birim başı yargılama maliyeti*). Nihayet davacının, daha fazla kişiyi davalı olarak sorumlu göstermesi ve dava etmesinin yolu açılacaktır. Bu nedenler, bir ölçüde olasılıklı nedensellik kuralının neden yaygın olmadığını izah etmektedir. Nitekim hukuk ve ekonomi doktrininde bu türden bir kuralın ancak nedensellik konusunda ciddi sorun olabilecek kazalar açısından uygulanmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir<sup>456</sup>. Bu kuralın yaygın olmamasının diğer bir olası nedeni ise, davalının davranışının zararın gerçek nedeni olmadığı hallerde

---

<sup>452</sup> SHAVELL, s.115; SCHAFER/OTT, s.211,212. Esasen bu durum, mantıki nedensellik kuralının sorumluluğu sınırlamadığı bir durumda ortaya çıkan ekonomik etkilere tamamen paralellik arz etmektedir (BEN-SHAHAR, s.656)

<sup>453</sup> SCHAFER/OTT, s.212; MICELI, s.65; BEN-SHAHAR, s.656; SHAVELL, s.116; SHAVELL, Uncertainty, s.588

<sup>454</sup> SCHAFER/OTT, s.212,213

<sup>455</sup> BEN-SHAHAR, s.654; SHAVELL, s.117

<sup>456</sup> SHAVELL, s.117; BEN-SHAHAR, s.654

dahi, zarar görenin kısmi de olsa tazminata kavuşacak olmasıdır. Mesela yukarıdaki misalde, *ex post* açıdan bakıldığı zaman kirlilik 120 değil sadece 20 kişinin kansere yakalanmasına neden olmaktadır<sup>457</sup>. Buna mukabil, ihtimali nedensellik kuralı zarar gören herkesin dava açmasına ve *ex ante* olasılığa dayanarak kısmen tazmin edilmesine imkân vermektedir. Bu ise, bir taraftan kirliliğe dayalı kanser olan kişilerin daha az telafi edilmelerine, diğer taraftan tamamen başka nedenlere bağlı olarak kansere yakalananların tazminat almalarına imkân sağlayacaktır. Bunun ise adalet ilkesi açısından son derece sorunsal olduğunda hiç şüphe yoktur.

## § 4. Haksız Fiil Hukukunda Zarar ve Zarar Kavramının Ekonomik Analizi

### I. Türk Haksız Fiil Hukukunda Zarar

#### A. Kavram

Haksız fiilden bahsedebilmek için, mutlaka bir zararın doğmuş olması gerekir<sup>458</sup>. Zarar doğmaksızın sorumluluk olmaz. Bu bağlamda salt *risk* ya da *tehlike* yaratan davranışlar, hukuka aykırı ve hatta kusurlu olsa bile haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz. Kanun koyucu, kusur ve nedensellikte olduğu gibi, zarar kavramını tanımlamaktan kaçınmıştır<sup>459</sup>. Dolayısıyla bu kavramın tanımı, uygulamaya ve doktrine bırakılmıştır. Zararı tanımlamadan önce terminoloji konusunu açıklığa kavuşturmak yerinde olur. Türk hukukunda zarar terimi, “*geniş*” ve “*dar*” olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. “*Dar*

---

<sup>457</sup> Pek tabi ki kirliliğin kanser riskini belirli bir şekilde arttıracak olması, sadece kansere bağlı kirlilik vakalarının artacağı anlamına gelmez. Muhtemeldir ki kirlilik kansere etki edenler diğer faktörler ile birleşecek ve nüfusun genelini etkileyecektir. Buna karşılık her ihtimalde, zararlı sonuç üzerinde kirliliğin temel faktör olmadığı vakalar da, aksi vakalar da tazminat talebine konu edilebilecektir. Dolayısıyla yukarıdaki örnek biraz abartılı olmakla birlikte, özü itibarıyla doğrudur.

<sup>458</sup> Haksız fiil kavramına verdiğimiz anlam için bkz. İkinci Bölüm §1

<sup>459</sup> Türk Dil Kurumu zarar kavramını; bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat şeklinde tanımlamaktadır (bkz. www.tdk.gov.tr). Bu “*teknik olmayan zarar*” olarak nitelendirilebilir. Günlük dildeki bu zarar tanımı, aslında ekonomik açıdan faydanın azalması ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

*anlamda zarar*”, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmekte ve tanımdan da anlaşılabilirliği üzere sadece “*maddi zarar*”ı karşılamaktadır<sup>460</sup>. Buna karşılık “*geniş anlamda zarar*”, sadece maddi değil, manevi zararı da kapsamaktadır. Bu bakımdan geniş anlamda zarar, kişinin mal ve şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen tüm eksilmeleri içerir<sup>461</sup>. Türk hukukunda zarar terimi ile genellikle sadece “*maddi zarar*” kastedilmekle birlikte,<sup>462</sup> bu çalışmada zarar tabirini geniş anlamda kullanıyoruz<sup>463</sup>. Bu çerçevede zarar, üçüncü kişilerin yaptığı müdahale sonucunda kişiye tahsis edilen ve hukuken korunan maddi ve manevi değerlerinde yaşanan eksilmeyi ifade etmektedir.

Zarar kavramının incelenmesinde en uygun yöntem, zararın türleri olan maddi ve manevi zararın ayrı ayrı ele alınmasıdır. Zira bu iki zarar türü, gerek dayandığı teorik temeller, gerekse tazminat ilkeleri açısından doktrinde ve uygulamada tamamen farklı şekilde değerlendirilmektedir<sup>464</sup>. Ama öncelikle zarar kavramının ortak bazı özelliklerine değinelim. İlk belirtilmesi gereken, zarardan bahsetmek için ihlale konu olan eksilen değer (*varlığın-menfaatin*) hukuk tarafından korunması gereğidir. Bu koruma, söz konusu menfaati, hukuk değer (*menfaat*) haline getirir. Hukuken korunmayan değerlerdeki eksilme “*zarar*” olarak nitelendirilmez. Ayrıca hukukun bu değeri kişiye tahsis etmiş olması, yani o değer *kişinin “malvarlığı” ve/veya “şahıs varlığına” dâhil olması gerekir*<sup>465</sup>. Hukuken korunan değer maddi veya manevi olması fark yaratmaz. Zarardan bahsetmek için mal

---

<sup>460</sup> TANDOĞAN, s.63; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.547,548; EREN, s.472,473; TİFTİK, s.51; AKÜNAL, s.43

<sup>461</sup> TANDOĞAN, s.63; EREN, s.472, 473; AKÜNAL, s.43

<sup>462</sup> Bu görüşteki yazarlara göre teknik anlamıyla zarar kavramı da sadece maddi zararlar için söz konusudur. OĞUZMAN/ÖZ, s. 514; NOMER, s.22; TANDOĞAN, s.63,64; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548; ATAMER, s.32; von TUHR, s.115; AKÜNAL, s.50, 52. Yargıtay da zarar kavramını dar anlamda anlamaktadır. (bkz. Yarg. 4. HD. E. 7190, K. 11637, T. 21.12.1982; Yarg. 4. HD. E. 15684, K. 1223, T. 12.03.1974 (KARAHASAN, s.481-483, 486), Yarg. 4. HD. E. 1406, K.2552, T.11.3.1982)

<sup>463</sup> Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. EREN, s.473, 483

<sup>464</sup> TANDOĞAN, s.63; AKÜNAL, s.44

<sup>465</sup> Hukuk doktrininde değer *kişiye tahsis edilmesi meselesi üzerinde ayrıca durulmaz. Bunun tabii olduğu varsayılır. Malvarlığı ve şahıs varlığı tabirleri esasen değer *kişiye tahsis edildiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede kişinin değer atfettiği ve fakat kişiye özgülenmemiş ve hatta özgülenmesi mümkün olmayan değerlerin eksilmesi herhangi bir şekilde tazminat davasına konu olmaz (örneğin çevrenin kirlenmesi, çarpık yapılaşma v.).**

veya şahıs varlığındaki bu eksilmenin, kişinin iradesi dışında olması gereğidir<sup>466</sup>. Kişi herhangi bir şekilde bu eksilmeye rıza göstermiş ise, bu zarar değil, temlik, edim, tüketim veya masraf teşkil edebilir<sup>467</sup>. Şüphesiz eksilme kişinin kendi davranışından değil, başkasının eyleminden kaynaklanmalıdır. Kişinin kendisi, iradesi dışında, kendi şahıs ya da malvarlığında bir eksilmeye sebep oluyorsa, teknik anlamıyla zarar söz konusu olmaz. Nihayet zarar, bir eksilmeye, azalmaya ve olumsuz yönde değişime işaret ettiğine göre, zarar haksız fiil öncesi ve sonrası iki durum mukayese edilerek belirlenir. Yani zararın olup olmadığı veya kapsamı, müdahale teşkil eden davranış sonrası ile öncesi arasındaki farkın belirlenmesi ile mümkün olmaktadır. Nitekim bu değerlendirme tarzı “*fark kuramı*” olarak da adlandırılır<sup>468</sup>. Aşağıda zararın türleri başlığı altında maddi ve manevi zararı ve alt ayırımlarını ele alıyoruz.

---

<sup>466</sup> Haksız fiil hukukunda kişinin zarara rıza göstermesi, aynı zamanda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak görülmektedir (bkz. aşağıda §5/II/C). Aslında rıza varsa, teknik manada zarar oluşmadığı için, haksız fiilden bahsedilemez. Dolayısıyla hukuka aykırılığa gitmeye gerek yoktur. Buna karşılık doktrinde “rıza” hukuka aykırılık bahsinde bir “*hukuka uygunluk*” durumu olarak nitelendirilmektedir. Bu olgu, zarar ve hukuka aykırılık şartlarının aslında ne ölçüde birbirine geçtiğini göstermektedir (bkz. aşağıda §5/II/C/2).

<sup>467</sup> Belirtelim ki doktrinde haksız fiil sonucunda zarar görenin rızası ile yaptığı harcama ve masrafların da zarar kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Mesela vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse, tedavi için bazı masraflar yaparsa bu masraflar da zarar olarak tazminat konusu olur.

<sup>468</sup> Fark kuramı, *MOMMSEN*'in menfaat teorisini temel almaktadır. Buna göre, haksız fiilin hak konusu varlık üzerindeki etkisinden ziyade, onun kişinin malvarlığında yaptığı (*genel*) etki dikkate alınmaktadır. Zarar, zarar görenin haksız fiilin gerçekleşmemesindeki menfaati olarak tanımlanmaktadır. Somutlaştıralım; mesela ihlale konu varlığın değerindeki azalma 3 birim, buna karşılık malvarlığındaki değer azalması (*tabak, yemek takımı örneğinde olduğu gibi*) 4 birim ise, o zaman malvarlığı esas alındığı için zarar 4 birim kabul edilir. Aksi durumda, yani varlığın değeri 4 birim buna karşılık (*elde edilen bazı yararlar neticesinde*) malvarlığının değer azalışı 3 birim ise, bu sefer de 3 birim zarara esas olur. Yargıtay da fark kuramını açıkça kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD. E. 662/1989, K. 4892, T. 29.5.1989; Yarg. 4. HD. E. 6043, K. 7949, T. 20.9.1982; Yarg. 4. HD. E. 13899, K. 9779, T. 12.12.1979 (KARAHASAN, s.479 vd.); Yarg. 4. HD. E. 1406, K.2552, T.11.3.1982.

Belirtelim ki zararın belirlenmesinde fark kuramının esas alınması, haksız fiil sonucu (*uygun nedensellik bağı içerisinde*) elde edilen yararların doğrudan bu mukayese esnasında belirlenmesi sonucunu doğurur. Bu açıdan bakıldığı zaman denkleştirme kuramının temeli de bir anlamda fark teorisi olmaktadır (bkz bu konuda: NOMER, s.8 vd.; AKÜNAL, s.19, 52 vd.; EREN, s.474).

## B. Türleri

### 1. Maddi Zarar

“*Maddi zarar*”, kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeleri ifade eder<sup>469</sup>. Malvarlığı, sorumluluk hukukunda<sup>470</sup> ekonomik bir değer arz eden, yani para ile ölçülebilen hukuki değerlerin oluşturduğu bir bütün olarak tanımlanmaktadır<sup>471</sup>. Bu değerler her şeyden önce maddi ve fikri değerler üzerindeki mutlak hakları (*mülkiyet, sınırlı ayni haklar, fikri ve sınai haklar*) içerir. Bunun yanı sıra alacak hakları ve kişinin ekonomik faaliyet sonucunda sağlayacağı gelirler de (*yoksun kalınan kar*) malvarlığı kapsamına girmektedir. Malvarlığının aktif ve pasif olmak üzere iki boyutu vardır. Eksilme aktifin azalması (*mesela malın tahrip olması, hasar görmesi, tüketilmesi veya değer azalması*) ve/veya pasifin (*yani borçların*) artması biçiminde gerçekleşebilir. Prensip olarak kişilik hakları malvarlığı içerisinde yer almaz. Dolayısıyla bunların ihlal edilmesi manevi zarara neden olur. Fakat bu hakların ihlali bazı hallerde maddi zararın doğmasına yol açabilir<sup>472</sup>.

<sup>469</sup> TANDOĞAN, s.64; EREN, s.473; OĞUZMAN/ÖZ, s.514

<sup>470</sup> Sorumluluk hukukunda malvarlığı, daha geniş bir şekilde anlaşılmaktadır. Şöyle ki malvarlığı kişinin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümünü ifade eden bir kavramdır (bkz. ACEMOĞLU, s.9,10). Oysa sorumluluk hukuku henüz malvarlığı içerisinde yer almayan menfaatlerin ihlal edilmesi durumunda (*sınırlı da olsa*) tazminat borcunun doğacağını kabul etmektedir. Yoksun kalınan kar, bunun örneğini teşkil etmektedir. (krş. EREN, s.473; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548, dpt.2; krş. AYİTER, s.126 vd.).

<sup>471</sup> EREN, s.473

<sup>472</sup> Vücut bütünlüğünün (*kişilik hakkı*) ihlal edilmesi sonrasında yapılan tedavi masrafları ve/veya ekonomik faaliyetin devam ettirilememesi nedeniyle yoksun kalınan kazanç maddi zararın örneği olarak verilmektedir. Oysa NOMER vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunda vücuttaki değişimin zarar teşkil ettiğini, masrafların ise, bu zararın telafisi için yapıldığını ifade etmektedir (NOMER, s.6). Yazarın bu yaklaşımı zararı farklı tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Yazar’a göre zarar; “*malvarlığında (veya şahıs varlığında) yer alan bir unsurda (hak konusu varlıkta) sorumluluğu doğuran bir olay neticesi meydana gelen fiili değişikliği ifade eder. Bu takdirde zararın tazmini hak konusu varlığın fiilen eski haline getirilmesi ile mümkün olur. Hak konusu varlığın eski hale getirilmesine aynen tazmin denmektedir*” (NOMER, s.225). Bu tanım, Türk hukukundaki yaklaşımdan farklı olduğu gibi, fayda temelinde tanımladığımız zarardan da ayrılmaktadır. Zararın bu tanımı kabul edilirse, ekonomik zararları, zarar kavramı içerisinde açıklamak güç olacaktır. Düşüncemize göre varlıklardaki fiziksel (*olumsuz yönde*) değişim, zararın varlığı hususunda bir çıkış noktasıdır (bkz. aşağıda §4/II/B/1). Önemli olan bu varlığın tahsis edildiği kişinin (*bize göre*) faydasındaki (*ya da menfaatindeki veya malvarlığındaki*) azalmadır. Dolayısıyla zararın mutlaka hukuki değerler üzerindeki fiziksel değişiklikler ile ilişkilendirilmesi gerekmez. Aksi halde salt ekonomik zarar, bir zarar kalemi olarak değerlendirilemez (bkz. aşağıda §4/II/B/2/c). Uygun yaklaşım, zararı geniş tanımlamak, buna karşılık hukuka aykırılık kavramı etrafında sınırlarını çizmektir.

Maddi zararın kapsamı, malvarlığının zarar verici olay sonrası durumu ile bu olay gerçekleşmediği bir kurguda alacağı muhtemel durum mukayese edilerek belirlenir. Her iki durumda malvarlığının değeri tespit edilir ve değerdeki net eksilme maddi zararı oluşturur. Çoğu kez bunun tespiti kolaydır ve malvarlığının tamamını dikkate almaya ve/veya farazi değerlendirmeye gerek kalmaz. Örneğin malvarlığındaki bir eşyanın tahrip olması halinde, eylem öncesi ve sonrasında eşyanın değerindeki değişme, zararı gösterir. Mal piyasada tedavül ediyorsa, zararın belirlenmesinde piyasa değeri, yani objektif değer esas alınabilir<sup>473</sup>. Fakat bu açıklamadan, zararın salt objektif değer esasına göre tespit edildiği sonucu çıkarılmamalıdır<sup>474</sup>. Bilakis, Türk hukukunda kural olarak maddi zarar sübjektif değer esasına<sup>475</sup> göre belirlenir<sup>476</sup>. Bu bağlamda ihlal edilen değerın zarar gören için arz ettiği önem ve özellikle malvarlığının bütünü içerisindeki konumu dikkate alınır<sup>477</sup>. Mesela bir tabağın kırılması durumunda, zarar, tabağın piyasa değerinden ibaret olmayabilir. Eğer kişinin malvarlığında bu tabak bir yemek takımının parçası ise, zarar, yemek takımı esas alınarak tespit edilmelidir. Zarar verici eylem sadece tabağın değil, bunun ekonomik işlevi doğrultusunda yemek takımının ve dolayısıyla da malvarlığının değerini azaltmıştır<sup>478</sup>. Keza kişinin mala atfettiği özel değer ekonomik olması kaydıyla dikkate alınabilir<sup>479</sup>. Fakat

---

<sup>473</sup> NOMER, s.40; TANDOĞAN, s.273; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.584; EREN, s.706

<sup>474</sup> Objektif değer ya da objektif hesaplama yönteminin istisnai olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. EREN, s.476,706; TANDOĞAN, s.274

<sup>475</sup> Sübjektif olmasının gerekçesi açık bir şekilde belirtilmemekle birlikte, herhalde tazminatın amacı çerçevesinde izah edilebilir. Bilindiği gibi sorumluluğun amacı, zarar görenin zararının giderilmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kişinin sübjektif menfaatinin esas alınması doğaldır. Nitekim menfaat ya da fark teorisi de zararı, zarar görenin zarar verici eylemin meydana gelmemesindeki menfaati olarak tanımlayarak zararı sübjektif bir temele dayandırmaktadır (krş. EREN, s.707).

<sup>476</sup> EREN, s.476; TANDOĞAN, s.276

<sup>477</sup> TANDOĞAN, s.275, 276; EREN, s.476; OĞUZMAN/ÖZ, s.571

<sup>478</sup> Benzer örnekler için bkz. TANDOĞAN, s.275

<sup>479</sup> Şüphesiz burada kastedilen zarar gören açısından bu malın değerinin piyasa değerinin üzerinde olması halidir. Kişi malın kendisi için arz ettiği değerinin piyasa değerinden daha yüksek olduğunu ispatlayabilirse, bu ilave değeri tazmin ettirebilmesi gerekir. Buna karşılık diğer ihtimalde, yani malın kişi için arz ettiği değerın piyasa değerinden düşük olması durumunda tazminat kural olarak piyasa değeri esas alınarak belirlenir (TANDOĞAN, s.278; von TUHR, s.110; OĞUZMAN/ÖZ, s.571).



çeşitli nedenlerden dolayı, kişi mala manevi bir değer atfediyorsa, bu ilave değer maddi zararın hesabında etken olmaz<sup>480</sup>. Şartları var ise, manevi tazminat talebine esas olabilir<sup>481</sup>.

Maddi zarar, doktrinde çeşitli ayırımlar çerçevesinde incelenmektedir. Bunların bazılarında değinmekte yarar vardır<sup>482</sup>. İlk akla gelen ayırım, *fiili zarar-yoksun kalınan kar* ayırımıdır. “*Fiili zarar*” (*damnum emergens*) kişinin malvarlığı durumundaki net azalmayı ifade eder<sup>483</sup>. Bu malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde bir çoğalma gerçekleştiği hallerde karşımıza çıkar. Malvarlığındaki hakların kaybolması (*mesela malın telef olması*) ya da değerinin düşmesi (*sözgelimi malın yanması*) aktifin azalmasına, yapılan hile sonucunda bir borcun yüklenilmesi de pasifin çoğalmasına örnek gösterilebilir. Zararı önlemek ya da büyümesini engellemek amacıyla yapılan masraflar da fiili zarar olarak kabul edilir<sup>484</sup>. “*Yoksun kalınan kar*” ise (*lucrum cessans*), haksız fiilin malvarlığının artışı önlemesi halinde karşımıza çıkar. Burada malvarlığının net durumunda bir değişiklik yaşanmamakta, fakat zarar gören haksız fiil nedeniyle, hayatın olağan akışına göre elde etmesi pek muhtemel olan bir kazançtan kısmen ya da tamamen mahrum olmaktadır<sup>485</sup>. Örneğin vücut bütünlüğü ihlal edilen ve bu nedenle ticari işletmesini açamayan şahsın olası gelir kaybı bu türdendir. Yoksun kalınan kar farazi bir

---

<sup>480</sup> TANDOĞAN, s.276; von TUHR, s.109; OĞUZMAN/ÖZ, s.571

<sup>481</sup> Hemen belirtelim ki mala gelen zararlar açısından, kişilerin maddi zararın yanı sıra manevi zararın tazmini talepleri genellikle reddedilmektedir (bkz. Yarg. 4. HD. T.24.4.2003, E.2002/14747, K. 2003/5293).

<sup>482</sup> Burada yer verilenler dışında, doktrinde şahsa ve şeye verilen zarar ve ayrıca sözleşmeler hukukunda menfi-müspet zarar ayırımı yapılmaktadır. *Menfi zarar*, sözleşmenin herhangi bir nedenle baştan itibaren geçersiz olması durumunda, tarafların bu sözleşme ilişkisine girişmelerinden dolayı malvarlığında yaşadığı eksilmeyi, *müspet zarar* ise geçerli bir sözleşmenin gereği gibi (*hiç ya da eksik*) ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan kayıpları (*sözleşen tarafın tam ifa çıkarını*) ifade eder. Yani birinde referans noktası geçerli bir sözleşmenin varlığı ve bunun sağlayacağı ifa çıkarı iken, diğeri sözleşmenin bulunmadığı kurgudur. Diğer ayırımda, “*şahsa verilen zarar*” vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan zararları, “*şeye verilen zarar*” ise maddi malları koruyan hakların ihlal edilmesi dolayısıyla uğranılan zararları (*malın tahrip edilmesi hasara uğraması gibi*) ifade eder. Belirtelim ki zarara uğrayan değeri konu alan bu ayırım, şeye ve şahsa verilen (*cismani*) zararlar dışında üçüncü bir kategori altında “*diğer zararları*” zikretmektedir. Diğer zararların vücut bütünlüğü dışındaki kişilik haklarının (*şeref ve haysiyeti koruyan kişilik hakları gibi*), fikri ve sınai hakların ve salt ekonomik menfaatlerin ihlalden doğan zararları kapsadığını kabul etmektedir (bkz. TANDOĞAN, s.69-71; EREN, s.479; TİFTİK, s.52).

<sup>483</sup> EREN, s.477; TİFTİK, s. 52; OĞUZMAN/ÖZ, s.515; ayrıca bkz. TANDOĞAN, s.64

<sup>484</sup> TANDOĞAN, s.64; KARAHASAN, s.178; krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.573

<sup>485</sup> TANDOĞAN, s.65; EREN, s.478; OĞUZMAN/ÖZ, s.515; TİFTİK, s.52

değerlendirmeye dayandığı için, olayların önemli kısmında tam ve kesin olarak tespit edilemez<sup>486</sup>. Netice itibarıyla zarar ve zarar miktarı bir olasılıktan ibarettir. Zarar verici fiil olmasaydı söz konusu gelirin elde edilmesi hayatın olağan akışına göre pek muhtemel olmalı, spekülatif iddialar kapsam dışı tutulmalıdır. Hemen belirtelim ki elde edilmesi muhtemel gelir, hukukun hoş görmediği, yasakladığı türden bir faaliyetin sonucu ise, bu kapsamdaki gelir kaybı (*hukuki değer olmadığı için*) zarar olarak tazmin edilemez<sup>487</sup>.

Fiil ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik ilişkisini esas alan diğer bir tasnif, “*doğrudan-dolaylı zarar*” ayırımıdır. “*Doğrudan zarar*”, haksız fiilin yakın sonucunu yani araya başka bir ilâve neden girmeden fiil nedeniyle ilk planda uğranılan zararları ifade eder<sup>488</sup>. Örneğin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunda yapılan tedavi masrafları ya da tahrip edilen ticari bir arabanın onarılması doğrudan zarardır. “*Dolaylı zarar*” ise, doğrudan zarara bağlı olarak aynı kişi üzerinde doğan diğer ilave zararları ifade eder<sup>489</sup>. Örneğin tedaviye bağlı olarak işe gidememekten dolayı yaşanan kayıplar dolaylı zarar teşkil eder. Meydana gelen ilk zarar tabi nedensellik açısından bakıldığı zaman olayların akışı içerisinde uzayıp giden bazı zararlara yol açar. Yukarıda açıkladığımız üzere uygun nedensellik kuramı, tazmin edilebilir dolaylı zararların çerçevesini çizmektedir<sup>490</sup>.

Üzerinde durulması gereken diğer bir zarar türü ise, *yansıma zararlarıdır*. “*Yansıma zarar*”, haksız fiile maruz kalan kişi dışında üçüncü bir kişinin bu fiil nedeniyle uğradığı zararları ifade eder (*dolayısıyla zarar gören kişi*)<sup>491</sup>. Örneğin kişinin yaralanmasına bağlı olarak katlandığı tedavi masrafları kişinin zararını, bu kişinin tedavi süresince işe gidememesi sonucunda iş sahibinin uğradığı gelir kaybı da iş sahibinin yansıma zararını teşkil eder. Bu zarar genellikle yoksun kalınan kar şeklinde karşımıza

---

<sup>486</sup> TANDOĞAN, s.65; von TUHR, s.92

<sup>487</sup> EREN, s.479; TANDOĞAN, s.66; von TUHR, s.94

<sup>488</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.516,517; KIRCA, s.10; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.565; EREN, s.480; TANDOĞAN, s.70; TİFTİK, s.52

<sup>489</sup> TANDOĞAN, s.70; EREN, s.480; KIRCA, s.10; OĞUZMAN/ÖZ, s.517; TİFTİK, s.52

<sup>490</sup> Bkz. yukarıda §3/I/B

<sup>491</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.517; KIRCA, s.10; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.562; krş. EREN, s.481

çıkar. Diğer zararlardan farklı olarak, yansıma zararın tazmin edilebilmesi için hukuka aykırılık bağının gerçekleşmesi, yani bu zararların telafisine imkân sağlayan bir hukuk normunun bulunması gerekir<sup>492</sup>. Mesela kanun koyucu bu imkânı ölüm halinde, ölenin desteğinden yoksun kalanlar için açıkça kabul etmiştir (*BK.m.45/2*)<sup>493</sup>. Ayrıca istisnai bazı hallerde, haksız fiile doğrudan muhatap olanların dışındaki kişilerin, haksız fiil nedeniyle gördükleri manevi zararları tazmin edebilecekleri kabul edilmektedir<sup>494</sup>.

Nihayet zarar kavramı bahsinde zikredilmesi gereken diğer bir tür, “*normatif zarar*” kavramıdır. Esas itibariyle Alman hukukunda tartışma konusu yapılan<sup>495</sup> ve Türk hukukuna pek fazla tesir etmemiş görünen bu kavram<sup>496</sup>, maddi zararın kapsamının genişletilmesini amaçlar. Bu kavramı savunanlar, zarar kavramının ekonomik olmaktan ziyade hukuki bir kavram olduğunu ve dolayısıyla malvarlığına sokulması mümkün olmayan bazı değerlerin eksilmesi halinde, bunların hukuken (*normatif*) zarar olarak tazmin

---

<sup>492</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.517; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.562; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.1 vd.

<sup>493</sup> Yani ölen kişi, fiilen veya pek muhtemel olarak bazı kişilere destek oluyorsa (*ya da olacaksa*), ölüm nedeniyle bu destekten yoksun kalanlar zararlarının tazminini talep edebilir.

<sup>494</sup> Tartışma konusu yapılan hallerin tipik bir örneği, bir anne ya da babanın, çocuğunun vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle kendisinin uğradığı acı ve elemi manevi zarar olarak tazmin edip edemeyeceğidir. Doktrinde, bu gibi bir durumda haksız fiilin sadece çocuğun değil, aynı zamanda anne ve/veya babanın da kişilik hakkını ihlal ettiği ve dolayısıyla da bu kişilerin manevi tazminat isteyebileceği ileri sürülmektedir. Yani burada aslında yansıma değil doğrudan bir zarar söz konusu olmaktadır (bkz. bu yönde: Yarg. HGK. T. 26.4.1995, E. 1995/11-122 K. 1995/430; Yarg. HGK. T.2.12.1987, E.1987/4-214, K.1987/894- söz konusu kararda prensip olarak çocuğun yaralanması nedeniyle ruhsal bütünlüğü bozulan babanın tazminat isteyebileceği kabul edilmekle birlikte, bu olayda, ruhsal sağlığı ağır bir şekilde bozularak şok geçirip tedavi olmak durumunda kaldığını iddia ve ispat etmediğinden, davacının manevi tazminat talebi reddedilmiştir.).

Benzer bir örnek, gerçeklere aykırı olarak bir kızın fahişelik yaptığının ileri sürülmesi durumunda, sadece kızın değil, ailesinin de BK.m.49 çerçevesinde kişilik haklarının (*aile şerefinin*) ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat talep edebilmesidir. Dikkat edilirse, bu görüş kabul görürse yansıma değil, doğrudan zarar karşımıza çıkmaktadır (krş. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.659; EREN, s.764,765; OĞUZMAN/ÖZ, s.682-684, 697).

<sup>495</sup> Normatif zarar kavramı, 2002 yılındaki Borçlar Kanunu değişikliğine kadar, Alman pozitif hukukunda genel olarak (*vücut bütünlüğünün ihlali ve nişanın bozulması haricinde*) manevi zararın tazmin edilmesine imkân veren bir normun olmaması nedeniyle ortaya atılmıştır (bkz. MAGNUS Ulrich, “*Non Economic Loss in German Tort Law*,” The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39 (1990) s.676,677; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.549, dpt.3; NOMER, s.17)

<sup>496</sup> Genel olarak Türk pozitif hukuku açısından bu kavrama ihtiyaç olmadığı ve normatif zararın benimsenmesinin uygun olmadığı hakkında bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.549-558; NOMER, s.22 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.516

edilebileceğini ileri sürmektedir<sup>497</sup>. Nesnenin sürüm değerinin azalması<sup>498</sup>, nesnenin kullanım olanağından yoksun kalma<sup>499</sup>, tatil süresinden ve boş zamandan yoksun kalma<sup>500</sup> gibi haller, normatif zarar kapsamında zikredilen başlıca durumları ifade etmektedir. Belirtelim ki Türk hukukunda bu hallerin bazılarında zaten tazmin edilebilir bir maddi zararın olduğu kabul edilmektedir<sup>501</sup>. Bu kapsama girmeyen haller ise, şartları varsa, ancak manevi zarar olarak tazmin edilmektedir.

## 2. Manevi Zarar

“*Manevi zarar*” Türk hukukunda tartışmalı bir kavramdır. Bu zararın kapsamı, yani hangi kişilik değerlerinin hukuken korunduğu, nasıl tazmin edilmesi gerektiği ve

---

<sup>497</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. NOMER, s.17; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.549

<sup>498</sup> Nesnenin sürüm değerinin malvarlığı içerisinde yer alması ile kastedilen, nesnenin zarar görmesi durumunda, tamir ettirilip eski haline getirilse bile, bu malın değerinin daha düşük olacağı ve dolayısıyla da bunun da zarar olarak tazmin edilmesi gerektiğidir. Örneğin bir otomobil, trafik kazası sonucunda zarar görse ve zarar veren tamir masraflarının tamamını karşılarsa bile, bizzat kazaya uğramış olması, onarılmış olmasına rağmen otomobilin piyasa değerini azaltır. Hemen belirtelim ki hukuken korunan değer üzerindeki fiziksel değişiklik ile ilintili değer azalmaları, zaten malvarlığının da azalmasına yol açtığı için Türk hukukunda maddi zarar kapsamında mütalaa edilmektedir (bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.549,550).

<sup>499</sup> Kullanım olanağından yoksun kalınmasının zarar olması ile kastedilen, malın maddi değerinden bağımsız ve bunun yanı sıra, bir de kullanım değerinin olduğudur. Bu düşünce, bazı malların, alım-satım dışında kullanım değerlerinin olması ve piyasada bu şekilde tedavül etmesinden kaynaklanır. Buna tipik örnek olarak, arabanın kullanım değerini gösterebiliriz. Arabanın zarara uğradığını ve araba sahibinin tamir süresince arabasını kullanmadığını varsayalım. Yerleşik olan görüş, zararın sadece arabanın tamir ve sürüm değerinin düşmesinden kaynaklanan masraflardan oluşacağını kabul eder. Kullanım olanağından yoksun kalınması ise, ancak ve ancak, zarar görenin ayrıca bu süre içerisinde bir başka araba kiraladığı ya da ulaşım amacıyla masraf yaptığı hallerde zarar olarak tazmin edilebilir. Yani malvarlığında fiilen veya pek muhtemel bir eksilme olmalıdır (Mesela bkz. Yarg. 4. HD. T. 7.10.1986, E. 6315, K. 6869; Yarg. 4. HD. T. 20.9.1977, E. 7970, K. 8528; KARAHASAN, s.488,489,495). Oysa normatif zarar görüşünü kabul edenler, burada zarardan bahsedebilmek için kişinin mutlaka araba kiralaması veya bu nedenle bir masraf yapması gerektiğini kabul ederler. Önemli olan zarar görenin bu imkândan yoksun olmasıdır (bkz. NOMER, s.18-25; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.551-555).

<sup>500</sup> Burada söz konusu olan, tatile giden ve fakat haksız fiil (*veya akde aykırılık*) nedeniyle tatilini amaçladığı gibi gerçekleştiremeyen, tatilden beklediği keyfi alamayan kişinin, yaptığı masraflar haricinde salt bu keyif eksikliğinin maddi zarar olarak kabul edilmesidir. Burada tatil süresinin çalışılarak elde edildiği ve dolayısıyla da ticari bir değerinin olduğu varsayılır. Belirtelim ki Türk hukukunda bu sürelerin amaçlandığı gibi geçirilmemesi ve dolayısıyla kişinin bundan duyduğu sıkıntı ve üzüntü ancak manevi zarar olabilir. Fakat bunun tazmini için kişilik hakkının ihlalinin de gerekli olması nedeniyle genellikle bu gibi hallerde tazmin edilebilir bir zarar yoktur (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.555-558; NOMER, s.30-32).

<sup>501</sup> Örneğin nesnenin bağımsız olarak sürüm değerinin maddi zarar konusu olduğu zaten Türk hukukunda kabul edilmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.550).

tazminatın amacı konusunda farklı görüşler vardır. Burada bu tartışmalara kısaca değinilerek, konunun ana hatları ile açıklanmasına çalışılacaktır. Manevi zarar, kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilir. Şahıs varlığı ise, hukuken korunan ve kişiye tahsis edilen manevi değerlerden, diğer bir ifadeyle kişilik haklarından oluşmaktadır. Bunların başında kişinin hayatı, vücudu, sağlığı, özgürlüğü, ismi, resimleri, haysiyeti, itibarı gibi manevi değerler gelir. Manevi zarardan bahsetmek için, zarar verenin fiilinin, kişilik hakkını ihlal etmesi şarttır. Kişilik hakkına tecavüz olmaksızın, kişi ruhi açıdan ne kadar sıkıntı çekerse çeksün manevi zarardan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık sorun, kişilik haklarının ihlal edilmesinin yanı sıra, aynı zamanda kişinin bu nedenle bir acı, ızdırıp, elem duymasının gerekli olup olmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır (*sübjektif görüş*). Tabiatıyla bu soruna bir yanıt bulabilmek için, ön sorun olarak manevi zararı gidermeyi amaçlayan manevi tazminatın amacını belirlemek gerekir.

Hatırlanacağı üzere Türk hukukunda haksız fiil tazminatının amacının zarar görenin zararının giderilmesi olduğu kabul ediliyordu<sup>502</sup>. Fakat burada ilk karşımıza çıkan sorun, manevi zararın teknik anlamda bir zarar olup olmadığı hususundaki tartışmadır. Baskın görüşe göre burada bir “zarar” yoktur<sup>503</sup>. Buna paralel olarak manevi tazminatın amacı maddi tazminattan farklıdır. İkinci sorun, manevi zararın ekonomik bir değer taşımaması nedeniyle, zararın parasal olarak ifadesinin mümkün olmamasıdır. Bu bağlamda, zarar görene tazminat adı altında belirli bir miktar para ödenmesi, telafi amacına hizmet edemez. Yani manevi zararın para ile ölçülmesi mümkün değilse, ödenecek olan paranın kişinin acısını gidereceği de son derece şüphelidir<sup>504</sup>. Nitekim doktrindeki baskın görüş, bu hususlardan hareketle manevi tazminatın işlevinin, giderim (*telafi*) olmayıp, zarar görenin üzüntüsünün biraz olsun azaltılması olduğunu kabul etmektedir<sup>505</sup>. Yani manevi

---

<sup>502</sup> Bkz. yukarıda İkinci Bölüm §3/II/A

<sup>503</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.514,515; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548; Krş. TANDOĞAN, s.63

<sup>504</sup> Bkz. tam bu yönde: Yarg. 2. HD. 18.12.1996 T., E.1996/11110, K. 1996/13467

<sup>505</sup> AKÜNAL, s.49, 50; von TUHR, s.116; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.655; ERTAŞ, s.65; OĞUZMAN/ÖZ, s.679; KARAHASAN, s.90; FRANKO, s.126; TANDOĞAN, s.330,331 Yargıtay’ın

tazminata, kişinin acısını gidermekten ziyade, onda bir rahatlama yaratma amacıyla hükmedilmektedir<sup>506</sup>.

Fakat bu noktada meselenin tartışmalı olduğunu belirtelim<sup>507</sup>. Örneğin doktrinde bir kısım yazarlar, manevi tazminatın kişi varlığındaki objektif bir eksilmenin parasal olarak ifade edilerek yerine konması olduğunu, dolayısıyla da gerçek bir *telafi* işlevinin olduğunu kabul eder<sup>508</sup>. Yargıtay'ın bu şekilde yorumlanabilecek kararlar verdiği de gözlemlenmektedir<sup>509</sup>. Bunun dışında tazminatın ikili bir işlevi olduğu, aynı zamanda

---

buna paralel pek çok kararını zikretmek mümkündür. Mesela bkz. Yarg. İBK. T.22.6.1966, E.1966/7, K.1966/7; Yarg. 11. HD. T.23.12.2004, E.2004/3541, K.2004/12797; Yarg. HGK. T.14.11.2001, E.2001/21-993, K.2001/1019; Yarg. 2. HD. T. 18.12.1996, E.1996/11110, K. 1996/13467; Yarg. 11. HD. T. 14.12.2004, E. 2004/1272, K. 2004/12337; Yarg. 4. HD. T. 27.11.1997, E. 1997/6754, K. 1997/11204.

<sup>506</sup> Bu çerçevede manevi zarara dair bir tanım vermek gerekirse: “*Manevi zarar kavramı, kişiliğe yapılan saldırılar sonucu duyulan bütünlüklü ve bedensel acıları, ağrıları, üzüntüleri, kaybolan yaşama arzusu ve sevincini, bozulan ruh dengesini, hareket ve kendini geliştirme özgürlüğünün kısıtlanması sebebiyle duyulan sıkıntı, rahatsızlık ve eziklik duygusunu kapsayan bir kavramdır*” (ERTAŞ, s.65).

<sup>507</sup> Farklı görüş ve tartışmalar için bkz. ERTAŞ, s.67-81, EREN, s.749-752

<sup>508</sup> Mesela EREN, objektif teoriyi benimsemekte ve manevi zararı, haksız fiilin zarar görenin şahıs varlığındaki hukuki değerlerde yol açtığı objektif eksilme olarak tanımlamaktadır. Yazar, subjektif teoriyi, (LORENZ'e atfen), duyulan acı ve elemi bilimsel olarak ölçülemeyeceği, kişilerin olaylar karşısındaki tepkilerinin çok farklı olabileceği, manevi zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi için yapılan incelemede yaşananların tekrar ortaya çıkacağı ve zarar görenin zararı iki defa yaşayacağı ve nihayet zarar görenin (*ayırtım gücünün olmaması, tüzel kişi olması gibi*) herhangi bir nedenle acı ve elem duyma iktidarından yoksun olduğu hallerde manevi tazminat davası açamayacağı gerekçeleri ile eleştirmektedir. Fakat diğer taraftan belirli yoğunluktaki duygusal zararların da tazmini gerektiğini kabul etmektedir. Yani kural olarak (*maddi, duygusal ve sosyal*) kişilik haklarındaki objektif eksilme manevi zararı oluşturur. Bunun yanı sıra bazı hallerde kişilik değerlerindeki eksilme, aynı zamanda kişinin acı ve elem duymasına neden olur. Bu ise kişinin ruhsal bütünlüğünü bozar. İşte bu da manevi zararı oluşturabilir. Dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilmesi, birden fazla manevi zarara neden olabilir ve bunlardan her biri bireysel manevi zarar olarak adlandırılır (EREN, s.483-486, 750).

<sup>509</sup> Bkz. Yarg. 4. HD. T.24.4.2003, E.2002/14747, K. 2003/5293: (... “*Manevi zarar kişilik değerlerinde oluşan objektif bir eksilmedir*”.); ayrıca bkz. Yarg. HGK. T. 20.3.1991, E.1990/4-167, K. 1991/137: (... *Ölümlü tehdit eyleminin kişide özgürlüğün sınırlandırılması korkusu yaratarak ruhsal yapıda bir eksilmeyi ve zararı oluşturması kaçınılmazdır. Kişinin iç dünyasına girilemeyeceğine göre manevi zararı kişisel değere saldırının varlığı halinde objektif olarak kabul etmek hukuksal yorumlarda adaletin somutlaştırılması için zorunludur*”....) benzer şekilde karşı oy yazısında telafi görüşünün benimsendiği bir karar için: Yarg. HGK. T.14.11.2001, E.2001/21-993, K.2001/1019; bu yönde diğer bir karar: Yarg. HGK. T. 13.1.1988, E. 1987/4-405, K. 1988/27: (... *Bir şahsın kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmeye zarar denilmektedir. Manevi zarar, buna uğrayan kişinin genellikle maddi veya manevi bir acı duymasına neden olur. Ne var ki manevi zarar duyulan bu acı, çekilen ıstırap değildir. Acı ve ıstırap manevi zararın sadece sonucu olabilir. Manevi zarar kişilik hak ve değerlerinde irade dışında meydana gelen objektif eksilmedir....*”).

caydırıcılık (*ceza*) amacına hizmet ettiği ileri sürülmektedir<sup>510</sup>. Fakat bu görüş pek taraftar bulmamıştır. Netice itibarıyla manevi tazminatın amacı konusundaki baskın görüş esas alınrsa, manevi zarardan bahsedebilmek için salt kişilik hakkının ihlal edilmesi yeterli değildir. Kişi şahıs varlığındaki eksilmeyi hissetmeli, bu ihlal nedeniyle elem, acı ve ızdırap duymalıdır. Bu çerçevede, Türk hukukunda manevi zarar hususunda sübjektif görüşün benimsendiği söylenebilir<sup>511</sup>.

Belirtelim ki objektif veya sübjektif teorinin kabul edilmesi, manevi zararın tazmin edilmesi sorununda önemli bir kolaylık sağlamaz. Bir kere pozitif hukuk açısından bakıldığı zaman hangi kişisel değerlerin “*hak*” çerçevesinde korunduğu hususunda tam bir belirlilik yoktur. Kanun koyucu kişilik hakkını oluşturan değerlerin belirlenmesini büyük ölçüde yargı ve doktrine bırakmıştır<sup>512</sup>. Gerçi manevi zararın tazminine dair genel hükmün (BK.m.49) yanı sıra, bazı kişilik hakları özel olarak düzenlenmiş ve bu hakların ihlali durumunda hak sahibinin manevi zararını tazmin edebileceği açıkça belirtilmiştir<sup>513</sup>.

---

<sup>510</sup> Örneğin ERTAŞ, kişilik hakkının ihlal edilmesinin kişide, öfke ve kızgınlık ve cismani acı ve ızdırap olmak üzere iki ayrı etkiye neden olduğunu ve manevi tazminatın işlevinin de bu iki olumsuz etkiyi gidermek olduğunu belirtmektedir. Bu çerçevede öfke ve kızgınlığın giderilmesi, tatmin etme işlevi, cismani acı ve ıstırapın giderilmesi ise denkleştirme işlevine işaret eder. Tazminatın hukuki niteliği hakkında ise, *kendi şahsına özgü bir özel hukuk yaptırımı* olduğunu belirtmektedir (ERTAŞ, s.79,81,82). TANDOĞAN, ise, manevi tazminatın amacının cezalandırmak olmadığını belirtmekle birlikte, “*cezai faktörün ehemmiyeti tamamen inkâr edilemez*” diyerek cezalandırmaya ikincil bir işlev atfetmektedir (TANDOĞAN, s.331).

Benzer şekilde Yarg. HGK. T.23.6.2004, E.2004/13-291, K.2004/370: (*Manevi tazminat gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini vurgulamaktadır*)

<sup>511</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.684; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.655; TANDOĞAN, s.330

<sup>512</sup> Bir Yargıtay kararında korunan değerlerin neler olduğu belirtilmeksizin, üçlü bir tasnif yapılmıştır. Buna göre kişilik hakkı, vücut bütünlüğüne dair maddi varlıkları (*yaşam sağlık*), ruhsal varlıkları (*onur, saygınlık, özgürlük, sır, resim*) ve mesleki/ekonomik değerleri korur (Yarg. HGK. T.20.3.1991, 1990/4-617, K 1991/137).

<sup>513</sup> Kişilik hakkı sadece manevi tazminat yolu ile korunmaz. MK.24 ve 25. kişilik hakkının nasıl himaye göreceğine ilişkin hükümler öngörür. Kanun koyucu kişilik hakkının ihlali sonucunda manevi tazminatı genel olarak BK.’nun 49. maddesinde düzenlemiş, bunun dışında manevi tazminata ilişkin özel bazı halleri ayrıca ele almıştır. Mesela MK.m.26 (*isim üzerindeki hakkın ihlali*), m.121 (*nişanın bozulması üzerine kişilik hakkının ihlali*), m.158/II (*evlenmenin butlanı durumunda*), m.174 (*boşanmaya neden olan olaylar sebebiyle kişilik hakkının ihlali*), BK.m.47 (*vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi ve ölüm*), FSEK. m.70 (*manevi hakların ihlali durumunda*), PHKHKHK.m.137 (*patent hakkının ihlali durumunda*) ve MKHKHK.m.62/b (*marka hakkının ihlali durumunda*) bu hallere örnek teşkil eder.

Mesela vücut bütünlüğü (BK.m.47) veya kişinin ismi (MK.m.26/2) üzerindeki haklar buna örnektir. Fakat özel hükümlere rağmen, son tahlilde hangi manevi değerlerin “*kişilik hakkı*” kapsamına girdiği hususunda kesin bir çerçeve çizmek mümkün değildir. Bunu somut olayın özelliklerine göre saptayacak olan hâkimdir.

Belki de daha önemli olan sorun, hak kapsamında himaye edilen bir manevi değer ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın (*ve dolayısıyla tazminatın*) nasıl tespit edileceğidir. Manevi zararın para birimi ile ifadesinin mümkün olmaması bir yana, hak çerçevesinde korunan kişisel değer ihlalinin gerçekten manevi zarara yol açıp açmadığını dahi kesin olarak belirlemek mümkün değildir. Nitekim bu nedenlerle, manevi tazminatta hâkimin takdir yetkisi (*gerek tazminatın türü*<sup>514</sup> *ve gerekse kapsamı açısından*) çok daha geniştir (MK.m.4). Bu çerçevede değerlendirildiği zaman bir kere burada maddi tazminatta olduğu gibi, zarar ve tazminatın belirlenmesi aşamaları arasında bir ayrılık yoktur<sup>515</sup>. Hâkim kendisine yapılan talep doğrultusunda doğrudan manevi tazminatı takdir etmektedir<sup>516</sup>. Manevi tazminat tutarının takdirinde ise, uygulamada Yargıtay’ın manevi tazminatın amacına (*ve hakkaniyet ve adalet kavramlarına*) özellikle atıf yaparak<sup>517</sup>, somut

---

<sup>514</sup> Tazminatın türü açısından BK.m.47 hâkimin takdir hakkını sınırlamakta ve manevi tazminat olarak para verileceğini hükme bağlamaktadır. Fakat BK.m.49 bu hususta: “*Hâkim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kımayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir*” şeklinde bir düzenleme öngörmektedir. Fakat uygulamada, tazminat olarak genellikle belirli bir miktar paraya hükmedilmektedir.

<sup>515</sup> Bunun sonucu olarak tazminatın tespitinde dikkate alınan ilkeler, yani BK.m.42-44 hükümleri manevi tazminat açısından da kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca denkleştirme yapılmayacağını belirtelim (AKÜNAL, s.50).

<sup>516</sup> Bu çerçevede, maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminat talebinin bölünemediği kabul edilmektedir. Bkz. Yarg. HGK. T.14.11.2001, E.2001/21-993, K.2001/1019: (*gerçekten hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Bir başka anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur*). Benzer şekilde: Yarg. 4. HD. T. 1.10.1998, E.1998/3939, K. 1998/7361

<sup>517</sup> Mesela bkz. Yarg. İBK. T.22.6.1966, E.1966/7, K.1966/7; Yarg. HGK. T.23.6.2004, E.2004/13-291, K.2004/370; Yarg. 11. HD. T.23.12.2004, E.2004/3541, K.2004/12797: (... “*Manevi tazminat bir zenginleşme aracı olarak kabul edilmemekte ise de, zarar görenlerin acılarının kısmen de olsa telafisi ve zarara uğrayanlarda manevi huzuru doğurmaya gerçekleştirecek tutarda olmalıdır.*”). Aynı yönde: Yarg. 11. HD. T. 14.12.2004, E. 2004/1272, K. 2004/12337; Yarg. 4. HD. T. 27.11.1997, E. 1997/6754, K. 1997/11204.



olayın özelliklerine göre bazı ilkeleri dikkate alarak karar verdiği görülmektedir<sup>518</sup>. Genel olarak, manevi tazminat zarar görende bir ölçüde manevi tatmin yaratmalı (*acı ve eleme gerçekten hafifletmeli, sembolik olmamalı*), buna karşılık zarar görenin zenginleşmesine neden olmamalıdır. Yani hâkim, manevi zarar ile tazminat arasında bir denge (*orantı*) kurmalıdır. Bu denge kurulurken, çekilen acının büyüklüğü, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, karşılıklı kusurları, olayın oluş şekli ve genel olarak tarafların menfaat dengesi gibi çeşitli ölçütlerden yararlanılmaktadır<sup>519</sup>. Örneğin tazminat tutarının davalıyı ekonomik açıdan yıkıma uğratmaması gerektiği, zarar görenin kusurlu olduğu bir durumda manevi tazminatın daha az takdir edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Fakat belirtelim ki bu prensipler tahdidi olmadığı gibi, son tahlilde hangisinin ne ölçüde geçerli olacağı hakkında hâkim takdir yetkisini kullanacaktır<sup>520</sup>.

### C. Tespit ve Değerlendirmeler

“Zarar”, zarar görenin zarar verici olayın gerçekleşmemesindeki menfaati olarak tanımlanabilir. Zararı geniş anlamda anladığımız için, bu menfaat maddi veya manevi mahiyette olabilir. Fakat bu menfaatin zarar olarak nitelendirilmesi için, kişiye özgülenmiş ve hukuken meşru olması gerekir. Yani teknik olarak zarar her türlü menfaatin değil,

---

<sup>518</sup> Yargı kararları incelendiği zaman, manevi tazminatın belirlenmesinde izlenecek ilkeler açısından Yargıtay’ın sıklıkla 1966 tarihli İBK.’na atıf yapıldığı görülmektedir (Y. İBK. T.22.6.1966, E.1966/7, K.1966/7).

<sup>519</sup> Bu faktörlerin tamamının dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı ve eğer gerekli ise, hangisinin ne ölçüde önemli olduğu büyük ölçüde manevi tazminatın amacı ile ilgilidir. Eğer amaç zarar görenin zararının (*biraz olsun*) giderilmesi ise, manevi zararın kapsamını ve ölçüğünü etkileyen unsurların dikkate alınması beklenir. Bu çerçevede zarar verenin kusuru veya zararın oluş biçimi, zarar görenin manevi zararının kapsamı üzerinde etkili olduğu ölçüde önem taşımalıdır. Bu unsurların bağımsız değeri olamaz. Öte yandan uygulamada değerlendirmenin bu şekilde yapıldığı son derece şüphelidir. Hakkaniyet ve adalet mülahazaları çerçevesinde farklı amaçlar devreye girmektedir. Sanırız ki bu durum aslında manevi tazminatın uygulamada birden fazla amaca hizmet ettiğinin zımnen de olsa benimsenmesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>520</sup> Manevi tazminatın takdir edilmesi meselesinde hangi ilkelerin rol oynayabileceğine dair daha sistematik bir sınıflandırma yapılabilir. Mesela ERTAŞ, “manevi zararın objektif ağırlığına ilişkin”, “mağdurun şahsına ilişkin” (*mağdurun vücut yapısı ve dayanıklılığı, yaşı ve cinsiyeti, meslek ve sosyal statüsü, özel ilişki ve eğilimleri, ekonomik durumu, birlikte kusuru*), “sorumlunun şahsına ilişkin” (*sorumlunun kusur derecesi, ekonomik durumu ve sigortası*) ve “diğer faktörler” (*manevi zararın hangi vesile ile doğduğu, tarafların kişisel ilişkileri, sorumlunun tazminat ödemedeki gecikmesi, emsal mahkeme içtihatları*) olmak üzere 4 grup faktörün dikkate alınabileceğini belirtmektedir (ERTAŞ, s.88 vd.).

hukuki ve meşru bir menfaatin olumsuz etkilenmesidir. Nitekim mal ve şahıs varlığı tabirleri genel olarak bunu ifade etmekte ve zarar ile hukuka aykırılık kavramları arasındaki yoğun ilişkiye (*hatta bağımlılığa*) dikkati çekmektedir<sup>521</sup>. Bu bir açıdan doğal karşılanabilir. Zira son tahlilde hukuk düzeni her türlü değeri değil, bir değer yargısına göre, toplumsal açıdan önem atfedilen menfaat veya değerleri (*hayat, vücut, sağlık, şeref, maddi mallar*) korumayı amaçlar. Zarar ve hukuka aykırılık arasındaki bu bağımlılık, özellikle fiziksel tezahürü olmayan zarar kalemleri açısından karşımıza çıkar. Tabiatıyla bunun tipik örneği de manevi zarardır.

Manevi zarar kişinin duyduğu acı ve elem değil, kişilik haklarının ihlal edilmesinden duyulan acı ve elem olarak tanımlanmaktadır. Dikkat edilirse burada hukuka aykırılık hangi tür zararların tazmin edilebileceğini değil, neyin zarar olacağını belirlemektedir. Şüphesiz bu durum zarar kavramının normatif karakterine işaret etmektedir<sup>522</sup>. Önemle vurgulayalım ki, hukuk teorisi açısından manevi zararın hukuka aykırılık tahtında tanımlanması şart değildir<sup>523</sup>. Pekâlâ, manevi zararın, kişinin acı ve elem duyması şeklinde tanımlanması ve kişilik hakkının da tazmin edilebilir manevi zararın çerçevesini çizmesi mümkündür. Üstelik bu yaklaşım maddi ve manevi zarar arasında paralellik sağlayarak, hukuk teorisini daha tutarlı bir temele oturtmaktadır.

---

<sup>521</sup> Hukuka aykırılık ile zarar kavramı arasındaki yoğun ilişki ile kastedilen, zarar kavramının belirlenmesinde hukuki değer yargılarının rol oynaması, yani zararın normatif özelliğidir. Esasen menfaatin olumsuz etkilenmesi olarak görülebilen (*ve bu anlamda zarar olarak nitelendirilmesi mümkün olan*), fakat hukuki açıdan çeşitli nedenler ile (*pratik veya teorik*) tazmin edilmesi uygun olmayan bazı haller, hukuka aykırılığın gerçekleşmediği gerekçesi ile değil, zararın hiç gerçekleşmediği gerekçesiyle tazmin edilmemektedir. Normatif zarar veya kişilik hakkının dışında kalan manevi değerlerin ihlali nedeniyle kişinin üzüntü ve acı duyması buna örnektir.

<sup>522</sup> Krş. AKÜNAL, s.59

<sup>523</sup> Düşüncemize göre doktrin ve uygulamadaki bu yaklaşımın pozitif bir temeli yoktur. Pekâlâ, zarar ve hukuka aykırılık kavramlarını birbirlerine geçmeyecek şekilde ayrılabilir. Zira düşüncemize göre zararın ortaya çıkmış olması farklı, bunun tazmin edilmesi farklı şeylerdir. Genel norm olan BK.'nun 49. maddesinin lafzı da buna engel değildir. Bilakis bu hükümde kanun koyucu açık bir şekilde "*manevi zarar*" ve "*kişilik haklarının ihlal edilmesini*" ayrı ayrı zikretmiştir. Bu çerçevede zaten kişilik hakkının ihlal edilmediği bir durumda uğranılan acı ve elem tazmin edilemeyeceği için, ayrıca manevi zarar tanımı içerisinde kişilik hakkı kavramına yer vermek şart değildir. Mesela yansıma ya da salt ekonomik zararlar açısından, durum bu şekildedir. Burada ortada bir zarar olduğu kabul edilmekte ve fakat hukuka aykırılığın (*hukuka aykırılık şartının*) gerçekleşmediği gerekçesiyle tazminat sorumluluğu doğmamaktadır (bkz. aşağıda §4/II/B/2/d). Aynı prensipler manevi zarar için de kabul edilebilir.

Önemli diğ er bir tespit, hukuk doktrini ve uygulamasında maddi ve manevi zararın tamamen farklı ele alınmasıdır. Öyle ki zarar terimi, sadece maddi zararı ifade etmekte ve “*telafi*” amacının da maddi zararlar için geçerli oldu ğ u kabul edilmektedir. Bu çerçevede manevi tazminatın amacı kişinin manevi zararını gidermekten ziyade, zarar görende başka bir nedenle rahatlama yaratmak oldu ğ u kabul edilmektedir. Bu durum karş ısında her şeyden önce, haksız fiil hukukunun tek bir amacı oldu ğ u söylenemez. Mevcut doktrin açısından haksız fiil hukuku kuralları, maddi ve manevi tazminat açısından farklı amaçlara sahiptir<sup>524</sup>. Manevi zarara dair bir diğ er tespit, bu zararları belirlemenin mümkün olmadığ ının kabul edilmesidir. Yani zarar manevi oldu ğ una göre, bunun parasal değ erini bulmak imkânsızdır. Hatta ilke olarak da tazminat olarak ödenen para, hiçbir şekilde manevi zararın yerine geçemez ve onu karşı layamaz<sup>525</sup>. Burada bir anlamda para ile kiş ilik hakkı konusunu oluşt uran değ erlerin, *mukayese edilemez (incommensurables)* oldu ğ u kabul edilir<sup>526</sup>. Dolayısıyla izlenen amaç her ne ise, tazminatın da ona göre belirlenmesi uygun olur. Ş üphesiz bu, manevi zararın tazmin edilmesinde izlenecek prensipler hususunda tutarsız bir uygulamaya neden olmaktadır.

Zarar bahsine ilişkin bir başka tespit ve eleşt iri, maddi zarar kavramının klasik anlamıyla malvarlı ğ ı bağ lamında tanımlanmasının mevcut uygulamayı yeteri derecede izah edememesidir<sup>527</sup>. Malvarlı ğ ı, kişinin ekonomik açıdan ifade edilebilir mevcut hak ve borç larını ifade eden bir kavramdır<sup>528</sup>. Fakat haksız fiil hukuku, sadece malvarlı ğ ındaki hakları değ il, malvarlı ğ ına dâhil olması muhtemel hakları da zarar olarak nitelendirerek himaye etmektedir. Örneğ in yoksun kalınan karın tazmin edilmesi için, buna temel olan

---

<sup>524</sup> Dikkat edilirse, manevi zarar bir “zarar” olarak kabul edilmese bile (*ki terminolojik olarak dahi anlamsızdır*), manevi zararın tazminine dair hukuk kurallarının haksız fiil hukukuna dâhil olmadığ ı söylenemez. Nitekim bu yönde bir görü ş e de rastlamadık. Bu çerçevede haksız fiil hukukunun zararın telafi edilmesi olarak kabul edilen amacı, aslında sadece maddi tazminata ilişkin olup, manevi tazminat açısından farklı bir amaç söz konusudur.

<sup>525</sup> Mesela bu yönde bir yaklaş ım AKÜNAL, s.49,61

<sup>526</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/I/A

<sup>527</sup> Benzer bir durum sebepsiz zenginleş me açısından da geçerlidir (EREN, s.820).

<sup>528</sup> OĞ UZMAN/BARLAS, s.104; ACEMOĞ LU, s.9,10; krş. AYİTER, s.7-9,128

hakkın (*ki muhtemelen bu bir alacak hakkı olacaktır*) doğmuş olması gerekmez. Böyle bir hakkın doğmasının muhtemel olması yeterlidir<sup>529</sup>. Benzer bir durum vücut bütünlüğünün ihlali durumunda da söz konusudur (BK.m.46). Oysa bir olasılıktan ibaret hak konusu menfaatlerin klasik malvarlığı içerisinde kabulü bizce güçtür<sup>530</sup>. Bu açıdan malvarlığı (*nin eksilmesi*) tabiri, maddi zararı açıklamaktan uzaktır. Sorumluluk hukukunda malvarlığının farklı anlama geldiğini kabul etmek ise, bizatihi tanım yapmanın yararını ortadan kaldırmaktadır.

Zarar bahsine ilişkin son tespit ve eleştiri ise, maddi zarara dair mevcut tasniflerin, hukuka aykırılık ile zarar arasındaki yoğun ilişkiyi göz ardı etmesidir. Bu durum, zarar olarak kabul edilen hallerin, ortaya çıktığı her durumda tazmin edilip edilmeyeceği konusunda tereddütlere neden olmaktadır. Tabiatıyla bu tereddüt özellikle “*ekonomik*

---

<sup>529</sup> Haksız fiil sonucunda zarar görenin kar yoksunluğu olayların çok önemli bir kısmında, alacak hakkına sahip olmaması şeklinde karşımıza çıkacaktır. Mesela kişi yapması muhtemel bir satış veya kira akdini gerçekleştirmemiş olacak ve bu nedenle bir gelir kaybına uğrayacaktır.

<sup>530</sup> Krş. AYİTER, s.98,99. Yazar’a göre: “*Mamelek bir şahsın ekonomik değer taşıyan haklarından meydana gelmiştir... Keza ümit ve ihtimaller ne kadar değerli olursa olsunlar; mamelekin cüzi değildirlir. Hukuki olmayan fakat fiili bir kazanç kaynağı olan diğer durumlar, mesela müşteriler, şanslar, bir işletmenin itibarı, insanın bizzat kendi çalışma gücü de mamelekin bir unsuru olamaz. Bunlar haksız fiillerle ihlal edilebilecek menfaatlardır ki, ancak ihlalleri halinde doğacak tazminat alacağı mamelekin rüknünü teşkil ederler... Bu sayılanlardan bir kısmı mesela müşteriler bir şahsın mamelekinin bir parçası olan teşebbüsün değerini arttıran fiili faktörlerdir. İktisadi servet bakımından bir değerdir, şahsın müşterilerinin eksilmesine karşı haksız rekabet hükümleriyle korunması onun mamelekinin korunması sayılmamak, fakat şahsiyet haklarının bir parçası olan iktisadi varlığının korunması sayılmak icap eder*”. Bu görüşlere katılmadığımızı belirtelim. Haksız rekabet sonucunda müşterilerin eksilmesi ile kastedilen, zarar görenin muhatap olduğu haksız eylem sonucunda, yapması muhtemel satış veya benzeri bir akdi yapamaması nedeniyle kar kaybına (*mahrum kalınan kar*) uğramasıdır. Dolayısıyla bu gibi hallerde de aslında fiili bir durum değil, hukuki durum söz konusudur. Öte yandan sorun, elde edilmesi muhtemel bu tür hakların malvarlığı içerisinde sayılıp sayılmayacağıdır. Yazar eserinin bir başka bölümünde: “*Muntazar haklar mameleke dâhildirler. Bunların da tam tazmini ezcümle mahrum kalınan karın tazmini mümkündür. Mesela bir atölyede bir makinenin tahribi halinde makinenin değerinden yahut tamir masrafindan başka makine işleseydi elde edilecek karın da tazmini imkânı bulunması sırf hukuki bir mefhum olan mamelek mefhumunda iktisadi bir mamelek mefhumunu aratmayacak bir dinamizm olduğunu gösterir*” (AYİTER, s.128). Beklenen (*muntazar*) hakları malvarlığı içerisinde değerlendirmek mümkünse de (ACEMOĞLU, s.14), herhalde kar kaybının haksız fiil hukuku kurallarına göre tazmin edildiği hallerde her zaman beklenen hakkın bulunduğu dolayısıyla da malvarlığının eksildiği anlamına gelmez. Olayların önemli bir kısmında “*satış fırsatının kaçırılması*” söz konusudur ve “*alacak hakkı kazanılması olasılığı*” ortadan kalkmaktadır. Hukuk düzeninin himaye ettiği menfaat de, bu olasılığa bağlı menfaattir. Haksız fiilin gerçekleştiği sırada ne malvarlığı içerisinde bir alacak hakkı mevcuttur, ne de bu hakkın ihlal edilmesi söz konusudur.

*zarar*” kavramı açısından kendini göstermektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere<sup>531</sup>, ekonomik zararın tazmin edilip edilmeyeceği ve eğer edilecekse bunun hangi şartlar altında yapılacağı, uygulamada önemli bir sorun teşkil eder. Oysa mevcut hukuk doktrininde bu kavramın göz ardı edilmesi, sorunun sağlıklı bir teorik temelde çözümlenmesini önlemektedir. Örneğin “*yoksun kalınan kar*” adı altında zikredilen zarar türü, sanıldığı kadar aksine haksız fiil hukukunda her zaman tazmin edilmez. Hatta bir mutlak hak ihlali ile bir arada ortaya çıkmamışsa, tazmin edilmemesi esastır. İşte mevcut zarar tasnifleri ve zararın ele alınış biçimi, bunun nedenini yeteri şekilde açıklayamamaktadır. Düşüncemize göre ekonomik zararı temel alan zarar tasnifi, hukuka aykırılık ile zarar kavramı arasındaki ilişkiye ışık tutacağı gibi, günümüzde yaygın bir şekilde karşımıza çıkan bu tür zararların hangi şartlar altında tazmin edilmesi gerektiği konusunda fikir vermektedir. Ayrıca bu yaklaşım hukukun cismani ve fiziki varlığı olan zararlar ile soyut vasfı olan zarar türleri arasındaki belirgin ayırımı da dikkati çekmektedir.

## **II. Ekonomik Açıdan Zarar Kavramı**

### **A. Kavram**

Ekonomi biliminin haksız fiil hukukundaki temel uygulama alanının “*zarar*” kavramına ilişkin olduğu düşünülebilir. Mesela zarar hesabı ve değerlendirme metotları ilk akla gelen alanlardır. Ancak bu beklentinin aksine, zarar kavramı hukuk ve ekonomi öğretisinin hiçbir zaman temel inceleme alanını oluşturmamıştır<sup>532</sup>. Sanırız ki bu yaklaşım, öğretinin baskın bir şekilde teorik ve felsefi içerikli çalışmalarda yoğunlaşmasından, buna karşılık zarar hesabının (*ya da değerlemenin*) büyük ölçüde teknik bir mesele olduğu düşüncesinden kaynaklanır. Fakat son yıllarda, “*ekonomik zararı*” (*economic loss*) ve “*manevi zararı*” teorik ve kavramsal açıdan inceleyen çok sayıda çalışma yapılmış ve bu

---

<sup>531</sup> Bkz. aşağıda §4/II/B/2

<sup>532</sup> Aynı yönde ARLEN, Wrongful Death, s.1113

konularda zengin bir literatür oluşmuştur<sup>533</sup>. Bu başlık altında, pozitif hukuktaki zarar tanımını esas alarak, zarar kavramının ekonomik açıdan yorumuna ve izah edilmesine çalışılacaktır. Bu çerçevede zararın kavramsal temeli ve ekonomik açıdan özellik arz eden bazı türleri ele alınacak, fakat nasıl hesaplanacağı kural olarak (*değerleme metotları*) açıklanmayacaktır.

## 1. Zarar Kavramının Teorik Temeli

Zarar türleri üzerinde durmadan önce, ön sorun olarak zararın (*ve tazminatın*) teorik temelleri üzerinde durmak gerekir. Yukarıda, haksız fiilin olumsuz dışsallık teşkil ettiğini ve kişinin davranışının bazı maliyetlerini (*zararları*) dışsallaştırdığı için ekonomik açıdan etkin (*arzu edilen tarzda*) davranmadığını belirtmiştik<sup>534</sup>. Haksız fiil tazminatı, kişiyi bu (*dışsal*) maliyetlerden sorumlu kılarak, davranışının “*sosyal maliyetini*” göz önünde tutmaya ve etkin (*özenli*) davranmaya sevk ediyordu. Tazminatın bu işlevi yerine getirebilmesi için ise, zarar verenin kural olarak (*net*) dışsal maliyetin tamamından sorumlu tutulması gerekiyordu. Bu temel teori ışığında iki tespit yapmak gerekir.

1. Haksız fiil tazminatının zarara, zararın da “*net dışsal maliyete*” eşit olması gerekir<sup>535</sup>. Zarar ve tazminat, fiilin neden olduğu dışsal maliyete eşit olmadığı bir durumda, kişi davranışının tüm sosyal maliyetini göz önünde tutmaz. Bu ise etkin özenin sergilenmemesi anlamına gelebilir.

---

<sup>533</sup> Zarar kavramı ile ilgili literatür için bkz. ARLEN, s.720-734

<sup>534</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/I/A ve §2/II/B

<sup>535</sup> Burada net dışsal maliyet ile kastedilen, haksız fiilin aynı zamanda bazı dışsal yararlar sağlaması durumunda, bunun maliyetlerden düşürüldükten sonra kalan tutardır. Son tahlilde kişinin eyleminin sosyal maliyetini dikkate alması amaçlanır. Kişi zaten kendisinin katlanacağı özel maliyeti göz önünde tuttuğuna göre, sadece net dışsal maliyetlerden sorumlu olması yeterli olacaktır (*net dışsal maliyet+özel maliyet=sosyal maliyet*). Buna karşılık dışsal yararlar maliyetlerden düşürülmezse, tazminat kişiyi gereğinden fazla seviyede özen göstermeye sevk edecektir.

2. Zarar kavramı ekonomik açıdan dışsal maliyete tekabül etmekte ve bu da son tahlilde “*fayda*” (*utility*) temeline dayandırılmaktadır<sup>536</sup>. Haksız fiil zararı, kişinin faydasını olumsuz etkilemekte (*maliyete neden olmakta*) ve tazminat da *ex post* olarak<sup>537</sup> bu faydayı tam olarak telafiyi hedefleyerek, kişileri etkin özen göstermeye teşvik etmektedir<sup>538</sup>. Bu açıdan zarar, zarar görenin haksız fiil nedeniyle faydasındaki değişimin ölçüğünü (*ve belki de niteliğini*) belirlemektedir.

Tabiatıyla haksız fiil hukuku, yukarıda kısaca betimlediğimiz ekonomik teori ile tam olarak uyumlu değildir. Faydanın azaldığı her durum hukukun konusu olmadığı gibi, hukukun konusu olduğu bir durumda dahi haksız fiil hukuku tatbik edilmeyebilir<sup>539</sup>. Diğer

---

<sup>536</sup> POMAR, s.1; SHAVELL, s.133 vd.; COOTER, s.1099,1100; ARLEN, Wrongful Death, s.1119

<sup>537</sup> Haksız fiil hukuku, *ex post* olarak tatbik edildiği için, değerlendirme, yani faydadaki olumsuz etkilenmenin parasal tutarının belirlenmesi faaliyeti de *ex post* olarak yapılır. Ekonomi bilimindeki diğer değerlendirme yöntemi ise, “*ex ante*” değerlemedir. Burada faaliyet yapanın diğerleri üzerinde neden olduğu ilave riskin değeri ya da maliyeti belirlenmeye çalışılır. Bu durumda riskin gerçekleşip zarara neden olması şart olmayıp, zarar verme olasılığına neden olan bir davranış yeterlidir (ARLEN, Wrongful Damages, 1119). Özellikle haksız fiil hukukunun hukuki kurumsal yapısına tam olarak uyumlu olmamakla birlikte, *ex post* telafinin mümkün olmadığı hallerde *ex ante* değerlendirme yönteminden faydalanmak da mümkündür (bkz. aşağıda §4/II/C/3/b).

<sup>538</sup> Yalnız tazminatın nihai amacının zarar görenin telafisi olmadığını, telafinin sadece *içselleştirme* amacına hizmet ettiğini tekrar hatırlatalım. Bunun önemi, potansiyel zarar verenlere etkin saik ya da içselleştirmenin sağlanması açısından zarar görenin zararının (*faydasının*) tam olarak telafi edilmesinin gerekmediği hallerde (*kasten verilen zararlar-manevi zarar-salt ekonomik zarar*) ortaya çıkar (bkz. Dördüncü Bölüm §1/I, ayrıca aşağıda §4/II/C/2 ve §4/II/B/2/d). Nihai amaç zarar görenin telafisi olmadığına göre, bu hallerde tazminat zarardan fazla ya da az olabilir. Ekonomik teoride tazminatın zarara eşit olması gerektiğine ilişkin prensip dogmatik değildir ve içselleştirme sağlandığı ölçüde tazminat *Kaldor-Hicks ölçütü* açısından etkindir (KH etkinlik ölçütü hakkında bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/3/a).

<sup>539</sup> Kişinin başkalarının davranışlarından olumsuz etkilenmesi, doğal olarak her zaman hukuku ilgilendirmez. Hukuku ilgilendirdiği durumda da, davranış mutlaka haksız fiil hukukunun konusu olmayabilir. Düşüncemize göre bu genellikle “*zarar*” değil, “*hukuka aykırılık*” kavramı ile ilişkilidir (bkz. aşağıda §5/II/D). Hukuka aykırılık kavramı, hangi tür değerlerin hangi hallerde nasıl korunacağına dair bir çerçeve çizmekte, faydanın azalabileceği pek çok durumu hukuk alanı dışına çıkarmaktadır (*Gerçi aralarındaki sınırların da silik olduğunu itiraf etmek gerekir. Yani ne zaman zararın, ne zaman hukuka aykırılığın bulunmaması nedeniyle hukukun faydanın azalması sorunu ile ilgilenmediğini belirlemek güçtür*). Hukuki değere müdahale edildiği bir durumda ise, salt kamu hukuku veya özel hukuk himayesi de sağlanabilir. Bu büyük ölçüde hukuk politikasının bir tercihi ve somut olaydaki gerekler (*ihlal edilen değer türü, faydası azalan kişinin himayeye başvurusu olasılığı, hukuki himayenin etkinliği gibi*) etrafında şekillenir. Geniş anlamda hukuki kurumsal yapı analizi hakkında bkz. Dördüncü Bölüm §1

bir fark ise, haksız fiilin yol açtığı zararın tamamı her zaman tazminata konu olmayabilir<sup>540</sup>. Nihayet özel hukuk dalı olan haksız fiil hukukunun zarar verenin fiilinin sosyal maliyetlerini içselleştirdiği düşüncesi, hukuk teorisine yabancıdır<sup>541</sup>. Ekonomik teori ile pozitif hukuk arasındaki bu uyumsuzluğu çeşitli nedenler ile açıklamak mümkündür<sup>542</sup>. Fakat bunları kısmen başka başlıklar altında ele aldığımız için<sup>543</sup>, bu tartışmalara girmeksizin pozitif hukukta benimsenen zarar kavramını esas alarak açıklama yapacağız.

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman zarar, zarar görenin faydasındaki olumsuz değişimdir. Fakat bu ifade, zarar kavramının, faydanın azalması (*maliyet*) ile özdeş olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Hukuki-teknik bir tabir olan zarar, daha dar bir kapsama sahiptir. Zararın ortaya çıktığı her durumda kişinin faydasının azaldığı söylenebilir de, aksi geçerli değildir. Yani kişinin değer atfettiği ve fakat bu değerlerin üçüncü kişilerin müdahalesi nedeniyle olumsuz etkilenmesi zarar olarak nitelendirilmez. Hukuk düzeni her türlü değere değil, ancak kişinin şahıs ve/veya malvarlığı içerisinde yer alan değerlerine müdahale edilmesini “zarar” olarak nitelendirmiştir. Özellikle manevi zararın kişilik hakları tahtında

---

<sup>540</sup> Her türlü zarar tazmin edilmediğine göre (*mesela salt ekonomik zarar*), görünürde haksız fiil hukuku ile ekonomik teori birebir uyuşmamaktadır. Keza tazminatın tenkis edilmesi de benzer şekilde değerlendirilebilir.

<sup>541</sup> Haksız fiil hukuku, en azından özel hukuk teorisi açısından sosyal değil, özel maliyetler ile yani kişinin zararı ile ilgilendirilir. Kural bu olmakla birlikte, haksız fiil hukukunun sosyal maliyetleri (ve yararları) zımnen dikkate aldığı haller yok değildir. Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C ve ayrıca aşağıda §4/II/B/2/e ve §5/II/C.

<sup>542</sup> Tabiatıyla bu ayrılığın pozitif hukuktan kaynaklanan nedenleri kolaylıkla sıralanabilir. Mesela haksız fiil sorumluluğu için gereken kusur, hukuka aykırılık ve nedensellik şartları ayrıca arandığı için, bunlar gerçekleşmemişse zarar kural olarak tazmin edilmez.

Fakat ekonomik teori açısından bakıldığı zaman zararın hiç tazmin edilmemesi ya da kısmen tazmin edilmesi farklı şekillerde açıklanabilir. İlk akla gelen neden, her zaman dışsallığa hukuki müdahalede bulunmanın gerekli olmamasıdır. Pek çok durumda müdahale maliyeti, sağlayacağı yararı haklı kılmayacaktır. Mesela manevi zararın kişilik hakkı çerçevesinde tanımlanması veya ekonomik zararların her zaman tazmin edilmemesi normatif açıdan bu şekilde izah edilebilir. Diğer taraftan dışsallığa müdahale gerekli olsa bile, her zaman haksız fiil hukuku uygun hukuki kurumsal yapı olmayabilir (bkz. Dördüncü Bölüm §1). Nihayet sosyal maliyet mülhazaları da, zararın tazmin edilmemesini ya da kısmen tazmin edilmesini gerektirebilir (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/eb). Nihayet pozitif hukukun ekonomik teoriyle tamamen uyumlu olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Haksız fiil hukukunun gelişiminde çok çeşitli normatif mülhazalar rol oynamaktadır, dolayısıyla ekonomik teorinin öngörülerıyla, haksız fiil hukuku tam bir uyum içerisinde değildir.

<sup>543</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C, §2/II/A ve §2/II/E, Üçüncü Bölüm §5/II/B ve Dördüncü Bölüm §1/I ve özellikle §1/III



tanımlanması, zarar kavramının çerçevesini açık bir şekilde daraltarak “*faydanın azalması*” kavramından ayırmaktadır<sup>544</sup>.

Zarar ve faydanın azalması kavramları arasındaki farkı bu şekilde belirttikten sonra, bu farkın zarar kavramını fayda temelinde tanımlamaya engel teşkil etmediğini belirtelim. Haksız fiil hukuku, dışsallıkları düzenleyen hukuki kurumsal yapılardan sadece birisidir<sup>545</sup>. Zararın dar anlama sahip olması, esasen haksız fiil hukukunun hukuki kurumsal yapı olarak uygulama alanı ile ilgili bir meseledir. Bu çerçevede zarar görenin zararının tazmin edilmesinin, aslında kişinin haksız fiil nedeniyle olumsuz etkilenen faydasını telafi etmek olduğu, sadece bunun farklı şekilde ifade edildiği kolaylıkla ileri sürülebilir. Hatta telafi amacına başka bir mantıklı temel bulmak güçtür<sup>546</sup>. Dolayısıyla, tartışılabilir olmakla beraber, zarar kavramının fayda temeline dayandığını yorum yoluyla kabul edebiliriz.

---

<sup>544</sup> Manevi zarar kavramı, sadece “*kişinin acı ve elem duyması*” şeklinde tanımlansa idi, kişinin faydasının azaldığı pek çok durum bu çerçevede değerlendirilebilirdi. Zira düşüncemize göre kişinin acı, elem ve üzüntü duyması aslında *faydanın azalması* ile büyük ölçüde özdeş kavramlardır. Fakat hukuk doktrini, manevi zararın tanımına *kişilik hakkı* şartını dâhil ederek, bu iki kavramı birbirinden ayırmıştır.

<sup>545</sup> Dolayısıyla zarar ile faydanın azalması kavramlarının farklılaşmasının bir nedeni, hangi dışsal maliyetlerin haksız fiil hukuku ile hangilerinin farklı hukuki kurumsal yapılar ile düzenleneceği meselesi ile ilgilidir. Kanun koyucu, hukuki müdahalenin gerekli olduğunu düşünse bile, bunu farklı hukuki kurumsal yapılar ile yapabilir. Mesela herhangi bir kimsenin mülkiyetinde olmayan çevre değerlerinin zarar görmesi halinde (*söz gelimi hava kirliliği*), ortada teknik anlamda bir zarar yoktur. Buradaki dışsal maliyet, genellikle çevre hukuku ile düzenlenmektedir. Bkz. İkinci Bölüm §2/II/E ve Dördüncü Bölüm §1/I ve §1/III/A

<sup>546</sup> “*Telafi amacının*” kabul edildiği bir hukuk sisteminde, zarar görenin zararının neden telafi edildiği sorusuna daha anlamlı bir cevap bulmak güçtür. Zarar görenin zararının telafi edilmesi, kişinin zarar nedeniyle uğradığı kaybı giderir. Bu son tahlilde kişinin tatmin edilmesini ve mutluluğunu sağlar. Telafi değil de başka bir amaç benimsenseydi, mesela zarar verenin cezalandırılması veya caydırılması amaçlansaydı, o zaman telafinin kişinin mutluluk ve tatminini sağlamayı hedeflemediği, bunun sonuç olduğu ileri sürülebilirdi. Ama başlı başına telafi amacının altında herhalde kişinin tatmin edilmesi yatmaktadır ki bu da ekonomik açıdan kişinin faydasının eski hale getirilmesine tekabül eder.

Örneğin maddi zararın tazmin edilmesi, bizatihi maddi zararın giderilmesi ya da onarılması değil, bu zarar nedeniyle kişinin faydasındaki azalmanın tafisidir. Nitekim hukuk doktrininde kabul edilen menfaat teorisi de büyük ölçüde benzer bir mantığa dayanmaktadır. Tazminat, kişinin haksız fiil nedeniyle (*malvarlığı değerlerinde*) yaşadığı menfaat kaybını gidermektedir. Burada menfaat, herhalde faydanın farklı bir ifadesidir.

Benzer bir şekilde “*malvarlığı*” terimi de aslında “*fayda*” gibi bir soyutlamadır. Fayda ekonomi biliminin, malvarlığı ve şahıs varlığı ise, hukukun soyutlamasıdır. Malvarlığı ile kastedilen kişinin değer atfettiği ve hukuk düzeninin kişiye tahsis edip himaye ettiği değerler bütünüdür. Son tahlilde zaten kişinin faydası, varlığına önem atfettiği (*ya da diğer bir ifadeyle çeşitli şekillerde fayda sağladığı*) değerlerin tahrip edilmesinden dolayı azalır. İşte aslında malvarlığı teriminin yaptığı belki de sadece hukuki değerleri kişiye tahsis edilenler ile sınırlayarak, faydanın azalmasının hangi hallerde zarar olarak nitelendirileceğinin çerçevesini çizmekten ibarettir (bkz. aşağıda §5/II/B).

Hukuk doktrinindeki pozitif tanımı esas alırsak, ekonomik açıdan zarar kavramını, kişinin *malvarlığı*<sup>547</sup> ve *şahıs varlığı* çerçevesinde himaye edilen hukuki değerlerine rızası dışında müdahale edilmesi nedeniyle kişinin faydasındaki azalma (*maliyet*) olarak tanımlayabiliriz. Bu çerçevede zararın hesaplanması, aslında kişinin faydasındaki azalmayı telafi edecek ekonomik değer belirlenmesi sorunu olarak tanımlanabilir. Doğal olarak tazminat da zarar görenin faydasını zarar öncesi konumuna getirmektedir.

## 2. Zararın Fayda Temelinde Tanımlanmasının Sonuçları

Zararın fayda temelinde tanımlanmasının önemli bazı sonuçları vardır. İlk olarak her türlü zarar kişinin faydasında bir azalmaya neden olur. Maddi zarar da, aynen manevi zarar gibi kişinin faydasını olumsuz etkiler. Zararın maddi olması, faydanın telafisini sağlayacak parasal tutarın görece kolay belirlenmesini sağlar. Yani değerlendirme ciddi bir sorun değildir. İkinci tespit, para şeklinde hükmedilen tazminatın kişinin faydasını *ex post* olarak zarar öncesi konuma getirdiği varsayılır<sup>548</sup>. İhlale konu menfaatin piyasada ikamesi varsa, nakdi tazminat, kişinin faydasını eski hale getirebilir. Bu sonuç aynı zamanda tazminatın pareto etkin olması anlamına gelir<sup>549</sup>. Manevi zarar açısından ise durum daha karmaşıktır. Kişilik hakkının ihlali nedeniyle kişinin acı ve elem duyması, hiç şüphe yok ki zarar görenin faydasının azalmasıdır. Ama değerlendirme sorunu bir yana, faydadaki bu değişimin etkileri farklı olabilir<sup>550</sup>. Dolayısıyla manevi tazminatın zarar göreni *ex post* olarak telafi etme iktidarı, olayın özelliğine bağlıdır. Bazı manevi zarar türleri açısından, bunun mümkün olduğu söylenebilirse de, bilhassa ağır manevi zararlar açısından

---

<sup>547</sup> Yukarıda malvarlığı tabirinin zarar kavramını açıklamada yeterli olmadığını belirtmiştik. Burada malvarlığı tabirini bu çekinceyi dikkate alarak, sadece tanımlarda paralellik sağlamak kaygısı ile kullanıyoruz. Aslında belki de en uygun tanım hukuk düzeninin kişiye tahsis ettiği ekonomik menfaat ve değerlerinin ihlali nedeniyle kişinin faydasındaki azalma olarak tanımlayabiliriz.

<sup>548</sup> Hemen belirtelim ki, ekonomik teori açısından tazminatın mutlaka para şeklinde ödenmesi şart değildir. İdari maliyetler mülahazası çerçevesinde, sosyal maliyetin içselleştirilmesini sağlayacak farklı bir tazminat türüne hükmedilebilir. Fakat hukuk tatbikatında genellikle nakdi tazminata hükmedilmesi nedeniyle bu varsayımı yapıyoruz.

<sup>549</sup> ARLEN, Wrongful Death, s.1119

<sup>550</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/1

tazminatın bu işlevi yerine getirmesi güçtür<sup>551</sup>. Bu çerçevede üçüncü tespit, manevi zararın para şeklinde hükmedilen tazminat ile telafi edilmesi her zaman mümkün değildir. Yapılması gereken dördüncü tespit, faydanın esas alınması nedeniyle, zarar tutarının belirlenmesinde zarar görenin tercihlerine dayanma zorunluluğu vardır<sup>552</sup>. Haksız fiil nedeniyle olumsuz etkilenen hukuki menfaatin (*mal veya şahıs varlığı*) değeri, kural olarak zarar görenin buna attığı değere göre belirlenir.

Bazı paralelliklerin varlığına rağmen, bu tespitler çerçevesinde ekonomik teorinin hukuk uygulamasından ayrıldığı noktalar olduğu görülmektedir. Her şeyden önce maddi ve manevi zararın ortak bir temelde (*fayda*) izah edilmesi, mevcut hukuki yaklaşımdan önemli bir farktır. Hukuk uygulaması bu iki kavramı birbirinden kesin olarak ayırmakta ve hatta tazminatın amaçlarını dahi farklılaştırmaktadır. Kanımızca ekonomik teori bu açıdan daha isabetlidir. Zira fayda temeline dayanan zarar, haksız fiil hukukuna bütünsel bir çerçeve çizmektedir. Bu şekilde tüm kuralları tek bir amaç ve perspektif ile ele almak mümkün olmaktadır. Ekonomik teorinin hukuk uygulamasından ayrıldığı diğer bir nokta, kişilik hakkına konu olan menfaatlerin para ile ifade edilemeyeceği şeklindeki düşüncenin katı haliyle benimsenmiyor olmasıdır<sup>553</sup>. Herhangi bir ayırım yapılmaksızın kişilik hakkı ile bir miktar paranın birbiriyle mukayese edilemez değerler olduğu yönündeki düşünce ekonomik teoride reddedilir<sup>554</sup>. Öte yandan fikrimizce hukuk doktrinindeki bu sorun, yaklaşımın değiştirilmesi ile bir ölçüde hafifletilebilir. Dolayısıyla ekonomik teori bu noktada analitik açıdan daha avantajlıdır<sup>555</sup>.

Diğer taraftan zararın (*maliyetin*) belirlenmesinde zarar görenin tercihinin esas alınması, hukuk doktrininde benimsenen subjektif teori ile paralellik arz etmektedir. Bunun

---

<sup>551</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/2

<sup>552</sup> Esasen bu “*normatif bireysellik prensibi*”nin de bir uzantısı ve sonucudur (krş. FRIEDMAN, s.95; CALABRESI, s.199; SCHAFFER/OTT, s.5).

<sup>553</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/3/a

<sup>554</sup> Krş. COOK/GRAHAM, s.144

<sup>555</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/3/b

dışında zararın hesabına ilişkin olarak, denkleştirme kuralı<sup>556</sup> da ekonomik açıdan kolaylıkla izah edilebilir. Zararın belirlenmesinde belirleyici olan kişinin faydasındaki net değişimdir. Haksız fiil zarar görene aynı zamanda bazı yararlar sağlıyorsa, zaten bu zarar görenin faydasını arttırdığı için kendiliğinden dikkate alınacaktır. Keza tazminatın zarar görenin zararını tam olarak telafi etmesi gerektiği hakkındaki prensip de, ilke olarak ekonomik teori ile uyumludur. Aynı şekilde manevi tazminatın zarar görenin zararını tam olarak telafi edemeyeceğine dair düşünce de ekonomik teori ile uyumludur<sup>557</sup>. Bu sayılanlar dışında da pozitif açıdan ekonomik teori pek çok kuralı izah etmektedir. Aşağıda zararın türleri bahsindeki açıklamalar meselenin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

## B. Maddi Zarar

Maddi zararın belirleyici vasfı, *para ile ölçülebilir* olmasıdır. Bir hukuki menfaatin (*varlığın veya değer*) ne zaman para ile ölçülebilir (*ve dolayısıyla ekonomik*) olduğu hususunda net bir ölçüt vermek mümkün gözükmemektedir<sup>558</sup>. Bu büyük ölçüde toplumun söz konusu menfaati nasıl algıladığına bağlıdır<sup>559</sup>. Fakat herhalde temel ölçüt, söz

<sup>556</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. AKÜNAL Teoman, Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977

<sup>557</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/2/b

<sup>558</sup> Konuyu karmaşık hale getiren çeşitli nedenler sıralamak mümkündür. Bazı varlıkların hem manevi, hem de maddi boyutu olabilir. Örneğin hukuk düzeninin manevi varlık olarak algıladığı, kişinin resmi üzerindeki hakkını düşünelim. Kişinin resminin izinsiz çekilmesi ve akabinde bunun medya şirketlerine para karşılığı pazarlanması durumunda, söz konusu varlık, ekonomik bir değeri olduğu için piyasa işlemlerine konu olmuş ve para ile ölçülebilir hale gelmiştir. Kişinin buna rızasının olmaması, bu eylemin (*kural olarak*) hukuka aykırı olduğu ve zararı olduğuna belirtir. Bu durumda acaba zarar maddi midir yoksa manevi midir?

FSEK., meseleyi mali ve manevi haklar ayırımına yer vererek pozitif olarak çözmüştür (FSEK.m.13-25). Kural olarak haksız fiilin aynı anda her iki hakkı ihlal etmesi ve zarar görenin manevi ve maddi tazminat davası açması mümkündür (FSEK.m.70). Mesela eser sahibinin izni olmaksızın eserin yayımlandığı bir durumda, piyasada tedavül ettiği için maddi zararı belirlemek kolaydır. Buna karşılık böyle bir durumda FSEK aynı zamanda manevi hak ihlal edildiğinden bahisle, kişinin manevi zararı olduğunu varsayar.

Bir başka ilginç durum ise, kişinin kendine özgü olan mesela hatıra eşyalara özel bir değer atfetmesidir. Özellikle söz konusu malın benzerlerinin piyasada tedavül ettiği bir durumda, malikin atfettiği ilave değer, malik buna parasal bir değer atfetse bile maddi bir değer mi sayılır? Öğreti bu gibi bir durumda şartları var ise manevi tazminat davası açılabilirliğini kabul ederek, söz konusu değer manevi vasfı olduğunu kabul etmektedir. Özetle maddi zararın belirleyici özelliği olan "*para ile ölçülebilir olma*" çok net bir ölçüt olmaktan uzaktır.

<sup>559</sup> Dikkat edilirse önemli olan kişinin değil, toplumun (*ve dolayısıyla hukuk düzeninin*) değeri nasıl algıladığıdır. Kişi pekâlâ kişilik hakkına konu olan değerleri para ile ölçebilir, örneğin vücut bütünlüğünün ihlal edilmemesine belirli bir değer atfedebilir. Hatta bu parasal değer karşılığında, başkalarının müdahalesine

konusu menfaatin piyasada tedavül edip etmediğidir. Bir menfaat mübadelelere konu oluyorsa kural olarak bunun para ile ölçülebilir olduğu kabul edilmelidir<sup>560</sup>. Nitekim piyasa işlemleri sadece menfaatin para ile ölçülebilir olup olmadığı değil, aynı zamanda değeri hakkında da fikir vermektedir. Zira kişiler, varlığa atfettikleri sübjektif değeri bu işlemler ile açıklamakta ve bu da, “değer” hakkında hukuk tatbikatının referans noktasını oluşturmaktadır. Öte yandan bir menfaatin para ile ölçülebilir olması için, her zaman mübadele konusu olması gerekmediğini belirtelim. Mesela sükna ve intifa hakları da el değiştirmemekle birlikte para ile ölçülebilen haklar içerisinde yer alır. Fakat istisnalar bir kenara bırakılırsa mübadele edilebilen hukuki menfaatin para ile ölçülebildiğini, buna karşılık devri yasaklanmış olan menfaatlerin para ile ölçülemediği genel kural olarak kabul edilebilir.

Menfaatin piyasada mübadeleye konu olması, değerlendirme faaliyetini kolaylaştırıyorsa da, maddi zararın tazmin edilmesi sorunsuz değildir. Ekonomik açıdan iki ayrı sorunun varlığından bahsedilebilir. İlk sorun, kişinin eşyaya, piyasa (*objektif*) değerinden daha fazla (*sübjektif*) değer atfetmesi olasılığıdır. Hatta *talep eğrisinin konumu ve tüketici refahı* dikkate alındığı zaman, kişinin malvarlığında yer alan menfaatlere (*örneğin malları üzerindeki haklara*) piyasadan daha fazla değer atfetmesi olasılığı yüksektir. Zira piyasa fiyatı, sadece *sınırdaki tüketicinin*<sup>561</sup> atfettiği değeri yansıtır. İdeal

---

de rıza gösterebilir. Örneğin böbreklerini satmak isteyebilir. Bunun bir alıcısı da olabilir. Fakat bizatihi bu durum, kural olarak o değeri maddi hale getirmez.

<sup>560</sup> Bir hukuki varlığın piyasada tedavül etmesi ise, kural olarak varlık üzerinde hak sahibinin dışında en az bir kişinin buna değer atfetmesi ve bu değer de, hak sahibinin kendi atfettiği değerden fazla olması halinde mümkün olur. Tabiatıyla bu kişilerin pazarlık edebilmeleri, yani işlem maliyetinin de artı değer yaratan mübadelelere imkân vermesi gerekir. Hukuki varlığa değer atfedilmesi ise, bundan potansiyel fayda sağlanması halinde söz konusu olur. Faydanın nasıl sağlandığı hususunda ise, tahdidi bir sınırlama yapmak mümkün değildir. Bu tamamen kişilerin tercihleri ve varlığın fayda sağlayan kullanım imkânları ile ilgilidir. Eğer hak konusu olan bir eşya ise, bu durumda o eşyadan nasıl yararlanılabileceği ve hakkın (*hukuk düzeninin*) eşya üzerinde ne gibi yetkiler sağladığı belirleyicidir. Hak kişiye ne kadar fazla yetki veriyorsa (*veya ne kadar az sınırlamaya tabi ise*), bu eşyanın çok çeşitli şekillerde kullanılabilmesine imkân verdiği için, faydayı ve dolayısıyla kişinin atfettiği değeri artırır. Bu bağlamda mülkiyet herhalde en değerli haktır.

<sup>561</sup> Fiyat, arz ve talep eğrisinin kesiştiği noktada oluştuğuna göre, piyasa fiyatı sadece bu kesişme noktasındaki tüketici ya da alıcı grubunun atfettiği değeri yansıtabilir.

olarak kişinin attettiği (*sübjektif*) değerin esas alınması gerektiğine göre, bu durumda piyasa (*objektif*) değerinin kişinin zararını tam olarak telafi etmeme riski vardır<sup>562</sup>.

İkinci sorun, genellikle *yoksun kalınan kar* şeklinde ortaya çıkan zararlarda karşımıza çıkar. Bu tür zararlarda kişinin faydasındaki azalma (*özel maliyet*) ile sosyal refahtaki eksilme (*sosyal maliyet*) arasında fark meydana gelir<sup>563</sup>. Bu durumda ekonomik açıdan zarar ve tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiği sorunu doğar. Bu sorunları dikkate alarak, maddi zararı, “*eşyaya verilen zarar*” ve “*ekonomik zarar*” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz. Düşüncemize göre maddi zararın ekonomik açıdan doğru tasnifi bu şekilde olmalıdır. Bu açıklamalar, maddi zarar konusundaki ekonomik teorinin yaklaşımını büyük ölçüde ortaya koyacaktır.

## 1. Eşyaya Verilen Zarar

### a. Ekonomik Teori

Maddi zararın en yaygın görünümü herhalde, kişinin malvarlığı içerisinde yer alan eşyaların hasara uğraması veya tahrip edilmesidir. Türk hukukunda “*şey zararı*” olarak da adlandırılan bu kategorinin incelenmesi, konunun nasıl ele alındığı konusunda açıklayıcıdır<sup>564</sup>. Eşya zararı, zarar verenin fiilinin, eşyanın fiziksel görünümünü hak sahibinin istemediği şekilde, olumsuz yönde değiştirmesidir<sup>565</sup>. Eşyanın hasar görmesi ya da tahrip olması olarak da belirtilen bu durum, eşyanın değerini ve doğal olarak zarar

---

<sup>562</sup> İlginç bir şekilde farklı bir gerekçeyle Türk hukukundaki bazı yazarlar, kişinin mamelekindeki azalmanın şeyin mübadele kıymetinden daha fazla olacağını belirtmektedirler (TANDOĞAN, s.275)

<sup>563</sup> Bkz. aşağıda §4/II/B/2/e/ea

<sup>564</sup> EREN, s. 479,480; TANDOĞAN, s.69

<sup>565</sup> Dikkat edilirse burada fiziksel müdahale olmaksızın, sadece eşyanın değerinin azalması, eşya zararı kapsamına girmez. Bu, mahiyeti itibarıyla bir ekonomik zarardır. Eğer bir eşyaya yapılan fiili bir müdahale ile birlikte zarar meydana geliyorsa dolaylı ekonomik zarar, böyle bir müdahale olmaksızın gerçekleşiyorsa salt ekonomik zarar vasfını taşır (bkz. aşağıda §4/II/B/2/c).

görenin faydasını azaltır<sup>566</sup>. Zira son tahlilde hak sahibi eşyayı tercihine göre kullanımından sağlayacağı olası faydadan kısmen ya da tamamen mahrum kalacaktır. Ekonomik açıdan sorun, kişinin faydasındaki azalmanın belirlenmesi, yani kişiyi eski hale getirecek (*kayıtsız kılacak*) parasal tutarın tespit edilmesidir. Değerleme olarak adlandırılan bu süreçte temel ölçüt ise, malın mükemmel bir şekilde ikamesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu ölçütü esas alarak iki ayrı ihtimal çerçevesinde meseleyi ele almak uygun olur<sup>567</sup>.

İlk ihtimal, mübadeleye konu olan ve *mükemmel şekilde ikame edilebilir (replacable commodities)* bir eşyanın zarar görmesidir<sup>568</sup>. Mesela hukuken genellikle *misli ve birleşik eşya*<sup>569</sup> olarak adlandırılan eşyaları piyasadan temin etmek mümkündür. Dolayısıyla bu eşyalar için, zarar görenin faydasındaki değişimin değerlendirilmesinde, piyasa değerini esas almak yeterlidir<sup>570</sup>. Zarar gören eşyaya bu değerden farklı bir değer atfetse bile, kural olarak bu dikkate alınmaz. Örneğin kişi, piyasada 100 YTL fiyat ile satılan buzdolabına çok memnun olduğu için 120 YTL değer atfetse dahi, buzdolabının tamamen telef olması durumunda kendisine 100 YTL tazminat ödenmesi yeterlidir. Zira tazminat tutarı ile aynı malı piyasadan tedarik edebileceği için, *objektif değer* kişinin faydasını tam olarak telafi eder<sup>571</sup>. Burada tazminatın kişiyi haksız fiile kayıtsız hale getirdiğini söyleyebiliriz.

Eşyalar bakımından pek sık karşılaşılmasa da, ikinci olasılık eşyanın mükemmel bir ikamesinin olmamasıdır (*irreplacable commodities*)<sup>572</sup>. Bu genellikle özgün niteliği olan

---

<sup>566</sup> Nitekim şey zararın ortaya çıktığı hallerde, kişinin faydasındaki ve sosyal refahtaki azalma arasında bir farkın olmadığı varsayılır. Yani haksız fiilin neden olduğu zarar ile sosyal maliyet örtüşür.

<sup>567</sup> ARLEN, s.682 vd.; COOTER/ULEN, s.368; SHAVELL, s.133; COOTER, s.1099

<sup>568</sup> Mal sahibi, zarar gören mal ile aynı vasıflara sahip malının piyasada var olduğuna inanıyorsa, söz konusu malın mükemmel ikame edilebilir olduğu kabul edilir (ARLEN, s.683; COOK/GRAHAM, s.144,145).

<sup>569</sup> Misli eşya, prensip olarak sayma veya tartma ya da ölçme ile belirli hale gelen eşyalara verilen isimdir (OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.9).

<sup>570</sup> COOTER/ULEN, s.368; CALABRESI, s.201; SHAVELL, s.133; COOTER, s.1099; ARLEN, Wrongful Death, s.1121

<sup>571</sup> SHAVELL, s.133,134, dpt.13; COOTER, s.1106

<sup>572</sup> Mal sahibi, malına eşdeğer ve aynı vasıflara sahip bir başka malın piyasada tedavül etmediğine inanıyorsa bu durumda ikamesi olmayan mal söz konusudur (ARLEN, s.697; COOK/GRAHAM, s.145)

eşyalar açısından; mesela taşınmazlarda, antikalarda veya hatırası olan eşyalarda (*sözgelimi aile fotoğraflarında*) karşımıza çıkar. Mükemmel bir ikamenin bulunmaması, malın piyasadan tedarik edilerek kişinin faydasını eski hale getirme imkânını ortadan kaldırır. Bu durumda, kişinin faydasının telafi edilmesi, eşyaya atfettiği subjektif değer (*subjective valuation*) tespit edilmesini şart kılar<sup>573</sup>. Bu hususta hangi yöntemin kullanılması gerektiği tartışmalı bir meseledir. Fakat bu tartışmadan önce, subjektif değer hangi yaklaşıma göre belirleneceğini ortaya koymamız gerekir.

Burada iki farklı yaklaşım düşünülebilir<sup>574</sup>. Bunlardan ilki, zarar görenin söz konusu eşyadan “*vazgeçmek için talep ettiği asgari tutar*” ya da “*satış fiyatı*” (*WTA*) esas alınarak elde edilen tutardır. Dikkat edilirse burada zarar görenin eşya üzerinde hak sahibi olduğu varsayılmaktadır. İkinci yaklaşım ise, zarar görenin eşyayı “*elde etmek için ödeyeceği azami tutar*” veya “*alış fiyatı*”nı (*WTP*) esas alır. Her zaman olmasa da, bazı mallar açısından bu iki tutar arasında fark olacağı için, bunlardan birinin tercihi sonucu etkileyebilir<sup>575</sup>. Düşüncemize göre bu hususta yapılacak tercihte esas alınması gereken ölçüt, hukuk düzeninin kimin menfaatini himaye ettiği ya da hak sahibi kıldığıdır. Haksız fiil hukuku açısından mesele tartışılabilirse de<sup>576</sup>, ihlal konusu değer kişinin malvarlığı

---

<sup>573</sup> Krş. SHAVELL, s.133; ARLEN, Wrongful Death, s.1121

<sup>574</sup> ARLEN, Wrongful Death, s.1122

<sup>575</sup> Klasik ekonomik yaklaşım, bu yaklaşımlar arasındaki farkı servet etkisine (*wealth effects*) bağlamakta ve bu nedenle de herhangi birinin tercih edilmesinin önemli bir fark yaratmayacağını kabul etmektedir. Bu durumda değerlemeye konu olan menfaatin, kişinin serveti karşısında görece önemli bir değeri olması halinde bir farklılık olacaktır. Ama bu görüşün, özellikle yapılan ampirik araştırmalar dikkate alındığı zaman genel kabul gördüğünü söylemek güçtür. Doktrinde, WTA ve WTP arasındaki farkın, servet etkisi dışında, zarardan sakınma (*loss aversion*) ve ikame olanakları (*substitution effects*) olmak üzere iki ayrı nedeninin daha olabileceği belirtilmektedir (bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm §6/I/B ve §6/I/C). Diğer nedenler göz önünde tutulduğu zaman, bu iki yöntem arasındaki farkın sanıldığından fazla olduğu söylenebilir (Bu konudaki tartışmalar için bkz. HOFFMAN Elizabeth / SPITZER Matthew L., “Willingnes to Pay v. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications”, Washington University Law Quarterly Spring, Vol. 71 (1993), s.59-114; ayrıca MEDEMA/ZERBE, s.847-851)

<sup>576</sup> Kısaca belirtmek gerekirse, haksız fiil hukuku kuralları bakımından pozitif hukukun zarar görenin menfaatini mutlak olarak himaye ettiği söylenemez. Gerçi eşya zararları açısından, zarar görenin daima bir mutlak hakkı ihlal edilecektir. Fakat kusur sorumluluğunun uygulandığı bir ihtimalde bu her zaman onun tazminat alacaklısı olmasını sağlamaz. Zarar veren somut olayın gerektirdiği özeni gösterdiyse tazminat borcu doğmaz; bu ise netice itibarıyla hukukun zarar görenin değil, zarar verenin menfaatini himaye ettiği anlamına gelir. Yani hukuk düzeni, işlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde, özenli davranmaları şartıyla kişilere başkalarının mutlak haklarına müdahale etme yetkisi tanımaktadır (*tart.*). Kusursuz sorumluluk açısından ise



içerisinde yer aldığı ve genellikle mutlak hak kapsamında himaye edildiği için, satış fiyatının, yani zarar görenin eşyadan vazgeçmek için talep edeceği minimum tutarın (WTA) esas alınması daha anlamlıdır<sup>577</sup>.

Sübjektif değer tespitinde teorik açıdan ideal yöntem, kişinin kendi görüşüne başvurulması, yani haksız fiil öncesi ve sonrası kayıtsız kalacağı zarar tutarını açıklamasıdır. Fakat kişinin atfettiği değeri abartmaya meyilli olması (veya *stratejik davranması*) nedeniyle, bu yöntem güvenilir sonuçlar vermez. Dolayısıyla dolaylı bazı yöntemlerden yararlanmak kaçınılmazdır. Hemen belirtelim ki hangi değerlendirme yöntem(ler)i kullanılırsa kullanılsın, bu değer belirlenmesi çok güçtür. Hatta genel olarak kişinin faydasını tam olarak telafi etmek tesadüfe bağlıdır<sup>578</sup>. Ekonomik teori bu hususta mucize yaratmamakla birlikte, yol gösterici bazı yöntemler sunabilir.

Hangi değerlendirme yönteminden yararlanılacağı, somut eşyanın özelliğine göre değişebilir. Bu konuda ikili bir ayırım yapabiliriz. Taşınmaz veya antika gibi bazı eşyalar açısından genellikle bir piyasa bulunur. Dolayısıyla burada referans alınabilecek objektif bir değer mevcuttur<sup>579</sup>. Buna karşılık aile fotoğrafları gibi bazı mallar açısından herhangi bir piyasadan bahsedilemez. Kişi burada mala (*manevi nedenlerle*) farklı bir değer atfetmekte ve tamamen sübjektif bir değer söz konusu olmaktadır<sup>580</sup>. Burada artık “değerleme” açısından kanımızca manevi zarardan farklı bir durum yoktur. Dolayısıyla bu haller için manevi zarar başlığı altındaki açıklamalarımızdan yararlanılabilir<sup>581</sup>.

---

zarar görenin himaye edildiği açıktır. Fakat her ihtimalde bu tercih sorunu, zararın değerlendirilmesi aşamasında karşımıza çıktığına göre, burada artık hukuk düzeninin zarar görenin menfaatini himaye ettiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu tartışmanın çok da önemli olduğu söylenemez.

<sup>577</sup> COOTER/ULEN, s.368; krş. ARLEN, *Wrongful Death*, s.1126,1127

<sup>578</sup> Dolayısıyla haksız fiilin bu tür eşyaların zarar görmesine yol açtığı hallerde, haksız fiil tazminatının en uygun içselleştirme aracı olduğunda şüphe duyulabilir. Fakat alternatif hukuki kurumsal yapılar düşünüldüğü zaman, diğerlerinin değerlendirme açısından daha üstün olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu gibi değerlerin zarar gördüğü hallerde, hukuk sistemi kaçınılmaz olarak hatalı bazı sonuçlar üretecektir.

<sup>579</sup> COOTER, s.1106

<sup>580</sup> Ekonomik açıdan bakıldığında zaman, burada tüketici refahının yüksek olmasından bahsedebiliriz.

<sup>581</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/3

Bir piyasanın söz konusu olduğu (*taşınmaz, antika gibi*) eşyalar açısından farklı yöntemler düşünülebilir. İlk akla gelen yöntem kişinin eşyayı piyasadan temin ettiği hallerde ödediği bedelin (*WTP*) temel alınmasıdır. Tabiatıyla kişinin atfettiği (*azami*) değer, genelde bu tutardan fazla olur. Ayrıca alış (*WTP*) ve satış fiyatları (*WTA*) da farklılaşabilir. Dolayısıyla bu yönteme göre belirlenen zarar (*ve tazminat*) tutarının, zarar görenin zararını tam olarak telafi etmeme riski vardır. Fakat son tahlilde kişinin tercihini yansıtmaması nedeniyle, amaca uygun bir yöntemdir. İkinci yöntem ise, bu mala en yakın ikamesi olan malların piyasa değerinin esas alınmasıdır. Örneğin benzer taşınmazların değeri, zarar görenin kendi taşınmazına atfettiği değer tespitinde referans alınabilir. Üçüncü bir yöntem ise, sürekli gelir sağlayan mallar açısından, belirli bir zaman içerisinde elde edilmesi olası gelir esas alınarak değer belirlenmesidir<sup>582</sup>. Örneğin taşınmazdan elde edilen kira geliri esas alınarak, taşınmazın mübadele değeri tespit edilebilir. Bu özellikle malın yakın ikamesinin olmadığı hallerde son derece işlevseldir<sup>583</sup>. Bu yöntemlerin haricinde, manevi zararın tespitinde önerilen “*ex ante*” değerlendirme yönteminden de pekâlâ yararlanılabilir<sup>584</sup>. Tabiatıyla tüm bu yöntemlerin birlikte kullanılması da mümkündür<sup>585</sup>. Hatta elde edilen tutarların birbirleriyle mukayese edilmesi, en doğru tutarın belirlenmesine hizmet edeceği için, idari maliyetleri el verdiği ölçüde çoklu hesaplama yönteminin kullanılması en akılcı hukuk politikası olacaktır.

Bu açıklamalar, malın *telef* olması ihtimalini dikkate almaktaydı. Mal hasar görmüşse, tamir edilme imkânı olabilir. Eğer malın tamiri mümkün ve bu daha maliyetsiz ise, ekonomik açıdan ikame edilmesi değil, tamir edilmesi arzu edilir. Zaten burada sosyal

---

<sup>582</sup> Bu konuda bkz. COOTER/ULEN, s.42,43

<sup>583</sup> Önemle belirtelim ki zaten eşyanın mübadele değeri, esasen o eşyanın muhtelif kullanımlarının sağlayacağı fayda (*gelir*) çerçevesinde oluşur. Dolayısıyla eşyanın kullanım değerine (*mesela kira*) dair bir piyasa oluşmuş ise, malın piyasa değerinin bu tutar esas alınarak belirlenmesi akılcıdır.

<sup>584</sup> Bkz. aşağıda §4/II/C/3/b

<sup>585</sup> Hiç şüphe yok ki her şart altında bu yöntemlerin tamamından yararlanmak mümkün olmayacak dolayısıyla bir veya iki yöntem kullanılacaktır. Örneğin eğer çeşitli nedenlerle kişinin malı edindiği değer bilinmiyorsa ve/veya malın gelir sağlayan bir kullanımı yoksa, ancak o zaman değer yöntemleri kullanmak mümkün olacaktır.

maliyet tamir bedeline eşit olacağı cihetle, tazmin edilmesi gereken zarar bu kalemdir<sup>586</sup>. Bu prensip aynen ikamesi olan mallar açısından istisnasız uygulanır. Öte yandan aynen ikamesi olmayan mallarda tamir bedeli, değerlendirme ile ulaşılan bedelden fazla olsa bile, tamir bedelinin esas alınması daha uygun olabilir<sup>587</sup>. Zira son tahlilde malın tamir edilmesi, kişinin faydasını tam olarak telafi ettiği için, diğer değerlendirme yöntemlerine göre daha doğru sonuç verir. Bilhassa subjektif değeri belirlemenin daha güç olduğu mallar açısından bu yaklaşım son derece isabetlidir.

### **b. Türk Hukuku ile Mukayese**

Türk hukukunda “*ikame edilebilirlik*” ölçütü açısından bir ayırım yapılmamaktaysa da, esasen uygulamanın yukarıda belirttiğimiz genel prensiplerden çok da farklı olduğu söylenemez. Örneğin zarar konusu eşya piyasadan temin edilebiliyorsa, bunun piyasa değeri (*objektif değer*) esas alınmaktadır<sup>588</sup>. Öte yandan eşya, kişinin malvarlığında özel bir yer işgal ediyorsa, eşyanın objektif değil subjektif değerinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Herhalde bu yaklaşım, malın piyasada mükemmel bir ikamesinin olmadığı bir kurguda anlam taşır. Eğer eşyanın ikamesi bulunuyorsa, bu eşyayı elde etmek için yeterli tutar zarar göreni (*ve dolayısıyla malvarlığındaki azalmayı*) tam olarak telafi eder.

Eşyanın ikamesi bulunmuyorsa, kişinin eşyaya atfettiği değerin belirlenmesi gerekecektir. Uygulamada bu değerin hangi yönetime göre belirlenmesi gerektiği hususunda hukuki prensipler belirtilmeksizin, sorunun çözümü bilirkişinin takdirine bırakılmaktadır. Bu noktada ise yukarıda önerdiğimiz farklı yöntemlerden yararlanılması yarar sağlayabilir. İlginç bir şekilde subjektif teorinin kabul edilmesinde ileri sürülen; “*zarar görenin menfaatinin yok olan, kaybolan veya hasara uğrayan eşyanın piyasa değerinden üstün*

---

<sup>586</sup> SHAVELL, s.140

<sup>587</sup> SHAVELL, s.141

<sup>588</sup> Yarg. 4. HD. 12.12.1979 T., 9779 E., 13899 K; Yarg. 4. HD., 28.11.1989 T. 6310 E. 9200 K.; Yarg. 4. HD. 12.1.1982 T., 13394 E., 274 K. (kararlar için bkz. KARAHASAN, s.491-493, 514,515, 519-522)

*olduğu*”<sup>589</sup> şeklindeki düşünce de (*farklı tarzda izah edilmekle birlikte*) ekonomik teori ile paralellik arz etmektedir. Malı piyasadan temin eden kişinin atfettiği subjektif değer, genelde malın piyasa değerinden yüksek olur ve esasen kişiyi mübadele yapmaya sevk eden de aradaki bu farktır (*tüketici refahı*). Bir diğer paralellik, malın tamirinin mümkün olduğu hallerde zararın tamir masrafları esas alınarak belirlenmesidir.

Nihayet sadece subjektif değeri olan mallar açısından (*hatıra mallar gibi*), zarar görenin tam olarak telafisine ancak manevi tazminat şartları gerçekleştiği ölçüde cevaz verilmektedir. Bu yaklaşım da ekonomik açıdan isabetlidir. Zira bu tür spekülatif zararların değerlendirilmesi son derece güçtür. Bunların tam olarak telafi edilmesi, değerlendirme sorunu bir yana, kişileri, varlığı teyit edilemeyen bazı zararlara uğradığı yönünde talepte bulunmaya sevk eder. Bu ise iki nedenden dolayı arzu edilmez. İlk olarak bu zararlar için açılan tazminat davaları ve zararları değerlendirme çabası, idari maliyetleri arttırır. Dolayısıyla bir hukuk politikası prensibi olarak değerlendirilmesi güç bir zarar kalemi ile karşılaşıldığı zaman, bunun doğru bir şekilde belirlenmenin sağlayacağı fayda ile değerlendirme maliyetleri arasında bir denge kurulmalıdır. Önemsiz olduğu söylenebilecek zararların değerlendirilmesi ciddi maliyete neden oluyorsa, bu mülhaza çerçevesinde tazmin etmeme yoluna gidilmelidir. İkinci olarak ise, belirlenen tazminatın sosyal maliyeti aşma olasılığı, kişileri zararı önleme hususunda gereğinden daha fazla özenli davranmaya teşvik edebilir. Hukuk uygulamasında bu tür zararların ancak kişilik hakkının ihlali halinde tazmin edilmesi ise, belirttiğimiz bu sakıncaları büyük ölçüde bertaraf etmektedir.

---

<sup>589</sup> EREN, s.707; krş. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.586

## 2. Yoksun Kalınan Kar-Yansıma Zarar: Ekonomik Zarar Kavramı

### a. Giriş

Türk hukukunda ayrı bir zarar türü olarak ele alınmamakla birlikte<sup>590</sup>, “*ekonomik zarar*”<sup>591</sup> (*economic loss*) kavramı üzerinde de durmak gerekir<sup>592</sup>. Bu zarar türü Türk hukuk doktrininde ayrı bir inceleme konusu olmamıştır<sup>593</sup>. Bu nedenle ekonomik açıdan incelemeden evvel kavramın açıklanması gerekir. Mukayeseli hukuk bu konuda önemli bir kaynaktır. İlgi çekici bir şekilde özellikle son 20 yılda, gerek *Kara Avrupası* hukuk sistemlerini ve gerekse bu sistem ile *Anglo-Amerikan* hukukunu bu kavram tahtında mukayese eden çok sayıda çalışma yapılmıştır<sup>594</sup>. Ekonomik zararın farklı görünümlerinin

---

<sup>590</sup> Türk hukuk doktrininde ekonomik zarar kapsamı içerisindeki haller, farklı adlar (*yansıma zarar-yoksun kalınan kar-dolaylı zarar*) ile ifade edilir. Fakat bazı kanunlarda ekonomik zararın “*zımnen de olsa*” (*bilinçli ya da bilinçsiz*) farklı düzenlendiği görülmektedir. Mesela karayollarında meydana gelen kazaların yol açtığı zararların tazmin edilmesini esaslarını da düzenleyen KTK., sadece maddi şey ve cismani zararların 85 vd. maddelerine göre tazmin edileceğini, ekonomik zararların ise genel kurallara tabi olduğunu hükme bağlamıştır.

<sup>591</sup> Türk hukukunda zarar kavramının dar anlamda kullanılması, terim karmaşası yaratabilir. Zaten zarar kavramının ekonomik olduğu, dolayısıyla bu terimin yerinde olmadığı ileri sürülebilir. Fakat bu çalışma açısından biz zarar terimini geniş anlamıyla kullanıyoruz ve ekonomik vasfı olan zararları maddi zarar olarak ifade ediyoruz. Nitekim bu manada ekonomik zararlar maddi zararın bir türünü teşkil ediyor. Dolayısıyla maddi zararı, “*eşya zararı*” ile bunun dışında kalan “*ekonomik zararlar*” olmak üzere ikiye ayrılabilir. Nitekim Türk hukukunda buna paralel bir ayırım yapılmaktadır (EREN, s.479,480; TANDOĞAN, s.69). Bu açıdan ekonomik zarar tabirine teknik bir anlam atfetmiş oluyoruz. Öte yandan kanımızca “ekonomik” yerine Alman hukukunda olduğu gibi “*malvarlığı*” tabirini kullanmayı (*saf malvarlığı zararının, salt ekonomik zarar yerine kullanıldığını dikkate alarak*) uygun görmedik. Zira maddi zarar zaten malvarlığında eksilme olarak tanımlanmaktadır. Fakat ekonomik yerine, “*parasal*” ya da “*finansal*” veya “*mali zarar*”lar tabirini kullanmak mümkündür.

<sup>592</sup> Bu çerçevede esasen ekonomik zarar sorunu hukuka aykırılık bahsinde de incelenebilir. Zira bunun bir zarar türü olduğu konusunda tereddüt olmayıp, sorun bu zarara neden olan eylemin hukuka aykırı olup olmadığına karşımıza çıkar. Fakat bu çalışmanın sistematığı ve mukayeseli hukuklardaki eserleri dikkate alarak, ekonomik zarar kavramını bu başlık altında incelemeyi uygun gördük.

<sup>593</sup> Ekonomik zararın çeşitli görünümlerini ele alan çalışmalar vardır. Örneğin bilgi verilmesinden dolayı üçüncü kişinin uğradığı ekonomik zararlar, bir monografi konusu olmuştur (bkz. KIRCA Çiğdem, “*Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*”, BATIHAЕ., Ankara 2004). Yine ekonomik zararın bazı yönleriyle kesişen üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine ilişkin inceleme de bulunmaktadır (TANDOĞAN Haluk, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara 1963). Fakat Türk Hukukunda ekonomik zararı genel olarak teorik yönleriyle ele alan bir çalışmaya rastlamadık.

<sup>594</sup> Bu konu ile ilgili olarak olağanüstü bir literatür oluşmuştur. Meselenin Türk hukukunda inceleme konusu yapılmamış olması bu açıdan çok ilgi çekicidir. Konu ile ilgili yayınlanan çok sayıda makalenin yanı sıra, Avrupa ve ABD hukuklarını mukayeseli olarak ele alan çeşitli kitap çalışmaları da mevcuttur. İngilizce kaleme alınan literatürde BUSSANI ve PALMER tarafından yayına hazırlanan, Avrupa’da Salt Ekonomik

olması, ekonomik ilişkilerin bağımlılığı nedeniyle yaygın bir şekilde ortaya çıkması ve hukuk tatbikatının sorunu tutarlı ve yeknesak şekilde çözümlememiş olması, herhalde bu ilginin önemli bir nedenidir<sup>595</sup>. Ayrıca ulusal hukukların sorunu farklı şekillerde düzenlemeleri, örneğin Alman, İngiliz ve ABD hukuklarının, Fransız ve Hollanda hukukuna göre ekonomik zararların tazmininde daha temkinli olması, mukayeseli bir incelemeyi ilgi çekici kılan diğer önemli bir faktördür<sup>596</sup>.

Mukayeseli hukuka bakıldığında, yeknesak bir yaklaşım olmamakla birlikte ulusal hukukların ekonomik zarardan sorumluluğu sınırladığı görülmektedir<sup>597</sup>. Fakat özellikle son yıllarda sorumluluğun kapsamının genişletilmesi yönünde aksi bir eğilim vardır. Bu ise, “*tazmin edilebilir ekonomik zararın*” sınırlarının çizilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>598</sup>. Genellemek gerekirse hukuk tatbikatı açısından sorunun özü, özgürlükleri aşırı derecede sınırlamaksızın, zarar görenin menfaatlerinin nispi-mutlak hak dogmatığı içerisinde ne ölçüde himaye edileceğinin belirlenmesi veya sorumluluğun kapsamının ne ölçüde

---

Zarar (BUSSANI Mauro / PALMER Vernon Valentine (editors), “*Pure Economic Loss in Europe*”, Cambridge University Press, 2003), SPIER tarafından yayına hazırlanan ve AB. haksız fiil hukukunun tamamını kapsayan bir serinin parçası olan Sorumluluğun Genişletilmesinin Sınırları (SPIER Jaap (editor), *The Limits of Expanding Liability*, Kluwer Law International 1998) ve yine SPIER tarafından hazırlanan Sorumluluğun Sınırlarını konu alan (SPIER Jaap, “*The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*”, Kluwer Law International 1996) derlemeler bu konudaki çalışmaların başında gelir. Bunun dışında monografiler de mevcuttur. Bunlardan bazıları: BANAKAS E.K., “*Civil Liability for Pure Economic Loss*”, Kluwer Law 1996, BERNSTEIN R., “*Economic Loss*”, 2nd edition Sweet & Maxwell London, 1998; FELDTHUSEN B., “*Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*”, Carswell, 1989.

Bu eserlerden anlaşılabilir üzere, mukayeseli hukuktaki çalışmalar genellikle ekonomik zararın bir türü olan, “*salt ekonomik zararı*” konu alır. Bunun nedeni ise basittir. Ekonomik zararın diğer görünümü olan dolaylı ekonomik zarar, zaten tüm hukuk sistemlerinde aynı şekilde ele alınmakta ve tazmin edilmektedir (BUSSANI/PALMER, s.5). Bu durumda konunun ayrıca incelenmesi için bir neden yoktur. Ekonomik teoriyi esas alan çalışmalar açısından mesele biraz daha farklıdır. Zira ekonomik açıdan ekonomik zararın alt türleri (*dolaylı ve saf ekonomik zararlar*) arasında kavramsal bir fark yoktur. Dolayısıyla ikisi bir arada incelenebilir. Nitekim bu çalışma da ekonomik teoriyi esas aldığından biz de bu yaklaşımı tercih ettik.

<sup>595</sup> BUSSANI/PARISI/PALMER, s.2; PARISI, s.3; krş. RABIN, s.1514,1515; SILVERSTEIN, s.408,409

<sup>596</sup> Dikkat edilirse, burada Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukukları arasındaki bir farktan bahsedilmemektedir. Roma ve Germen hukuklarının etkisi altında Avrupa’daki ulusal hukuklar sorunu değişik şekillerde ele almaktadır. Meselenin mukayeseli olarak ele alınmasının nedenleri bunlardan ibaret değildir. Avrupa’da, Birlik Hukuku çerçevesinde yapılan uyumlaştırma hareketinin bir uzantısı olarak borçlar hukukunda (*ve haksız fiil hukukunda*) da akademik faaliyet süregelmektedir. Ekonomik zarar konusundaki çalışmaların bir kısmı da bu çerçevede yürütülmektedir (BUSSANI/PARISI/PALMER, s.2; SCHAFER/OTT, s.253; DARI-MATTIACCI/SCHAFER, s.2).

<sup>597</sup> BUSSANI/PALMER, s.4; SCHAFER/OTT, s.253; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.2,14.

<sup>598</sup> Krş. TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.31

genişletileceğidir. Fakat bu kapsamdaki hallerin çok farklı özellikler göstermesi, sorunu tek bir teorik temel tahtında bütünsel bir perspektifle analiz edilmesini güçleştirmektedir. Bu, kafa karışıklığına neden olduğu gibi, mevcut hukuk uygulamasının açıklanmasını de zorlaştırmaktadır<sup>599</sup>. Bu noktada, ekonomik teoninin, farklı bakış açısı ile katkı sağlayabileceğini umuyoruz.

Hukuk ve ekonomi öğretisinde baskın görüş ekonomik zarar sorununu, sosyal ve özel maliyetlerin ayrışması olarak algılamaktadır<sup>600</sup>. Ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerde, zarar görenin zararının genellikle sosyal maliyetlerden fazla olması nedeniyle zararın tam olarak tazmin edilmesi arzu edilmez<sup>601</sup>. Ayrıca ekonomik zararın tamamının tazmini, bu zararların yaygın ve çok sayıda kişi üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle yargı sistemi üzerinde olağanüstü idari maliyetlere neden olur. Bu açıdan tazminat talep edebilecek kişilerin çevresinin sınırlanması akılcı bir hukuk politikasıdır. Ekonomik teoninin getirdiği bu açıklama, pek çok kurguda sorunun kavramsal çerçevesini çizdiği gibi, çözümü hakkında analitik bir ereve sunmaktadır. Hatta bazılarına göre, bu teori pozitif hukuktaki uygulamayı da büyük ölçüde izah etmektedir<sup>602</sup>.

Türk hukuku açısından değerlendirdiğimizde ise, ana hatları ile ekonomik teori ile hukuk uygulaması arasında bir paralelliğin olduğu görülmektedir. Fakat sosyal ve idari maliyet mlahazalarına dayanan bu teoninin, Türk hukukundaki uygulamayı izah ettiğini ileri sürmek oldukça iyimser bir açıklama olur. Düşüncemize göre ekonomik teori,

---

<sup>599</sup> Nitekim bazı mukayeseli araştırmaların vardığı sonuç, salt ekonomik zarar konusundaki yaklaşımların tutarlı ve yeknesak bir temelinin olmadığı şeklinededir. Bu zarar açısından sorumluluğun sınırlandırılması büyük ölçüde tarihi tesadüflerin bir sonucudur (BUSSANI/PARISI/PALMER, s.2,7; LANDES/POSNER, s.255; PARISI, s.2,3; RABIN, s.1514-1516).

<sup>600</sup> Zarar görenin zararı ile sosyal maliyetler arasında farklılaşma sadece ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerde gerçekleşmez (bkz. aşağıda §5/II/C). Fakat hukuk ve ekonomi öğretisindeki klasik temayül, bu hallerin göz ardı edilmesidir. Bu ise haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan açıklanmasının her zaman mümkün olmadığına güzel bir örnek oluşturur (bkz. bu konuda, GILEAD Israel, “Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost”, 13th Annual EALE. Conference, Haifa Israel August 1996, International Review of Law and Economics, December 1997, s.589-609).

<sup>601</sup> BISHOP, s.4; DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.4; SCHAFFER/OTT, s.253; ARLEN, s.713;

<sup>602</sup> BUSSANI/PARISI/PALMER, s.30,43,62; SCHAFFER/OTT, s.253; BISHOP, s.3,29; PARISI, s.9; aksi görüş ve eleştiriler için RIZZO, s.197,198 vd.; PERRY, s.738,739

uygulamayı açıklamaktan ziyade, ekonomik zarar sorununu düşünmek, mevcut uygulamayı anlamlandırmak ve normatif bazı çıkarımlar yapmaya elverişli olması bakımından önemli ve yararlıdır. Sosyal ve idari maliyet mülahazaları en azından teorik düzeyde, sorunu son derece basit bir şekilde izah etmekte ve hukuk politikası için “işlevsel ölçüt” vasfını taşımaktadır. Dolayısıyla aşağıdaki açıklamaların bu husus dikkate alınarak değerlendirilmesi uygun olur.

Vurgulanması gereken diğer bir nokta, hukuk ve ekonomi öğretisindeki yegâne teorinin bu olmadığıdır. Doktrinde “risklerin yayılması” (*risk spreading*) ve “sözleşmelere yönlendirilmesi” (*channeling contracts*) gibi alternatif teoriler savunulduğu gibi<sup>603</sup>, ekonomik zarar hakkındaki uygulamayı çoklu amaçlar ile açıklayan görüşler yaygın bir

---

<sup>603</sup> Ekonomik teori açısından sorumluluğun sınırlanmasını izah eden yegâne açıklama bu değildir. Bunun dışında *riskin tahsisi (ikincil maliyetler)* ve *zararın topluma yayılması (loss spreading)* mülahazaları ve “*riskin sözleşmelere yönlendirilmesi*” (*channeling contracts theory*) ileri sürülmüştür. Bunlar da önem taşımakla birlikte, ileri sürdüğümüz genel sava paralel olarak çalışmamızda “sosyal maliyet” mülahazasını temel alıyoruz (bkz İkinci Bölüm §3/II/E). Birbirlerine paralel olan ilk iki mülahazayı kısaca açıklamak gerekirse, (*salt*) ekonomik zarar görenlerin, zarar riskini en etkin sigortalayan kişi konumunda olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin kablunun kesilmesi nedeniyle üretimi yapamayan fabrikanın bu riski, kabloyu yanlışlıkla kesen firmadan daha etkin bir şekilde sigortalayabileceği ve dolayısıyla zararın onun üzerinde kalmasının ekonomik açıdan anlamlı olduğu ileri sürülmektedir (RABIN Robert, “*Tort Recovery For Negligently Inflicting Economic Loss: A Reassessment*”, Stanford Law Review, Vol.37 (1985), s.1531-1538) Diğer mülahazaya göre ise, ekonomik zararın yaygınlığı karşısında zarara neden olan kişinin tüm zararlardan sorumluluğu onun iflasına neden olur. Bu durumda pek çok zarar görenin zarara katlanması, tek bir kişinin tüm zarardan sorumluluğuna tercih edilmelidir (bkz. BISHOP, s.2; PERRY, s.758 vd.; GOMEZ/RUIZ, s.15,16).

*Riskin sözleşmelere yönlendirilmesi teorisi*, salt ekonomik zararın neden tazmin edilmediği hususunda idari maliyetler mülahazasını temel alır. Kısaca açıklayalım. Ekonomik zararların tamamen tazmin edilmesi çok sayıda kişinin dava açma olasılığı nedeniyle yüksek idari maliyetlere neden olacağı için, hukuk düzeni dava hakkını sadece doğrudan zarar görene tanımakta ve salt ekonomik zarar görenleri bu riskleri sözleşmede düzenlemeye teşvik etmektedir. Risklerin sözleşme aracılığı ile fiziksel zarar görene aktarılması halinde ise, salt ekonomik zarar bir anda dolaylı ekonomik zararın bir parçası haline gelmektedir. Öte yandan salt ekonomik zarar gören *ex ante (düşük fiyatla)* ya da *ex post (akdi sorumluluk ile)* telafi edilmektedir. Böylelikle sadece eşya zararı olan kişi dava açmakta ve idari maliyetlerden önemli tasarruf sağlanmaktadır. Tipik örnek Kablo olayıdır (örnek I). Burada telefon ya da elektrik hizmetinden yararlanan kullanıcıların, zarar verene doğrudan bir talep yöneltmesi mümkün değildir. Burada dava hakkı sadece hizmeti sağlayan kişiye tanınmakta, öte yandan kullanıcılar da genellikle düşük fiyatlar aracılığı ile *ex ante* telafi edilmektedir. Şüphesiz salt ekonomik zararın sözleşmesel bir menfaat olarak himaye edilmediği ya da bu tür risklerin sözleşmede düzenlenmesinin yüksek işlem maliyetine neden olduğu hallerde hukuk düzeni salt ekonomik zararı tazmin etme temayülü göstermektedir (bkz. RIZZO Mario, “*A Theory of Economic Loss in the Law of Torts*”, 11 Journal of Legal Studies (1982), s.281-310; bu teorinin eleştirisi için bkz. PERRY, s.77-781; ayrıca GOMEZ/RUIZ, s.15).



şekilde dile getirilmektedir<sup>604</sup>. Ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerin çok farklı özellikler taşıması, bazen gerçekten başka mülahazaların da etkili olabileceğini göstermektedir<sup>605</sup>. Fakat biz baskın görüşe ve haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaca paralel olarak, ekonomik zarar sorununa “*sosyal maliyet*” mülahazasını temel alarak yaklaşacağız.

Aşağıda ekonomik zarar kavramı tanımlandıktan sonra, Türk hukukunda ekonomik zarar türlerinin nasıl ele alındığı anlatılacaktır. Konunun daha önce incelenmemiş olması nedeniyle buradaki açıklamalar geniş tutulmuştur. Takip eden başlıklarda ise, hukuk ve ekonomi öğretisinde bu zarar türüne yönelik yaklaşım izah edilecektir. Nihayet bu iki yaklaşım mukayese edilerek, hukuk uygulaması ekonomik açıdan değerlendirilecektir. Belirtelim ki konunun genişliği ve bu konudaki çalışmaların yoğunluğu dikkate alındığı zaman, konunun her boyutunun incelenmesi ve tüm tartışmaların aktarılması gibi bir iddiamız yoktur<sup>606</sup>. Burada bir anlamda sorun takdim edilecek ve ekonomik teorinin soruna yaklaşımı açıklanacaktır.

## **b. Kavram**

“*Ekonomik zarar*”, eşya zararı dışında kalan tüm maddi zararları ifade eden geniş bir kavramdır. Zararın konusu, zarar görenin malvarlığına dâhil ekonomik menfaatlerinin olumsuz etkilenmesidir. Fakat buradaki ekonomik menfaat, zarar görenin malvarlığındaki

---

<sup>604</sup> ABD hukukunda haksız fiil hukukunu ekonomik açıdan inceleyen görüşe alternatif teşkil eden “*denkleştirici adalet*” paradigması, ekonomik zarar kavramının bu amaç doğrultusunda isabetli bir şekilde açıklanabileceğini ileri sürmektedir. Mesela bkz. McTHENIA W./ULRICH Joseph E., “A Return to Principles of Corrective Justice in Deciding Economic Loss”, *Virginia Law Review*, Vol.69 (1983), s.1517-1535

<sup>605</sup> Nitekim aşağıda ekonomik zarar çeşitli örnek kurgular tahtında ele alınmıştır. Bkz. aşağıda §4/II/B/2/d/da/dab

<sup>606</sup> Ekonomik zarara dair hukuk kurallarının ekonomik açıdan tüm etkilerinin analizi, somut kurgulara göre değişiklik göstermesi ve farklı parametrelerin devreye girmesi nedeniyle olağanüstü güçtür. (bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. BISHOP William, “*Economic Loss in Tort*”, 2 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1982, s.1-29; PERRY Ronen, “*Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule*”, 56 *Rutgers Law Review* 711 2004, s.712-788)

eşyasının fiziksel olarak tahrip edilmesi veya hasar görmesi dışında kalan menfaattir<sup>607</sup>. Bu kapsamdaki zararın fiziksel bir görünümü, dış dünyada bir tezahürü yoktur. Dolayısıyla zarar konusu maddi bir obje (*ya da süje*) olmayıp, genellikle ekonomik bir beklenti, örneğin (*ve çoğu kez*) olası ya da mevcut bir sözleşme çıkarıdır<sup>608</sup>. Bu kapsamda görülebilecek haller çok çeşitlidir. Mesela herhangi bir fiziksel değişiklik olmaksızın, sadece bir eşyanın değerinin azalması ya da vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan gelir kayıpları<sup>609</sup> buna örnektir. Fakat herhalde tipik ve en yaygın örnek, bir başkasının fiili nedeniyle zarar görenin sözleşme fırsatı kaçırarak gelir kaybına uğramasıdır (*yoksun kalınan kar*). Nitekim biz de genel olarak bu olasılık üzerinde duracağız.

Somutlaştırmak gerekirse haksız fiilin, zarar görenin ticari işletmesinin zarar görmesine ve kapanmasına yol açtığı bir kurguda, işletme sahibi işletmenin kapalı kaldığı süre boyunca ayrıca bir gelir kaybına uğrayacaktır. İşte bu gelir kaybı ekonomik zararı oluşturur. Bu zararın belirleyici vasfı, üçüncü kişinin fiili sonucunda, zarar görenin yapması muhtemel piyasa mübadelelerini yapamaması veya haksız fiilin gerçekleşmemiş olduğu bir kurguya göre daha olumsuz şartlar altında yapmak durumunda kalmasıdır. Dolayısıyla bu zararlar, piyasalardaki ekonomik ilişkilerin bağımlı olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmakta<sup>610</sup> ve çoğu kez birden fazla kişinin olumsuz etkilenmesine yol açmaktadır.

---

<sup>607</sup> Türk hukuku ile paralellik kurmak gerekirse, zarar kavramı bundan etkilenen değer (*obje*) esas alınarak yapılan bir ayırım çerçevesinde, eşyaya, kişiye verilen zararlar ve diğer zararlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Burada ekonomik zarar, “*diğer zararlar*” altında yer alan, ekonomik mahiyetteki zararları kapsamaktadır. Zira diğer zararlar sadece ekonomik değil, aynı zamanda kişilik hakkı kapsamındaki manevi değerlerin olumsuz etkilenmesini de içermektedir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden bağımsız olarak gerçekleşen bu manevi zararları, paralellik kurmak adına, “*salt manevi zarar*” olarak nitelendirmek mümkündür. Oysa ekonomik zarar kavramı sadece piyasa işlemlerine konu olan ve para ile ölçülebilen değerleri kapsar. Bu çerçevede saf malvarlığı zararının, diğer zararlar ile aynı olduğunu söylemek isabetli gözükmemektedir (*aksi görüşte KIRCA, s.9; Yazar saf malvarlığı (salt ekonomik) zararını, diğer zararlar olarak tanımlamaktadır*).

<sup>608</sup> Nitekim kişinin bir kazançtan yoksun kalması, kazanç ve gelirin çoğu kez sözleşmelerden sağlanacağı düşünülürse genellikle bu şekilde gerçekleşir. Fakat ekonomik beklentinin olumsuz etkilenmesi ya da ekonomik zararın mutlaka sözleşme konusu menfaatlerin ihlalinden kaynaklandığı söylenemez. Örneğin BK.m.45’te yer alan destekten yoksun kalan kişinin ekonomik kaybı bir sözleşmeye dayanmaz.

<sup>609</sup> Kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi de (*tedavi ve ilaç masrafları gibi*) maddi zarara neden olabilir. Fakat bunlar, fiziksel değişikliklerle ilgili maddi zararlardır. Ekonomik zarar ise, cismani zarar nedeniyle zarar görenin gelirinde azalma yaşamasıdır.

<sup>610</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.8

### c. Türleri: Dolaylı ve Salt Ekonomik Zarar

Ekonomik zarar farklı şekillerde sınıflandırılabilir<sup>611</sup>. Fakat burada hukuk tatbikatını esas alarak, ikili bir ayırıma gitmeyi uygun görüyoruz. Bunlardan ilki, eşyaya ve kişiye verilen zararlar dolayısıyla ortaya çıkan ekonomik zararlar, diğeri ise bu tür bir zarardan doğmaksızın meydana gelen ekonomik zararlardır. İlk kategoride, kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi dolayısıyla gelir kaybına uğraması (*mesela BK.m.46*) veya malvarlığında yer alan eşyasının hasar görmesi nedeniyle eşyayı kullanamamasına bağlı olarak kardan yoksun kalması halleri yer almaktadır. Örneğin eşyalar açısından, haksız fiil ilk planda eşyayı tahrip etmekte ve bu zarar, eşyanın tahsis edildiği ekonomik faaliyetin yapılamaması sonucunu doğurarak kişiyi muhtemel bir gelirden yoksun bırakmaktadır. Yukarıdaki örnek, bu kapsama girer. Benzer durum vücut bütünlüğünün ihlalinde de karşımıza çıkar<sup>612</sup>. Bu tür ekonomik zararın belirleyici özelliği, eşya ve cismani zararlar ile birlikte bulunması ve bu zararlar dolayısıyla aynı kişide ortaya çıkmasıdır. Bu halleri ifade etmek için “*dolaylı ekonomik zarar*”<sup>613</sup> (*consequential-parasitic- economic loss*) tabiri kullanılabilir<sup>614</sup>.

---

<sup>611</sup> Mesela nispi hak konusu menfaatlerin ve diğer menfaatlerin olumsuz etkilenmesi ve/veya nispi hak açısından, mevcut ve muhtemel olan menfaatlerin etkilenmesi yapılabilecek diğer ayırımlara örnek gösterilebilir.

<sup>612</sup> Ayrıntılarına girmeksizin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan (*dolaylı*) ekonomik zararların da ekonomik doktrinde benzer şekilde değerlendirildiğini belirtelim. Yani bu olasılıkta da, haksız fiil nedeniyle azalan istihdam aynen ikame edildiği sürece sosyal maliyet gelir kaybından az olur. Şüphesiz ikame olanakları, işgücü fazlasının olup olmadığına bağlıdır. Bu da ülkenin ekonomik koşulları ve işin mahiyetine göre değişir. Öte yandan haksız fiil iş gücünün tamamen kaybına neden olmuşsa, uzun dönemde piyasa dengesi değişeceğinden, bunun neden olacağı sosyal maliyet farklı olacaktır (BISHOP, s.6,7). Fakat bu çalışmada, dolaylı ekonomik zararın bu türü üzerinde durmayacağımızı, açıklamalarımızı sadece eşya zararı nedeniyle ortaya çıkan ekonomik kayıplara hasredeceğimizi belirtelim.

<sup>613</sup> “*Dolaylı zarar*” ile “*dolaylı ekonomik zarar*” arasındaki ilişkiye gelince, olayların çoğunda bu ikisi örtüşür. Yani meydana gelen ilk zarar (*maddi bir malın tahribi*), çoğu kez dolaylı ekonomik zarara neden olur. Fakat bu şart değildir. Bazı hallerde dolaylı zararlar ekonomik zarar şeklinde gerçekleşmez. İlk zarar, sonradan kişinin başka eşyalarının zarar görmesine de yol açabilir.

<sup>614</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.52; PERRY, s.712

İkinci tür ise, haksız fiilin herhangi bir şekilde kişiye ve/veya eşyaya zarar vermeksizin, sadece zarar görenin ekonomik menfaatlerini olumsuz etkilemesini konu alır<sup>615</sup>. Dolayısıyla bunun diğerinden farkı, haksız fiilin zarar görenin şahıs veya malvarlığında fiziksel bir zarara yol açmamasıdır. Zarar görenin sadece soyut ekonomik menfaatleri olumsuz etkilenmiştir. Mesela hukuk tatbikatından verilebilecek tipik örnek, haksız rekabet mağdurunun gelir kaybına uğramasıdır. Burada zarar görenin daha elverişli şartlar altında mübadele yaparak gelir elde etmesi mümkün iken, haksız fiil nedeniyle bu gerçekleşmemiştir. Bir diğer örnek; kişinin verdiği yanlış bilgi nedeniyle, üçüncü kişilerin bu bilgiye güvenerek yaptığı hukuki işlemler sonucunda ekonomik menfaatlerinin olumsuz etkilenmesidir. Bu hususta farklı olasılıklar da düşünülebilir<sup>616</sup>. Ekonomik zarar fiziki bir zarar dolayısıyla ortaya çıkmadığı için, bunları “*salt ekonomik zarar*” (*pure economic loss*)<sup>617</sup> olarak nitelendirmek mümkündür.

Önemle belirtelim ki salt ekonomik zarardan bahsetmek için, bunun sadece haksız fiile doğrudan muhatap olan kişinin malvarlığında gerçekleşmesi gerekmez<sup>618</sup>. Bilakis bu zararlar genellikle (*haksız*) fiilin doğrudan muhatabının uğradığı zararlar dolayısıyla, başka kişiler (*ya da dolayısıyla zarar gören*) üzerinde gerçekleşir. Mesela, şarkıcının haksız fiil neticesinde çalışamayacak ölçüde yaralanması ve bu nedenle orkestra üyelerinin, restoran sahibinin, garsonların, vestiyerin ve hatta belediyenin (*daha az vergi toplaması nedeniyle*)

---

<sup>615</sup> Salt ekonomik menfaatlerin ihlali kural olarak hukuka aykırı olmadığından, aslında bu zarara yol açan fiillerin, “*haksız*” olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin aşağıda rekabet sürecinde piyasada ekonomik faaliyet yürüten kişilerin davranışları açısından bu tip bir durum söz konusudur. Fakat burada meselenin daha iyi kavranması açısından eylemin haksız olduğu örnekler tercih edilmiştir.

<sup>616</sup> Bkz. aşağıda §4/II/B/2/d/da/dab

<sup>617</sup> *Pure economic loss* terimine karşılık olarak, *saf ekonomik zarar* tabiri kullanılabilir. Nitekim Türk hukukunda (*Alman hukukundan esinlenen bazı eserlerde*) “*saf malvarlığı zararı*” tabiri kullanılmıştır (KIRCA, s.9).

<sup>618</sup> Dikkat edilirse, dolaylı ekonomik zarardan bahsetmek için eşya zararı ile bundan kaynaklanan ekonomik zararın aynı kişinin malvarlığı içerisinde olması şartı aranmaktadır. Buna karşılık eğer fiziki bir zarar, zarar gören dışında başkalarının malvarlığındaki soyut ekonomik menfaatleri olumsuz etkilemişse, o zaman burada salt ekonomik zarar vardır.

ekonomik kaybı, salt ekonomik zarardır<sup>619</sup>. Esasen salt ekonomik zarar genellikle<sup>620</sup> “yansıma zarar” (*relational -economic- loss*) olarak adlandırılan hallerde ortaya çıkar.

Görüldüğü üzere ekonomik zarar kavramı, ihlal edilen değer fiziki bir varlığı olup olmadığı ölçütünü esas alır. Bu açıdan farklı bir ayırıma dayanmakta ve yansıma zarar ve yoksun kalınan kar gibi farklı zarar türlerini barındırmaktadır. Bu noktada neden bu kavrama ihtiyaç duyulduğu ve farklı sınıflandırmaya gidildiği haklı olarak sorulabilir. Bu soruya çeşitli yanıtlar verilebilir. Fakat düşüncemize göre bu yaklaşım, zarar kavramına dair farklı bir bakış açısı sunarak haksız fiil hukukunun (ve özellikle hukuka aykırılık kavramının) anlaşılmasına katkıda bulunmaktadır. Bunun yanı sıra bu çalışmada ekonomik teoriyi esas aldığımız için, bu ayırımı yapmamız bir anlamda zorunluluktur. Zira hukuk ve ekonomi öğretisinde, ekonomik zarar sosyal maliyet açısından gösterdiği özellikler nedeniyle farklı değerlendirilmekte ve ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır. Zarar kavramına dair hukuk uygulamasının ekonomik teori ile uyumlu olup olmadığını belirlemek açısından, bu ayırımı yapmak isabetlidir.

Son olarak bu ayırımın sadece sözleşme dışı sorumluluk açısından önem taşıdığını, sözleşmesel sorumluluk açısından zarar kavramını bu şekilde tasnif etmeye gerek olmadığını vurgulayalım. Zira ne hukuki, ne de ekonomik açıdan, sözleşmeden doğan borcun ihlalden kaynaklanan ekonomik zararın (*salt ya da dolaylı*) tazmin edilmesinde önemli bir sorun yoktur. Sözleşmesel sorumluluğun konusu zaten ekonomik zarardır. Dolayısıyla bu başlık altındaki açıklamalar sadece haksız fiil hukuku açısından geçerlidir.

#### **d. Türk Hukukunda Ekonomik Zararın Ele Alınışı**

---

<sup>619</sup> Örneğin burada, şarkıcının yaralanması “*cismani zarar*”, yaralanmadan dolayı çalışmama ve bunun neden olduğu gelir kaybı “*dolaylı ekonomik zarar*” ve bundan dolayı üçüncü kişilerin ekonomik menfaatlerinin olumsuz etkilenmesi ise “*salt ekonomik zarardır*”.

<sup>620</sup> Yansıma zararın her zaman salt ekonomik zarar teşkil ettiğini belirtelim. Ama aksi geçerli değildir; yani salt ekonomik zarar doğrudan haksız fiilin (*ya da en azından fiilin*) muhatabı üzerinde gerçekleşebilir. Gölün kirlenmesi ve balıkların bundan zarar görmesi örneğinde olduğu gibi, bazı hallerde aradaki farklar siliktir. Bu örnekte göl ve balıkları üzerinde herhangi bir kişinin özel mülkiyeti yoksa zarar yansıma değildir.

Türk hukukunda ekonomik zarar kavramı düzenlenmediği için<sup>621</sup>, bu kapsama giren hallerin nasıl ele alındığını değerlendirmek gerekir. İlk dikkati çeken, ekonomik zararın tazmini konusunda yeknesak bir uygulamanın olmamasıdır. *Salt ekonomik zarar* kural olarak sorumluluğa yol açmazken, *dolaylı ekonomik zarar* tazmin edilmektedir. Bu nedenle meseleyi ikiye ayırarak incelemek uygun olur. Dolaylı ekonomik zarar açısından hukuk uygulaması yerleşik olduğundan herhangi bir tartışma yaşanmaz. Bu nedenle açıklamalarımız esas itibariyle salt ekonomik zararı konu alacaktır.

## **da. Salt Ekonomik Zarar**

### ***daa. Genel Kural ve İstisnaları***

Türk hukukundaki genel ilke, salt ekonomik zararın tazmin edilmemesidir<sup>622</sup>. Pozitif hukuk açısından bunun temel nedeni, hukuka aykırılık şartının gerçekleşmemesidir<sup>623</sup>. Hukuka aykırılık genellikle mutlak hakların ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıktığı için, “*cismani*” ve “*eşya*” zararları açısından bu şart kendiliğinden gerçekleşir<sup>624</sup>. Yani kişi bir diğerinin vücut bütünlüğünü ihlal eder veya onun malına zarar verirse, bu sonuç nedeniyle davranışı da hukuka aykırı kabul edilir<sup>625</sup>. Oysa bizatihi ekonomik menfaati (*malvarlığını*) “*erga omnes*” koruyan hukuk kuralı mevcut değildir. Bu nedenle salt ekonomik zarara yol açan davranış kural olarak hukuka aykırı değildir. Haksız fiilin diğer şartları gerçekleşse bile tazminat borcu doğmaz. Tabiatıyla Türk hukukunda ayrı bir zarar türü olarak ele alınmadığı için, salt ekonomik zarar genellikle yansıma zarar

---

<sup>621</sup> Yani bu tabir pozitif hukukta tanımlanmadığı gibi, herhangi bir şekilde de kullanılmamaktadır. Oysa bazı hukuk sistemlerinde bu kavrama yer verilmekte ve hatta tanımlanmaktadır. Mesela İsveç hukukunda 1972 tarihli Haksız Fiil Sorumluluğu Yasası ekonomik salt zarar kavramını: “*cismani veya şey zararı olmaksızın verilen zararlardır*” şeklinde tanımlamıştır (BUSSANI/PALMER, s.6).

<sup>622</sup> Anglo-Amerikan hukukunda bu “*dışlayıcı kural*” (*exclusionary rule*) olarak adlandırılmaktadır.

<sup>623</sup> EREN, s.558; KIRCA, s.10; ATAMER, s.75,88; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.1

<sup>624</sup> Bkz. aşağıda §5/I/A ve §5/I/D

<sup>625</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm I/IV

bağlamında ele alınmaktadır. Hal böyle olunca sorumluluğun sınırlandırılması sorunu, tazminat talep edecek kimselerin çevresinin belirlenmesi olarak algılanmaktadır<sup>626</sup>.

Fakat bu genel kuralın istisnasının olmadığı düşünülmemelidir. Salt ekonomik zarara neden olan davranışı hukuka aykırı kılan bir pozitif hukuk kuralı mevcut olabileceği gibi, doktrinde ortaya atılan bazı kuramlar salt ekonomik zararların giderilmesine imkân vermektedir. Bu nedenle meseleyi ikiye ayırmak mümkündür. İlk olarak pozitif hukuk çeşitli kurgularda salt ekonomik zarara neden olan davranışın sorumluluğa neden olacağını açıkça belirtmiştir. Örneğin Borçlar Kanunu'ndaki 41/2. madde hükmü, bu kapsamdaki bir istisna kuraldır<sup>627</sup>. Ölüm halinde destekten yoksun kalanların tazminat isteyebileceklerini öngören Borçlar Kanunu'nun 45/2. maddesi de salt ekonomik zararın tazmin edilmesine imkân vermektedir<sup>628</sup>. Bunun haricinde haksız rekabet ve rekabet hukuku (RKHK.) normları gibi salt ekonomik menfaatleri himaye eden özel koruma normları da mevcuttur. Hatta bunların yaygın olduğu söylenebilir<sup>629</sup>. Bu kuralların ihlal edilmesi, davranışı hukuka aykırı kılarak, zararın tazminine imkân vermektedir.

---

<sup>626</sup> Hukuk kuralının ihlali ile bu kuralın koruma amacını taşıdığı değerleri doğrudan doğruya ihlal edilen kişilerin tazminat talep edebileceği kabul edilmekte, “*dolayısıyla zarar görenlerin*” ise, hukuken korunan değerlerinin ihlal edilmemiş olması nedeniyle tazminat isteyemeyecekleri belirtilmektedir. Yani üçüncü kişi, ihlal edilen hukuk kuralının korumak istediği şahıslar kategorisinde yer almaz. Buna göre bir kimsenin mülkiyet hakkını veya vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını başkalarının tecavüzünden koruyan normlar, yalnız o kimsenin bu değerlerini himaye için konulmuşlardır (TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.1,4,5,10,11).

<sup>627</sup> BK.m.41/2'e göre: “*Ahlaka muğayir bir fil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs o zararı tazmine mecburdur.*” Bu hüküm çerçevesinde kişinin davranışı hukuka aykırı olmasa bile, kasten ahlaka aykırı bir şekilde zarar veren kişi sorumlu tutulabilir. Türk hukukunda “*hukuka aykırılık*” kavramının geniş yorumlanması ve bilhassa MK.m.2 ve kişilik haklarının ihlal edilmesinin hukuka aykırılığa sebebiyet verdiğinin kabul edilmesi nedeniyle, BK.m.41/2 sınırlı hallerde uygulama alanı bulmaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, s.535; EREN, s.560,561; krş. TANDOĞAN, s.29). Mukayeseli hukuklarda paralel normun varlığı konusunda bkz. BUSSANI/PALMER, s.9

<sup>628</sup> Şüphesiz Borçlar Kanunu'nda salt ekonomik zararların tazminine imkân veren başka normlar da mevcuttur. Örneğin hile veya ikrah durumunda, buna muhatap olan tarafın hukuki işlemi iptal etmesi üzerine karşı tarafa yönelteceği tazminat talebi, salt ekonomik menfaatleri himaye etmektedir (BK.m.31). Benzer şekilde Borçlar Kanunu madde 39 ve 36/II hükümleri de muhatapın salt ekonomik zararlarını tazmin etmesine olanak sağlar.

<sup>629</sup> Bu çalışma kapsamında salt ekonomik menfaatleri koruyan düzenlemelerin tamamını saymak mümkün değildir. Ama fikir vermesi açısından bazı örnekler verilebilir. Bir kere salt ekonomik menfaat olmasına rağmen, mutlak hak kapsamında yer alan fikri ve sınaî haklar, genel kuralın ilginç bir istisnasını oluşturur. Bu değerler, kanun koyucu tarafından daha üstün bir korumaya layık görülmüştür. Bunun dışında ceza hukukunda salt ekonomik menfaatleri himaye eden ve ihlali durumunda zarar görenin haksız fiil esasına

Bu noktada bir parantez açıp, davranışı hukuka aykırı kılan her hukuk normunun doğrudan tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını belirtelim. Hukuk düzeni çok farklı amaçlar ile davranışları düzenleyebilir. Bu nedenle somut olayda (*salt*) ekonomik zarara neden olan davranışın aynı zamanda bir hukuk kuralını ihlal etmesi çok uzak bir olasılık değildir<sup>630</sup>. İhlal durumunda hukuka aykırılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca tetkik edilmelidir. Zira haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için söz konusu kuralın hem ihlal edilen değeri (*yani salt ekonomik menfaati*) hem de bu değer tahsis edildiği kişileri zarar verici davranıştan koruma amacını taşıması gerekir<sup>631</sup>. Dolayısıyla kuralın amacı araştırılmaksızın doğrudan bir yargıya varılamaz. Türk hukukunda “*hukuka aykırılık bağı*” veya “*normun koruma amacı teorisi*” olarak adlandırılan bu koşul, salt ekonomik zararlar açısından özel bir önem taşır<sup>632</sup>.

Nihayet pozitif düzenlemelerin dışında, doktrinde ortaya atılan ve sorumluluğun kapsamını genişleten (*üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi*<sup>633</sup> gibi) bazı kuramlar

---

dayanarak tazminat talep etmesine olanak sağlayan pek çok norm vardır. Dolandırıcılık (TCK.m.157) ve belgede sahtecilik (TCK. m. 204 vd.) gibi suç tipleri bunlardan sadece bir kaçıdır. Şüphesiz bu hallerde kusurun kast seviyesinde olması gerekir. Bunun dışında (*yanlış*) bilgi vermenin neden olabileceği ekonomik zararlardan sorumluluğu düzenleyen normlar da mevcuttur. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki 16. madde normu buna örnek gösterilebilir (ayrıca geniş bilgi için bkz. KIRCA, s.21 vd.).

<sup>630</sup> Hukuka aykırılık şartı açısından bunu, “*tesadüfi hukuka aykırılık*” olarak adlandırabiliriz.

<sup>631</sup> Esasen burada üç ayrı boyut vardır: kural söz konusu “değeri”, “zarar gören kişiyi”, “gerçekleşen türden bir riskli davranıştan” korumak üzere koyulmuş olmalıdır (bkz. ATAMER, s.80-85).

<sup>632</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. ATAMER, s.70 vd.; EREN, s.558-560; OĞUZMAN/ÖZ, s.494 vd.; TANDOĞAN, s.19 dpt. 19; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476,477; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.11 vd.; kuramın eleştirisi için bkz. KARAHASAN, s.203 vd.

Normun koruma amacı ya da hukuka aykırılık bağı teorisi sadece ekonomik zarar açısından uygulama alanı bulmaz. Türk hukukunda önemli bir diğer uygulama alanı, kişinin cismani zarar görmesinin yakınının cismani zarar görmesi nedeniyle manevi zarara uğradığını iddia ettiği hallerdir. Yargıtay kararlarına bakıldığı zaman, genellikle şok zararlarında bu kavrama atf yapılmaktadır. Burada sorun, doğrudan cismani zarar görmeyen ve fakat yakını olanın gördüğü zarar nedeniyle manevi zarar gördüğünü iddia eden kişilerin menfaatlerin hukuken korunup korunmadığıdır. Dikkat edilirse burada fiziksel zarar olmadığı için salt ekonomik zarar ile benzerlik söz konusudur.

<sup>633</sup> Alman hukukunda etkili olan bu teoriyi kısaca belirtmek gerekirse, edimin neden olduğu risklere en az alacaklı kadar yakın olan üçüncü kişiler, borçlunun, edim veya koruma yükümlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle zarar görürse, akdın koruma alanına dâhil edilir ve böylece akdi sorumluluğa göre himaye edilir.



da istisna kapsamında görülebilir<sup>634</sup>. Pozitif dayanağını dürüstlük kuralından alan bu kuramlar, özellikle sözleşmelerin nispiyeti ilkesini törpüleyerek, zarar görenin ekonomik menfaatlerini daha elverişli bir şekilde himaye etmeyi hedeflemekte<sup>635</sup> ve bazen salt ekonomik zararların tazmin edilmesini sağlamaktadır<sup>636</sup>. Özetle, bu zararların tazmin edilmemesi genel ilke olmakla birlikte, somut olayda buna istisna teşkil edecek hukuk kuralı ya da kuramı söz konusu olabilir. Genel bir gözlem olarak sorumluluğun genişletilmesi yönündeki eğilim nedeniyle istisnaların gittikçe yaygınlaştığı söylenebilir.

Kanımızca bu noktada cevaplanması gereken sorun, neden salt ekonomik zararların tazmin edilmediğidir<sup>637</sup>. Hukuk doktrininde, haksız fiil hukukunun zarar görenin zararının telafisi amacını taşıdığı kabul edildiğine göre, salt ekonomik zararın tazminine engel olan normatif mülahazalar, açıktır ki “*telafi*” amacından daha ağır basmıştır. Dolayısıyla bu mülahazaların irdelenmesi, “*hukuka aykırılık*” kavramı hakkında yol gösterici olur. Fakat sorunun yanıtının asıl önemi, ekonomik teori ile hukuk politikasının uyumlu olup olmadığının tespitinde kendini göstermektedir. Ekonomik açıdan da ekonomik zararların tam olarak tazmin edilmesi arzu edilmediğine göre, yapılacak mukayese, ekonomik teorinin hukuk tatbikatını ne ölçüde izah ettiği (*veya en azından yol gösterici olup olmayacağı*) konusunda fikir verecektir. Yöntem olarak bu husustaki incelemenin mukayeseli hukuktaki gibi<sup>638</sup>, salt ekonomik zararın ortaya çıktığı temel bazı kurgular tahtında yapılması uygun olur. Bu yöntem, konunun daha iyi kavranmasına hizmet edeceği

---

<sup>634</sup> Bkz. bu konuda OĞUZMAN/ÖZ, s.34 vd., EREN, s.41 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.19-23; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, s.70 vd.

<sup>635</sup> Bu iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunların bir kısmı, zarar gören için daha avantajlı olduğu kabul edilen haksız fiil hukuku yerine, sözleşme hukukunun uygulanmasını sağlamak için ortaya atılmaktadır. Bu olasılık, zaten zararın haksız fiil hukukuna göre tazmin edilmelerinde sorun bulunmayan, mutlak haklar açısından karşımıza çıkar. Buna karşılık konumuz açısından daha da önemli olan diğer işlevi, salt ekonomik menfaati ilgilendirmesi nedeniyle haksız fiil hukuku kurallarına göre tazmin edilmesi mümkün olmayan zararların tazmin edilmesine imkân vermesidir.

<sup>636</sup> Detaylara girmeksizin, tazminata imkân veren bu kuramların hukuki niteliğinin haksız fiil esasına dayanıp dayanmadığının tartışmalı olduğunu belirtelim (bu konudaki tartışmalar için bkz. KIRCA, s.134 vd.).

<sup>637</sup> Bu soru, hukuka aykırılık şartının neden bu zararların tazmin edilmesine engel olduğu şeklinde de ifade edilebilir.

<sup>638</sup> BUSSANI/PALMER, s.171 vd. SPIER, s.19 vd.; krş. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.8-11; BISHOP, s.14 vd.

gibi, normatif mülhazaların tespiti açısından da gereklidir. Zira geniş kapsamı nedeniyle salt ekonomik zararın çok farklı görünüşleri vardır ve somut olayın özellikleri hukuka aykırılık mülhazalarını etkileyebilir<sup>639</sup>. Dolayısıyla aşağıda doktrinde incelenen temel bazı örnek halleri ele alıyoruz.

### *dab. Salt Ekonomik Zarar Örnekleri*

**Örnek I Kablo Olayı<sup>640</sup>:** İnşaat şirketi kusurlu bir davranış sonrasında kasabaya elektrik ileten bir kabloya zarar vermiş ve kablonun kesilmesi sonucunda kasaba bir gün süre ile elektriksiz kalmıştır.

İnşaat şirketinin kabloyu kusurlu bir şekilde kesmesi, elektriği sağlayan ve dağıtan şirketin malvarlığındaki bir eşyanın zarar görmesine neden olmuştur. Dolayısıyla elektrik dağıtıcısı şirket bu zararını ve bununla ilintili diğer (*dolaylı*) ekonomik zararlarının (*yoksun kalınan kar*) tazminini talep edebilir. Buna karşılık, elektrikten mahrum olan ve bu nedenle ekonomik zarar gören kasaba halkının, örneğin esnafın ya da tacirlerin gördükleri zarar için ne inşaat şirketine, ne de elektrik sağlayıcısı şirkete dava açma imkânı yoktur (*yansıma zarar*)<sup>641</sup>. Bir an için kullanıcıların, elektrik dağıtıcısı şirket ile aralarındaki sözleşmelere istinaden tazminat davası açabileceklerini kabul etsek bile, şirketin elektrik kesintisinde bir kusurunun olmaması, zararın Borçlar Kanunu'nun 96. maddesine göre tazmin edilmesini engelleyecektir<sup>642</sup>. Mukayeseli hukukta da genel yaklaşım, tazminat borcunun doğmadığı

---

<sup>639</sup> Değerlendirmenin farklı kurgular tahtında yapılması gerektiği ve salt ekonomik zararı genel olarak açıklayan teorilerin bu açıdan yetersiz olacağı hakkında bkz. PERRY, s.713; RABIN, s.1518; GOMEZ/RUIZ, s.13.

<sup>640</sup> Doğalgaz, su, telefon hatlarına zarar verilmesi hallerinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesinde de sorunun özü aynıdır. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalar, bunlar için de geçerlidir. Bu konu ile ilgili Alman ve İsviçre mahkemelerinin verdiği bazı kararlar için bkz. ATAMER, s.80.

<sup>641</sup> TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.4,6

<sup>642</sup> Dağıtıcı şirket ile kullanıcılar arasındaki sözleşmelerde, dağıtıcının kusursuz da olsa elektrik kesintisinden kaynaklanacak zararları tazmin edeceğine dair hükümler konabilir. Ama uygulamada sağlayıcının kusursuz sorumluluğu bir yana, genellikle genel işlem şartları şeklinde hazırlanan bu tür sözleşmelerde söz konusu riskler için sorumsuzluk kayıtlarına yer verileceği kolaylıkla tahmin edilebilir.

şeklindedir. Fakat bazı hukuk sistemlerinde sınırlı olarak sorumluluğun doğabileceği belirtilmektedir<sup>643</sup>.

**Örnek II Otoyol Olayı<sup>644</sup>**: Kamyon sürücüsünün özensiz davranışı sonucunda kamyon otoyolda devrilmiş ve otoyol uzunca bir süre trafiğe kapalı kalmıştır. Otoyolun kapalı kalması üzerine, trafikte kalan yolcular uzun bir süre beklemek zorunda kalmıştır.

Kamyon şoförünün özensiz davranışı sonucunda yolun kapanması, yolda kalan diğer sürücülerin ekonomik zarar görmelerine neden olabilir. Fakat kaza sürücülere veya arabalarına fiziki bir zarar<sup>645</sup> vermediği sürece, hukuka aykırılık söz konusu olmadığı için bu zararların tazmin edilmesi mümkün değildir<sup>646</sup>. Mukayeseli hukuktaki çözüm tarzı da bu şekildedir<sup>647</sup>. Yargıtay benzer bir olaydaki kararında, hukuka aykırılık bağının bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluğun olmadığını belirtmiştir<sup>648</sup>.

---

<sup>643</sup> Alman, Avusturya, Portekiz, İngiliz, İsviçre, ABD ve Yunan hukuklarında bu hallerde tazminat davası açılması imkânı olmadığı kabul edilmektedir. Fakat tazminata neden cevaz verilmediği farklı gerekçeler ile açıklandığı gibi, bazı istisnalara da rastlanmaktadır. Örneğin İngiliz hukukunda fiil ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi, Alman hukukunda ise korunan hukuki değer tazminata engel olmaktadır. Teorik olarak Fransız hukukunda bu tür zararların tazmin edilebileceği kabul edilmekte, buna karşılık somut olayda tazminat isteyebilecek kişilerin kapsamı nedensellik bağı kapsamında sınırlanabilmektedir. Keza İtalyan ve Hollanda hukuklarında da bu zararların tazmin edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (açıklamalar için bkz. ROGERS, s.37 vd.).

<sup>644</sup> Yukarıdaki örnek ve bu örnekteki açıklamalar, demiryolu, hava meydanları ve su kanalları gibi benzer ulaşım yollarında meydana gelen kazalar açısından da geçerlidir.

<sup>645</sup> Bir kurguda, trafik kazasının o esnada trafikte yaralı bir yolcu taşıyan bir ambulânsın trafikte kalmasına ve yaralının zamanında hastaneye ulaşamamasına neden olduğunu düşünelim. Acaba burada hastaneye geç ulaşmasının neden olduğu cismani zararların tazmini talep edilebilir mi? Bazı mukayeseli hukuklar bu sorunun cevabını müspet olarak vermektedir. Örneğin İtalyan hukukunda, trafik kazası nedeniyle ambulansın yarım saatten daha fazla trafikte kaldığı bir durumda zararın tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Benzer şekilde Portekiz hukukunda da kişilik hakkının ihlal edildiği ve dolayısıyla zararın tazmin edilebileceği kabul edilir (MONTEIRO, s.54).

<sup>646</sup> Öte yandan bu kazanın yolun zarar görmesine neden olduğu bir durumda, idare bu zararların giderilmesi için kusurlu sürücüye karşı tazminat davası açabilir. Fakat burada böyle bir zararın gerçekleşmediğini varsayıyoruz. Türk hukukunda karayollarında meydana gelen zararların tazmini esaslarını düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu her şeyden önce sadece cismani ve eşya zararlarının tazmininde uygulanmaktadır. Bu bağlamda işlemler halinde aracın neden olduğu trafik kazalarının yol açtığı ekonomik zararların tazmin edilmesinde Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Genel esaslar açısından ise hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için, bu zararların tazmin edilmesi mümkün değildir. Krş. TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.4

<sup>647</sup> Yabancı hukuklarda da karayollarında gerçekleşen zararların tazmini özel kanunlar ile düzenlenmiştir. Bu kanunların önemli bir kısmı, ekonomik zararı kapsam dışı tutmaktadır. İsviçre ve Avusturya hukukları buna

**Örnek III Denetçi Olayı<sup>649</sup>**: Denetçi firma (D), bir anonim şirket olan (Ş1)'in yönetim kurulundan gelen talep üzerine (Ş1)'in muhasebe ve mali tablolarını denetlemiş ve buna binaen hatalar içeren bir muhasebe raporu hazırlamıştır. Bir başka şirket (Ş2), herhangi bir şekilde denetçi şirket ile sözleşme ilişkisine girmeksizin, fakat bu rapordaki bilgilere dayanarak (Ş1)'i devralmak için bir fiyat teklifi yapmıştır. Teklif, anonim şirket (Ş1) tarafından kabul edilmiş ve devir gerçekleşmiştir. Daha sonradan şirketin mali durumunun raporda belirtildiği kadar iyi olmadığı ve dolayısıyla da verilen fiyatın çok yüksek olduğu anlaşılmıştır.

Açıkça görüldüğü gibi, (Ş2) zarar görmüştür ve bu zarar salt ekonomiktir. (D) firması ile aralarında sözleşme ilişkisi olmadığı için, bu zararının karşılanması için (D)'ye karşı akde dayalı bir tazminat davası açamaz<sup>650</sup>. Öte yandan (D), (Ş2)'ye zarar verme kastı ile rapor hazırlamadığı sürece, haksız fiil esasına dayanan sorumluluk da olmayacaktır. Burada zararı gidermeye imkan veren koruma normu olmadığı sürece, haksız bir fiilden bahsedilemez<sup>651</sup>. Fakat Türk hukukunda bilgi verenin sorumlu tutulmasına imkan veren özel düzenlemeler bulunmaktadır. Mesela bağımsız denetim kuruluşlarının sorumluluğuna

---

örnek gösterilebilir. Genel hükümler açısından bu zararların tazmin edilemeyeceği genel olarak kabul edilir. Benzer şekilde İngiliz, ABD, Alman, İtalyan, İsveç ve Portekiz hukukları da, burada sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmektedir (MONTEIRO, s.51 vd.). Fakat istisnai olarak, kaza kamusal rahatsızlığa (*public nuisance*) neden oluyorsa (*kişinin toplumun genelinden daha fazla ve farklı bir zarar gördüğü bir ihtimalde*), ABD ve İngiliz hukukunda tazminata imkân verilir (BISHOP, s.26).

<sup>648</sup> Yargıtay kararına konu olan olayda, davalılar Uludağ yolu üzerindeki arsada inşaat amacıyla temel hafriyatı yaparken gerekli tedbirleri almamışlar ve yol kayarak sekiz gün süreyle trafiğe kapanmıştır. Uludağ yönünde aynı yol üzerinde birahane sahibi olan davacı da, birahanesine müşteri gelmemesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep etmiştir. Yargıtay davacının zararının yansıma zarar olduğu tespit etmiş ve Türk hukukuna kural olarak bu zararların tazmin edilmesinin mümkün olmadığını, zira hukuka aykırılık bağının buna engel olduğunu belirtmiştir (Yarg. 4. HD. 8.1.1979 T., 13144 E. 38 K.).

<sup>649</sup> Muhasebecilerin, denetçilerin, resmi belgeleri onaylayanların özensiz davranışları sonucunda, sözleşme ilişkisi içerisinde olmayan üçüncü kişilerin gördükleri zararlar yukarıdaki örnek olayın farklı görünümleridir.

<sup>650</sup> Öte yandan (Ş1)'in vekâlet sözleşmesinde vekilin (D) özen borcunu ihlal ettiği gerekçesiyle tazminat davası açması da söz konusu olmaz, zira kural olarak burada (Ş1)'in malvarlığında bir eksilme yoktur.

<sup>651</sup> KIRCA, s.38

ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu madde 16/IV<sup>652</sup> ve ortaklık denetçilerinin sorumluluğuna dair Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler buna örnek gösterilebilir<sup>653</sup>. Bu özel koruma normlarının yanı sıra, doktrinde, bu zararların tazmin edilmesini olanaklı kılan çeşitli nazariyeler de ortaya atılmıştır<sup>654</sup>. Dolayısıyla bu örnek olay açısından genel kuralın büyük

<sup>652</sup> Hükme göre: “Bağımsız denetleme kuruluşları, denetledikleri mali tablo ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları raporlardaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar.”

<sup>653</sup> Mesela bir başka norm, Noterlik Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 162. maddesine göre: “Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebilir.” Şüphesiz yapılan işlemde zarar gören ile noter arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi olacaktır ve bu nedenle sorumluluk akdi mahiyet taşıyacaktır. Buna karşılık üçüncü kişilerin de zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu durumda noterin verdiği bilgi nedeniyle genellikle salt ekonomik zarar meydana geleceği için, 162. maddenin salt ekonomik zararın tazminine imkân verdiği iddia edilebilir. Türk hukukunda bilgi vermeden dolayı sorumluluğu düzenleyen normlar hakkında bkz. KIRCA, s.21-32.

<sup>654</sup> Mukayeseli hukuklarda, yanlış bilgi verilmesinden kaynaklanan zararlardan dolayı üçüncü kişilerin haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmasının, kesin olarak sınırlanmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda bazı kısıtlar dâhilinde, üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilebileceği ileri sürülmektedir. Örneğin “üçüncü kişi ile bilgi sağlayanın yakınlığı”, “bilgiye duyulan güvenin derecesi”, “sağlanan bilginin bir ücret karşılığı olup olmadığı” ve “bilgiyi sağlayan kuruluşun sorumluluk riskini sigorta etmesinin mümkün olup olmadığı” gibi ölçütler dikkate alınarak tazminat sorumluluğu kurulabilir (KOZIOL, Auditor Case, s.35).

Türk hukukunda KIRCA, özel düzenlemelerin ve Borçlar Kanunu madde 41/2 hükmünün uygulama alanını tartıştıktan sonra, olağan şartlar altında bilgi verenin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulamayacağını belirtmekte ve bu durumun “adil ve haklı olmadığını” ifade etmektedir. Yazar'a göre normatif açıdan: “Mesleki konumu veya bilgi ve tecrübesi ile güvenilir bir durum yaratan ve yarattığı bu güven dolayısıyla üçüncü kişinin kendisine zarar verebilecek tasarruflarda bulunabileceğini öngören ve buna rağmen gerekli özeni göstermeyerek zarara sebep olan kişi, üçüncü kişinin bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmelidir. Bilgi verenlerin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği konusunda hemen hemen görüş birliği oluşmuştur.” Bu durumda tartışılması gereken, bu sorumluluğun hangi esasa dayanacağıdır (KIRCA, s.218,219).

Bu husustaki görüşler ise, haksız fiil, sözleşme ve güven sorumluluğu olmak üzere kabaca üç gruba ayrılır. Haksız fiil esasına dayalı sorumluluk görüşü de kendi içerisinde çeşitli alt görüşlere ayrılır. Örneğin bir kısım yazarlar burada mesleki sıfatı olan kişilerin, meslek kurallarını çiğnediğini, dolayısıyla saf malvarlığını koruyan bir norm bulunmasa dahi, hukuka aykırılık şartının gerçekleştiğini kabul etmektedir (görüşler için bkz. KIRCA, s.39 vd.). Objektif hukuka aykırılık görüşü kabul edildiğinde, sorumluluğu bu esasa dayandırmak güçtür. Haksız fiili kabul eden diğer bir görüş, yanlış bilgi veren ile bilgiden yararlanan arasında özel bir ilişki kurulduğu için, burada dürüstlük kuralına aykırılığın varlığını ve bunun ihlalinin de hukuka aykırılığa neden olacağını kabul eder (bkz. KIRCA, s.40 vd.).

İkinci görüş ise, bilgi veren ile bunu kullanan arasında bir sözleşmenin kurulduğunu ileri sürer. Bu görüş kendi içerisinde ikiye ayrılır. İlk görüşe göre eğer bilgi veren kişi, bunu profesyonel bir hizmetin sonucu olarak vermişse ve bu bilginin başkaları tarafından kullanılacağını öngörüyor ise, zımni bir sözleşme kurulmuştur. Dolayısıyla bu sözleşmeye dayanmak mümkündür (KIRCA, s.61 vd.). Diğer görüş ise, özellikle Alman hukukunda kabul edilen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisini temel alır (KIRCA, s.70 vd.).

Nihayet son görüş ise, güven sorumluluğunun söz konusu olduğunu kabul eder. Burada bilgi veren yarattığı fiili görünüşe güvenden dolayı sorumlu tutulmalıdır. KIRCA'ya göre bu sorumluluk ne sözleşme, ne de haksız fiil sorumluluğu olmayıp, onların arasında yer alan bir sorumluluk türüdür (*culpa in contrahendo*).

ölçüde esnetildiği söylenebilir. Mukayeseli hukuka bakıldığı zaman ise, hukuk sistemlerinin ikiye bölüdüğü ve bazı hukuk sistemlerinin tazminatı kabul etmezken, diğerlerinin aksi yaklaşım benimsediği görülmektedir<sup>655</sup>.

**Örnek IV Kirlilik Olayı:** Bir gemi, kaptanının özensizliği nedeniyle karaya oturmuş, bunun sonucunda denize petrol yayılmıştır. Petrolün neden olduğu kirlilik, balıkların ölümüne, kasabadaki balıkçıların ve iki turistik tesisin gelir kaybına neden olmuştur.

Bu örnekte geminin neden olduğu kirlilik, herhangi bir kişiye tahsis edilmemiş deniz, kıyılar, balıklar gibi varlıkların (*çevre değerlerinin*) zarar görmesine neden olmuştur<sup>656</sup>. Bu durumda özel düzenleme olmadığı sürece, bu değerler üzerinde hak sahibi olmayanların tazminat talep etmesi mümkün değildir<sup>657</sup>. Öte yandan kirlilik, balıkçıların ve turistik tesisin ekonomik zarar görmesine neden olmuştur. Eğer aynı zamanda bu kişilerin

---

Güven sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, “*bilgi verenin bilgisine güvenilmesi*”, “*güvenin, güvenen kişinin davranışlarında somutlaşması*”, “*güvenilen kişinin verdiği bilginin önemli işlemlerde kullanılacağına bilmesi*” ve “*her ikisinin de bu işlem alanında bulunması*” şartları bir arada aranmaktadır (bilgi için bkz. KIRCA, s.111 vd.).

<sup>655</sup> İngiliz, ABD, Alman, Avusturya, Yunan, Portekiz, İsveç ve İsviçre hukuklarında genel kural, bu kurgudaki zararların tazmin edilmemesidir. Fakat Alman, İsviçre, Avusturya ve Yunan hukuklarında, doktrin ve uygulamada bazı hallerde kusur sorumluluğunun olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Özellikle “*bilgi profesyonel bir hizmetin sonucunda verildiği*”, “*üçüncü kişilerin işleme girişmesinde temel olgulardan birinin bu bilgiye duyulan güven olduğu*” ve “*üçüncü kişilerin çevresinin belirli ve dar olması*” şartlarının varlığı durumunda sorumluluğun genişletilebileceği kabul edilir. Dolayısıyla sağlanan bilgiye güvenerek şirketi devralan yatırımcıların, sınırlı hallerde haksız fiil esasına dayanarak tazminat davası açması mümkündür. Mesela ABD hukukunda, sadece yanlış bilgi verenin bunun başkaları tarafından kullanılabileceğini öngörmesi sorumluluk için yeterli görülmemekte, aynı zamanda kişinin belirli bir kesimi etkileme niyetiyle bu bilgiyi vermesi şartı aranmaktadır (DOBBS, s.213,214). Diğer taraftan İspanya, Fransa, İtalya ve Hollanda hukuklarında da sorumluluğunun kurulması bakımından önemli bir sorunla karşılaşmaz (bkz. KOZIOL, Auditor Case, s.26,27,30-32; krş. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.50).

<sup>656</sup> Burada aslında mahiyeti itibarıyla eşyaya verilen zarar söz konusudur. Buna karşılık bu değerlerin kişilere tahsis edilmemiş olması nedeniyle haksız fiil hukuku uygulama alanı bulmamaktadır.

<sup>657</sup> Hemen belirtelim ki Yargıtay, çevrenin korunmasını ve petrol kirliliğinden doğan zararlardan dolayı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin tazminat isteyebileceğini kabul etmekteydi (Yarg. 4. HD. 15.5.1984 T., 792 E., 4746 K., bkz. KARAHASAN, s.224 vd. dpt.224; OĞUZMAN/ÖZ, s.658). 2873 sy. Çevre Kanunu’nun kabul edilmesinden sonra ise, kamu kurumlarının dava açabilecekleri genel olarak kabul edilmektedir.

cismani ya da eşya zararı yoksa<sup>658</sup>, genel kurala göre hukuka aykırılık şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle bu zararların tazmin edilmemesi gerekir<sup>659</sup>. Fakat Türk hukukunda çevre ve özel olarak petrol kirliliği kaynaklı zararlardan hukuki sorumluluğu düzenleyen özel normlar yürürlüktedir<sup>660</sup>. Son derece karmaşık olan bu düzenlemelerin ayrıntılarına girmeksizin<sup>661</sup>, mevcut hukukun otel sahiplerinin ve balıkçıların<sup>662</sup> zararlarının tazminine imkân verdiğini belirtmekle yetinelim<sup>663</sup>. Mukayeseli hukuklara bakıldığı zaman,

---

<sup>658</sup> Fakat belirtelim ki, eğer kirlilik, aynı zamanda mesela balıkçıların teknelerine veya motora ya da ağlarına bir zarar vermişse, o zaman buradaki zarar artık dolaylı ekonomik zarardır ve tazmin edilmesinde bir engel yoktur.

<sup>659</sup> Bu konuda Yargıtay'ın aksi yönde kararları vardır: Yarg. 4. HD. 15.5.1984 T., 792 E., 4746 K.; Yarg. 4. HD. 2.4.1984 T., 5273 E., 7266 K. (bkz. ATAMER, s.83'te yer alan kararlar- TANDOĞAN'dan atfen); aksi görüş için bkz. KARA, s.250,251

<sup>660</sup> Türk hukukunda ilk olarak 9.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu, çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenlerin, idari para cezalarına muhatap olacaklarını öngördüğü gibi, haksız fiil sorumluluklarının doğacağını da belirtmiş ve sorumluluğun da kusursuz olduğunu hükme bağlamıştır (m.28). Deniz kirlenmesi ve özellikle petrol kirliliğine ilişkin uluslararası alandaki çalışmalar ise, konu ile ilgili bölgesel veya evrensel nitelikli çok sayıda uluslararası antlaşmanın akdedilmesini sağlamıştır (bunlar için bkz. KARA, s.131 vd.; TÛTÛNCÛ, s.27 vd.).

Konu ile ilgili son olarak 1992 yılında “*Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu*” ve “*Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Uluslararası Bir Fonun Kurulması*” ile ilgili iki ayrı uluslararası sözleşme akdedilmiştir. İlk Sözleşme'nin onayı 26.04.2001 tarihli 4658 sayılı Kanun, diğerinin ise 02.01.2000 tarihli 4508 sayılı Kanun ile TBMM. tarafından uygun bulunmuştur. Fakat hemen bu kanunların yürürlüğe girmesini takiben, aynı konuya ilişkin 5312 sayılı “*Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlardan Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun*” 11.03.2005 tarihinde yayınlanarak 11.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla aynı konuyu özel olarak düzenleyen birden fazla düzenleme vardır ve özellikle uluslararası anlaşmalar karşısında, bu son düzenlemenin ne şekilde uygulama alanı bulacağı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

<sup>661</sup> Bu konudaki mevzuatın karmaşıklığı, sadece aynı konunun birden fazla Kanun tarafından düzenlenmesinden değil, aynı zamanda yönetmelik ve tüzüklerden oluşan ikincil mevzuatın varlığından kaynaklanır. Mevzuat hakkında geniş bilgi için bkz. KARA, s.42-59

<sup>662</sup> Volganefit 248 isimli tankerin batmasından kaynaklanan deniz kirliliği nedeniyle, Marmara Denizi'ndeki balıkçı kooperatif ve dernekleri donatana karşı, gelir kaybına uğradıkları gerekçesiyle Bakırköy 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde tazminat davası açmışlardır (2001/13 E.). Ancak uyuşmazlık tarafların anlaşması ile sonuçlandığından yargı konuya ilişkin karar vermemiştir (bkz. KARA, s.81, dpt.369).

<sup>663</sup> 5312 sayılı Kanun'un zararların tazminini düzenleyen 6. maddesi son derece geniş bir kapsama sahiptir. Buna göre: “*Bu Kanun kapsamına giren gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu tarafları, uygulama alanlarında gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanan olay sonucu ortaya çıkan kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu; temizleme masraflarını, koruyucu önlemlere ilişkin masrafları, canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararları, bozulan çevrenin yeniden oluşturulması, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masrafları, geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararları, özel mallardaki zararları, şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararları, gelir kayıplarını, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararları ve diğer kamu zararlarını tazmin etmekle müteselsilen sorumludur.*”. Yine aynı Kanun'un 11. maddesine göre; “*Olaydan zarar görenlerin tazminat talepleri ile kirliliğe müdahale ve kirliliği bertaraf edenlerin ücret talepleri Müsteşarlığa bildirilir. Müsteşarlık, zararların tespitine ve uyuşmazlıkların giderilmesine bağlı olarak zararların sorumlu taraflarca tazminini ve ücretlerin ödenmesini*

özel mevzuatlar bir yana, otel sahiplerinin ekonomik zararlarının tazmin edilmesinde farklı esasların kabul edildiği ve çeşitli kurgularda tazminatın kabul edildiği görülmektedir<sup>664</sup>. Balıkların ölümünden dolayı ise, bazı hukuklarda balıkçıların zararlarının tazmin edilebileceği belirtilmektedir<sup>665</sup>.

**Örnek V Tekne Kirası Olayı:** Bir tekne balıkçılık amacıyla kiralanmış, fakat teknenin kiracıya teslimi öncesinde bir başka gemi tekneye kusurlu bir şekilde çarparak zarar vermiştir. Bu nedenle balıkçılık amacıyla gemiyi kiralayanlar denize açılmamıştır<sup>666</sup>.

---

*sağlar. Komisyon tarafından belirlenen zarar miktarı üzerinde taraflarca uzlaşma sağlanması durumunda Müsteşarlık, zararların sorumlu taraf veya garantöründen talep ve tahsiline ve zarar görenlere dağıtılmasına yetkilidir*". Dolayısıyla zararların tazmini imkânı öngörülmüştür. Fakat tazminat, dava yolu ile değil idari bir başvuru aracılığı ile talep edilmekte ve bir sigorta fonundan karşılanmaktadır. Uyuşmazlık halinde, tahkim yolu öngörülmüştür.

<sup>664</sup> İngiliz hukukunda bir ayırım yapılmakta ve eğer otel ya da turistik tesis sahil kenarında ise, temizleme masraflarının dışında, ekonomik zararların da komşuluk hukuku (*private nuisance*) çerçevesinde tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Hatta bu çerçevede zarar verenin kusuru da aranmamaktadır. Buna karşılık denize kıyısı olmayan otellerin uğradığı ekonomik kayıplar için tazminat sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir. Öte yandan müşterilerin uğradığı kayıpların tazmin edilmeyeceği belirtilmektedir. Fransız hukukunda da, eğer sahil otel sahibinin mülkü ise, o zaman otel sahibinin gerek temizleme ve gerekse ekonomik zararlarını tazminini talep edebileceği kabul edilir. Keza sahile kıyısı olmayan otel sahiplerinin de ekonomik zararlarının tazmin edilebileceği benimsenmiştir. Alman hukukunda bu zararlardan sorumluluk özel bir Kanun ile düzenlemiş olup, kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir (*Wasserhaushaltgesetz §22 II*). Her ne kadar salt ekonomik zararların tazmin edilebileceği kabul edilmekteyse de, Yasa tazminat talep edebilecek kişilerin kirlilikten etkilenmesi şartını aramaktadır. Bu çerçevede yukarıdaki olay açısından kıyıda otel sahibinin tazminat talebi olduğu kabul edilirken, diğer otel sahiplerinin böyle bir hakkı olmayacaktır. Keza müşteriler de kural olarak tazminat talep edemez. İtalyan hukukunda da sorunu düzenleyen özel bir yasal düzenleme mevcuttur (*8.7.1986 T. 349 sy. Kanun*). Bu kanun idari otoritelerin çevre zararlarını tazmin edebileceğini öngörmektedir. Öte yandan mahkemeler, bireylerin de genel hükümler çerçevesinde zararlarını talep edebileceğini kabul etmektedir. Bu çerçevede eğer kıyıda oteller aynı zamanda sahilin maliki ise, bu durumda temizleme masraflarının dışında tereddütsüz olarak ekonomik zararlarının tazminini de talep edebilmektedirler. Eğer sahil kamu malı ise, bu durumda Anayasa'dan kaynaklanan (*İtalyan Anayasası m.41*) bir himaye normunun olduğu (*right of enterprise*) ve ekonomik zararların tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Öte yandan sahile kıyısı olmayan otellerin ve müşterilerin (*cismani bir zararları olmadığı sürece*) ekonomik kayıplarının tazmin edilemeyeceği belirtilmektedir. Hollanda hukukunda herhangi bir ayırım yapılmaksızın otel sahiplerinin zararlarını tazmin edebilecekleri kabul edilir. Fakat zararın toplam tutarı çok yüksek olursa tazminatın tenkis edilebileceği ve ayrıca kar mahrumiyetinin ispat güçlükleri nedeniyle sınırlanabileceği belirtilmektedir. Otel müşterilerinin ise zarara katlanması gerektiği ifade edilmektedir (tüm bu açıklamalar için bkz. MONTEIRO, s.55 vd).

<sup>665</sup> ABD Hukukunda meslek olarak balıkçılıkla uğraşan kişilerin gördüğü ekonomik zararların (*yoksun kalınan kar*) tazmin edilebilir olduğu kabul edilmektedir (DOBBS, s.217; RABIN, s.1535, dpt.72; GOLDBERG, s.3; TURGUT, s.582,583).

<sup>666</sup> Bu örnek, esasen mukayeseli hukuklarda verilen ve "Ricochet Loss" olarak adlandırılan kurgunun Yargıtay kararlarında ifadesini bulmuş bir benzeridir. Yargıtay kararına konu olayda, davacıların kiraladığı balıkçı teknesi, Denizcilik Bankası'na ait Yeşilköy römorkörünün kusurlu hareketi ile batmış ve davacılar



Bu örnekte, teknedeki hasar açısından tekne sahibinin mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle onarım gideri ve dolaylı ekonomik zararlarını talep etmesinde herhangi bir sorun yoktur. Fakat kiracılar da tekneyi kullanamadıkları için (*salt*) ekonomik zarara uğramıştır. Bu menfaati himaye eden mutlak hakkı olmadığından dolayı, yansıma zararları için zarar verene talep yönelmez<sup>667</sup>. Gerçi burada kiracının zararı ve bunun kapsamı, olay kurgusuna göre değişir. Örneğin haksız fiilin, sözleşme konusu edimin ifasını imkânsız hale getirdiği kabul edilirse, Borçlar Kanunu madde 117 uygulanır ve taraflar karşılıklı borçlarından kurtulur<sup>668</sup>. Kira parası ödeme borcu olmadığı için, kiracının buradaki kaybı, sadece sözleşme yapma fırsatını kaçırmaktan ibarettir. Diğer olasılık, teknenin hasarlı (*ayıplı*) olarak teslim edilmesidir ki burada Borçlar Kanunu'nun 249. maddesi uygulanır<sup>669</sup>. Fakat hüküm, seçimlik haklar bakımından aramasa da, gelir kayıplarının giderilmesi açısından kiralayanın kusurunu aradığı için, kiracıların ekonomik zararlarını gidermeleri mümkün değildir. Sonuçta her iki olasılıkta da kiracının balığa çıkamamaktan dolayı uğradığı ekonomik zararını telafi etmesi mümkün olmayacaktır.

---

balığa çıkamadıklarından dolayı, uğradıkları zararın giderilmesi için Denizcilik Bankası ve kiralayana dava açmışlardır. İlk derece mahkemesi davayı kabul etmiş, buna karşılık Yargıtay, hükmü, Denizcilik Bankası açısından bozmuş ve hukuka aykırılık bağının yokluğu gerekçesiyle davacıların uğradıkları ekonomik kayıplar için zarar verene dava açamayacaklarını belirtmiştir (Yarg. 4. HD. 13.3.1978 T., 5312 E., 3193 K.).

<sup>667</sup> Eğer haksız fiil, kiracının tekneye zilyet olduğu bir esnada gerçekleşseydi, bu durumda MK.m.983 çerçevesinde kiracının tekneyi kullanamamaktan dolayı uğradığı gelir kayıplarını tazmin etmesi mümkün olurdu.

<sup>668</sup> Bu kurguda üçüncü kişinin fiili sonucunda oluşan hasarın kiralayanın kira borcunu ifa etmesini imkânsız hale getirdiği ve kiralayanın herhangi bir kusurunun olmadığı varsayılmaktadır. Doğal olarak burada kiracı herhangi bir şekilde bedel ödeme borcu altında değildir. Eğer ödemede bulunduyorsa, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep eder.

<sup>669</sup> Burada tarafların sözleşmede özel düzenleme öngörmediğini varsayıyoruz. Böyle bir kurguda kiracının ayıp hükümlerine dayanabilmesi için ayıbın gizli olması gerekir. Bu şartlar gerçekleştiği ve kiracı durumu kiralayana ihbar ettiği takdirde 249. madde (*ki söz konusu hüküm kiralayana sözleşme süresince teknenin sefere elverişli (ayıpsız) bir şekilde bulundurma borcu yüklemekte ve kusursuz sorumluluk esası getirmektedir*) kiracıya çeşitli seçimlik haklar sunar. Örneğin kiracı malın tamirini talep edebileceği gibi, ayıbı bizzat giderebilir ya da kira parasının indirilmesini talep edebilir. Bir diğer hakkı ise sözleşmeden dönülmesi (*ya da feshedilmesidir*). Bu olasılıkta zarar ve ziyasını gidermesi ise kiralayanın kusurlu olmasına bağlıdır.

**Örnek VI Satımda Hasar Olayı<sup>670</sup>:** Satıcı S ile alıcı A bir parça malın satımı üzerine anlaşmaya varmışlar, A malın bedelini ödemiş ve fakat malın tesliminin sonradan yapılacağı kararlaştırılmıştır. Mal henüz S'nin zilyetliğinde iken, bir üçüncü kişinin kusuru ile zarar görmüştür.

Türk hukukunda satım anında hasarın alıcıya geçmesine rağmen (BK.m.183), mülkiyet ancak zilyetliğin geçirilmesi ile alıcıya ait olur. Bu sistemin doğal sonucu olarak hasara ya da zarara alıcı katlanır. Öte yandan alıcı, bu zararlarının giderilmesini ne S'den ne de zarar verenden talep edemez. A henüz malik değildir. Bu durumda hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için, ekonomik zararlarının tazmini için üçüncü kişiden talepte bulunamaz. Satıcıdan ise, kusurun bulunmadığı gerekçesiyle tazminat talep etmesi mümkün değildir. Öte yandan malik olmasına rağmen, S üçüncü kişiye haksız fiil esasına dayalı dava açamaz. Zira bu durumda ortada bir zarar yoktur. Görüldüğü gibi, bu kurguda pozitif hukuk açısından salt ekonomik zarar talep edilemediği gibi, üçüncü kişinin kusuru ile verdiği zararın giderilmesi de mümkün gözükmemektedir<sup>671</sup>. Fakat öğretide 183. maddenin dar yorumlandığı ve madde metninde yer alan istisnalardan yararlanarak bu tür sakıncaların bertaraf edilmeye çalışıldığını belirtelim.

#### ***dac. Salt Ekonomik Zararın Tazmin Edilmemesinin Nedenleri***

Türk hukukunda salt ekonomik zararın tazmin edilemeyeceğine dair açık bir kural yoktur. Dolayısıyla sorumluluğun sınırlandırılmasında uygulama ve doktrinde geliştirilen bazı normatif mülahazalar etkili olmuştur. Mukayeseli hukuklara paralel olarak bu mülahazaları dört başlık altında toplayabiliriz. İlk ve temel mülahaza salt ekonomik zararın tazmin edilmesi halinde, zarar verenin sorumluluğunun olağanüstü genişleyeceği kaygısıdır

---

<sup>670</sup> Mukayeseli hukukta bu kurguda ortaya çıkan zararlar “*transferred loss*” (aktarılan zarar) olarak adlandırılır.

<sup>671</sup> TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.31,141 vd.

(*floodgates argument*)<sup>672</sup>. Buna göre, ekonomik zararların herhangi bir sınırlama olmaksızın tazminine bir kere imkân verildiği takdirde, zarar veren öngöremeyeceği ve karşılayamayacağı ölçüde sorumluluk altında kalır. Örneğin I, II ve IV nolu olay kurguları bunun tipik örnekleridir<sup>673</sup>. Kesilen kablo, kapanan yol ve kirlenen deniz, pek çok kişinin zarar görmesine yol açabilir. Tüm bu kişilerin dava açması ise zarar verenin ekonomik açıdan yıkımı anlamına gelir<sup>674</sup>. Hukuk düzeni bu zararlardan sorumluluk öngördüğü takdirde, davranış ve ticaret özgürlüğü aşırı derecede sınırlanır<sup>675</sup>. Bu açıdan hukuk düzeninin zarar verenin ticaret özgürlüğü ve zarar görenin menfaati açısından bir denge kurması gerekir<sup>676</sup>. İşte hukuka aykırılık şartı, bir tarafta salt ekonomik menfaatlerin, diğer tarafta davranış ve ticaret özgürlüğünün yer aldığı adalet terazisinde, ikincisinin daha ağır bastığına işaret etmektedir.

Esasen bu mülahaza, bünyesinde bir de alt gerekçe ihtiva etmektedir. Salt ekonomik zararın tazmin edilmemesi, aynı zamanda “*öngörülebilirlik*” gerekçesine dayandırılır<sup>677</sup>. Buna göre sorumluluğun ekonomik menfaatleri kapsayacak şekilde genişlemesi, zarar verenin öngöremeyeceği zararlardan sorumlu olması anlamına gelir. Özellikle eşyaya verilen zararlar ile arasındaki fark net bir şekilde gözlemlenebilir. Zarar konusu objenin fiziksel varlığı, kişileri bunları dikkate almaya sevk edeceği gibi, ihlal olasılığında zararın muhtemel kapsamını öngörmesini de sağlar. Oysa ekonomik zarara konu menfaatlerin fiziki görünümünün olmaması, zarar verenin bunların varlığı ve

---

<sup>672</sup> KIRCA, s.19; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s 17; SILVERSTEIN, s.405,406; RABIN, s.1526-1529; KOZIOL, Auditor Case, s.28; ROGERS, s.46; BUSSANI/PALMER, s.16-17; SPIER/HAAZEN, s.10; DARI-MATTIACCI/SCAFER, s.2; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.21; GOMEZ/RUIZ, s.10-12

<sup>673</sup> Kurgunun değiştirilmesi halinde kirlilik ve denetçi olaylarında da benzer bir kaygı ortaya çıkacaktır. Örneğin denetçinin kamuya açıkladığı bilgilere güvenerek binlerce kişi, şirketlerin hisse senetleri ile ilgili işlem yapabilir. Keza kirlilik, büyüklüğüne göre çok sayıda kişinin ekonomik açıdan olumsuz etkilenmesine neden olabilir.

<sup>674</sup> Yargıtay da doktrindeki eserlere atfen temel gerekçe olarak bu tür zararlar için tazminat taleplerinin kabulü halinde, bunun sorumlu kişilerin ekonomik açıdan yıkımına sebep olacağını belirtmektedir (Yarg. 4. HD. 13.3.1978 T., 5312 E., 3193 K.; Yarg. 4. HD. 8.1.1979 T., 13144 E. 38 K.)

<sup>675</sup> ATAMER, s.9; KIRCA, s.19; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.22; BISHOP, s.1

<sup>676</sup> Buna paralel bir başka mülahaza, davranışa bağlanan hukuki sonucun, davranışın kınanabilirliği ile orantılı olması gereğidir. Daha ziyade ceza hukukunda uygulama alanı bulan bu mülahazanın, ekonomik zarar açısından da etkili olduğu söylenebilir (krş. RABIN, s.1534,1535).

<sup>677</sup> BUSSANI/PARISI/PALMER, s.15,16; DARI-MATTIACCI/SCAFER, s.2; krş. KIRCA, s.19

kapsamını öngörmesine engel olur. Ayrıca ekonomik ilişkilerdeki bağımlılık nedeniyle bu zararların pek çok kişinin üzerinde gerçekleşmesi olasılığı da, öngörmeyi engelleyen ve belirsizliğe neden olan diğer faktördür.

Üçüncü bir gerekçe olarak, hukuki değerlerin hiyerarşik bir düzen içerisinde himaye edildiği ve bu sistemde (*vücut bütünlüğü, hayat, mallar üzerinde mülkiyet gibi*) bazı değerlerin, diğerleri (*ekonomik menfaatler*) karşısında daha üstün korumaya layık görüldüğü ifade edilir<sup>678</sup>. Hukuk politikası tercihi olarak bizatihi ekonomik menfaatler, bu türden mutlak korumaya layık görülmemiştir<sup>679</sup>. Dolayısıyla hukuki değerlerin niteliği ve vasfı, bunun niceliğinden bağımsız olarak hukuki korumanın kapsamında belirleyici olabilmektedir<sup>680</sup>. Bu mülâhazanın, Alman hukuku gibi bazı sistemlerde pozitif bir dayanağı mevcuttur (*BGB 823 I*). Fakat yasal düzenlemenin olmadığı hukuk sistemlerinde de bu mülâhaza yaygınlıkla dile getirilmektedir.

Nihayet son gerekçe, nispi-mutlak hak ayırımı ile ilgilidir<sup>681</sup>. Salt ekonomik zarar, olayların neredeyse tamamında nispi hak konusu menfaatlerin ihlali neticesinde ortaya çıkar. Yansıma zararın ortaya çıktığı haller düşünüldüğü zaman bu kolaylıkla görülebilir (*Olay III, V ve VI*). Bunun iki sonucu vardır. Bir kere nispi haklar ancak belirli kişiler tarafından ihlal edilebilir<sup>682</sup> (*BK.m.41/II istisna*). Aynı şekilde hak sahibi ancak belirli kişilere karşı himaye edilmekte, üçüncü kişilerin davranışları bu menfaatleri olumsuz etkilese bile hukuk düzeni (*en azından bu hak bağlamında*) koruma sağlamamaktadır.

---

<sup>678</sup> KIRCA, s.18; ROGERS, s.43; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.20; GOMEZ/RUIZ, s.9,10

<sup>679</sup> KIRCA, s.18

<sup>680</sup> Burada herhalde zımnî varsayım, önce vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlük gibi değerlerin, ardından ise maddî malların (*ve belki de fikri hakların*), salt ve soyut ekonomik menfaatlerden (*veya paradan*) daha üstün olduğudur. İnsanlar, şeylerden ve şeyler de paradan daha üstündür dolayısıyla hukuk düzeninin de bu hiyerarşiyi yansıması beklenir (krş. BUSSANI/PARISI/PALMER, s.20). Hemen belirtelim ki ekonomik teori açısından değerler arasında bu tür *apriori* hiyerarşi yoktur. Önemli olan değerlerin vasfından ziyade, bunun kişi için arz ettiği önemdir. Eğer vücut bütünlüğü başka bir değerden daha önemli ise, zaten daha değerlidir. Ama bunun salt ekonomik menfaatlerden her daim daha üstün olduğunu iddia etmek anlamlı değildir. Bu kişinin tercih ve somut seçimleri ve bu çerçevede feda edilecek ekonomik menfaatin büyüklüğüne bağlıdır.

<sup>681</sup> TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.23; RABIN, s.1530; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.17-19

<sup>682</sup> TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.21

Dolayısıyla nispi hakkın varlığı, hukuka aykırılığın gerçekleşmemesinin diğer bir nedendir. Şüphesiz bu genel kurala istisna getiren özel düzenlemeler mevcuttur. Bu nedenle sınırlı bazı hallerde, nispi hak sahibi, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunmaktadır<sup>683</sup>.

### **db. Dolaylı Ekonomik Zarar**

Dolaylı ekonomik zarar, zarar görenin cismani ya da eşya zararı dolayısıyla uğradığı diğer ekonomik kayıpları ifade eder. Mukayeseli hukuklara paralel olarak<sup>684</sup> Türk hukukunda genel kural, dolaylı ekonomik zararların tazmin edilmesidir. Cismani zarar ile ilintili dolaylı ekonomik zararlar açısından Borçlar Kanunu'nun 46. maddesi meseleyi açıkça düzenlemiştir. Buna göre haksız fiil nedeniyle cismani zarar gören kişi çalışmamasından kaynaklanan zararı tazmin ettirebilir. Eşyaya verilen zararlardan kaynaklanan gelir kayıplarının tazmin edilip edilmeyeceği hususunda ise, Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme yoktur. Buna karşılık Türk hukukunda istisnasız bu zararların da tazmin edileceği kabul edilir<sup>685</sup>. Nitekim uygulama ve doktrinde yoksun kalınan kâr hakkındaki örnekler bunu ortaya koymaktadır. Mesela, atölyesi yakılan bir şahsın çalışmadığı günlerdeki gelir kaybı ya da taşıma amaçlı kullanılan atın zehirlenmesi

---

<sup>683</sup> Zilyetliğin korunması bunun güzel bir örneğidir. MK.m.982/3 zilyetliğin gaspı ve 983/2, zilyetliğe saldırı halinde zilyedin sadece iade değil, aynı zamanda haksız fiil esasına dayanan tazminat davası açabileceğini öngörür. Bu çerçevede örneğin kiracı olan zilyet, üçüncü kişinin haksız fiili sonucunda zarar gören maldan yararlanmadığı gerekçesiyle bu hükme dayanarak tazminat davası açabilir. Dolayısıyla zilyetlik, nispi hak sahibine mal üzerindeki yararlanma menfaatinin üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesine karşı koruma imkânı getirerek, mutlak hak benzeri bir himaye sağlamaktadır. (TANDOĞAN, s.22,23; Von TUHR, s. 385; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.24; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.53).

Bir diğer örnek, BK.m.332 hükmüdür. Söz konusu hüküm, hizmet akdine tabi işçinin ölmesi halinde, onun yardımından mahrum kalan kişilerin, bu yüzden uğradıkları zararları sözleşmeye aykırılık esaslarına göre tazmin etmelerine imkân vermektedir. Dolayısıyla destekten yoksun kalanlar, BK.m.45/2'in rejimine değil, özel olarak düzenlenmiş akdi sorumluluğa dayanır. Benzer ilke, taşıma sözleşmelerinde TTK.m.806 açısından da müdafaa edilebilir. Nitekim doktrinde bu hükümlerden hareketle, akdi sorumluluk gerektiren tüm ölüm hallerinde, ölenin desteğinden yoksun kalanlar açısından da sözleşmeye dayalı bir talep ileri sürülmesi gerektiği ileri sürülmektedir (TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.81, ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.17-24).

<sup>684</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.53; RABIN, s.1516,1517; PERRY, s.712, dpt.4; BUSSANI/PALMER, s.5

<sup>685</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.561; OĞUZMAN/ÖZ, s.515; TANDOĞAN, s.65; EREN, s.478,479

nedeniyle ortaya çıkan gelir kayıplarının haksız fiil esaslarına göre tazmin edileceği belirtilmektedir<sup>686</sup>.

İlginç bir şekilde, dolaylı ekonomik zarar açısından hukuka aykırılığa veya bu zararın neden tazmin edildiğine dair tartışma yaşanmaz. Herhalde zımnî varsayım (*doğrudan zararın ortaya çıkması ile birlikte*), mutlak hakkın ihlalinin hukuka aykırılık şartı açısından yeterli olmasıdır. Böylece mutlak hak sadece malın hak sahibi için arz ettiği bütünlük değerini değil, malın hak sahibinin iradesine uygun olarak kullanılmasının sağlayacağı menfaati de himaye eder<sup>687</sup>. Fakat bu menfaatin sınırsız bir şekilde tazmin edildiği düşünülmemelidir. İlk sınırlama, bu menfaatin “gelir”e dönüşmesi şartıdır. Hak sahibi, ancak malını ekonomik veya ticari bir faaliyet için kullanıyorsa, bunun sağlayacağı menfaatten yoksun kalmasından dolayı oluşan gelir kaybını tazmin ettirebilir. Mal sadece kişisel ihtiyaçlar için kullanılıyorsa, prensip olarak tazmin edilebilir bir zarar yoktur (*normatif zarar kavramı*)<sup>688</sup>. Nitekim “yoksun kalınan fayda” yerine, “yoksun kalınan kar” tabirinin kullanılması, bunu isabetli bir şekilde vurgulamaktadır.

Diğer bir sınırlama, gelirin ahlaken ve hukuken meşru bir faaliyet neticesinde elde edilmesi zorunluluğudur. Her türlü gelir zarar olarak tazmin edilmez. Bir başka sınırlama da, söz konusu gelirin elde edilmesi son derece muhtemel olmalıdır. Bu çerçevede istisnai gelir ihtimalleri açık bir şekilde ispatlanmadığı sürece kural olarak dikkate alınmaz. Hâkim

---

<sup>686</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.515; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.561

<sup>687</sup> Esasen burada hukuka aykırılığa dair iki farklı yorum yapılabilir. İlki, mutlak hakkın bir defa ihlal edilmesi hukuka aykırılığın gerçekleşmesi açısından yeterli olup, tazmin edilecek zararın belirlenmesi hukuka aykırılık mefhumundan ayrı ve bağımsız bir süreçtir. Haksız fiilin tüm şartlarını bağımsız düşünmek gerekir. Zarar hak sahibinin haksız fiilin meydana gelmemesindeki menfaatine göre belirlenmelidir, yoksa hukuken himaye edilen değerlere göre değil.

Yukarıda benimsenen ikinci yoruma göre ise, mal üzerindeki menfaati himaye eden mutlak hak, sadece bu malın bütünlük değerini değil, bu malın hak sahibinin iradesine uygun bir şekilde kullanılmasındaki menfaatini de himaye etmektedir. Örneğin atölye sahibinin atölye üzerindeki mülkiyet hakkı, sadece atölyenin mübadele değerini değil, ekonomik açıdan kesintisiz olarak kullanılmasındaki menfaatini de içerir. Burada “hak” geniş anlamda anlaşılmaktadır. Bu durumda yoksun kalınan karın tazmini basit bir zarar hesabı olmayıp, hak konusu malın kullanılması menfaatinin ihlal edilmesine dayanmaktadır. Düşüncemize göre, tüketici refahı veya salt kullanma imkânının tazmin edilmemesi temayülü, ikinci yorumu üstün tutmaktadır.

<sup>688</sup> Bkz. yukarıda §4/I/B/1

gelirin muhtemel olup olmadığını değerlendirirken, hayat tecrübelerini ve olayların normal akışını göz önünde tutar (BK.m.42/2). Son bir sınırlama ise, uygun nedensellik bağıdır. Prensipten zarar gören mahrum kaldığı kâr dolayısıyla elde edemediği diğer ekonomik kayıpları talep edemez<sup>689</sup>.

## **dc. Türk Hukukunda Ekonomik Zararın Ele Alınışı Hakkında Değerlendirme**

Görüldüğü üzere Türk hukukunda pozitif bir düzenleme olmamasına rağmen, salt ve dolaylı ekonomik zarar ayırımı mukayeseli hukuklara paralel olarak ele alınmaktadır<sup>690</sup>. Şimdi bazı tespitlerimizi belirtelim: İlk tespit, ekonomik zarar açısından Türk hukukunda sorumluluğun kapsamının sınırlanmış olduğudur. Her ne kadar bu sınırlamanın esnetilmesi eğilimi mevcutsa da (*bkz. olay III ve IV*), eşya ve cismani zararlar ile kıyaslandığı zaman bu sınırlama açık bir şekilde görülür. *İkinci tespit*, hukuk düzeni fiziki tezahürü olan zararların tazmini hususunda, soyut olanlara göre daha isteklidir<sup>691</sup>. Nitekim ekonomik zararın genellikle henüz mevcut olmayan soyut bir ekonomik menfaatin ihlaline ilişkin olması nedeniyle, sorumluluğun sınırlandırılması bu açıdan tutarlıdır<sup>692</sup>. Dolayısıyla belki “*sadece*” bu nedenle, ekonomik zararın fiziksel görünümü olan bir zarar ile bir arada gerçekleştiği

---

<sup>689</sup> TANDOĞAN, s.66,67

<sup>690</sup> Bu benzerlik sadece bu iki zarar türünün genel olarak ele alınışında değil, bunların istisnaları ve normatif mülahazalar açısından da geçerlidir. Örneğin pek çok hukuk sisteminde, BK.m.41/2 hükmüne paralel bir norm bulunmaktadır. Benzer şekilde, salt ekonomik zararın tazmininin yaygınlaşması hususunda bir eğilim vardır. Nihayet salt ekonomik zararın neden tazmin edilmediğine dair ileri sürülen normatif gerekçeler de paraleldir.

<sup>691</sup> ROGERS, s.43; aynı yönde SIVERSTEIN, s.403,404

<sup>692</sup> Haksız fiil hukukunda, fiziki varlığı olmayan zararlar açısından belirgin bir çekingenlik vardır. Düşüncemize göre hukuka aykırılık tahtında pozitif gerekçesini bulan bu çekingenlik, büyük ölçüde ispat hukuku sorunlarından kaynaklanır. Nitekim bu durum sadece ekonomik zarar değil, (*cismani zarardan bağımsız gerçekleşen*) –salt- manevi zararlarda da karşımıza çıkar. Zararın fiziksel görünümünün olmaması, olumsuz etkilendiği ileri sürülen menfaatin varlığı ve ölçüğü hakkında hukuk düzeninin kesin bir kanaat sahibi olmaması, hukuk düzeninin bu zararların tazmin edilmesini sınırlandırmasına neden olmuştur. Yani her iki zarar tipi de, (*özellikle muhtemel alacak hakları bakımından*) hukuk düzeni için bir olasılıktan ibarettir ve bu durum şüphesiz talepler karşısında daha çekingen davranmaya iter. Bu durum tazminat için daha sıkı şartlar öngörülmesine ve hukuka aykırılığın bilhassa aranmasına neden olabilir. Örneğin manevi zararlar açısından (tanımı hakkında dahi) kişilik hakkı sınırlaması, salt ekonomik zararlar açısından da hukuka aykırılık şartı bu açıdan paraleldir (krş. RABIN, s.1524,1525).

takdirde (*dolaylı ekonomik zarar*) tazmin edilmesi tabii karşılanabilir. *Üçüncü tespit* ise şudur: sorumluluğun sınırlanmasının sonucu olarak, hukuka aykırılık ve zarar arasındaki ilişki, ekonomik zararlarda kendini yoğun bir şekilde hissettirmektedir<sup>693</sup>.

Hukuk düzeninin dolaylı ve salt ekonomik zarar arasında yaptığı bu ayırım, yukarıda izah edilen normatif mülahazalar ile açıklanmaktadır. Tazminata cevaz verildiğine göre, bu mülahazaların dolaylı ekonomik zarar açısından geçerli olmadığı kabul edilir<sup>694</sup>. Bu noktada normatif mülahazaların yeterliliği hususunda bazı eleştirilere yer vermek isabetli olur. Hukuk doktrininde ileri sürülen mülahazalar, tutarlı ve güçlü olmakla birlikte, salt ekonomik zararın tazmin edilmesine kesin bir engel oluşturmaz. Nitekim bazı hukuklarda bu zararlar yaygın bir şekilde tazmin edilmektedir<sup>695</sup>. Öncelikle sorumluluğun sınırlandırılması konusunda temel gerekçe olan, zarar verenin aşırı ve adaletsiz tazminat talepleri ile karşı karşıya kalabileceğine dair gerekçeyi (*floodgates argument*) değerlendirelim. Bu gerekçe örnek olayların da işaret ettiği üzere aslında oldukça gerçekçi bir kaygıyı yansıtır. Zarar verenin ekonomik yıkıma uğramaması için sorumluluğun bir noktada sınırlanması gerektiği iddia edilebilir.

Fakat bu kaygı hukuk doktrininde her zaman tutarlı bir şekilde yer bulmamıştır. Her şeyden önce salt ekonomik zararın ortaya çıktığı her durumda sorumluluğun kapsamı çok büyük olmaz<sup>696</sup>. Bu büyük ölçüde somut olayın kurgusu ile alakalıdır<sup>697</sup>. Örneğin V ve

---

<sup>693</sup> Zarar ve hukuka aykırılık hakkındaki ilişki hakkında bkz. yukarıda §4/I/C, ayrıca aşağıda §5/I/D ve §5/II/B

<sup>694</sup> Mesela sorumluluğun zarar göreni ekonomik açıdan yıkıma uğratabileceğine dair temel sav, dolaylı ekonomik zarar açısından geçerli değildir. Burada doğrudan zarar gören dışında bir başka kimsenin dava açması (*mutlak hakkı ihlal edilmediği sürece*) mümkün olmayacağına göre, muhtemel taleplerin ve dolayısıyla da sorumluluğun çok yüksek boyutlara varması beklenemez. Buna paralel olarak yargılama yükünün neden olacağı idari maliyetler de çok yüksek olmaz. Öngörülebilirlik açısından da benzer bir durum söz konusudur. Nispi-mutlak hak dogmatığı açısından, yukarıda açıklandığı üzere doğrudan zararın varlığı mutlak hakkın ihlali ve hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için yeterlidir.

<sup>695</sup> Fransız ve Hollanda hukukları buna örnektir. Fransız hukukunda üçüncü şahıs zararlarının tazmininde daha geniş bir imkân olduğu hakkında bkz. TANDOĞAN, *Üçüncü Şahıs*, s.18 vd.; PERRY, s.728,729. Keza bu konudaki yabancı hukuk sistemlerini mukayese eden tablo için bkz. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.12

<sup>696</sup> DARI-MATTIACCI/SCAFER, s.2



VI numaralı olaylarda sorumluluk herhalde zarar veren için yıkıcı olmaz. İkinci olarak, bu savın aynı derecede önem taşıdığı bazı hallerde sorumluluğa imkân verilmektedir<sup>698</sup>. III ve IV numaralı olaylar buna örnektir. Ayrıca bazı riskli faaliyetler, ekonomik zarar haricinde yüksek ölçekte eşya zararına ve cismani zarara neden olabilir<sup>699</sup>. Bu gibi durumlar için sorumluluk söz konusu olduğuna göre, bu gerekçe tek başına salt ekonomik zararın tazmin edilmesine engel olamaz. Nihayet ekonomik teori açısından başlı başına bu kaygının savunulması güçtür. Eğer davranış sosyal maliyete neden oluyorsa, faaliyeti gerçekleştiren kişinin tüm maliyeti içselleştirmesi şarttır<sup>700</sup>. Ayrıca piyasa şartları elverdiği sürece, bu zararı karşılamak zorunda olan teşebbüs, bunu fiyatlarına yansıtarak ve/veya sorumluluk sigortası akdederek sorumluluğun yıkıcı olmasını önleyebilir.

İkinci gerekçe olan, sorumluluğun öngörülebilir zararlar ile sınırlandırılması ihtiyacı da aslında benzer şekilde eleştirilebilir. Bu gerekçe, ekonomik ve diğer zararlar arasında öngörülebilirlik farkı olduğunu varsayar. Ekonomik zararın ölçeğini tam olarak tahmin etmek güçtür ve gerçekçi olmak gerekirse eşya zararları ile aralarında bu açıdan bir fark vardır. Fakat bu fark, kişinin davranışının ekonomik zarara yol açacağını

---

<sup>697</sup> Örneğin bu bağlamda örnekler de uyarlanabilir. Mesela kablo olayında sadece bir fabrikaya giden kablunun haksız fiil neticesinde koptuğunu, 1 gün süre ile üretimin sekteye uğradığını varsayalım. Bu durumda herhalde sorumluluğun zarar verenin ekonomik yıkımına neden olacağı söylenemez.

<sup>698</sup> DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.2

<sup>699</sup> Örneğin yukarıdaki örneklerde petrol tankerinin neden olacağı kirlilik ya da kimyasal madde üreten bir fabrikadan sızıntı veya uçak kazaları da olağanüstü zararlara neden olabilir. Keza geçen yüzyılda binalarda temel malzemenin ahşap olması ve bunun yangın riski açısından sonuçlarını dikkate alınan karar için bkz. RABIN, s.1530,1531

<sup>700</sup> Dışsalılık teorisi açısından, kişinin davranışları dışsal maliyete neden oluyorsa kaynakların etkin tahsis edilmesi için, hukukun kişiyi sorumlu tutarak, bunları içselleştirmeye sevk etmesi zaruridir (bkz. İkinci Bölüm §2/II/A ve §2/II/B). Dolayısıyla sadece bu maliyetin ölçeğinin yüksek olması, sorumluluğun ortadan kaldırılması için yeterli değildir.

Fakat bu mülhaza yani olası sorumluluğun çok fazla olması, özellikle risk tahsisi (*ikincil maliyetler*) açısından savunulabilir. Burada özellikle yansıma zararlar dikkate alındığı zaman, çok sayıda kişinin zarar görmesi, zararın bölünmesi ve risk sakınma olgusunun neden olacağı refah kaybını azaltmaktadır. Haksız fiilin neden olduğu tüm zararı zarar görenin omuzlarına yüklemek, eğer bu kişi risk sakınan ise, ikincil maliyetlere neden olur. Dolayısıyla zararın zarar görenler üzerinde kalması, ikincil maliyetlerden önemli bir tasarruf sağlar. Üstelik hukuki müdahale olmayacağı için, idari maliyetler de ortaya çıkmaz. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun öncelikli amacının ikincil maliyetlerin azaltılması olduğu düşünülseydi, ekonomik zarar hakkındaki hukuk uygulaması bu şekilde açıklanabilirdi (ikincil maliyetler hakkında bkz. İkinci Bölüm §3/II/C ve §3/II/E).

öngöremeyeceği anlamına gelmez<sup>701</sup>. Ekonomik ilişkilerin bağımlılığı bilinmedik bir olgu değildir. Bu nedenle zararın yaygın olacağı rahatlıkla tasavvur edilebilir. Örneğin yukarıda, yolun trafiğe kapanması veya denetçinin yanlış bilgi vermesi veya deniz kirliliği olaylarında, fiili gerçekleştiren kişilerin bunun olumsuz sonuçlarını öngörmemesi düşünülemez<sup>702</sup>. Dolayısıyla sadece bu gerekçe, sorumluluğun sınırlanması için yeterli değildir.

Diğer iki gerekçe büyük ölçüde hukuk dogmatikliği ile ilgilidir. Hukuk düzeni her türlü değeri aynı seviyede himaye etmemekte, bazı değerleri diğerleri karşısında daha fazla korumaktadır. Ekonomik menfaatler de, malvarlığı içerisinde genellikle nispi haklar aracılığı ile daha sınırlı bir şekilde himaye edilmektedir. Nispi hakkın sadece belirli kişiler tarafından ihlali mümkün olduğuna göre, ekonomik zarar kural olarak haksız fiil sorumluluğuna neden olmaz. Şüphesiz bu açıklama tutarlıdır. Fakat sorunsuz değildir<sup>703</sup>. Mesela dolaylı ekonomik zararda, mutlak hakkın, malın bütünlük değeri dışında bundan yararlanma menfaatinin de himaye ettiği kabul edilirse, bu durum, bazı kurgularda yanıtı olmayan soruları beraberinde getirmektedir<sup>704</sup>. Keza zarar kavramı, zarar görenin menfaati esas alınarak belirlendiğine göre, zararın vasfının (*mesela fiziki bir varlığının olup*

---

<sup>701</sup> Krş. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.16; PARISI, s.19; RABIN, s.1524,1525

<sup>702</sup> BUSSANI/PARISI/PALMER, s.16

<sup>703</sup> Mesela nispi hakkın kasten ihlalinin mümkün olması, bu kuralın bir istisnası mıdır?

<sup>704</sup> Nispi-mutlak hak dogmatikliği başlı başına dolaylı ekonomik zararın neden tazmin edildiğini açıklamaktan uzaktır. Salt ve dolaylı ekonomik zararların her ikisi de malın bütünlük değerinden ziyade, kişinin bu malın kullanımından sağladığı ekonomik faydanın olumsuz etkilenmesi ile ilgilidir. Bu açıdan birinin tazmin edilmesine rağmen diğerinin edilmemesi ilginçtir. Eğer mevcut ve hatta olası nispi hak üçüncü kişiler tarafından ihlal edilemiyorsa, dolaylı ekonomik zararların tazmin edilmemesi gerekir.

Dolaylı ekonomik zararda doğrudan zararın genellikle bir mutlak hakkın ihlalinin beraberinde getirmesi hukuk doktrini açısından hukuka aykırılık tartışmasını ortadan kaldırdığını belirtmiştik (bkz. yukarıda §4/II/B/2/d/db). Oysa mutlak hakkın (*örneğin mülkiyet*), aynı zamanda buna konu eşyadan yararlanma menfaatinin ve bu bağlamda mevcut ve muhtemel sözleşmelerden sağlayacağı kazancı himaye ettiği kabul edilirse, mantıken salt bu menfaatin ihlali, aynı zamanda mutlak hakkın ihlal edildiği sonucuna götürür. Mesela yararlanma imkânının üçüncü kişinin eylemi sonucunda ortadan kalkması halinde, bu menfaat mutlak hakkın himayesinde olduğu için hukuka aykırılığın gerçekleştiği söylenebilir. Somutlaştırılm. Mesela IV nolu örnekte, balıkçılara ait tekne ve ağların temel tahsis amacı, bunların balıkçılık faaliyetinde kullanılmasıdır. Özellikle ağlar açısından mülkiyet hakkının anlam ifade etmesi, malın bu amaca uygun şekilde kullanma menfaatinin himaye edilmesi ile sağlanabilir. Geminin yarattığı kirlilik ise, doğrudan bu temel menfaati ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla mutlak hakkın ihlal edildiği ve dolayısıyla da hukuka aykırılığın gerçekleştiği söylenebilir. Benzer bir durum otel sahipleri açısından da geçerlidir.

*olmadığı*) bunun kişi açısından taşıdığı değerden bağımsız bir değerinin olması ilgi çekicidir<sup>705</sup>. Esasen sorun bir ölçüde hukuk düzeninin menfaatler arasında neden bir ayırım gözettiği, bazılarını diğerleri karşısında neden daha üstün bir şekilde himaye ettiği<sup>706</sup>. Yukarıda ileri sürülen gerekçeler buna ancak kısmen cevap vermektedir. Aşağıda ekonomik teorinin yardımıyla başka yanıtlar aramaya çalışacağız.

## **e. Hukuk ve Ekonomi Öğretisinde Ekonomik Zararın Ele Alınışı**

### **ea. Teorik Temel**

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, ekonomik zararın hukuk uygulamasında ele alınışı ilk bakışta ilginçtir. Zira zararın ekonomik veya eşya zararı olması ya da fiziki bir varlığının olup olmaması arasında bir fark yoktur<sup>707</sup>. Zarar tanımı gereği kişinin faydasını azaltır. Refah kaybına neden olduğu ölçüde zarar verenin haksız fiilin tüm maliyetlerinden sorumlu olması yeterli ve gereklidir. İşte bu saptama, hukukun ekonomik zarara dair yaklaşımını da izah etmektedir. Ekonomik zarar, eşyaya verilen zararlardan farklı olarak her zaman zarar ölçüsünde refah kaybına yol açmaz<sup>708</sup>. Bunun temel nedeni, zarar görenin

---

<sup>705</sup> Ekonomik zararın tazmin edilebilmesi için, bununla ilintili bir fiziki bir zararı aramak aslında ilginçtir. Örneğin V nolu örnekte, balıkçının ekonomik kaybının tazmini için balık ağlarının ve/veya teknenin motorunun zarar görmesi gerekir. Farz edelim ağın kirlilik nedeniyle kullanılamaz hale gelmesinin maliyeti 5 YTL, oysa iki günlük (*bu ağ nedeniyle balıkçılık yapamamak*) gelir kaybı 500 YTL olsun. Hukuk düzeni 500 YTL'lik zararı, ancak 5 YTL'lik zararın varlığı halinde tazmin etmektedir. Balık ağı hiç zarar görmese ve buna karşılık kirlilik nedeniyle balıkçılar balığa çıkamaları, ortada hukuken tazmin edilebilir zarar yoktur.

Benzer şekilde I nolu kablo olayında da, elektrik kesintisi nedeniyle üretimin sekteye uğraması ve gelir kaybı tazmin edilmezken, eğer kesinti makinelerin zarar görmesine de neden olursa bu durumda gelir kaybı tazmin edilebilecektir (bkz. aynı yönde SILVERSTEIN, s.404,405; GOLDBERG, s.4,5).

<sup>706</sup> Mesela bu noktada karşılaşılan bir sorun, fiziki bir varlığı olmamasına rağmen hukuk düzeninin neden fikri ve sınai hakları mutlak değer olarak himaye ettiği. Bu sorunun ekonomik açıdan kısa yanıtı ise şu şekilde verilebilir. Bu hakların ihlali sonucunda uğranılan ekonomik zarar, tekeli karın azalmasına yol açar. Ama bu basit anlamıyla hak sahibinden, hakkı ihlal edene kaynak transferinden farklıdır. İhlal, hak sahibinin (*olasi hak sahiplerinin*) üretken olmaya dair saikini olumsuz etkileyerek, sosyal maliyete yol açar (krş. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.57; bu konuda geniş bilgi için bkz. LANDES William / POSNER A. Richard, "The Economic Structure of Intellectual Property Rights", The Belknap Press of Harvard University Press, 2003).

<sup>707</sup> BISHOP, s.1

<sup>708</sup> Bu saptama ilk defa BISHOP tarafından yapılmıştır; bkz. BISHOP William, "Economic Loss in Tort", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 2 (1982), s.1-29

kaybının aynı zamanda bir başkasının kazancını arttırması, yani haksız fiilin kaynak transferine neden olmasıdır<sup>709</sup>. Somutlaştırmak gerekirse denetçi olayında (*örnek III*), şirketin finansal durumu hakkında yanlış bilgi verildiği durumda, bu bilgiye dayanarak hisse alımı yapanların ekonomik zararı, hisse satanların karı anlamına gelir. Benzer şekilde kirlilik olayında (*örnek IV*) kirliliğe maruz olan otel sahiplerinin ekonomik kaybı, başka bölgelerdeki otellerin daha fazla gelir elde etmesini sağlar<sup>710</sup>. Dolayısıyla bu gibi hallerde ekonomik zarar genellikle fiilin sosyal maliyetinden farklı olur<sup>711</sup>. Oysa eşya zararı açısından, sosyal maliyet genellikle eşyanın değerine (*ya da malvarlığındaki fiili azalmaya*) eşittir<sup>712</sup>.

Bu zararın ortaya çıktığı hallerde, haksız fiilin kaynak transferine yol açması, fiilin sosyal maliyetinin genellikle ekonomik zarardan daha az olmasına yol açar. Hal böyle olunca, tazminatın etkin saik sağlaması için sorumluluğu sınırlandırmak gerekir<sup>713</sup>. Aksi halde, yani ekonomik zararlar tam olarak tazmin edilirse, kişi davranışının sosyal

---

<sup>709</sup> Haksız fiil zarar gören A'nın 3 YTL zararına neden olmakla birlikte, bu zarar B'nin 2 YTL yarar sağlamasına neden olmakta, yani B'nin yararı, A'nın zararından kaynaklanmaktadır. Bu durumda haksız fiil A ile B arasında bir kaynak transferine neden olmuştur ve sosyal maliyet A'nın zararından daha az olur.

<sup>710</sup> Mesela şöyle bir kurgu tasavvur edelim. Farz edelim ki kirliliğe maruz göl kıyısında iki otel bulunsun ve otellerden birinin sahibinin, coğrafi olarak yakın, benzer doğa koşullarına sahip ikinci bir oteli olsun. Bu otelin de hizmet ve servis kalitesi ilki ile aynı olsun ve artan talebi karşılayacak boş odaları bulunsun. Kirlilik göl kenarındaki iki otelin de belirli bir gelir kaybına neden olacaktır. Fakat iki otele sahip olan kişi, bu kirlilik nedeniyle ikinci otelinden daha fazla gelir elde edecek ve muhtemelen gelir kaybının bir kısmını karşılayacaktır. Diğer taraftan tek otel sahibi olan kişi böyle bir imkândan yoksundur. Bu durumda ilk otel sahibinin salt ekonomik zararı tamamen giderilirse (*bkz. Örnek IV*) o zaman bu kişinin zenginleşeceği iddia edilebilir. Diğer taraftan denkleştirme kuralı uygulanırsa ki nedenselliğin ispatı son derece güçtür, o zaman bir anlamda bir otel sahibi ile iki otel sahibi kişi arasında bir ayırım yapılmış olur. Bu ise yatırım yapma saiklerini suni olarak etkiler ve risk karşısında bir anlamda kendisini sigortalayan yatırımcının cezalandırılması olarak dahi telakki edilebilir.

<sup>711</sup> ARLEN, s.713; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.16; BISHOP, s.4,13; PARISI, s.7; aksi gör. RIZZO, Theory, s.286

<sup>712</sup> Yani malın tahrip edilmesi durumunda, refah denkleminde bu malın maliki ya da malın tahsis edildiği kişinin dışında başkalarının olduğu düşünülmez. Bu çerçevede tahribatı eski hale getirecek ekonomik değerın zarar görene verilmesi zarar görenin faydasını ve dolayısıyla da refah kaybını (*sosyal maliyeti*) telafi edecektir (krş. PARISI, s.6 SCHAFFER/OTT, s.253; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.26,27). Oysa ekonomik zararlar açısından sosyal maliyet ile zarar arasında bu türden birebir bir ilişki yoktur. Sosyal ve bireysel maliyet farklılığın sanıldığından daha fazla olduğu, sorumluluk hukukunun içselleştirme açısından etkin olmadığı ve bu yaklaşımın eleştirisi hakkında bkz. GILEAD, s.600 vd.

<sup>713</sup> BISHOP, s.4; BUSSANI/PALMER/PARISI, s.28; DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.4; SCHAFFER/OTT, s.253; ARLEN, s.713; PERRY, s.733

maliyetinden daha fazla bir tutar ile sorumlu olacaktır<sup>714</sup>. Bu ise kişinin etkin olan seviyenin üzerinde özen göstermeye teşvik ederek kaynak dağılımında etkinsizliğe neden olur<sup>715</sup>. Belirtelim ki, genellikle hal böyle olmakla birlikte, sosyal maliyetlerin, ekonomik zarar ile örtüştüğü ve hatta ekonomik zarardan daha fazla olduğu haller de tasavvur edilebilir<sup>716</sup>. Dolayısıyla ekonomik zarar ve sosyal maliyet arasındaki ilişkiyi farklı olasılık çerçevesinde incelemek ve ancak bundan sonra tazminatın kapsamını belirlemek gerekir.

Meseleyi önce basit bir örnekle somutlaştıralım<sup>717</sup>. Farz edelim ki, eksik rekabet şartlarına sahip bir piyasada<sup>718</sup> faaliyet gösteren fabrikanın üretimi, haksız fiil nedeniyle bir

---

<sup>714</sup> BUSSANI/PARISI/PALMER, s.27; SCHAFFER/OTT, s.253; BISHOP, s. 4; DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.9; PERRY, s. 733,734; PARISI, s.7; aksi görüş RIZZO, s.201

<sup>715</sup> SCHAFFER/OTT, s.253; SHAVELL, s.135; DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.4,9; BISHOP, s.4; PARISI, s.7

<sup>716</sup> Aşağıda belirtildiği üzere ekonomik faaliyeti sekteye uğrayan ve dolayısıyla işlemi yapamayan teşebbüs bir tekel (*talep elastikiyeti katı bir üretici*) ise, ikame işlem olmayacağı gibi, tüketici refahı da karşılanamaz. Bu durumda ise sosyal maliyet ekonomik zarardan fazla olur (BUSSANI/PALMER/PARISI, s.35; PERRY, s.737). Fakat buna çok benzer bir kurguda, ekonomik zarara neden olan fiilin sosyal refahta artışa neden olması bile mümkündür. Haksız fiilin hâkim durumdaki teşebbüsün üretimini sekteye uğratması ve aynı piyasadaki diğer bazı teşebbüslerin talebi karşılaması durumunda refah artabilir. Şüphesiz böyle bir kurguda ekonomik açıdan söz konusu fiilin sorumluluğa yol açması arzu edilmez (ARLEN, s.713,714; PARISI, s.7).

<sup>717</sup> BISHOP tarafından verilen ve 1979 yılında Kanada’da yaşanan bir olayı temel alan örnek, yukarıda anlatılanları somutlaştırması açısından ilgi çekicidir. Buna göre, yan yana bulunan iki kasabadan bir tren yolu geçmekte ve demiryolu şirketi, taşıdığı zehirli kimyasalların çevreye zarar vermemesi için raydan çıkma riskini azaltan önleyici tedbir almayı düşünmektedir. Trenin raydan çıkıp kimyasalların çevreye yayılması, kasabadan derhal tahliye yapıldığı takdirde herhangi bir cismani zarara neden olmayacaktır. Tahliye maliyeti 4 milyon \$, 10 sene kullanma ömrü olan tedbirin maliyeti ise 10 milyon \$’dır. Her kasabada bakkal, kasap, berber gibi çeşitli işler yapan tacir ve esnaf vardır.

Her iki kasabada faaliyet gösteren tacirlerin “*risk nötr*” olduğu ve daha fazla kişiye ilave maliyete katlanmadan hizmet edebildiğini varsaydığımız ilk kurguda, tahliyenin ekonomik etkisi, tahliye edilen kasabada yaşayanların daha az gelir elde etmesi, ama diğer kasabadakilerin tahliyenin olmadığı bir kurguya göre zenginleşmesidir. Dolayısıyla iki kasaba halkı arasında bir kaynak transferi yaşanmıştır. Eğer tahliye edilen tacirlerin ekonomik zararlarını giderebilecekleri kabul edilirse (*ki bu rakamın 8 milyon \$’dır*), o zaman demiryolu şirketinin ödemesi gereken tutar 12 milyon \$ olacak ve şirket tedbiri alacaktır. Oysa sosyal refah açısından baktığımızda tahliyenin sosyal maliyeti sadece 4 milyon \$’dır. Bu durumda şirket gereğinden fazla özen göstermiştir.

Kurguyu değiştirip biraz daha gerçekçi hale getirdiğimizde, örneğin göç alan kasabadaki tacirlerin artan talep karşısında derhal tepki veremedikleri, risk sakınan oldukları, arz artışının ekstra maliyetlere yol açtığı (*fazla mesai, ilave çalışan vs.*) ve mal fiyatlarında artış yaşandığı bir olasılıkta, artık tahliye işlemi sadece bir kaynak transferine neden olmaz. Burada göç alan kasabadaki tacirlerin ilave maliyeti ve fiyatın yükselmesinin neden olduğu refah kaybı hep sosyal maliyetin unsurlarıdır. (BISHOP, s.5,6).

<sup>718</sup> Tam rekabet şartlarını haiz piyasalarda, alıcı ve satıcıların sayılarının çok, bilgilerinin tam, ürünün (*mal ya da hizmetin*) homojen, giriş ve çıkışın serbest olduğu kabul edilir. Yukarıdaki çekince açısından bu modelin asıl önemi, ürünün homojen olması, yani tüketicilerin aynı amaca hizmet edebilecek ürünü başka bir üretici ya

süre dursun. Bu durumda fabrika sahibinin zararı, makinelerin tamir bedeli (*eşya zararı*) ve fabrikanın kapalı kaldığı süre boyunca yaşayacağı gelir kaybıdır. Gelir kaybı (*dolaylı*) ekonomik zarardır. Fabrika faaliyet yaptığı bir durumda yapacağı satıştan daha az satış yapacak ve olası mübadelelerin (*satışlarının*) sağlayacağı *sosyal refah* ortaya çıkmayacaktır. Eğer bu mübadeleler bir başkaları tarafından yapılmıyorsa, bu net refah kaybı; yani *sosyal maliyet* anlamına gelir.

Aritmetik olarak belirtmek gerekirse, fabrikanın birim başı üretim maliyetinin 5 YTL, satış fiyatının 10 YTL ve tüketicinin mala atfettiği değer de 15 YTL olduğunu düşünelim. Bu durumda her bir birimin satışı, 10 YTL refah artışı sağlar ve yapılmayan her satış, sosyal refahta 10 YTL azalmaya neden olur. Oysa haksız fiil tazminatı, sadece yoksun kalınan karı, yani üretici refahını temel alır. Bu durumda zarar ve tazminat sadece 5 YTL olur<sup>719</sup>. Dolayısıyla *yoksun kalınan kar* şeklinde belirlenen zarar, bu basit kurguda sosyal maliyete eşit olmayacaktır. Bunu esas alan tazminat da kişileri etkin davranmaya sevk etmeyecektir<sup>720</sup>. Dikkat edilsin ki burada yapılamayan işlem sadece üreticinin değil, tüketicinin de zarar görmesine yol açar (*yansıma zarar*). Ekonomik açıdan her ikisi de eşdeğer önemdedir<sup>721</sup>. Oysa haksız fiil hukuku genellikle ikincisini göz ardı eder.

Bu olasılık, söz konusu yapılamayan satışın başka teşebbüslerce (*ikame işlem*) veya zarar gören firma tarafından sonradan yapılmadığını (*ertelenen işlem*) varsaymaktadır. Mesela söz konusu malı üreten ve sağlayan tek bir teşebbüs var ise, yani tekel piyasası söz

---

da satıcıdan alabilmesidir. Oysa ürün heterojen ise, örneğin günümüzde olduğu üzere monopolcü rekabetin olduğu bir piyasa söz konusu ise, ürün aynı amaca hizmet etse dahi, üretici tarafından farklılaştırılmış olması tüketicinin atfettiği değeri farklılaştırır. Ayrıca bu gibi hallerde genellikle üreticilerin üretim maliyetleri de farklılaşır.

<sup>719</sup> Nitekim bu, haksız fiil hukukunun üretici refahını giderdiği ve salt tüketici refahı ile ilgilenmediği yönündeki genel temayülün diğer bir uygulama alanıdır (krş. RIZZO, Theory, s.287; SCHAFER/OTT, s.260). Ekonomik zararlar açısından bu durumun sonucu ise, tazminatın optimum olandan daha az olduğudur. Yani yapılamayan işlemlerin, piyasada ikame edilmediği olasılıkta ortaya çıkan zarar, haksız fiil hukukunun tazmin ettiğinden fazladır. Bu ikamenin olduğu ve olmadığı bir kurguda, refah kayıpları arasında ciddi bir fark olduğuna işaret eder.

<sup>720</sup> SHAVELL, s.135,136

<sup>721</sup> PARISI, s.14; PERRY, s.737; BUSSANI/PALMER/ PARISI, s.33

konusu ise durum böyledir<sup>722</sup>. Şimdi daha gerçekçi bir kurgu tasavvur edelim ve işlemin piyasada ikame edildiğini, yani bir başka teşebbüsün bu ürünü (*mal ya da hizmeti*) aynı ya da benzer şartlar ile sunduğunu varsayalım. Bu durumda satışın yapılamaması nedeniyle ortaya çıkan sosyal maliyet doğal olarak çok daha az olur<sup>723</sup>. Zira burada haksız fiilden zarar gören teşebbüsün özel maliyeti (*yoksun kalınan kar*), rakiplerin ilave kar elde etmesini sağlar. Diğer teşebbüsler zarar gören teşebbüsün yapamadığı satışlar yaparlar. Bu kayıp ve kazanç ise ortalamada birbirini dengeler veya en azından büyük ölçüde telafi eder. Örneğin tüketici başka bir teşebbüsten aynı ürünü alıyorsa, burada sosyal maliyet kural olarak ancak ürünün üretim maliyetinin daha yüksek olması ve/veya tüketicinin ürüne daha az değer atfetmesi halinde karşımıza çıkar. Rakip teşebbüs (*tamamen homojen özellikleri olan*) aynı ürünü 6 YTL'ye ürettiği bir olasılıkta, farklı fiyata mesela 9 YTL'ye satsa dahi, buradaki sosyal maliyet sadece 1 YTL'dir<sup>724</sup>. Hatta diğer teşebbüsler tamamen aynı olan bu ürünü aynı maliyet ile üretebiliyorsa, o zaman sosyal maliyet söz konusu olmaz. Fakat bu olasılığın istisnai olduğu düşünülürse, yoksun kalınan kar her zaman bir miktar sosyal maliyete neden olur. Ama bu maliyet, yapılamayan söz konusu işlem diğer teşebbüsler tarafından ikame edileceği için yoksun kalınan kardan daha az olacaktır<sup>725</sup>.

Özetle haksız fiil, zarar görenin ekonomik faaliyetini sekteye uğratar ve zarar görenin piyasaya sunduğu mal veya hizmet piyasada rakipler tarafından ikame edilemezse veya sonradan zarar gören tarafından piyasaya sunulmazsa, haksız fiilin sosyal maliyeti, zarar görenin gelir kaybından (*ekonomik zararından*) fazla olur<sup>726</sup>. Öte yandan gerçekçi bir kurguda söz konusu ürünün genellikle piyasada ikamesi mevcuttur. Bu durumda ikame satış yapılacağı için refah kaybı daha az olur. Fakat bunun ölçüğü konusunda genelleme

---

<sup>722</sup> Zarar gören firma üretime başladıktan sonra yapamadığı satışları yaparsa, bu durumda refah kaybı üretim maliyetindeki artış ve/veya alıcıların geç alım nedeniyle katlandıkları maliyetlerden kaynaklanabilir.

<sup>723</sup> SHAVELL, s.136

<sup>724</sup> Burada sosyal maliyetin 1 YTL olmasının nedeni, zarar gören diğer teşebbüsün söz konusu malı 5 YTL'ye üretmesine karşılık, buna rakip teşebbüslerin 6 YTL'ye üretmeleridir.

<sup>725</sup> Diğer bir olasılık ise şudur: eğer tüketiciler, tüketimi erteliyorsa, aynı ürünün haksız fiilden zarar gören firma tarafından daha sonradan satılması mümkündür. Bu durumda "*ertelenmiş satım*" karşımıza çıkar.

<sup>726</sup> Yukarıda açıklandığı üzere bu durumda sosyal maliyet, üretici refahı (*üreticinin maliyeti ve satış fiyatı arasındaki fark*) ile tüketici refahı (*tüketicinin atfettiği (WTP) azami değer ile ödediği değer*) toplamından oluşur.

yapmak güçtür. Mesela tam rekabet piyasasında ekonomik zararın refah kaybına neden olmayacağı kabul edilebilir<sup>727</sup>. Fakat bu tür piyasalara günümüzde nadiren rastlanacağı düşünülürse, ikame mal sağlansa da bir miktar refah kaybı her zaman yaşanır. Bu durumda sosyal maliyet, ikame piyasa işleminin sağladığı refah ile haksız fiil hiç olmasaydı, zarar görenin yapması muhtemel piyasa işlemin sağlayacağı refah arasındaki farktan ibaret olur. Kabaca bu kaybın ölçeği de kabaca iki değişkene: “*mal veya hizmetin vasfı ve ikame edilebilirliği*” ve “*rakip teşebbüslerin üretim maliyeti*”ne bağlıdır<sup>728</sup>.

Kısaca bu değişkenler çerçevesinde sosyal maliyetin kapsamını değerlendirmek de mümkündür. Mal veya hizmetin mükemmel ikamesinin olmaması, tüketicilerin bu mal veya hizmete daha az değer atfedecekleri anlamına gelir. Günümüz piyasalarındaki mal ve hizmetler genelde farklılaştırıldığı için, üretim maliyeti ve fiyat aynı olsa bile alternatif satışın tüketiciye sağlayacağı fayda azalır<sup>729</sup>. Ayrıca malın tam bir ikamesi olsa bile, bunu edinmek tüketiciler için seyahat, zaman kaybı gibi ilave işlem maliyetlerine neden olabilir<sup>730</sup>. Sosyal maliyetin parçası olduğu için bunlar da dikkate alınmalıdır. Tabiatıyla burada piyasanın yoğunlaşma derecesi ve rakiplerin fiyatlandırma politikası da önemlidir. Eğer rakip teşebbüsler daha yüksek fiyatlandırma yapıyorlarsa, piyasada daha az ürün satılacak ve refah kaybı daha fazla olabilecektir<sup>731</sup>. Sosyal maliyeti etkileyen bir başka unsur ise, söz konusu mal ya da hizmetin vasfıdır. Eğer tüketimi ertelenebilir bir mal veya

---

<sup>727</sup> GOMEZ/RUIZ, s.22; aksi görüş RIZZO, s.202,203 (*Yazar, kazaların teşebbüsler tarafından öngörüldüğü bir kurguda, piyasanın bu kazaların neden olacağı maliyet nedeniyle optimum olandan fazla kapasite ile çalışacağı ve ayrıca kısa dönem marjinal maliyetlerinin yüksek olacağı gerekçeleriyle her zaman sosyal maliyetin olacağını belirtmektedir. Kazaların öngörülmediği bir olasılıkta ise, sadece kısa dönem marjinal maliyetler yüksek olur*). Bu görüşün eleştirisi ve tartışmalar hakkında bkz. PERRY, s.741,742; BISHOP, A Reply, s.208

<sup>728</sup> SHAVELL, s.137,138; krş BISHOP, s.5,6; GOMEZ/RUIZ, s.22

<sup>729</sup> SHAVELL, s.137; PERRY, s.739,740;

<sup>730</sup> Alternatif temin kaynakları tüketicilere ne kadar yakınsa işlem maliyetleri o kadar az olacaktır.

<sup>731</sup> Şüphesiz rakip teşebbüslerin fiyatlandırma politikaları, yoğunlaşma oranı ve giriş engelleri yani piyasa yapısı ile ilgili bir sorundur. Detaylara girmeksizin, az sayıda rakip firmanın bulunduğu piyasada yüksek fiyatlandırma olasılığının fazla olduğunu belirtelim. Eğer yüksek fiyatlandırma olursa sınırdaki tüketiciler malı almaktan vazgeçer ve refah kaybı (*deadweight loss*) daha fazla olur. Ayrıca haksız fiilin piyasada önemli bir etkisi olmuşa, örneğin zarar çok büyükse, fiyat ve arz miktarları değişir ve bu da refah kaybına neden olabilir.



hizmet söz konusu ise, şüphe yok ki refah kaybı daha az olacak buna karşılık aksi durumda refah kaybı görece fazla olacaktır<sup>732</sup>.

Rakip (veya bazı hallerde zarar gören) firmanın alternatif satış yapması durumunda, ikame üretim maliyeti sosyal maliyet açısından belirleyicidir. Eğer rakibin üretim maliyeti daha fazla ise, (fiyatların aynı kaldığı bir kurguda) üretici refahı azalır ve sosyal maliyet söz konusu olur. Bu maliyetin ölçüğü ise, stokta mal olup olmadığı<sup>733</sup>, atıl kapasitenin varlığı ve ilave girdilerin aynı maliyetle temin edilmesi imkânı ile ilgilidir<sup>734</sup>. Eğer bu mal stoktaysa veya atıl kapasite söz konusu ise, rakiplerin ilave bir üretim maliyeti olduğu söylenemez. Buna karşılık kapasite arttırılması ilave maliyetlere neden oluyorsa, bu da sosyal maliyetleri arttıran bir faktördür<sup>735</sup>.

## eb. Tespitler

Yukarıdaki temel teori çerçevesinde, bazı tespitler yapmak gerekir. İlk olarak ekonomik teori açısından zararın niteliği (fiziki görünümünün olması ya da olmaması), tazmin edilmesi açısından fark yaratmaz<sup>736</sup>. Keza ekonomik zararın salt ya da dolaylı olması da önemsizdir. Fiil bir başkasının faydasında (ve dolayısıyla da sosyal refahta) azalmaya neden oluyorsa, içselleştirilmesi gereken bir davranış söz konusudur. Ekonomik

---

<sup>732</sup> Örneğin bir araba satın alınıyorsa herhalde bu tüketim ertelenebilir, buna karşılık konu bir öğle yemeği ise o zaman bu durumda erteleme gerçekleşmeyecektir (SHAVELL, s.138, BISHOP, s.6; PERRY, s.736).

<sup>733</sup> Şüphesiz bu hizmetler değil, sadece mallar açısından geçerlidir.

<sup>734</sup> SHAVELL, s.138; BISHOP, s.6; PERRY, s.735; GOLDBERG, s.19,20

<sup>735</sup> SHAVELL, s.138; krş. DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.10,11 (Yazarlar özellikle kapasite arttırılmasının neden olabileceği ilave maliyetler üzerinde durmakta, bunların mahiyet olarak özen maliyetlerinden farklı olmadığını ve genellikle de kazalardan etkileneceğini ileri sürmektedirler. Bu şekilde yaklaşımlarının temel nedeni ise, kapasiteyi içsel (endogenous) bir değişken olarak değerlendirmeleridir. Örneğin yazarlara göre, kirlilik nedeniyle turistlerin diğer otelleri tercih ettiği bir durumda, diğer otellerin boş oda tutmalarının bir maliyeti vardır. Kazaların hiç olmadığı mükemmel bir kurguyu esas alırsak, bu ekstra odalara talep olmayacağından inşa edilmez. Burada diğer otellerin boş oda tutmasının bir anlamda kazaların neden olacağı sosyal maliyeti azaltacağı ileri sürülmektedir.) Öngörülebilir kazalar açısından benzer görüşler RIZZO, s.202; farklı görüş PERRY, s.736,739,740; BISHOP, A Reply, s.208,209 (Yazarlar fazla kapasite varsayımının genellikle geçerli olduğunu dolayısıyla ikame işlemlerin piyasadaki teşebbüsler açısından ilave maliyetlere neden olmadığını belirtmektedir.)

<sup>736</sup> BISHOP, s.11

zarar açısından sorun, bu davranışın niteliğinden ziyade sosyal maliyet ile birebir örtüşmemesidir.

İkinci tespit ekonomik zarar ile sosyal maliyet arasındaki ilişki somut olaya göre değişir. Ekseriyetle ekonomik zarar sosyal maliyetten fazla olmakla birlikte<sup>737</sup>, bazı hallerde eşit olabilir<sup>738</sup>. İstisnaen sosyal maliyet doğmayabilir. Dolayısıyla her durumda sosyal maliyet ile ekonomik zarar arasındaki ilişkiyi analiz etmek gerekir<sup>739</sup>. Hukuken aynı şekilde karakterize edilen iki olaydan birinde tazminat ödenmesi etkin olabilirken, diğerinde tam tersi durum söz konusu olabilir. Ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerde tazminat sorumluluğuna gerek olmadığı şeklinde genel bir kural yoktur.

Üçüncü tespit sosyal maliyet analizi çoğu kez son derece güçtür. Yukarıdaki basit kurguda dahi, piyasa şartları, malın özellikleri, işlemin vasfı ve tüketici alışkanlıkları gibi pek çok değişken bu maliyetleri etkilemektedir. Gerçek hayatta, gerek çok sayıda değişkenin varlığı, gerekse bilgi maliyetleri nedeniyle durum çok daha karmaşıktır. Bu sebeple olayların önemli kısmında mahkemeler bu maliyetleri tam ve doğru olarak belirleyemez<sup>740</sup>.

Dördüncü tespit ise, sosyal maliyetlerin belirlenmesinin güçlüğü, haksız fiil hukuku uygulaması açısından idari maliyetlerin yüksek olması anlamına gelir. Esasen bu maliyetler iki nedenle yüksek olur. İlk olarak sosyal maliyetin belirlenmesinin güçlüğü, yargılama başına birim maliyetleri yükseltir. İdari maliyetleri arttıran diğer neden ise, ekonomik ilişkilerin bağımlılığı sebebiyle zararın çok sayıda kişi üzerinde doğması

---

<sup>737</sup> Ekonomik zarar ne kadar fazla kişi üzerinde gerçekleşirse, sosyal maliyet ve ekonomik zarar arasındaki makas da o ölçüde açılır (PERRY, s.738).

<sup>738</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.35; BISHOP, s.5; SHAVELL; s.137,138

<sup>739</sup> Örneğin bazı yazarlar, salt ekonomik zararın ortaya çıktığı çeşitli olasılıklarda, sosyal maliyetin klasik (*hukuk ve*) ekonomi öğretisinin ileri sürdüğünden daha fazla olacağını belirtmektedirler. Bunun ana gerekçesi ise, ikame işlemin neden olacağı kapasite artırımının ve kaynağın belirli bir süre kullanılmamasının maliyetinin sanıldığından daha fazla olmasıdır (DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.9,10,21,22).

<sup>740</sup> Ekonomik zararın belirlenmesinin güçlüğü ve özellikle farklı kuralların kişilerin saiklerini değiştireceği hakkında bkz. BISHOP/SUTTON, s.347-353; BISHOP, s.6,13; RIZZO, s.199; SHAVELL, s.138; PERRY, s.736,737; GILEAD, s.606; GOMEZ/RUIZ, s.21

olasılığıdır (*ripple effect*)<sup>741</sup>. Ekonomik zarar gören herkese haksız fiil temeline dayanan alacak hakkı tanındığı takdirde, çok sayıda kişinin dava açması mümkündür<sup>742</sup>. Bu ise yargılama sistemini olağanüstü bir maliyet ile karşı karşıya bırakır. Esasen örnek kurgularda da görülebileceği üzere, çok sayıda potansiyel davacının varlığı, idari maliyetler açısından sorunun temelidir.

## **ec. Değerlendirmeler**

### ***eca. Temel Normatif Çıkarımlar***

Bu tespitler, ekonomik zarar analizinde idari maliyetlerin de sosyal maliyetler kadar önem taşıdığına işaret etmektedir<sup>743</sup>. Ekonomik açıdan akılcı hukuk politikası, sosyal maliyetin tazminat riski ile içselleştirilmesinin sağlayacağı refah artışı ile bunun neden olacağı idari maliyeti dengelemelidir. Mesele bu ilke çerçevesinde değerlendirilirse şu normatif çıkarımlar yapılabilir:

**1-Ekonomik zarara neden olup da sosyal maliyeti olmayan ve hatta refah artışına neden olan bir fiilin hukuki sorumluluğa yol açmaması beklenir**<sup>744</sup>.

**2-Sosyal maliyete neden olan fiiller açısından ise, ekonomik zararın, sosyal ve idari maliyetler tahtında birlikte değerlendirilmesi isabetlidir**<sup>745</sup>.

**a-Sosyal maliyetin ekonomik zarardan fazla veya zarara eşit olduğu sınırlı bazı kurgularda, zarar verenin sorumlu tutulması gerekir**<sup>746</sup>.

---

<sup>741</sup> Şüphesiz burada, zarar görenlerin zararlarının sosyal maliyetin bir parçası olduğu varsayılmaktadır.

<sup>742</sup> SHAVELL, s.138; BUSSANI/PARISI/PALMER, s.22; PERRY, s.753,754,772

<sup>743</sup> Hatta RIZZO haksız fiil hukukunu açıklamaya çalıştığı teorisindeki temel amacın, sosyal değil; idari maliyetlerin azaltılması olduğunu ileri sürmektedir (RIZZO, Theory, s.282).

<sup>744</sup> Bu kurgu,  $Ez > Sm$  ve  $Sm \leq 0$  şeklinde özetlenebilir.

<sup>745</sup> Bu konuda genel bir değerlendirme hakkında bkz. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.37 vd.

**b-Sosyal maliyet ekonomik zarardan az olduğu hallerde ise, sorumluluk sınırlanmalıdır<sup>747</sup>. Sınırlama, tazminatın tenkisi ile yapılabileceği gibi, tazminat isteyebilecek kişilerin çevresinin daraltılması ile de yapılabilir. İdari maliyetin haklı kılmadığı kurgularda, tazminat sorumluluğuna cevaz verilmemesi isabetlidir. Mesela yansıma zararın yaygın olduğu hallerde bu isabetli bir yaklaşım olabilir<sup>748</sup>.**

**3- Sorumluluğun arzu edildiği bir durumda, kuralın kusur ya da kusursuz sorumluluk esasına dayanması prensip olarak önemsizdir. Zarar ve tazminat sosyal maliyeti esas almalıdır<sup>749</sup>. Fakat kusur sorumluluğu uygulanıyorsa, özenli davranış modeli ekonomik zarar değil, sosyal maliyet esas alınarak belirlenmelidir<sup>750</sup>.**

---

<sup>746</sup>  $Sm > Ez$  veya  $Ez = Sm$  olduğu zaman, idari maliyetler önemli bir kısıt olmadığı sürece, zararların tazmin edilmesi arzu edilir. Hatta sosyal maliyetin ekonomik zarardan fazla olduğu bir kurguda, sorumluluk hukuku başlı başına zarar vereni etkin davranmaya teşvik etmeyecektir.

<sup>747</sup>  $Ez > Sm$  ve  $Sm > 0$  olasılığında, sorumluluk sınırlandırılmalıdır. Buna karşılık  $Sm > Ez > 0$  olduğu bir durumda, tazminatın zarardan fazla olması veya sorumluluğun idari para cezaları gibi yaptırımlar ile desteklenmesi isabetli olur. Bu kurgu için doktrinde verilen bir örnek, bir alışveriş mağazasının zarar görmesi nedeniyle sadece merkezin sahibini değil, yakınlardaki otoparkların sahiplerinin de zarar görmesidir. Bu tür tamamlayıcı mal ve hizmetlerin varlığı, sosyal maliyeti arttırır (örnek için bkz. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.39).

<sup>748</sup> Üstelik yansıma zararların yaygın olduğu hallerde, sosyal maliyetler ile ekonomik zarar arasındaki makasın açılması, sadece idari maliyetler değil, birincil maliyetler açısından da sorumluluğu sınırlandırmayı haklı kılar.

<sup>749</sup> Burada kusur sorumluluğuna dair genel saptama yapalım. Özenli davranış modeli kesin ve açık bir şekilde belirli ve mahkemeler tarafından kusursuz bir şekilde tatbik ediliyorsa, tazminatın tutarının çok da önemli olmayabileceğini hatta ekonomik zarara eşit tazminatın etkisizliğe neden olmayacağını belirtelim. Mesela riskin ölçeği ve bu riski azaltan tedbirli davranış modeli konusunda toplumun ciddi bir bilgi birikimine sahip olduğu ve risk-tedbirli davranış değişkenlerinin zaman içerisinde önemli bir değişiklik göstermediği hallerde, özenli davranışın belirli olduğu söylenebilir. Eğer bu model biliniyorsa, tazminat (*gereğinden fazla olsa bile*), zarar verenin optimum olandan fazla özen göstermesine yol açmaz (bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/D/2). Fakat tatbikatta özenli davranışın tespitinin güçlüğü, özenin belirlenmesinde objektif ölçütün esas alınması, yargılama sürecinin belirsizliği ve muhtelif bilgi sorunları nedeniyle, kusur kuralının mükemmel işlemeceği kolaylıkla söylenebilir. Bu itibarla bu çekincenin pratikte önemli etkisi yoktur (DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.20; OTT/SCHAFFER, s.254,255).

<sup>750</sup> Nitekim *Hand formülündeki "Z"* harfinin haksız fiilin sosyal maliyeti anlamına geldiği belirtilmişti. Bkz. yukarıda §2/II/B/2/c

### *ecb. Çekincelerimiz*

Bu açıklamalar, ekonomik zararın hukuk politikası açısından değerlendirilmesinde genel çerçeveyi çizmekle birlikte, meselenin bu kadar basit olmadığını belirtelim. Refahı maksimize eden hukuki yaklaşım, her olayın ayrı ayrı değerlendirmesini gerekli kılar<sup>751</sup>. Fakat bunun neden olabileceği idari maliyetler, “olaycı” (*meseleci*) bir yaklaşıma engel olabilir. Ayrıca bir an için bunun mümkün olduğunu düşünsek bile, bu uygulamanın kişileri etkin davranmaya sevk etmemesi riski vardır. Zira sosyal maliyetin kapsamının belirlenmesi güçlüğü, mahkemeler kadar, zarara yol açanlar için de geçerlidir. Eğer bu maliyetin ölçeği hakkında yaklaşık bir değerlendirme ve tahmin yapmak mümkün değilse, mahkemeler doğru değerlese bile, tazminat riski olası zarar verenleri etkin özeni sergilemeye teşvik etmeyebilir<sup>752</sup>. Dolayısıyla ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerde, sorunun genel kurallar ile düzenlenmesi hukuk politikası açısından daha akılcı olabilir. Bu konuda çeşitli alternatifler düşünülebilir. Örneğin genel kural olarak sorumluluğu (*ya da sorumsuzluğu*) kabul etmek; buna mukabil ekonomik zararın ortaya çıktığı tipik hallerden hareketle özellik arz eden kurgular için düzenleme yapmak akılcı hukuk politikası yaklaşımı olabilir.

Fakat genel kural benimsenmesinin zararın karşılıklılığı nedeniyle sorunu tam olarak basitleştirmedeğini, karmaşık bazı sorunlara yol açabileceğini belirtelim. Ekonomik zarar, son tahlilde zarar gören için maliyet, dolayısıyla sakınılmak istenen bir durumdur. Bu durumda sorumluluğun varlığı ya da yokluğuna dair kural, sadece zarar verenin değil, zarar görenlerin davranışlarını da değiştirir. Oysa bu davranış değişikliklerinin olumsuz etkileri olabilir. Fakat genel kural, her iki tarafın davranışlarının düzenlenmesi bakımından uygun

---

<sup>751</sup> Yani hâkim, kendisine yapılan talep çerçevesinde her olayda sosyal maliyetin olup olmadığını belirleyecek, eğer var ise, idari maliyetler imkân verdiği ölçüde bu zararın tazmin edilip edilmeyeceğine karar verecektir.

<sup>752</sup> Bu tespit belirsizlik riskinin mutlaka etkin olmayan sonuçlara yol açacağı şeklinde anlaşılmalıdır. (Bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/D/2). Dikkat edilsin ki burada öngörülebilirlik mülahazası ileri sürülmektedir. Bu hukuk doktrinine paraleldir. Fakat aradaki fark, hukuk doktrininin bu mülahazayı etkin saik ve özen değil, denkleştirici adalet temeline dayandırmasıdır.

değildir. Mesela ekonomik zarara neden olan fiillerin sorumluluğa yol açmayacağı genel kural ise, bu tür risklere muhatap olan kişiler *ex ante* ve *ex post* tedbirler olarak riski azaltacak şekilde davranacaktır. Örneğin ekonomik kayıpların tazmin edilmemesi, kablo olayında ticari işletmeleri jeneratör bulundurmaya, petrol kirliliği olayında balıkçıları teknelerini alternatif ekonomik faaliyetlere uyarlayacak şekilde inşa etmeye teşvik eder.

Riskin karşılıklı<sup>753</sup> ve öngörülebilir olduğu kurgularda ortaya çıkan bu davranış değişiklikleri, bazı kurgularda ekonomik açıdan etkin değildir. Örneğin taraflardan sadece birisinin tedbir almasının arzu edildiği ve zarar verenin *en etkin risk sakınan (cheapest cost avoider)* olduğu bir kurguda<sup>754</sup>, sosyal maliyeti olmayan ekonomik zarardan sorumluluk daha etkin sonuç verebilir<sup>755</sup>. Fakat belirtelim ki bu kurgular için hukuk politikasına dair bir çıkarım yapmak güçtür. Bu mülahaza, haksız fiil hukukunun ekonomik zarara yol açan davranışların düzenlenmesinde optimum sonuçları sağlamayacağına işaret etmektedir.

---

<sup>753</sup> Zararın karşılıklı olması ile neyin kastedildiği ve haksız fiil hukukunun bu sorun karşısında nasıl bir uygulama benimsemesi gerektiği hakkında bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/2 ve ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/B/4 ve §2/III/A/2

<sup>754</sup> Bunu bir örnekle somutlaştıralım. Farz edelim ki B firması bir sanayi bölgesinde inşaat yapmakta olsun ve bu faaliyetin %10 olasılıkla bir yeraltı kablosuna zarar verme olasılığı bulunsun. B, inşaat esnasında A'nın fabrikasına elektrik sağlayan bir elektrik kablosuna zarar versin. Elektrik kablosunun onarılmasının maliyetininin 10 YTL, buna karşılık A firmasının elektrik kesilmesi nedeniyle gördüğü zararın da 700 YTL olduğunu düşünelim. Piyasanın tam rekabet koşullarına sahip olduğunu ve A tarafından yapılamayan satışların başka firmalar tarafından yapılacağını varsayalım. Bu kurguda A'nın bu riski uzman elemanlar olarak 200 YTL veya jeneratör sistemi olarak 50 YTL'ye önleyebildiğini düşünelim. Öte yandan B de aynı riski, ilgili yerlerden araştırmak suretiyle 30 YTL maliyetle ortadan kaldıracaktır. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, B'nin riski önlemesinin daha etkin olduğu düşünülebilir. Fakat dikkat edilirse faaliyetin beklenen maliyeti 80 (%10x700+10 YTL) değil, sadece 10 YTL'dir. Bu durumda ne A'nın ne de B'nin riski önlemesi etkin değildir.

Sorumluluk öngörülmediği takdirde, burada hiç şüphe yok ki A riski önlemek üzere 50 YTL'lik önleyici tedbiri alacaktır. Öte yandan ekonomik teoriye uyumlu bir sorumluluk öngörülürse, bu durumda da sonuç aynı olur. Zira bu durumda A'nın beklenen maliyeti 10 YTL'dir, buna karşılık özen maliyeti 30 YTL'dir. Dolayısıyla A herhangi bir maliyete katlanmaz. B ise zarardan sakınmak için 50 YTL'lik maliyete katlanır.

Diğer taraftan A tüm zararlardan sorumlu tutulursa (*mesela elektrik kablosunun B'ye ait olduğunu varsayarsak*), o zaman A 30 YTL'lik maliyete katlanır. Bu ise en iyi çözüm (*first best solution*) olmamakla birlikte, ikinci iyi çözümdür (*second best solution*).

Bu örnek, riskin aynı zamanda ekonomik zarar gören tarafından önlenemediği ve fakat bunun arzu edilmediği hallerde sosyal maliyeti esas alan mülahazanın geçerli olmayabileceğini belirtmektedir. Fakat gerçekte bu tür bir kurguya pek rastlanmayacağını, rastlansa dahi bunun hukuk teorisi açısından farklı bir tavsiyenin yapılmasını gerektirmeyeceğini belirtelim (PERRY, s.748,749). Bunun farklı bir görünümü için bkz. PERRY, s.754-757

<sup>755</sup> BISHOP, s.9; PERRY, s.746,747

Buradan hareketle, bir bakıma haksız fiil hukukunun uygun hukuki kurumsal yapı olmadığı dahi iddia edilebilir<sup>756</sup>. Bu durumda, sorunun çözümünde akdi sorumluluk<sup>757</sup> ve hatta idare veya ceza hukuku gibi hukuki-kurumsal yapıların alternatif olabileceği hatırdta tutulmalıdır.

### *ecc. Nihai Değerlendirme*

Bu çekinceler bir kenara bırakılırsa, sosyal ve idari maliyet mülhazaları ekonomik zarar açısından sorumluluğun sınırlanmasının yerinde olduğuna ve meselenin genel kurallar ile düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedir. Öyleyse ekonomik teoriye uyumlu haksız fiil hukukunun, ekonomik zararın tazminini sınırlaması ve bazı hallerde buna cevaz vermemesi beklenir. Nitekim yukarıda açıkladığımız üzere Türk hukukundaki yaklaşım ana hatları ile bu öngörüye paraleldir. Türk hukukunda dolaylı ve salt ekonomik zarar açısından iki ayrı genel kural benimsenmiş, ama ekonomik zarardan sorumluluk genel olarak sınırlanmıştır. Bu paralelliğe rağmen, tam bir uyumun olduğu da söylenemez<sup>758</sup>. Türk hukukunda salt ve dolaylı ekonomik zararlar açısından yapılan ayırımın, ekonomik olarak izdüşümü yoktur<sup>759</sup>. Ekonomik teori, ortaya çıkan sosyal maliyet açısından bu iki zarar arasında bir fark göz etmezken, hukuk tatbikatı bu iki türü birbirinden kesin olarak ayırır. Bu bağlamda, bir yargıya varmadan önce bu iki zarar türünü ekonomik açıdan incelemekte yarar vardır.

---

<sup>756</sup> Bununla kastettiğimiz, riskin etkin bir şekilde içselleştirmesi olarak ifade ettiğimiz birincil maliyetlerin azaltılmasında haksız fiil tazminatının her zaman en iyi sonucu (*first best solution*) vermeyeceğidir. Benzer bir durumda riskin önlenmesinde zarar görenin davranışlarının da etkili olduğu bazı kurgular açısından da ortaya çıkmaktadır (örnek ve açıklamalar için bkz. BISHOP, s.9).

<sup>757</sup> Nitekim risklerin sözleşmelere aktarılması (*channeling contracts*) teorisinden esinlenerek, özellikle yansıma zararlar açısından somut olaydaki riskin, *dolayısıyla zarar gören* ile *doğrudan zarar gören* arasındaki sözleşme görüşmelerinde müzakere edilmesi mümkün ve daha ucuz ise bunun yapılması tavsiye edilebilir. Bu durumda haksız fiil sorumluluğunun idari maliyetlerinden de tasarruf edilir.

<sup>758</sup> Salt ekonomik zararın tazmin edilmesine gerekçe olarak ileri sürülen ve uygulamadan yararlanan ölçütlerin ekonomik teoriden farklı olduğu ve dolayısıyla da, sosyal ve idari maliyetlere dayalı açıklamaların pozitif değil, normatif karakteri olduğu hakkında bkz. GILEAD, s.600,601,606,607; RABIN, s.1535 dpt.72

<sup>759</sup> GILEAD, s.604,605; PERRY, s.742,743

## ed. Salt Ekonomik Zarar

### *eda. Genel Kuralın Değerlendirilmesi*

Salt ekonomik zararın neden tazmin edilmediği Türk hukukunda çeşitli mülahazalar ile açıklanmakla birlikte, ilginç bir şekilde bu açıklamalar belki de bu zararın en yaygın ortaya çıktığı “rekabet sürecini” göz ardı etmektedir. Oysa rekabet dikkate alındığı takdirde, en azından aksi yönde genel bir kuralın hiç de isabetli olmayacağı basit bir şekilde görülür<sup>760</sup>. Kısaca belirtelim. Piyasadaki rekabetçi davranışlar yaygın olarak salt ekonomik zarara yol açar. Zira teşebbüslerin karlarını arttırmaya yönelik faaliyetleri, rakiplerinin ekonomik kaybını beraberinde getirir. Mesela (A) firmasının faaliyet gösterdiği bir bölgede aynı ürünü sunan<sup>761</sup> (B) firmasının faaliyete geçmesi veya (B) firmasının maliyetleri düşürmesi, reklamlar, teknolojik ilerleme ya da promosyon gibi faaliyetler ile satışlarını arttırması, (A) ve hatta piyasadaki diğer rakiplerin (*salt*) ekonomik zarar görmesine yol açar. Zira son tahlilde bu firmalar (B) firmasının ticari faaliyeti nedeniyle, gelir kaybına uğramaktadır. Bu anlamda rekabetçi davranışların veya rekabetin doğal sonucu, *salt ekonomik zararın* ortaya çıkmasıdır .

Hukuk düzeni bu olguyu iki farklı şekilde düzenleyebilir<sup>762</sup>. İlk olarak salt ekonomik menfaatleri mutlak olarak himaye eder. Bu durumda hukuka aykırılık şartı gerçekleşeceği için, hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece, tüm zararların tazmin edilmesi gerekir. Hiç şüphe yok ki serbest rekabet esasına dayanan ekonomik sistemler

---

<sup>760</sup> Krş. SHAVELL, s.139

<sup>761</sup> Rekabetin ekonomik zarara neden olması, genellikle mevcut ya da potansiyel rakiplerin varlığına ihtiyaç gösterir. Zira aynı ya da bağlantılı piyasalarda (*ilgili piyasa*) faaliyet göstermeyen teşebbüsler aynı ihtiyaçları karşılamadığı ölçüde, farklı tüketici kitlelerine (*tüketimlere*) hitap etmektedir. Buna karşılık aynı piyasada yer almasa da, geniş anlamda aynı ihtiyaçları karşılayan mal ya da hizmetleri üreten teşebbüslerin ekonomik faaliyetleri de birbirlerini etkilediği ölçüde ekonomik zarara neden olabilir.

<sup>762</sup> Burada eşyaya ve kişiye verilen zararlar dışında, ekonomik kaybı ya da sözleşme fırsatının kaçırılmasını zarar olarak nitelendiren hukuk sisteminin önündeki seçenekler kastedilmektedir. Şüphesiz hukuk sisteminin bir diğer alternatifi, bu kayıpları teknik olarak zarar olarak nitelendirmemek olurdu.



açısından tercihin bu şekilde yapılması beklenemez. Aksi halde rekabetin kendisi hukuka aykırı olacağı gibi, yargılama sistemi, açılan davaların sayısı nedeniyle işlemez hale gelecektir (*idari maliyetler mülâhazası*). Bu nedenle rekabet ilkesini benimseyen ekonomik sistemler açısından, salt ekonomik zarar görenin, bu zarara katlanması gerekir. Nitekim Türk hukukunda da ilke salt ekonomik zararın mutlak olarak himaye edilmemesidir<sup>763</sup>.

Rekabet ile sosyal maliyet arasındaki ilişkiye gelince; rekabet ekonomik zarara neden olmakla birlikte, sosyal maliyete yol açmaz. Zira bazılarının zararı, diğerlerinin kârı anlamına gelir. Bilakis, rekabet süreci kalite ve verimlilik artışı sağladığından dolayı, sosyal refahı artırır. Dolayısıyla sosyal refahın önemli olduğu bir sistemde, rekabetin yol açtığı ekonomik zararların haksız fiil hukuku kuralları ile tazmin edilmemesi son derece olağandır. Aksine, refah artışı sağladığı için rekabetçi davranışların teşvik edilmesi gerekir ki, hukuk düzeni serbest rekabet sistemini himaye eden kurallar ihdas etmektedir. Bu bağlamda rekabet sürecinden kaynaklanan ekonomik zarar açısından ekonomik teori ile hukuk uygulaması tamamen uyumludur.

Bu noktada, salt ekonomik zararın tazmin edilmesine imkân veren hukuk kurallarının nasıl izah edileceği meselesi karşımıza çıkmaktadır. Eğer pozitif hukuk ekonomik teoriye (*kabaca*) uyumlu ise, genel prensibe istisna teşkil eden bu kuralların sosyal maliyeti olan davranışları düzenlemesi beklenir<sup>764</sup>. Bu kapsamda görülebilecek çok sayıda hukuk kuralı mevcuttur. Doğal olarak bu çalışmada tüm bu kuralların incelenmesi mümkün değildir<sup>765</sup>. Fakat rekabet süreci ile ilgili ilk akla gelen haksız rekabet ve rekabet hukuku kuralları örnek teşkil etmesi kabilinden kısaca değerlendirilebilir<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> Hukuka aykırılık kavramı hakkında sübjektif hukuka aykırılık teorisi ile bu gerekçe arasındaki ilişki için bkz. §5/II/A

<sup>764</sup> SHAVELL, s.139

<sup>765</sup> Kanımızca salt ekonomik zararların tazmin edilmesine imkân veren ceza hukuku kurallarının ekonomik açıdan izahı (*en azından kabaca*) son derece basittir. Bu kurallar (*çoğu kez*) kasten verilen zararları düzenler. Kastan zarar verilmesi durumunda, bizatihi bu davranışı gerçekleştiren önemli ölçüde fayda (*ki bazı hallerde sağlanan fayda gayrimeşru sayıldığı için refah denkleminde yer almayabilir*) sağlamıyorsa (*ıztırar, meşru müdafaa, kamusal yarar gibi istisnai haller haricinde*), olayların neredeyse tamamında önemli ölçüde sosyal maliyete neden olur ve arzu edilmez. Örneğin dolandırıcılığı ya da kıymetli evrakta sahteciliği suç sayan

Rekabet hukukunun bu teoriye genel olarak uyumlu olduğunda (veya en azından bu şekilde yorumlanabileceğinde) tereddüt yoktur. Rekabet hukukunun temel amacının tekelleşmenin (yoğunlaşmanın) sosyal maliyetinin azaltılması olduğu zaten doktrinde kabul edilir<sup>767</sup>. Rekabetin sınırlanması veya hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğuran davranışlar, (kısa ya da uzun dönemde) sosyal maliyete neden olur<sup>768</sup>. Bu bağlamda söz konusu davranışların hukuka aykırı telakki edilerek, bundan kaynaklanan salt ekonomik zararların tazmin edilmesi, son derece doğaldır. Haksız fiil tazminatı bu gibi hallerde sosyal açıdan arzu edilmeyen bu davranışların önlenmesi amacına hizmet etmektedir. Haksız rekabet kurallarının ise, refah perspektifinden izah edilmesi ilk bakışta bu ölçüde basit değildir. Zira çok farklı davranışlar bu kapsama girmektedir. Fakat haksız rekabete yol açan davranışlar hakkında genelleme yaptığımız zaman, bunların önemli bir kısmının yanlış bilgilendirme (aldatıcı hareket) ile ilgili olduğu görülür<sup>769</sup>. Tarafların eksik veya yanlış bilgiye sahip olarak yaptığı mübadelelerin ise, refah kaybına neden olacağına

---

kuralların, net sosyal maliyete yol açan davranışları düzenlediğinde şüphe yoktur. Bkz. kasten zarar verilmesi halinde bunun ekonomik sonuçları ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği hakkında aşağıda §2/II/C/1 ve §2/II/C/2; ayrıca Dördüncü Bölüm §1/I.

Bunlardan bir tanesi de BK.m.41/2 kuralıdır. İlk belirtilmesi gereken özelliği, gerek Türk, gerekse mukayeseli hukuklarda bu kuralın oldukça dar bir uygulama alanının olmasıdır. Tipik örnek, kasten akdin tarafını borcunu ihlal etmeğe teşvik ederek alacaklıya (salt ekonomik) zarar verilmesidir. Alacaklının zararı, salt ekonomik zarar olup, BK.m.41/2 bu zararı gidermektedir. Bu kuralın ekonomik açıdan izahı şu şekilde yapılabilir. Her şeyden önce bu kuralın sınırlı hallerde tatbik edilmesi, idari maliyetlerin çok yüksek olmayacağına işaret eder. Dolayısıyla çok sayıda zarar görenin olması vs türü sorunlar burada geçerli değildir. Fakat daha önemlisi, ahlaka aykırı şekilde kasten bir başkasına zarar verilmesi, sadece alacaklı ile zarar veren ya da bir üçüncü kişi arasında kaynak transferine neden olmaz. Bir miktar sosyal maliyet gerçekleşir. Aksi bir durum tasavvur edildiği zaman bu kolaylıkla anlaşılabilir. Bir diğerine ekonomik zarar verme amacıyla hareket eden kişinin bundan yarar sağlayacağı varsayılabilir. Eğer tazminat sorumluluğu öngörülmezse, bu tür davranışlar cazip hale gelir ve bu durumda yıkıcı bazı eylemlerin gerçekleşmesine zemin hazırlar.

<sup>766</sup> Krş. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.57

<sup>767</sup> SANLI, Haksız Fiil, s.219; GÜRKAYNAK, s.60 vd.

<sup>768</sup> Bu maliyetler hakkında bkz. SANLI, Tekelci Fiyatlandırma, s.84-87

<sup>769</sup> Bu özellikle TTK.m.57'de sayılan haksız rekabet örnekleri dikkate alınarak yapılan bir saptamadır. Şüphesiz söz konusu örneklerin tamamının yanlış bilgilendirmeyi düzenlememesi, örneklerin sadece tadadi olması ve ayrıca TTK.m.56'daki genel normun varlığı karşısında, haksız rekabete yol açan davranışların tamamının bu özelliğe sahip olduğu iddia edilmemektedir. Yanlış bilgilendirme dışında görülen diğer önemli bir davranış türü, herhalde başkasının emeğinden onun izni dışında yararlanılmasına ilişkindir (TTK.m.57/7 ve 8.bentler). Bu tür davranışların ise, üretme ve yaratıcılık konusundaki saikleri olumsuz etkileyerek sosyal maliyete neden olduğu hususunda şüphe yoktur. Nitekim ekonomi biliminde bu uygulamalar pozitif dışsallığın özel bir görünümü olup, "free riding" (beleşçilik) olarak adlandırılmakta ve bu konuda geniş bir literatür bulunmaktadır.

hiç şüphe yoktur. Yanlış bilgilendirme, sözleşme taraflarının aksi bir kurguda yapacağı seçimlerden farklı bir seçim yaparak, kaynakları etkin olmayacak bir şekilde tahsis etmelerine neden olur. Etkin olmayan bu işlemler ise, türlü maliyetlere neden olur<sup>770</sup>. Dolayısıyla haksız rekabetin neden olduğu salt ekonomik zararların tazmini, ekonomik teori ile kabaca uyumludur.

Özetle rekabete dayalı ekonomik sistemin tercih edildiği bir düzende, hukukun salt ekonomik menfaatleri mutlak bir şekilde himaye etmesi mantıklı değildir. Rekabet kavramı, sosyal maliyet mülahazası ile uyumlu bir şekilde salt ekonomik zararın neden tazmin edilmemesi gerektiğini çok basit bir şekilde açıklamaktadır. Fakat sadece sosyal maliyetler değil, idari maliyet mülahazası da genel kuralın bu yönde olmasını desteklemektedir. Dolaylı ekonomik zarardan farklı olarak, salt ekonomik zararın temel vasfı çok sayıda kişi üzerinde doğması olasılığıdır. Genel kural aksi yönde olursa, bu durum, çok sayıda kişinin davacı olmasına ve idari maliyetlerin olağanüstü ölçüde artmasına neden olacaktır. Bu açıklamalar çerçevesinde salt ekonomik zarar hakkında Türk hukukundaki genel kuralın ekonomik teoriyle uyumlu olduğunda şüphe yoktur. Diğer normatif mülahazalar bir yana, “rekabet” salt ekonomik zararın tazmin edilmemesinin temel nedeni olarak görülebilir. Aşağıda salt ekonomik zarar bahsinde tartışılan bazı olaylar üzerinde durmak yerinde olur.

### ***edb. Salt Ekonomik Zararın Ortaya Çıktığı Örneklerin Analizi***

Ekonomik zarar sorununun, sosyal ve idari maliyet mülahazalarını dikkate alarak somut olayın özellikleri ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirttik. Somut olayın özellikleri sadece bu maliyetlerin varlığını ve ölçeğini etkilemesi nedeniyle değil, fakat aynı

---

<sup>770</sup> Örneğin bir üretici, rakibinin ürettiği malın kalitesi hakkında yanlış bilgi yayarsa, bu nedenle rakibinin piyasa payının azalmasına ve muhtemelen de kendisi ve diğer rakiplerinin paylarında artışa neden olur. Bu durum ilk bakışta salt bir kaynak transferi olarak görülebilir. Fakat transfer yanlış bilgiye dayalı refahı maksimize etmeyen sözleşmeler ile yapılmıştır. Doğru bilgi altında, tüketicilerin seçimlerini bu şekilde yapmayacakları, örneğin zarar görenin malına daha fazla değer atfedecekleri düşünüldüğü zaman refah kaybı görülecektir.

zamanda başka mülahazaların etkili olması açısından da önem taşır. Örneğin söz konusu menfaatin sözleşme ilişkisi içerisinde düzenlenmesi olasılığı, dikkate alınması gereken bir etkidir. Ekonomik zararın gerçekleşme olasılığı, bir risk olarak taraflarca öngörülmüş, pazarlık edilmiş ve sözleşmede düzenlenmiş olabilir. Bu durumda sosyal maliyete neden olsa dahi, zarar görenin zararının telafi edilmemesi ciddi bir sorun teşkil etmez (*mesela V ve VI nolu olaylar*). Bu açıdan sorumluluğun etkinlik açısından gerekli olup olmadığını çeşitli ihtimaller tahtında değerlendirmek şarttır. Aşağıda örnekleri ekonomik açıdan değerlendiriyoruz<sup>771</sup>.

**Örnek I Kablo Olayı:** Bu örnek açısından elektrik sağlayan şirketin zararının tazmin edileceğini, fakat hizmetten yararlananların zararlarının giderilemeyeceğini belirtmiştik<sup>772</sup>. Bu olayın önemli özelliği, çok sayıda kişinin zarar görmesi ve bu zararların yansıma zarar teşkil etmesidir. Hiç şüphe yok ki bu olayda haksız fiilin sosyal maliyeti, söz konusu kablonun onarım gideri ve elektrik şirketinin gelir kaybından ibaret değildir<sup>773</sup>. Burada üç nedenden dolayı sosyal maliyetin yüksek olacağı öngörülebilir<sup>774</sup>. İlk olarak kullanıcıların, hizmetin kesilmesi durumunda bunu ikame etme olanakları son derece

---

<sup>771</sup> Bunun dışında da çeşitli örnekler tartışılabilir. Mesela doktrinde tartışılan bir örnek, bir futbol takımının yıldız oyuncusunun haksız fiil sonucunda cismani zarar görmesi ve spor kulübünün, oyuncusunun oynayamaması nedeniyle uğradığı ekonomik kayıpları gidermesinin mümkün olup olmadığıdır. Yansıma zararın tipik bir örneği olan bu gibi hallerde Fransız hukuku gibi bazı liberal sistemler tazminata cevaz verirken Türk hukukunda kural olarak bu zararın giderilmesi mümkün görülmemektedir. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman burada sorun, belirli bir süre boyunca ekonomik gelir getiren bu değer (*oyuncunun*) transfer fiyatının bu gelirin bugünkü değerini yansıtmadığı ve bunun kimin tarafından elde edildiğidir. Futbol piyasası açısından transfer ve prim fiyatlarının oyuncunun sağlayacağı ekonomik değeri büyük ölçüde yansıttığı söylenebilir. Bu durumda bakılması gereken artı değer sözleşme tarafları arasında nasıl paylaşıldığıdır. Yıldız oyuncular açısından bu değer büyük ölçüde oyuncular tarafından elde edildiği söylenebilir (*bir anlamda hizmetin tekel konumundaki sağlayıcısıdır; aksi halde "yıldız" tabirini kullanmak anlamlı olmaz*). Eğer bu durumda zarar veren, oyuncunun cismani zararını ve gelir kaybını karşılıyorsa (BK.m.46) artık burada aynı zamanda kulübünün ekonomik kaybının giderilmesi, ekonomik açıdan zararın (*sosyal maliyetin*) iki defa tazmini anlamına gelecektir. Dolayısıyla tazmin edilmesi uygun olmaz.

<sup>772</sup> Bkz. yukarıda §4/II/B/2/d/da/dab

<sup>773</sup> Elektrik verilemediği süre içerisinde elde edilmesi muhtemel kar kaybı, elektrik şirketinin tazmin edilecek dolaylı ekonomik zararını oluşturur. Olağan bir günde satılan elektrik ile bunun maliyeti arasındaki fark, yoksun kalınan karı ortaya koyacaktır.

<sup>774</sup> Burada göz ardı edilen önemli bir neden, elektrik kesintisinin elektrik ile çalışan aletlerin bozulmasına neden olmasıdır. Tabiatıyla bunlar da sosyal maliyetin bir parçası olarak dikkate alınmalıdır.

kısıtlıdır veya böyle bir olanak varsa bile daha maliyetlidir<sup>775</sup>. Bu durum, ikame işlemin yapılmasının güç ve dolayısıyla refah kaybının olduğuna işaret eder. Öte yandan kullanıcılar, ödedikleri bedele kıyasla çoğu kez bu hizmetten (*işlemlerden*) olağanüstü fayda sağlarlar. Bu ise, elektrik şirketi ile kullanıcılar arasındaki sözleşmelerin yarattığı refahın önemli kısmının kullanıcılar tarafından elde edildiğini gösterir<sup>776</sup>. Bu durumda dolaylı ekonomik zarar, sosyal maliyetin ancak küçük bir kısmını kapsayacaktır. Bu nedenle elektrik şirketinin zararını esas alan tazminat, zarar vereni etkin davranmaya sevk etmeyecektir. Nihayet kullanıcı sayısının fazla olması da, ekonomik zarar ve sosyal maliyetin yüksek olacağı anlamına gelir.

Bu açıklamaları dikkate aldığımızda, zarar verenin ekonomik zarardan sorumlu tutulması gerektiği iddia edilebilir. Fakat bir an için sorumluluğun öngörülmesini varsayalım. Kullanıcıların zararı nasıl belirlenecektir? Örneğin doktrinde tipik tartışma yapılan konu, ticari kullanıcıların kar kayıplarıdır. Teşebbüsler elektrik kesintisinin gelir kaybına neden olduğunu ileri sürecek ve tazminat olarak yoksun kalınan karı talep edecektir. Şüphesiz bu iddianın, sosyal maliyet mülahazası ışığında değerlendirilmesi gerekir. Eğer bu teşebbüslerin yapamadıkları satışlar, ikame edilirse (*ki bunu varsayabiliriz*), bu zararın tamamının tazmin edilmesi arzu edilmez. Dolayısıyla bir ölçüye göre, tazminatın tenkis edilmesi gerekecektir. Diğer taraftan kullanıcıların elektrik kesintisi boyunca, bu hizmete attettikleri değeri belirlemek çok güçtür. Günlük kullanım bedeli, zararın doğru ölçüsü değildir. Ayrıca hizmete attettikleri değer bakımından, kullanıcılar arasında farklar olduğu gibi, kesintinin gerçekleştiği zaman içerisinde sağlanması muhtemel fayda da farklıdır. Bazılarının elektriğe ihtiyacı olmayabilir veya ertelenmesi mümkün bir

---

<sup>775</sup> Elektrik enerjisinin çok farklı kullanım amaçlarının olması, her biri açısından ikame olanaklarının ayrı değerlendirilmesini gerektirir ve bu son derece güçtür. Teknolojik olarak elektriği neredeyse tam olarak ikame eden araç jeneratördür. Eğer kuvvetli bir jeneratör mevcut ise, elektrik hizmetinin tamamen ikame edilebileceği söylenebilir. Fakat bu “*ex ante*” bir yatırım olup, belirli bir maliyeti vardır. Ayrıca elektriğin kesildiği anda mevcut değilse, kullanıcıların alternatif bir temin kaynağı olarak faydalanmasına imkân vermez. Dolayısıyla hizmetin ikamesinden ziyade bir önleyici tedbirdir. Fakat elektrik kesintilerinden kaynaklanan kayıpların telafi edilmemesi genel olarak kullanıcıları bu tür önleyici tedbirler almaya sevk eder.

<sup>776</sup> Bu tür kablo olaylarında tüketicinin refahının genel olarak yüksek olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. GOMEZ/RUIZ, s.20,21

ihtiyaç söz konusu olabilir. Bu mülahazalar, gerek zarar tutarının belirlenmesi ve gerekse ispatının çok güç olduğuna işaret etmektedir. Tüm bu faktörler, yargılama başına birim maliyetin yüksek olması anlamına gelir. Öte yandan çok sayıda kullanıcının varlığı, ekonomik zararın tazmin edilmesine imkân verildiği takdirde, pek çok kişinin dava açmasına sebep olacaktır. Bu ise idari maliyetleri arttıran diğer faktördür. Özetle bu kurguda sosyal değil, fakat idari maliyetler mülahazası zararın tazmin edilmesine engeldir<sup>777</sup>.

**Örnek II Otoyol Olayı:** Otoyol olayında zararın kaynağı, kamunun ortak olarak kullanıma tahsis edilen malın haksız fiil nedeniyle kullanımının engellenmesi ve bunun ekonomik aktiviteyi sekteye uğratmasıdır<sup>778</sup>. Türk hukukunda kural olarak bu zararlar için tazminat davası açma imkânı olmadığını belirtmiştik. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, otoyol ya da tünel gibi kamunun kullanımına tahsis edilen malların olağanüstü bir refah sağladığı şüphesizdir. Dolayısıyla bunların kullanımının bir süre için dahi engellenmesinin sosyal maliyete neden olacağı kolaylıkla söylenebilir<sup>779</sup>. Bu ise, zarar verenin bir ölçüde tazminatla sorumlu tutulması gerektiğine işaret eder.

Fakat bu kurgu, aynen yukarıda olduğu gibi, sorumluluğun kabul edilmesi halinde idari maliyetlerin çok yüksek olabileceği hallerin başında gelir<sup>780</sup>. Her şeyden önce çok sayıda kişinin zarar görme olasılığı, dava sayısını arttırır<sup>781</sup>. Ayrıca yargılama başına

---

<sup>777</sup> Bu gibi bir kurguda, farklı bir hukuki kurumsal yapıdan yararlanmak, daha isabetlidir. İlk olasılık, elektrik sağlayan şirketin, inşaat şirketiyle yapacağı istisna sözleşmesine, bu tür kazalar açısından cezai şart içeren hükümler koymasındır. Fakat her durumda bu mümkün olmaz. Diğer bir olasılık, bu tür kazalar açısından, inşaat şirketinin idari para cezası veya benzeri türden hukuki yaptırımlara muhatap olmasıdır.

<sup>778</sup> Kamunun ortak kullanımına tahsis edilen yol, köprü, su kanalı veya demiryolu gibi yerlerde meydana gelen kazalarda önemli olan fiziksel bir zararın ortaya çıkması değil, haksız fiilin kullanım imkânını ortadan kaldırmasıdır. Örneğin iki arabanın karıştığı bir trafik kazasının yola hiç zarar vermediği bir olasılıkta dahi, trafikte olup da yolu kullanan kişilerin ekonomik kaybı oluşabilir.

<sup>779</sup> Örneğin trafikte geçen ek süre için kullanılan yakıt, aşınma payı ve geçen zamandaki iş gücü kaybı gibi unsurlar sosyal maliyetin unsurlarıdır (BISHOP, s.26)

<sup>780</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.48; PERRY, s.785,786

<sup>781</sup> Burada sürücülerin tazmin edilebilir zararının çok fazla olmayacağı, bu nedenle de onlar açısından dava açmanın rasyonel olmadığı iddia edilebilir. Bu iki nedenle çok isabetli bir iddia değildir. Bir kere haksız fiil tatbikatı zararı ekonomik prensiplere (*sosyal maliyete*) göre belirlemez. İkinci neden ise, gerçekten zararın

maliyetler de çok yüksek olabilir. Mesela bir an için tazminatın mümkün olduğunu düşünelim. Sürücüler, trafikte geçen sürede kardan yoksun kaldığını ileri sürecek ve bunun tazminini talep edecektir. Fakat ekonomik açıdan zararın doğru ölçüsü bu değildir<sup>782</sup>. Fakat daha önemlisi, zarar görenin yapamadığı işlemler diğerleri tarafından ikame edilebilir<sup>783</sup>. Şüphesiz bunun için somut olayın özellikleri ve bilhassa talep elastikiyeti dikkate alınmalıdır. Gerçekçi bir kurguda sosyal maliyetin zarardan daha az olacağı tahmin edilebilirse de, bu maliyetin kapsamını belirlemek olağanüstü maliyetlidir<sup>784</sup>. Bu iki faktör dikkate alındığı zaman, sosyal maliyetin varlığına rağmen, sorumluluğa cevaz verilmemesinin ekonomik açıdan sorun teşkil etmediğini söyleyebiliriz<sup>785</sup>. Belki bir ara çözüm, açık ve sınırlayıcı bir kural ile dava açabileceklerin çevresini sınırlamak olabilir<sup>786</sup>. Diğer bir olasılık ise, bu tür riskli davranışların haksız fiil hukuku dışında alternatif hukuki kurumsal yapı ile düzenlenmesi olabilir<sup>787</sup>.

**Örnek III Denetçi Olayı<sup>788</sup>:** Türk hukukunda, bilgi verenin sorumluluğunun genişletilmesi yönünde genel bir eğilim olduğunu ve bazı hallerde, bilgi sağlayan kişinin

---

kapsamının belirlenmesinin güçlüğü, davacıları bunları olduğundan daha fazla olduğunu iddia etmeye sevk eder. Bu nedenle çok sayıda dava açılması olasıdır geçerlidir.

<sup>782</sup> Fırsat maliyeti tahtında düşünüldüğü zaman, zararın kapsamı, söz konusu aktivitenin sağlayacağı gelir ile alternatif en iyi ikinci aktivitenin geliri arasındaki farktan ibaret olur. Bu tutar, tazmin edilebilir zararın üst sınırınıdır. Bkz. BUSSANI/PALMER/PARISI, s.48; BISHOP, s.10

<sup>783</sup> BISHOP, s.27; BUSSANI/PALMER/PARISI, s.49; PERRY, s.785

<sup>784</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.49

<sup>785</sup> Meseleye ikincil maliyetler açısından baktığımızda ise (*ki bu olasılıkta dikkate almak anlamlı olabilir zira bu zarar verenlerin bu tür riskleri sigortalaması mümkün değildir*), zarar verenin sorumlu olması yerine zarar görenlerin zarara katlanmasının daha isabetli olacağı söylenebilir. Zira zarar çok sayıda kişi üzerinde gerçekleşeceği için, zarar topluma yayılacak, öte yandan sorumluluk zarar verenin risk sakınan olduğu bir olasılıkta refah kaybına neden olacaktır. Birincil maliyetlerin azaltılmasının önemli bir refah artışı sağlamadığı bir kurguda, ikincil maliyetler mülhazası önemli olabilir.

<sup>786</sup> Bu kurgu için bazı yazarlar sorumluluğun tamamen sınırlandırılmasını önermekte (BUSSANI/PALMER/PARISI, s.49; PERRY, s.785,786), bazıları ise Anglo-Amerikan hukuklarında olduğu gibi tazminat isteyebilecek kişilerin çevresinin daraltılmasının isabetli olacağını belirtmektedir (BISHOP, s.26,27). İngiliz ve ABD hukuklarındaki “*kamusal rahatsızlık*” doktrini, bu amaca elverişlidir (bkz. KEETON/SARGENTICH/KEATING, s.615 vd.).

<sup>787</sup> Mesela bu tür bir kazaya sebebiyet veren kişinin, trafiğin yoğunluğu ve kesinti süresi dikkate alınarak idari para cezasına muhatap olması, daha etkin bir çözüm yolu olabilir.

<sup>788</sup> Örnek ve incelemesi için bkz. SCHAFFER/OTT, s.255

ekonomik zararlardan sorumlu tutulabileceğini belirtmişik<sup>789</sup>. Üçüncü kişilerin zararlarının tam olarak tazmin edilmesi, yukarıda açıklandığı üzere gereğinden fazla tazminata neden olur. Bilgiye dayanarak şirketin hisse senedini devralan kişilerin kayıpları, bu hisse senedini temlik edenlerin kazancı anlamına gelir<sup>790</sup>. Tarafların kazanç ve kaybı ise ortalamada birbirini dengeler. Buradaki yegâne sosyal maliyet, alıcının işlemi yaptığı sırada (*yanlış bilgi nedeniyle*) elindeki kaynakları en etkin kullanıma tahsis edememesinden kaynaklanır (*etkin olmayan işlemler*)<sup>791</sup>. Ölçeği somut olaya göre değişecek olmakla birlikte, bu maliyetin ekonomik zarar toplamından az olacağı söylenebilir<sup>792</sup>. Bu takdirde sorumluluğu kural olarak öngörmek ama sınırlandırmak uygun olur. Çeşitli olasılıklar mümkün olmakla birlikte<sup>793</sup>, tazminat talep edebilecek kişilerin çevresinin objektif ölçütler ışığında sınırlanması herhalde en uygun yaklaşımdır. Zira bu yaklaşım idari maliyetleri azalttığı gibi, bilgi sağlama hizmeti verenleri etkin özeni sergilemeye teşvik edecektir. Nitekim hukuk doktrinindeki prensiplere baktığımızda, üçüncü kişi ile bilgi veren kişinin ilişkisinin yakınlığı, bilgiye duyulan güven derecesi gibi ölçütler bu amaca hizmet eder<sup>794</sup>.

---

<sup>789</sup> Bkz. yukarıda §4/II/B/2/d/da/dab

<sup>790</sup> BISHOP, s.28

<sup>791</sup> SCHAFFER/OTT, s.254; BISHOP, s.28

<sup>792</sup> Daha detaylı değerlendirme için bkz. DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.17,18

<sup>793</sup> Örneğin bu olasılıklardan bir tanesi kusur sorumluluğunu tatbik etmek ve özenli davranış modelini net ve açık bir şekilde belirlemek olabilir. Eğer mahkemeler özenli (*etkin*) davranış modelini kesin ve net bir şekilde belirlemişlerse ve bu standart kişiler tarafından *ex ante* biliniyor ise, sorumluluk ekonomik açıdan sorun yaratmayabilir. Özenli davranış modelinin mahkemeler tarafından belirlenmesi de şart değildir. Burada çeşitli meslekler açısından, yasa koyucu ya da meslek teşekküllerinin bilgi verilmesine dair davranış kodları oluşturmaları ve mahkemelerin de bunları esas alması mümkündür.

Rasyonel kişi, sorumlu olmamak için bu standarda uygun davranacak ve (*zarar doğsa bile*) sorumluluk doğmayacaktır. Fakat gerçek yaşamda bu standardın belirlenmesinin güçlüğü ve olası bilgi sorunları nedeniyle, kusur sorumluluğunun bu şekilde mükemmel işlemesi çok düşük olasılıktır. Bu ise ekonomik zarardan sorumlu olan zarar verenlerin gereğinden fazla özen göstermeleri ile sonuçlanır ki bu ekonomik açıdan etkin değildir (SCHAFFER/OTT, s.255,256; DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.20).

<sup>794</sup> Bir sözleşme çerçevesinde bilgi sağlandığı durumdaki özellik (*noterler, avukatlar, muhasebeciler, denetçiler ile yapılan sözleşmeler*), genellikle bilgiyi talep eden akit tarafın bunun sağlayacağı sosyal faydanın tamamını elde edememesidir (*pozitif dışsallık*). Zaten ekonomik açıdan bir “mal” olan “bilgi”nin vasfı, bunun tüketildikçe azalmaması ve süratle yayılması nedeniyle başkalarının kullanmasının önlenememesidir. Nitekim üçüncü kişiler çoğu kez açık veya zımnen bunun bedelini ödemeksizin, bilgiden yararlanmakta ve bu arada bilgi yanlış çıkarsa zarar görebilmektedir. Şüphesiz yanlışlığın onların lehine gerçekleşmesi ve zarar görmemeleri de mümkündür. Burada arzu edilen, bilgi veren kişinin yanlış bilgi vermeyecek şekilde özenli davranmasıdır. Bunun bir yolu (*en azından haksız fiil hukuku tahtında*) yanlış bilginin sosyal maliyetinin (*yanlış bilgiye dayanılarak yapılan işlemler nedeniyle kaynakların refahı maksimize etmeyen kullanımlara tahsis edilmesi*) bilgiyi hazırlayan kişi tarafından *ex ante* dikkate alınmasıdır. Yanlış bilgi için hiçbir zaman



Denetçi olayı bu çerçevede değerlendirildiği zaman, bilgi sağlayan kişinin özen göstermesini sağlamak için sorumluluk öngörmek isabetli olacaktır<sup>795</sup>.

**Örnek IV Petrol Kirliliği Olayı:** Yukarıda petrol kirliliği olayından kaynaklanan zararlar için özel düzenleme olduğunu, dolayısıyla balıkçı ve otel sahiplerinin ekonomik zararlarının (*özel bir sigorta fonundan*) karşılanacağını belirtmiştik. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman amaç zarar verenin etkin davranmaya teşvik edilmesi olduğuna göre, zarar

---

dava açılmazsa şüphesiz bilgiyi verenin özenli davranması ancak tesadüfi olur. Fakat burada her zaman bilgiyi talep eden sözleşen tarafın yanlış bilgi için akdi sorumluluğa göre dava açması mümkündür (*vekilin müvekkile özen borcu*). Fakat bu kişi yanlış bilgidan zarar görmeyip bilakis yararlandıysa, dava açamayacaktır. İşte sorun da bu gibi hallerde yani, bilgidan yararlanan kişilerin kendi aleyhlerine olan yanlış bilgiye dayanması halinde gerçekleşir. Bir anlamda yanlış bilginin sonuçları arasında bilgi sağlayan için asimetri vardır; yanlış bilgi akit tarafın lehine ise sorumluluk yok; aksi durumda ise vardır. Bu durum bilgi sağlayana, akit tarafın aleyhine bilgi sağlamama, buna karşılık üçüncü kişilerin aleyhine olabilecek hallerde gereken özeni göstermemeye teşvik edebilir. Dolayısıyla sorumluluk öngörülmediği takdirde, bilgi sağlayan kişinin bu kurguda gereken özeni göstermeyeceği söylenebilir.

Öte yandan bilgidan yararlanan herkesin dava açabileceğini kabul etmek de anlamlı değildir. Zarar görenlerin ekonomik zararı sosyal maliyetten fazla olduğu için bu gereğinden fazla özene neden olur. Ama daha da önemlisi, tazminat riski zaten pozitif dışsallık özelliği teşkil eden bilgi verilmesi hizmetinin sağlanmamasına neden olabilir. Zira olası sorumluluk, bir risk kalemi olarak söz konusu profesyonel hizmetin fiyatını artırır. Sorumluluk ne kadar fazla ise, örneğin bilgi ne kadar kullanılıyorsa (zarar gören ne kadar fazla ise) risk o derece artar ve fiyat da yükselir. Bilgi hizmeti alan akit taraf ise bunun tüm faydasını içselleştirmeksizin bedelini ödemek durumunda kalır. Dolayısıyla bunu ödemeye hazır değilse (ki genellikle değildir), hizmet için talepte bulunmayabilir. Bu ise hizmetin sağlanmamasına ya da gereğinden az sağlanmasına neden olur. Dolayısıyla bilgi verilmesinden sorumluluk düşüncemize göre bu genel esaslar çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Somut olayın özellikleri farklı hukuki düzenlemeyi gerektirebilir.

Örneğin mukayeseli hukuklarda (*gerek Kara Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan hukukları*), avukat ve noterlerin sağladığı hizmetlerde üçüncü kişi zararları tazmin edilirken, denetçi ve muhasebecilerin verdikleri bilgilerden dolayı uğranılan ekonomik kayıpların tazmininde daha çekingen davranılmaktadır. Bu yaklaşım farkı ekonomik açıdan yukarıdaki prensipler tahtında izah edilebilir. Noter ve avukatların sağladığı hizmetler açısından, bu hizmetin yararlanan çoğu akit taraf veya onunla ilintili dar bir gruptur. Her kim avukat veya noter hizmetinden zarar gördüğünü iddia ediyor ise bu kişinin avukat ya da noter ile girilen ilişkiden doğrudan yararlanan kişi olması ihtimali çok yüksektir. (*Mesela avukat ile vasiyetname hazırlaması için vekâlet sözleşmesi yapılması, ama avukatın özensizliği sonucu vasiyetnamenin hazırlanmaması ve davacının vasiyet alacaklısı sıfatını kaybetmesi nedeniyle zarar görmesi*). Bilgidan yararlanan az sayıda ve belirli bir kesimin olması ve bu kesimin doğrudan bu sözleşmeden yararlanacak olması, bilgi talep eden kişinin bu ilave maliyetleri içselleştirmeye hazır olduğuna delalet edebilir.

Muhasebeciler ve denetçiler açısından farklılık genellikle sözleşme tarafı ile bilgidan yararlanan arasında bu türden bir münasebetin olmaması ve ayrıca bilgidan yararlananların sayısının fazla olmasıdır. Bu durumda bilgiyi sağlayan kişinin beklenen sorumluluk maliyeti fazla olacak, bu ise, bilgiyi satın alan kişinin herhangi bir faydasına hizmet etmeksizin hizmetin fiyatını hissedilir ölçüde arttıracaktır. Dolayısıyla ilk başta vekâlet sözleşmesinin yapılmaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Ama eğer örnekte olduğu gibi somut bir işlem için bilgi sağlanması söz konusu ise bu gibi hallerde bilgiyi talep eden kişinin bu fiyatı içselleştireceği kabul edilebilir (BUSSANI/PALMER/PARISI, s.51-52).

<sup>795</sup> Aynı yönde DARI-MATTIACCI/SCHAFER, s.15

görenin ekonomik kayıplarının fondan giderilmesinin bu amaç ile doğrudan bir ilgisi yoktur<sup>796</sup>. Bu olayda sosyal maliyetin, çevre ve ekonomik zararlar olmak üzere iki unsurdan oluştuğu söylenebilir<sup>797</sup>. Çevre zararı, aynen eşya zararı gibi değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu zararların sosyal maliyet olarak içselleştirmesi şarttır. Fakat sorun, çevre değerleri (*balıklar, göller, sahiller vs.*) üzerinde özel mülkiyetin olmamasıdır. Bu durumda hukuka aykırılık şartı gerçekleşmeyeceği için, genel esaslar açısından bu değerlerin tahrip edilmesi zarar verenin sorumluluğuna neden olmaz. Bu ise maliyetin dışsallaştırılması anlamına gelir. Meselenin özel olarak düzenlenmediği bir kurguda bu zararlar için bir başka kesime, örneğin balıkçılara dava açma hakkı tanınabilirdi<sup>798</sup>. Fakat Türk hukukunda mesele özel olarak düzenlendiği için böyle bir gereksinim yoktur. Çevre Kanunu isabetli bir şekilde çevre zararları için devlete tazminat davası hakkı tanımaktadır<sup>799</sup>. Zararın değerlendirilmesi ekonomik esaslara göre yapılabildiği takdirde tazminat sorumluluğunun etkin olacağı söylenebilir.

---

<sup>796</sup> İkincil maliyetleri dikkate aldığımız zaman, zarar görenlerin risk sakınan olduğunu varsayarsak bunların tazmin edilmesinin ikincil maliyetleri azaltarak refahı arttırdığını söyleyebiliriz (bkz. İkinci Bölüm §3/II/C; Dördüncü Bölüm §2/III/E/1). Bu açıdan bakıldığında zaman sigorta fonu, zarar görenlerin salt bu amaca göre telafisi edilmesinde yargı sistemine göre daha etkin işlediği için bu idari maliyetler açısından da avantajlıdır.

<sup>797</sup> Benzer bir olayın incelenmesi hakkında bkz. GOLDBERG Victor, “*Recovery For Economic Loss Following Exxon Valdez Oil Spill*”, Journal of Legal Studies, Vol. (1994), s.1-39

<sup>798</sup> Örneğin ABD hukukunda petrol veya benzeri nedenlerden kaynaklanan deniz kirliliği dolayısıyla balıkçıların dava açabilmeleri bu açıdan haklı kılınmaktadır (LANDES/POSNER, s.252; TURGUT, s.585). Fakat bu gerekçenin, balıkçıların ekonomik kayıplarının çevre kirliliğinin sosyal maliyetinden farklı olduğu, bu hallerde başka bir kesime (*mesela otel sahiplerine*) dava hakkı tanınmaması için bir neden olmadığı (*balıkçıların dava hakkının tarihsel nedenleri olduğu belirtilmektedir*) ve kamu otoritelerinin davacı olmasının daha etkin olabileceği belirtilmektedir (BISHOP, s.25,26; PERRY, s.786,787; GOLDBERG, s.8-11).

<sup>799</sup> Genel prensipler açısından bakıldığında, kaynakların etkin kullanılması için bunlar üzerinde hak sahipliğinin (*mülkiyet hakkı*) ihdas edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştik (bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/a). Bu kurgudaki çevre zararı ve bunun neden olduğu sonuç bu genel prensibin bir uygulama alanıdır. Ekonomik literatürde genellikle çevre zararları açısından geleneksel haksız fiil hukukunun yetersiz olduğu ve özel düzenlenmeye ihtiyaç olduğu belirtilmektedir (BISHOP, s.25). Fakat bunun yegâne nedeni mülkiyet hakkının ihdas edilmemesi değildir. Bu hak ihdas edilse dahi, çevre zararının gerçekleştiği tipik bir olaydaki özellikler haksız fiil hukukunun verimsiz kılabilir. Somutlaştırmak gerekirse, zarar ölçeğinin küçük, buna karşılık yaygın olması, çok sayıda zarar görenin varlığı, zararı değerlemenin güçlüğü ve nedensellik bağının kurulmasında sorunlar, hukuki-kurumsal yapı olarak haksız fiil hukukunun yerinde olmadığına işaret etmektedir (bkz. bu konuda yukarıda §3/II/D) Dördüncü Bölüm §1/II/B/1 ve §1/III). Kamu otoritelerine dava açma hakkı tanınması ve/veya kamu hukuku yaptırımları etkin bir çevre koruması açısından şart gözükmemektedir (krş GOLDBERG, s.38,39).

Diğer taraftan salt ekonomik zararlar tazmin edilmeli midir? Bu zararlar açısından, genel prensipler caridir. Yani balıkçıların ve otel sahiplerinin ekonomik zararı, genellikle sosyal maliyetlerden fazla olur. Örneğin haksız fiil nedeniyle balıkçıların piyasaya sağlayamadığı balıklar, alternatif bölgelerden temin edilebilir. Ayrıca balıkçılar muhtemelen ikame ekonomik faaliyetlere yönelecekler ve bu kayıplarını önemli ölçüde azaltacaktır<sup>800</sup>. Benzer şekilde kirlilik nedeniyle bölgeye gidemeyen müşteriler de, başka bölgelerdeki otelleri tercih edecektir. Sosyal maliyetler ile ekonomik zararlar arasındaki bu fark, bu zararlardan sorumluluğun sınırlandırılmasını gerektirir. İdari maliyetleri dikkate aldığımız zaman ise, bu tür olaylarda çok sayıda kişinin zarar görmesi olasılığı nedeniyle, dava açabilecek kişilerin sayısının sınırlanması akılcı bir yaklaşım olacaktır. Bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, kirlilikten doğrudan etkilenen sahildeki otel sahiplerinin dava hakkı tanımak isabetli olabilir.

**Örnek V Kira Olayı:** Kira olayı için, kiralayanın, şey ve dolaylı ekonomik zararları için dava açabileceğini, buna karşılık kiracının ekonomik zararını gideremeyeceğini belirtmiştik. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, zarar verenin malike karşı sorumlu olması, onu bir ölçüde özenli davranmaya sevk eder. Etkin özen için, bu tazminatın sosyal maliyetten ne ölçüde farklılaştığı önemlidir. Böyle bir kurguda, kiracılar başka bir tekne kiralayabilir yani işlemi piyasada ikame edilebilir<sup>801</sup>. Bu durumda haksız

---

<sup>800</sup> Nitekim sorumluluğa cevaz verilmemesinin önemli bir sonucu, zarar görenlerin zararı azaltıcı *ex post* tedbirler almasıdır. Bunun yanı sıra zararlarının tazmin edilmeyeceğini öngören rasyonel bireyler, olası bir kazanın neden olacağı ekonomik kayıpları azaltıcı *ex ante* tedbirler de alacaktır.

<sup>801</sup> Benzer olay için krş. PERRY, s.784,785; BISHOP, s.23-25. BISHOP tarafından tartışılan olayda, bir römorkör tarafından kargo yükü taşıyan mavnanın çekilmesi için bir sözleşme akdedilmiş, fakat bir başka gemi mavnaya kusurlu bir şekilde çarparak batmasına neden olmuştur. Burada römorkör doğal olarak ifa çıkarını kaybetmiş ve ekonomik kayba uğramıştır (*yansıma zarar*). Mahkeme römorkörün açtığı tazminat davasını reddetmiştir. BISHOP burada sosyal maliyet mülahazası nedeniyle tazminat talebinin reddedilmesinin ekonomik açıdan yerinde olduğunu belirtmektedir. Zira römorkör, kolaylıkla başka yük taşımak için ikame işlem yapabilir. Eğer bu tazminat talepleri kabul edilirse, kaynaklar etkin bir şekilde tahsis edilmeyecektir. Çünkü römorkörler söz konusu sözleşmelerde bu tür risklerin içselleştirildiğini dikkate alacak ve başka bir taşıma için tekne müsait olsa dahi, yoksun kalınan karı elde edeceklerdir. Eğer tam rekabet piyasası var ise, bu riskin bertaraf edilmesine bağlı olarak fiyat düşürecekler ve taşımanın sosyal maliyetinden daha az bir fiyat uygulanacaktır. Diğer bir olasılık, römorkörün taşıyacak kargo bulamamasıdır. Bu durumda sosyal maliyetin olup olmadığı, römorkörün teknesini başka kullanıma tahsis etmesi imkânına bağlıdır. Eğer başka bir kullanım yoksa (*tam kapasite*), bu sosyal maliyete neden olur ve zarar verenin etkin özen göstermesi için tazminata olanak tanınabilir. Benzer şekilde taşıma esnasında kaza olursa, mavnanın batması edimin

fiilin sosyal maliyeti ekonomik zarardan daha az olur. Tam olarak belirlemek mümkün değilse de, bu tutarın eşya zararından (*tekne hasarından*) fazla olacağı söylenebilir. Fakat burada, malikin sadece eşya zararını değil, aynı zamanda dolaylı ekonomik zararını giderecek olması, zarar verenin sosyal maliyetin önemli bir kısmından sorumlu tutulacağı anlamına gelir<sup>802</sup>. Dolayısıyla bu gibi bir durumda kural olarak kiracının ekonomik zararının tazmini etkin olmayacaktır. Esasen kiracının zararının tazmin edilmemesi, başka bir açıdan da meşru kılınabilir. Kiracı bu tür riskler için her zaman kiralayan ile pazarlık edebilir ve *ex ante* telafi sağlayabilir. Bu tür yansıma zararlar açısından haksız fiil sorumluluğu yerine akdi sorumluluk daha etkindir<sup>803</sup>. Nihayet ikame kira daha yüksek bir fiyattan gerçekleşse dahi, piyasadaki fiyat dalgalanmaları öngörülebilir olmadığı sürece yine tazminat söz konusu olmamalıdır<sup>804</sup>.

**Örnek VI Satımda Hasar Olayı:** Satım akdine konu bir eşyanın üçüncü kişinin fiili nedeniyle zarar görmesi durumunda, ne alıcının, ne de satıcının tazminat davası açmasının mümkün olmadığını belirtmiştik. Bu durumda alıcı ekonomik zararını gideremediği gibi, fiilin neden olduğu zarar ve bununla ilintili sosyal maliyetler tamamen

---

ifasının imkânsız hale gelmesine neden olur ve taraflar karşılıklı borçlarından kurtulurlar (BK.m.117). Eğer sözleşmede bedele taşıma sonucunda hak kazanılacağı kararlaştırılmışsa, römorkörün taşıma süresi için (örneğin 1/3 ve 1/2) tazminat davası açması kabul edilebilir.

<sup>802</sup> Nitekim bu kurgu dolayı ekonomik zarar bahsindeki açıklamalarımızla birebir örtüşmektedir. Bkz. §4/II/B/2/d/db ve ayrıca §4/II/B/2/e/ee

<sup>803</sup> PERRY, s.750; GOLDBERG, Another Look, s.262,263; SCHAFFER/OTT, s.258

<sup>804</sup> Bu gibi yansıma zararların tazmin edilmesi, kazanç ve kayıpların asimetrik değerlendirilmesine neden olur. Bu ekonomik açıdan etkin olmadığı gibi, adaletsiz sonuçlara da yol açabilir. Örneğin kira örneğini düşünelim. Farz edelim ki bu türden bir teknenin kira piyasası günlük 100 YTL olsun. Taraflar da sözleşmede bu fiyatı esas alsınlar. Zaman içerisinde bu fiyat aşağı ya da yukarı gidebilir. Yukarı gittiği bir durumda, örneğin fiyatın 120 YTL olduğu bir olasılıkta, haksız fiil nedeniyle kiracının teknenin kullanma imkânından yoksun kalması, gelir kaybına neden olur. Bu durumda her gün için kiracının yaklaşık 20 YTL kaybı vardır ve eğer sorumluluk hukuku bu zararların tazmine imkân verirse, kullanma imkânı olmayan gün sayısı ile 20 YTL çarpılarak kiracının zararı belirlenir. Buna karşılık aksi bir olasılık düşünelim ve fiyatın 80 YTL'ye gerilediğini düşünelim. Görüldüğü gibi bu durumda haksız fiil bir anlamda kiracıyı zarar ettiği bu sözleşmeden kurtarmaktadır. Hukuk düzeni zarar vereni ilk durumdan sorumlu tutarken, ikinci durumda kiracının sağladığı kazançtan yararlandırmamaktadır. Belirtelim ki bu gibi hallerde ekonomik zararın kapsam dışı tutulması ekonomik açıdan etkindir. Ama bunun için sözleşme fiyatı ile piyasa fiyatı arasındaki muhtemel farkın olmaması ya da göz ardı edilebilir olması gerekir. Bu ise dalgalanmalarını sistematik olmadığı hallerde gerçekleşebilir. Ayrıca heterojen mallar açısından zaten bu söylediğimiz gerçekleşmez (bkz. PERRY, s.748,749).

dışsallaştırılır. Durumun adaletli olup olmadığı sorunu bir yana<sup>805</sup>, ekonomik açıdan etkin olmadığı açıktır<sup>806</sup>. Fiil sosyal maliyete neden olmuştur ve bu, (*ikamesi mümkün ise*) malın piyasa değerine eşittir. Normatif olarak sorumluluğa imkân veren bir düzenlemenin yapılması isabetli olur. Ekonomik açıdan tazminat davası açma hakkının alıcı veya satıcıya tanınması ise önemli değildir<sup>807</sup>. Mesela hasarın alıcıya intikal etmediği bir kurguyu düşünelim<sup>808</sup>. Burada malikin dava açması yeterli olacaktır. Alıcının ekonomik zararına gelince; her ne kadar alıcı satış bedelini ödeme borcu altında değilse de, ifanın yapılaması nedeniyle ifa çıkarından yoksun kalır. Fakat burada başka herhangi bir ciddi maliyete katlanmaksızın başka bir alıcıya yönelmesi mümkün olduğu için, sosyal maliyet olmayacak ya da çok az olacaktır<sup>809</sup>. Üstelik böyle bir kurguda tarafların her zaman bu riskler için pazarlık etmeleri mümkündür. Sorumluluğun olmaması, tarafları bu riskleri dikkate alarak sözleşme ilişkisinde içselleştirmeye sevk eder (*channeling contracts*)<sup>810</sup>. Dolayısıyla bu tip kurgularda ekonomik zararın tazmin edilmemesi ekonomik açıdan etkindir.

### ee. Dolaylı Ekonomik Zarar

Türk hukukunda dolaylı ekonomik zararların, bazı sınırlar dâhilinde prensip olarak tazmin edildiğini belirtmiştik. Oysa ekonomik teori açısından, dolaylı ve salt ekonomik zararın farklı şekillerde ele alınması için belirgin bir neden yoktur. Fabrika arazisinden geçen elektrik kablosunun kusurlu bir şekilde kesilmesinden kaynaklanan gelir kaybı ile başka bir araziden geçen elektrik kablosunun kesilmesi ve fabrika üretiminin durması ile oluşan gelir kaybı aynıdır<sup>811</sup>. Ekonomik açıdan, ilk bakışta her ikisinin de aynı

<sup>805</sup> TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s.31

<sup>806</sup> PERRY, s.785

<sup>807</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.45; PERRY, s.785

<sup>808</sup> Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemeye (BKT.m.213) göre, taşınır satımlarında satılanın zilyetliği teslim edilinceye kadar hasar satıcıdadır. Mala gelebilecek bu tür risklerin kontrol edilmesinde zilyedin uygun konumda olduğu düşünülürse, yeni düzenlemenin ekonomik açıdan etkin olduğu da söylenebilir.

<sup>809</sup> Burada sadece alıcının ifa çıkarı değil, sosyal maliyetin belirlenmesi de olağanüstü güçtür. Dolayısıyla idari maliyetler de dikkate alındığında sorumluluğu tamamen sınırlamak isabetlidir.

<sup>810</sup> PERRY, s.785; BUSSANI/PALMER/PARISI, s.46,47

<sup>811</sup> Sadece bir fabrikanın etkilendiği bir kurgu ise büyük ölçüde teorik temelin açıklandığı olay benzeridir (bkz. yukarıda §4/II/B/2/e/ea). Elektrik kesintisi üretimi sekteye uğratar ve teşebbüs, sipariş kaybettiği

esaslara tabi olması beklenir. Oysa Türk hukukunda ikincisi hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediği için tazmin edilmezken, ilki nedensellik bağı kurulduğu ölçüde tazmin edilmektedir. Hukuk sistemlerinde yaygın olan bu ayırım, ekonomik literatürde yapay bulunmakta, ekonomik zararın dolaylı veya salt olmasının bir fark yaratmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>812</sup>.

Türk hukukundaki uygulamaya dair bir diğer tespit, dolaylı ekonomik zararın ancak gelir kaybının varlığı halinde kabul edilmesidir. Yani zarar gören mal, aynı zamanda bir gelir sağlamıyorsa ya da bir şekilde gelir sağlayan bir faaliyet yoksa kişinin başka zararı yoktur. Somutlaştırmak gerekirse kişinin şahsi ihtiyaçları için kullandığı arabasının zarar görmesi halinde, arabanın tamir masrafı ve değerindeki eksilme tazmin edilir. Fakat arabanın kullanım olanağından yoksun kalınması, ayrıca fiili bir zarara neden olmadığı sürece tazmin edilmez<sup>813</sup>. Nitekim doktrinde bu haller “*normatif zarar*” olarak da ifade edilmekte ve baskın görüş bunu zarar olarak nitelendirmemektedir<sup>814</sup>. Hatta kullanım değerinin, piyasa bir değeri olsa bile durum aynıdır<sup>815</sup>. Oysa aynı mal ekonomik faaliyet için kullanılırsa, malvarlığında fiili bir eksilme yaşanmasa dahi, malın kullanılmadığı

---

gerekçesiyle kardan yoksun kaldığını iddia ederse, olayın özellikleri ve bilhassa piyasanın durumu önem taşır. Mesela kaza, piyasanın tam kapasite ile üretim yaptığı ve talebin dorukta olduğu bir esnada gerçekleşir ise, üretimin sekteye uğraması bir ölçüde maliyet ve fiyat artışına neden olacağı için sosyal maliyet doğar. Burada siparişler, ilk etapta karşılanamaz ve sola doğru kayan arz eğrisi, piyasayı yeni bir fiyatın daha yüksek arzın daha az olduğu bir noktada dengeye getirir. Fiyatın artması üreticiler ve potansiyel rakipler açısından bir sinyal olarak algılanır ve bu kapasite artırımına ve muhtemelen de yeni girişlere neden olur. Kapasitenin artması, kaynakların bu piyasaya aktarılması anlamına gelir ve bu sosyal maliyetin bir parçasıdır. Diğer parçası ise, karşılanamayan taleptir.

Buna karşılık talebin gevşek olduğu bir dönemde meydana gelen kazalar açısından, diğer teşebbüsler bu siparişleri karşılayacakları için, haksız fiil sadece bir *kaynak transferine* neden olur. Fakat her iki durumda da yoksun kalınan karın tazmin edilmemesi daha isabetlidir Zira haksız fiil sosyal maliyete neden olsa bile, bu maliyetin kapsamı ve dolayısıyla sorumluluğun ne ölçüde sınırlanacağı meselesi idari maliyetleri artırır. Olayların önemli bir kısmında, bu maliyetlerin içselleştirilmesi ile sağlanacak sosyal fayda, idari maliyetlerden az olur (BISHOP, s.14-17).

<sup>812</sup> BISHOP, s.11,12

<sup>813</sup> Yukarıda da açıkladığımız üzere kişi ancak arabasını kullanamaması nedeniyle normalde yapmadığı bazı masraflar (*taksi tutulması, araba kiralanması gibi*) yaptığı takdirde bunların giderilmesini isteyebilir. Bu zarar ise esasen fiili zarardır. Şüphesiz bu kural, zarar göreni ikame aktiviteler yapmaya teşvik edicidir.

<sup>814</sup> Şartları var ise, manevi tazminat davasının açılabilceği ileri sürülmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.516)

<sup>815</sup> Mukayeseli hukuklarda da aynı prensibin geçerli olduğu hususunda bkz. DARI-MATTIACCI/SCHAFFER, s.22

sürede elde edilmesi olası gelirinden mahrum kalınması zarar olarak nitelendirilmektedir. Ekonomik açıdan ifade edecek olursak, dolaylı ekonomik zarar ancak “*üretici refahı*”na dönüşürse tazmin edilmekte, tüketici refahındaki eksilme prensipte zarar olarak dahi görülmemektedir<sup>816</sup>. Oysa ekonomik teori açısından gelire dönüşmemiş refah da sosyal maliyetin parçasıdır.

Bu sınırlayıcı kural ışığında, bir anlamda üretken ekonomik faaliyetin hukuk düzeni tarafından himaye edildiği, buna karşılık bizatihi tüketimin bir değer olarak hukuki korumaya layık görülmediği iddia edilebilir. Ayrıca bu tatbikat tüketici değil, üretici refahını tazmin eden Türk hukukundaki genel temayüle de uygundur. Fakat düşüncemize göre bu uygulama tüketici refahının daha az korumaya değer bulunmasından (*ya da bu değerler arasında bir hiyerarşi olduğundan*) değil, pratik olarak bu değerlerin korunmasının güçlüğünden kaynaklanır. Nitekim malı kişisel ihtiyaçları için kullanan kimsenin, ikame işlem için ödediği bedeli zarar olarak tazmin ettirebilmesi bizi bu sonuca götürür. Bu sınırlayıcı kurala gerekçe bulmak zor değildir. Gelir kaybına dönüşmemiş refah kaybını değerlemek çok güçtür<sup>817</sup>. Bu güçlük idari maliyetin artmasına neden olur. Üstelik değerlendirme mümkün olsa dahi, olayların önemli bir kısmında bunun çok az olması (*bu ihtiyacın ertelenmesi, ihtiyacın ikame edilmesi*), bu tür bir çabayı gereksiz kılar. Hatta bazı hallerde zarar görenin bir süreliğine kullanım imkânından yoksun olması, refah kaybına dahi yol açmaz (*hiç ihtiyaç duyulmayabilir*). Dolayısıyla tüketici refahındaki azalmanın tazmini sadece idari açıdan maliyetli değil, aynı zamanda spekülâtiftir. Nitekim hukuk tatbikatı, zarardan bahsetmek için malvarlığında fiili bir azalma olması koşulunu arayarak, bu iki güçlüğü son derece pratik bir şekilde bertaraf etmiştir.

Şüphesiz bu açıklamalar dolaylı ve salt ekonomik zararların neden farklı ele alındığını açıklamamaktadır. Bazı yazarlara göre hukukun öngördüğü bu ayrımı izah

---

<sup>816</sup> SCHAFFER/OTT, s.260

<sup>817</sup> RIZZO, Theory, s.287; SCHAFFER/OTT, s.260

etmek kolay değildir<sup>818</sup>. Fakat öğretilerde bu ayırımı izah eden çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. En yaygın dile getirilen görüşü belirtelim<sup>819</sup>. Yukarıda ekonomik zararın genellikle beraberinde bir miktar sosyal maliyete yol açtığını ve zarar verenin etkin davranmaya teşvik edilmesi için, bu miktardan sorumlu olması gerektiğini belirtmiştik. İşte bu kural, eşya zararının olduğu hallerde zarar vereni dolaylı ekonomik zararlardan sorumlu tutarak, fiilin neden olduğu sosyal maliyetin bir ölçüde içselleştirmesine hizmet etmektedir<sup>820</sup>. Yani bir ölçüde de olsa, haksız fiil hukuku zarar vereni dışsal maliyetten sorumlu tutmaktadır. Öte yandan sorumluluğun bu şekilde sınırlanması, dolayısıyla (*yansımaya*) zarar görenlerin tazminat talebi yöneltemeyeceği anlamına gelir. Sadece eşya zararının varlığı halinde dava açılması, olayların önemli bir kısmında az sayıda kişinin tazminat istemesine neden olacaktır<sup>821</sup>. Böylelikle muhtemel dava sayısı ve bununla ilintili ispat sorunları azalacak ve idari maliyetler kabul edilebilir bir seviyede kalacaktır. Dolayısıyla bu kural, bir taraftan birincil maliyetlerin azaltılmasına hizmet ederken, diğer taraftan üçüncül maliyetlerin makul seviyelerde kalmasını sağlamaktadır. Görüldüğü gibi bu şekilde yorumlandığı takdirde, dolaylı ekonomik zarara dair kuralı ekonomik açıdan meşru kılmak mümkün olmaktadır.

Dolaylı ve salt ekonomik zarar arasındaki ayırımın ve dolaylı zararın tazmin edilmesinin, bazı ekonomik sonuçları olması kaçınılmazdır. Kısaca belirtmek gerekirse, ilk akla gelen, risklerin bir anlamda sigortalanması nedeniyle (*gelir getiren aktiviteye tahsis edilen*) malların tedavül değerinin artmasıdır. Bu kuralın olmadığı farazi bir ekonomik

---

<sup>818</sup> GILEAD, s.604,605; PERRY, s.743

<sup>819</sup> BUSSANI/PALMER/PARISI, s.56; BISHOP, s.12; GOLDBERG, s.33,34; PERRY, s.743,744

<sup>820</sup> Örneğin haksız fiil nedeniyle üretimi sekteye uğrayan fabrikanın, yapamadığı 4 satış nedeniyle 100 YTL zararının olduğunu düşünelim. Üretim maliyeti 75, satış fiyatı 100 ve tüketicilerin attığı değer de (*değişmekle birlikte ortalama*) 110 YTL olsun. Bu satışlardan üçü yapılsın ve biri yapılamasın. Yapılamayan satışın neden olduğu maliyet, 45 YTL'dir. Bunun dışında ikame edilen satışlar açısından diğer fabrikaların üretim maliyetinin ortalama 85 olduğunu ve tüketicilerin diğer üreticilerin ürünlerine 107 YTL değer attığını varsayalım. Bu durumda her satışın neden olacağı maliyet 14 YTL, toplam maliyet ise 39 YTL olacaktır. Haksız fiilin sosyal maliyeti ise, 45+39=84 YTL olacaktır. Öte yandan haksız fiil tazminatı bu kurguda, 100 YTL olacaktır. İşte sadece dolaylı ekonomik zarar görenin zararlarının tazmin edilmesi, bu tutar ile aynı ölçüde olmasa da, sosyal maliyetleri bir ölçüde içselleştirmektedir. Üstelik haksız fiilden zarar gören herkesin (alıcılar) dava açma imkânı olmadığından idari maliyetler de önemli ölçüde artmayacaktır.

<sup>821</sup> RIZZO, Theory, s.283



düzende, malın kullanma süresi içerisinde ortaya çıkabilecek riskler piyasa işlemleri ile içselleştirilecek ve bu, malın tedavül değerini azaltacaktır<sup>822</sup>. Kuralın muhtemel diğer bir etkisi, teşebbüslerin ekonomik faaliyeti hangi organizasyon yapısı içerisinde yürüteceklerine dair seçimlerini etkilemesidir. Ekonomik faaliyetin bağımsız teşebbüsler arasında sözleşme ile yürütülmesi, bu kural nedeniyle (*alternatif yöntem olan*) aynı faaliyetin şirket organizasyonu dâhilinde yapılmasından daha maliyetli hale gelir<sup>823</sup>. Diğer bir anlatımla kural, görece işlem maliyetini artırır. Bu ise, teşebbüsün diğer teşebbüsler ile sözleşme yapmak yerine, büyümesine veya entegrasyona gitmesine neden olur<sup>824</sup>.

## f. Genel Değerlendirme

Haksız fiil sorumluluğunun ekonomik zararları nasıl düzenlemesi gerektiği, hukuki olduğu kadar, ekonomik açıdan da son derece önemli ve fakat çözümlenmesi zor bir sorundur. Bu soruna Türk hukukunda ve ekonomi biliminde nasıl yaklaşıldığı yukarıda ana hatlarıyla açıklanmaya çalışıldı. Türk hukuku açısından bakıldığında zaman, ekonomik zararın ayrı bir zarar kategorisi olarak ele alınmaması, altı çizilmesi gereken ilk önemli eksikliklerdir. Bu yaklaşım ekonomik zarar sorununun göz ardı edilmesine yol açtığı gibi, bütünsel ve tutarlı bir değerlendirmeye engel olmaktadır. Hâlbuki konunun farklı bir tasnif içerisinde, ayrı bir başlık altında ele alınması, mahiyeti itibarıyla zarar görenin menfaati açısından diğer değerlerden (*fiziki tezahürü olan değerler*) önemli bir farkı olmayan ekonomik zarar konusunda hukuki yaklaşımın netleşmesi için şarttır. Daha da önemlisi, zarar bahsinde bu tasnife yer verilmesi, hukuki değerler ve bu değerlerin ne ölçüde korunduğuna dair hukuk düzeninin yaklaşımını açıklığa kavuşturmaktadır. Hangi değerlerin, nasıl korunacağına dair sorunun açıklığa kavuşması ise, hukuka aykırılık kavramı hakkındaki tartışmalara ışık tutar.

---

<sup>822</sup> Malın değerinin, tahsis edildiği ekonomik faaliyetin getireceği gelir esas olarak belirlendiği dikkate alınır, haksız fiillerin neden olacağı riskler bu geliri azalttığı ölçüde malın değerini de azaltacaktır.

<sup>823</sup> BISHOP, s.12

<sup>824</sup> Örneğin dolaylı ve salt ekonomik zararların ayrı kurallara tabi olması, ekonomik menfaatleri başka malların ya da ekonomik faaliyetlerin varlığına bağlı olan teşebbüsleri, özellikle bunlar yoğun ve öngörülebilir risklere muhatap ise, bunları devralmaya teşvik eder.

Öte yandan ekonomik zarar kapsamına giren halleri değerlendirdiğimiz zaman, Türk hukukunda sorumluluğun genellikle sınırlandırıldığı görülmektedir. Fakat bu sınırlamanın derecesi “*salt*” ve “*dolaylı ekonomik zarar*”lar açısından farklılaşmaktadır. *Dolaylı ekonomik zarar* kural olarak tazmin edilmekte; sadece çeşitli kuramlar tazmin edilebilir zararın kapsamını daraltmaktadır. *Salt ekonomik zarar* açısından ise, aksi kural geçerlidir. Yani açıkça imkân veren düzenleme olmadığı sürece, hukuka aykırılık şartı salt ekonomik zararların tazmin edilmesine engel olur. Hukuk doktrini salt ekonomik menfaatin neden mutlak olarak himaye edilmediğini çeşitli mülahazalar ile açıklamakla birlikte, düşüncemize göre bunlar tatmin edici değildir. Ayrıca bu mülahazalar salt-dolaylı ekonomik zararlar arasında neden ayırım yapıldığını da izah etmekten uzaktır. Diğer taraftan sorumluluğun genişletilmesi yönündeki eğilim, kaçınılmaz olarak tazmin edilebilir zararın kapsamının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Fakat doktrinin konuyu normatif açıdan tatmin edici şekilde incelememiş olması, sorumluluğun hangi hallerde ve ne ölçüde genişletilmesi konusunda bütünsel perspektiften yoksun, tutarsız *ad hoc* hukuki çözümleri beraberinde getirecektir.

Düşüncemize göre ekonomik teori gerek bu noktada, gerekse ekonomik zarar sorununun anlaşılmasında katkı sağlayabilir. Hukuk ve ekonomi öğretisindeki baskın görüş, ekonomik zarar sorununu sosyal ve idari maliyetler bağlamında açıklayarak, hukuki açıdan karmaşık gözüken uygulamayı (*teorik düzlemde*) basit bir şekilde izah etmektedir. Salt ekonomik zarara dair genel kuralın *rekabet kavramı* tahtında meşru kılınması düşüncemize göre bunun güzel bir örneğidir<sup>825</sup>. Temel prensipler açısından olmasa da, ekonomik teorinin çıkarımları ile Türk hukukundaki uygulama arasında da bir paralellik vardır. Ekonomik teori sorumluluğun sınırlandırılmasını öngördüğü gibi, dolaylı ve salt ekonomik zarar ayırımını daha başarılı bir şekilde izah etmektedir. Fakat ekonomik teorinin asıl önemi pozitif değil, normatiftir. Sosyal ve idari maliyet mülahazaları, bilhassa piyasaları düzenleyen ve ekonomik zarar sorunu ile karşılaşan mahkeme ve yasa koyucular için yol gösterici ölçütler olabilir.

---

<sup>825</sup> Bkz. yukarıda §4/II/B/2/e/ed/eda

## C. Manevi Zarar

### 1. Genel Olarak

Üçüncü kişinin fiili nedeniyle zarar gören sadece maddi değil, kişilik hakkı ihlal edildiği ölçüde manevi zararlarının da tazminini talep edebilir. Kişilik hakkının korunması ve dolayısıyla manevi tazminat gün geçtikçe önem kazanmakta, buna bağlı olarak manevi zararın haksız fiil hukukundaki ağırlığı artmaktadır<sup>826</sup>. Fakat yukarıda açıklandığı üzere Türk hukukunda manevi tazminat konusundaki teorik ve pratik sorunların varlığı<sup>827</sup>, tutarlı bir uygulamaya engel olmaktadır. Özellikle manevi zararın ve tazminatın nasıl tespit edileceği hususunda belirli bir yöntemin bulunmaması belirsizliğe yol açmakta ve hukuk güvenliğini zedelemektedir<sup>828</sup>. Bu başlık altında, kavramsal olarak manevi zararın ekonomik teoride nasıl ele alındığı kısaca açıklanacak ve belirttiğimiz sorunların çözümünde bir katkı sağlayıp sağlamadığı araştırılacaktır. Açıklamaların çeşitli manevi zarar türlerini ayrıca ihtiva etmeyeceğini ve daha ziyade normatif bir karakter arz edeceğini şimdiden belirtelim<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> Örneğin ABD hukukunda manevi tazminat hükümlerinin, cismani zararların söz konusu olduğu haksız fiil tatbikatında toplam tazminat tutarının %50'sini oluşturduğu belirtilmektedir (AVRAHAM, Putting a Price, s.87).

<sup>827</sup> Yukarıda bu sorunları, “zararın tanımı”, “manevi tazminat davasının amacı”, “hangi manevi değerlerin kişilik hakkı kapsamında korunduğu” ve “manevi zararın değerlendirilmesi” olarak belirtmiştik. Bkz. yukarıda §4/II/C

<sup>828</sup> Ekonomik teori açısından haksız fiil hukukunun kişinin davranışlarını düzenlediği kabul edildiği için, zarar ve tazminatın belirsizliği, kişilerin davranışlarını istenilen yönde değiştirmeyecektir. Bu durumda tazminatın refahı maksimize etmesi mümkün değildir (GEISTFELD, s.786; AVRAHAM, Putting a Price, s.95). Öte yandan amaç denkleştirici adalet ya da hakkaniyetin sağlanması ise, tazminatın belirli olması başka açıdan önem taşır. Hakkaniyet, kuralların herkese eşit bir şekilde uygulanmasını, yani aynı ya da benzer zararların aynı şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Bu ise ancak tutarlı ve yeknesak bir uygulama ile mümkün olur.

<sup>829</sup> Özellikle cismani zarar veya ölüm halinde tazminatın ekonomik açıdan gösterdiği özellikler üzerinde durulmayacaktır. Gerçi BK.m.45 ve 46 hükümleri ekonomik analiz için oldukça caziptir. Bu hükümler, gerek mevcut zarar kalemlerinin ekonomik prensipler ışığında yorumu, gerekse normatif olarak nasıl kaleme alınmaları gerektiği açılarından incelenebilir. Bu konularda öğretilerde zengin bir literatür bulunmaktadır. Özellikle bkz. KOMESAR Neil, “Toward a General Theory of Personal Injury Loss, Vol. 3 Journal of Legal Studies (1974), s.457-486; FRIED Charles, “Value of Life”, Harvard Law Review, Vol. 82 (1969), s.1415-

Hukuk ve ekonomi öğretisindeki çalışmalar incelendiğinde, manevi zarar konusunun tartışmalı olduğu ve hatta bu zararların tazmin edilmesinin isabetli olup olmadığının dahi tartışıldığı görülmektedir<sup>830</sup>. Tartışmaların, “*manevi zararın tazmin edilmesinin yerindeliği*”, “*tazminatın kapsamı*” ve “*zararın değerlendirilmesi*” olmak üzere üç eksenine olduğu söylenebilir. Bunları ele almadan evvel, pozitif hukuktaki tanımı esas alarak manevi zararın ekonomik açıdan ne anlama geldiğini belirtelim<sup>831</sup>. Manevi zarar, hukuk düzeninin kişiye özgülediği manevi değerlere üçüncü kişiler tarafından müdahale edilmesi nedeniyle, kişinin faydasının iradesi dışında olumsuz etkilenmesi olarak tanımlanabilir. Kişilik hakkı, kişiye özgülenen manevi değerlerin çerçevesini çizmekte ve bu hak konusu değerlerin (*ya da bazılarına göre hakların*) tümü şahıs varlığını oluşturmaktadır. Kişilik hakkının ihlal edilmesi aynı zamanda kişinin faydasını olumsuz etkiliyorsa<sup>832</sup>, bu hukuken tazmin edilebilir bir manevi zararın varlığına işaret etmektedir. Nitekim bu yaklaşım hukuk düzenindeki subjektif teori ile paralellik arz eder<sup>833</sup>.

---

1437; COHEN Lloyd, “Toward an Economic Theory of the Measurement of a Damages in a Wrongful Death Action”, Emory Law Journal, Vol. 34 (1985), s.295-340

<sup>830</sup> AVRAHAM, Putting a Price, s.88;

<sup>831</sup> Yukarıdaki tanım ve açıklamalar, pozitif hukuktaki tanımı esas almaktadır. Şüphesiz bu şart değildir; yani manevi zararın kişinin değer atfettiği manevi değerlerin ihlal edilmesine bağlı olarak faydasının olumsuz etkilenmesi olarak da tanımlanabilir. Bu durumda hukuka aykırılık, yani kişilik hakları ayrı bir aşama olarak manevi zararın hangi hallerde tazmin edilebilir olduğunu belirleyecektir (bu konudaki eleştiriler hakkında bkz. §4/IV/C ve §4/III/A/2).

<sup>832</sup> Mesela ayırtım gücünün olmaması nedeniyle kişinin faydasının olumsuz etkilenmesi mümkün değilse, bu durumda refahta bir azalma yaşanmayacağından ekonomik açıdan tazminat sorumluluğunu gerektiren bir durum da yoktur. Şüphesiz adalet ya da hakkaniyet düşünceleri farklı bir değerlendirmeyi gerektirebilir.

<sup>833</sup> Bu görüşü benimsemekle objektif teoriyi reddetmiş oluyoruz. Kişilik hakkının ihlal edilmesi, faydayı olumsuz yönde etkilemediği sürece, şahıs varlığında herhangi bir eksilmeye neden olmaz. Şahıs varlığında eksilme, bu hakkın konusu manevi menfaate hak sahibinin bir değer atfetmesi ve bu menfaatin üçüncü kişi tarafından ihlal edilmesi halinde söz konusu olur. Hak sahibi, hukuk düzeninin kendisine tahsis ettiği bu menfaate herhangi bir değer atfetmiyorsa, doğal olarak hak ihlali herhangi bir “eksilmeye” ya da zarara neden olmaz. Bu durumda hukukun müdahalesini gerektiren bir neden de yoktur. Zaten bu durumda kişinin tazminat davası açmaması beklenir. Öte yandan kişinin faydasındaki azalmanın belirlenmesinin güçlüğü nedeniyle, kural olarak kişilik hakkının ihlal edildiği tespit edilirse, açılan manevi tazminat davasında (*aksi yönde bir belirti olmadığı veya olayın özellikleri açıkça aksini gerektirmediği sürece*) manevi zararın varlığını da kabul etmek gerekir. Dolayısıyla kişilik hakkının ihlal edilmiş olması, kişinin faydasının azaldığı hususunda kuvvetli bir karine teşkil eder.

Bu açıklamalar ışığında maddi ve manevi zarar arasındaki temel fark, ihlal edilen değerın mahiyetine ilişkin olup, son tahlilde her ikisi de kişinin faydasına olan etkisi açısından değerlendirilir. İhlal edilen değerın vücut bütünlüğü gibi fiziksel bir görünümü olabileceği gibi, şeref ve haysiyet gibi gayri maddi bir niteliği de olabilir. Fakat önemli olan, ihlalin kişinin faydasını olumsuz yönde etkilemesidir. Bu tanım çerçevesinde manevi zararın hukuk politikasını etkileyebilecek iki temel özelliği vardır. Bunlar: zararın *gayri maddi vasfı* ve *değerleme güçlüğüdür*. Bu özellikler, fayda hakkındaki klasik diyebileceğimiz (*dışarıdan gözlem ve ölçüme dair*) sorunları daha da derinleştirmekte ve manevi zararın tazminini son derece problematik hale getirmektedir.

Zararın gayri maddi vasfı, kişinin faydasının gerçekten olumsuz etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesini güçleştirmekte ve bu durum, gerçek ve samimi olmayan ve/veya abartılı tazminat iddialarının ortaya atılması riskini beraberinde getirmektedir. Tabiatıyla bu tür taleplere karşı sınırlama öngörülmediği takdirde mahkemeler ciddi bir yük ile karşılaşabilirler. Manevi menfaatlerin piyasada tedavül etmemesi ise, faydadaki olumsuz değişmenin değerlemesini güçleştirir. Üstelik manevi zararın, ekonomik değer ile mukayese edilemez olduğu fikri, bu sorunu daha da ağırlaştırmaktadır. Bu iki güçlük, aynı zamanda yargılama sistemi açısından manevi zararın tazmin edilmesinin *idari maliyetleri* önemli ölçüde arttırabileceğine işaret eder.

Gerçi Türk hukukunda manevi zararın kişilik hakkı kapsamında tanımlanması, idari maliyetlerden kaynaklanan bu sorunu bir ölçüde gidermektedir. Her türlü manevi değere değil, sadece kişilik hakkı konusu olan manevi değere yapılan müdahaleler manevi zarar konusu olabilir. Bu kural ise, tabiatıyla manevi tazminatın uygulama alanını önemli ölçüde daraltır. Fakat sadece bu kuralın, ekonomik açıdan yeterli olup olmadığı tartışılabilir. Zira ekonomi doktrininde manevi tazminatın tamamen kaldırılmasının daha isabetli olduğu yaygın bir şekilde ileri sürülmektedir. Dolayısıyla aşağıda önce bu konuya dair görüşlere, akabinde de, tazminatın etkin olduğunu varsayarak zararın nasıl değerlendirilebileceğine dair tartışmalara yer verilmiştir.

## 2. Manevi Zarar Tazmin Edilmeli midir?

### a. Hakim Görüş: Manevi Tazminat Sınırlanmalıdır

Hukuk ve ekonomi öğretisinde bir görüş, manevi zararın haksız fiil hukuku kuralları ile tazmin edilmesinin etkin olmadığını ve bu nedenle sorumluluğun sınırlanması veya böyle bir tazminata hiç cevaz verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>834</sup>. Bu görüş, manevi zararın tazmin edilmesi sorununu “*sigorta teorisi*” (*ikincil maliyetler*) çerçevesinde ele alır. Buna göre; rasyonel birey, ilke olarak manevi zarar riski için sigorta himayesi talep etmez ve bu nedenle de hukuk sisteminin bu himayeyi sağlaması ekonomik açıdan isabetli değildir<sup>835</sup>. Yani bu zararların tazmin edilmesine dair bir talep yoksa hukuk sisteminin bunu arz etmesi (*yapay bir piyasa oluşturması*) sosyal açıdan arzu edilmez<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> CALFEE/RUBIN, s.371; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s. 134; COOK/GRAHAM, s.151; COOTER, Unmatured, s. 392; PRIEST, s.1352; POMAR, s.3; LEEBRON, s.354; SCHAFER/OTT, s.248 (*Yazarlar sorumluluğun olmaması gerektiğini kabul etmektedir.*). DANZON, s.517,533 (*Yazar ciddi manevi zararlar için sigorta sorumluluğunun isabetli olduğunu belirtmektedir.*) Öğretideki görüşlerin özeti ve bunların değerlendirilmesi için bkz. AVRAHAM, Pain and Suffering, s.10-72.

<sup>835</sup> Hiç şüphe yok ki, kişi herhangi bir karşılık ya da maliyeti olmadığı sürece uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini talep eder. Zira son tahlilde kişi olası manevi zarardan kaçınmak ister. Burada kastedilen, manevi zararın sigorta tekniği çerçevesinde himaye edilmesinin maliyetinin, kişinin karşılamaya hazır olmayacağı bir tutar olmasıdır.

<sup>836</sup> Etkinlik perspektifinden bakıldığı zaman, hukuk kurallarının kişilerin tercihlerine cevap vermesi ve bunlara göre şekillenmesi gerekir (*normatif bireysellik*). Bu bağlamda kişilerin piyasa koşulları çerçevesinde (*zarar öncesinde*) talep etmeyeceği bir hizmet ya da ürünün hukuk düzeni tarafından arz edilmesi sosyal açıdan arzu edilen bir durum değildir. Bu durumu, üreticinin (*imalatçının*) sorumluluğu gibi, zarar gören ile zarar veren arasında sözleşmesel ilişkinin (*piyasa münasebetinin*) mevcut olduğu bir kurguda, çarpıcı bir şekilde gösterebiliriz.

Üreticinin, sağladığı malın kullanımında ortaya çıkan kazalardan dolayı alıcı ve tüketicilerin uğradığı manevi zararlardan sorumlu olduğunu düşünelim. Sorumluluk (*eğer kusursuz ise*) tüketicilerin manevi zararlar için sigorta edildiği anlamına gelir. İlk bakışta bunun için bedel ödenmiyorsa da, sorun bu kadar basit değildir. Üreticiler her sene belirli bir miktar manevi tazminat talebine muhatap olacaklar ve kural olarak bu tazminatlar bir maliyet kalemi teşkil edecektir. Bunun doğal sonucu, üreticinin ödemekle yükümlü olacağı beklenen tazminat maliyetlerini fiyatlarına yansıtması, yani fiyatların artmasıdır. Dolayısıyla tüketiciler arzu etmedikleri sigorta himayesi için, yüksek fiyatlar yolu ile prim ödemekte, yani mal ya da hizmetle birlikte istemedikleri sigorta poliçesini satın almaktadırlar (bkz. GEISTFELD, s.793,794; AVRAHAM, s.944,945; CROLEY/HANSON, s.1790).

Manevi zarar açısından kişinin neden sigorta talep etmeyeceğini ise, maddi zararlarda karşılaşılan durum ile mukayese ederek açıklayabiliriz. Maddi zarar, kişinin malvarlığında (*servetinde*) bir azalmaya neden olur. Bu azalma, özellikle ciddi zararlar bakımından, haksız fiil sonrasında zarar görenin servete daha fazla değer atfetmesine yol açar. Diğer bir ifadeyle haksız fiil paranın zarar görene sağladığı marjinal faydayı artırır, yani para daha değerli hale gelir<sup>837</sup>. İşte bu durum sigorta himayesini cazip kılar. Kişi paranın kendisi için daha değerli olduğu bu dönem için, daha az değerli olduğu dönemde sigorta satın alır<sup>838</sup> ve bu zaman süreci için (*zarar öncesi ve sonrası*) harcamalarını optimize ederek, (*beklenen*) faydasını maksimize eder<sup>839</sup>.

Buna karşılık manevi zarar, kişinin servetinde bir azalmaya neden olmaksızın, sadece kişinin faydasını olumsuz etkiler<sup>840</sup>. Bu durumda, (*maddi zararda olduğu gibi*) *apriori* olarak servete (*paraya*) atfedilen değer artacağını ve kişinin sigorta himayesi talep edeceğini söylemek mümkün değildir. Manevi zarara neden olan fiilin, zarar görenin servetten sağlayacağı marjinal fayda üzerindeki etkisi belirsiz ve karmaşıktır. Öğretide teorik açıdan zarar görenin servete atfedeceği değer her üç yönde de değişebileceği belirtilmektedir<sup>841</sup>. Mesela cismani zarar gören, hayatını idame ettirebilmek için ilave bazı ihtiyaçlar duyabilir. Bu ihtiyaçların bir bedeli olduğunu kabul ettiğimizde, servete olan

---

<sup>837</sup> GEISTFELD, s.794,795

<sup>838</sup> Haksız fiil öncesinde paranın sağladığı fayda, fiil sonrasında görece arttığı için, kişi servetini zarar gördüğü bu döneme aktararak faydasını arttırabilir. Sigorta satın alınması, zarar öncesi dönemde faydasını azaltmakta, fakat bu azalma, riskin gerçekleştiği bir kurgudaki olası artıştan daha az olmaktadır. Kişi servetin kendisine sağladığı marjinal faydayı bu iki dönemde optimize edene kadar sigorta satın alırsa, beklenen faydasını maksimize edebilir.

<sup>839</sup> GEISTFELD, s.793,794; CROLEY/HANSON, s.1795; SHAVELL, s.206 vd.; FRECH, s.264; geniş açıklamalar için bkz. AVRAHAM, s.27-49

<sup>840</sup> Şüphesiz manevi zarara neden olan haksız fiil, aynı zamanda kişinin malvarlığını da azaltabilir. Örneğin cismani zarar hallerinde, maddi zararın doğması pek muhtemeldir. Fakat yukarıda sadece manevi zararın var olduğu olasılığı dikkate alıyoruz.

Manevi zararın fayda üzerindeki etkisi açısından standart varsayım, zarar görenin fayda fonksiyonunun bir bütün olarak (*aşşağı doğru*) kaymasıdır. Oysa maddi zarar açısından kişinin fayda fonksiyonu kaymaz sadece bu fonksiyon üzerindeki konumda değişiklik olur. Eğer haksız fiil zarar görenin aynı zamanda maddi zarara uğramasına neden oluyorsa, fayda fonksiyonu hem aşşağı kayar hem de bu fonksiyon üzerinde daha solda bir noktaya gelir. Grafik için bkz. POMAR, s.2; CROLEY/HANSON, s.1793 vd.

<sup>841</sup> VISCUSI/EVANS, s.353,354; SHAVELL, s.228,229; CROLEY/HANSON, s.1793-1796; GEISTFELD, s.794; AVRAHAM, Pain and Suffering, s.48; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.179; ARLEN, s.705

ihtiyacı artacağı için, kişinin fiil sonrasında marjinal faydasının artabileceğini varsayabiliriz<sup>842</sup>. Bu çerçevede zarar görenin sigorta satın alabileceği halleri tasavvur etmek mümkündür.

Fakat pek çok halde manevi zarar görenin, fiil sonrasında paraya atfedeceği değerde bu yönde bir değişiklik yaşanmaz<sup>843</sup>. Örneğin hakarete maruz kalan bir kimsenin, haksız fiil sonrasında paradan alacağı hazzın değişeceğini düşünmek için bir neden yoktur. Bilakis manevi zarar ağır ise, aksi ihtimalin gerçekleşmesi daha olasıdır. Özellikle haksız fiilin ağır cismani zarara neden olduğu ve bunun kalıcı olduğu hallerde, kişinin zarar sonrası servetten sağlayacağı faydanın azalacağı kolaylıkla söylenebilir. Mesela zarar görenin sakat kalması veya bazı duyularında eksilme yaşanması ya da bir yakını kaybetmesi gibi hallerde, fiil sonrası içinde bulunacağı olumsuz durum nedeniyle paranın değeri azalır<sup>844</sup>. Zira bu hallerde kişinin servet ile yapabilecekleri ciddi şekilde sınırlanmış ve/veya herhangi bir faaliyetin sağlayacağı haz azalmıştır<sup>845</sup>. Böyle bir durumda kişinin sigorta talep etmesi bir kenara, tam aksi yönde davranarak, kaynaklarını zarar öncesi döneme tahsis etmesi daha rasyoneldir<sup>846</sup>. Zarar öncesi para daha değerli olduğuna göre,

---

<sup>842</sup> Cismani zararın tedavisi dışında yapılan masraflar maddi tazminat kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla zaten bu riskler için sigorta himayesi ekonomik açıdan etkindir. Uygulamada da sağlık sigortaları bu riskleri kapsamaktadır. Yukarıda kastedilen, tedavi kapsamında değerlendirilmeyen ve daha ziyade kişinin manevi zarar nedeniyle hayat kalitesinde yaşadığı düşüşü telafi etmeye yönelik harcamalarıdır. Örneğin kişinin sürekli bakıma ve yardıma ihtiyaç duyması, ulaşım açısından zorluklar yaşaması gibi nedenler kişinin servete attığı değeri arttıracaktır. Bazı hallerde ise haksız fiil sonrası kişi önceden yapmakta olduğu faaliyetleri yapamaz ve bunun yerine yaptığı ikame faaliyetler daha fazla maliyete katlanmasına neden olabilir (bkz. SHAVELL, s.228; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.179; FRECH, s.264; GEISTFELD, s.794).

<sup>843</sup> SHAVELL, s.228

<sup>844</sup> POSNER, s.215; ARLEN, s.700; SHAVELL, s.228,229; FRECH, s.264,265; GEISTFELD, s.794

<sup>845</sup> Örneğin kör olan bir kimsenin kendisine haz sağlayacak ve mutluluğunu arttırabilecek faaliyetlerin sayısı, kör olmadığı bir döneme göre ciddi oranda azalır. Keza bu kişinin yapabildikleri faaliyetler açısından da aldığı hazzın azalabileceğini varsayabiliriz. Benzer şekilde sakatlanan kimseler için de aynı prensip geçerlidir.

<sup>846</sup> Burada ölüm gibi bazı riskler dışında, ağır manevi zararlar için kişinin tam olarak telafi edilebileceğini düşünsük bile, tazminat tutarı olağanüstü derecede yüksek olacağından, bu himayeyi sağlayan bir sigorta poliçesi çok pahalı olacaktır. Bu durumda rasyonel birey paranın değersiz olduğu bir döneme aktarmak üzere, değerli olduğu bu dönemde bu yüksek primi ödemeye yanaşmayacaktır (POSNER, s.218; CROLEY/HANSON, s.1800).



sigorta poliçesi alarak paranın daha az değerli olduğu zaman için harcama yapması beklenmemelidir. Herhalde ölüm riskinde bu bariz bir şekilde görülebilir<sup>847</sup>.

Görüldüğü üzere teorik olarak manevi zarar için kişilerin sigorta talep edip etmeyeceği belirsizdir. Bu, büyük ölçüde somut olayın özelliği çerçevesinde belirlenebilecek bir sorundur. Fakat öğretilerdeki hâkim görüş, manevi zarara neden olan fiilin, kişinin marjinal faydasını olumsuz yönde etkileyeceğini ve bu nedenle de manevi zarar görenin sigorta talep etmeyeceğini kabul etmektedir<sup>848</sup>. Hakim görüşün bu şekilde düşünmesinin bir nedeni, manevi tazminat davasının, ağır manevi zararın varlığı halinde açılacağını varsaymasıdır. Diğer ve herhalde temel gerekçe ise, sigorta piyasasının manevi zarar riskini himaye eden sigorta poliçeleri sunmamasıdır<sup>849</sup>. Buna göre, toplumun manevi zararı sigorta ettirme yönünde bir talebi olsaydı, uygulamada sigorta şirketlerinin bunu sağlaması beklenirdi. O halde manevi zararın sigorta edilmemesi, talebin (*yeterli*) olmadığına işaret eder. Diğer taraftan bu görüş, manevi tazminat davalarının yargı sistemi açısından önemli bir yük oluşturduğunu kabul eder. Dolayısıyla bir an için manevi zararın tazmin edilmesinin gerekli olduğu düşünülse bile, neden olacağı idari maliyetler nedeniyle, haksız fiil hukuku bunun için uygun hukuki kurumsal yapı değildir<sup>850</sup>.

---

<sup>847</sup> Ölüm sonrasında para (*manevi tazminat tutarı*), ölen açısından herhangi bir fayda sağlamayacaktır. Dolayısıyla kişi sigorta almaya karar verirken ölümünden sonra hükmedilecek tazminata fazla değer atfetmez. Fakat bu paranın hiçbir değerinin olmayacağı düşünülmemelidir. Başkalarına örneğin mirasçılara ya da yakınlarına servet bırakılması, kişinin (*ölüm öncesi*) faydasını arttırabilir.

<sup>848</sup> Bu yönde POMAR, s.2; FRECH, s.268; SCHAFFER/OTT, s.247; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.154 vd. (CALFEE ve WINSTON tarafından yapılan ampirik çalışmalar (*anket yöntemi*), sigorta perspektifinden bakıldığı zaman kişilerin manevi zararın tazmini için talebinin az ve hatta negatif yönde olduğuna işaret etmektedir); GEISTFELD, s.795; CROLEY/HANSON, s.1791

<sup>849</sup> POMAR, s.4; CROLEY/HANSON, s.1802,1803; SHAVELL, s.230,231

<sup>850</sup> GEISTFELD, s.776; 796

## b. Hakim Görüşün Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku İle Mukayese

Belirtelim ki yukarıda görüş, özellikle ABD hukukunda oldukça etkili olmuş ve manevi tazminatın sınırlanmasına dair çeşitli reform çalışmalarına temel teşkil etmiştir<sup>851</sup>. Fakat bu çalışma açısından bu mülahazaların çok da geçerli olmadığını belirtelim. Dikkat edilirse bu görüş, *sigorta teorisi* yani *ikincil maliyetler* mülahasasını temel almaktadır. Bu görüşe göre haksız fiil tazminatının temel işlevi, riskin zarar gören ile zarar veren arasında etkin bir şekilde tahsis edilmesidir. Oysa bu çalışma açısından haksız fiil hukukuna atfedilen temel amaç, davranışının tüm sosyal maliyetlerinden sorumlu tutulması suretiyle, zarar verenin etkin/özenli davranmaya sevk edilmesidir. Yani amaç ikincil değil, birincil maliyetlerin azaltılmasıdır. Manevi zarar için sigorta talep edilmediği varsayılsa bile, kişiler bunun gerçekleşmemesi için belirli bir tutar ödemeye razı olurlar. Zira son tahlilde “zarar” kişilerin kaçınmak istedikleri olumsuz bir sonuçtur ve sosyal maliyetin bir parçasıdır. Hal böyle olunca, affettiğimiz amacın sağlanması için manevi zararların da tazmin edilmesi şarttır<sup>852</sup>. Aksi halde, zarar veren sosyal açıdan arzu edilen şekilde davranmayacak, sosyal maliyetin bir kısmını dışsallaştıracaktır.

Öte yandan öğretilerdeki hâkim görüş benimsenirse, zarar görenin zararının telafisi ile zarar verenin etkin davranmaya sevk edilmesi amaçları arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Zarar verenin etkin davranmaya sevk edilebilmesi için sorumlu tutulması gereken tutar, çoğu kez zarar görenin (*sigorta teorisi tahtında*) telafi edilmesi için gereken

---

<sup>851</sup> Manevi tazminat açısından sorumluluğun belirli miktar ile sınırlanması konusunda pek çok eyalet yasal düzenlemeler yapmış, ayrıca özellikle malpraktis nedeniyle açılan tazminat davalarında Kongre’ye yarım düzineye yakın yasa teklifi yapılmıştır. Bu çalışmalara neden olan mülahazalar, manevi tazminatın kapsamının keyfi olarak belirlenmesine rağmen, tazminat tutarlarının son derece yükselmesi, bunun ise ekonomik sistem üzerinde ağır bir yük oluşturmasıdır (bkz. AVRAHAM, *Putting a Price*, s.97,98, dpt. 50, ayrıca GEISTFELD, s.776,777, 790 vd.; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.133; CROLEY/HANSON, s.1804).

<sup>852</sup> AVRAHAM, *Putting a Price*, s.88; ARLEN, s.702; POMAR, s.3; SHAVELL, s.134,231; LEEBRON, s.355; aksi gör. HYLTON Keith, “*Property Rules and Liability Rules, Once Again*”, Boston University School of Law, Working Paper Series No: 05-17, 2005 (Yazar *Calabresi/Melamed* tasnifini esas almakta ve bu çerçevede işlem maliyetinin yüksek ve subjektif değerlemenin söz konusu olduğu manevi zarar hallerinde “*müdahalenin menî*” kuralının (*property rule*) uygulanmasının daha anlamlı olduğuna işaret etmektedir).

tutardan fazla olacaktır<sup>853</sup>. Nitekim doktrinde bu duruma dikkat çekilmekte ve haksız fiil hukukunun bu iki amacı *birlikte* sağlamanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>854</sup>. Bu çalışma açısından, zarar görenin sigorta teorisine göre tazmin edilmesini zaruri görmediğimiz için, bize göre çözülmesi gereken bir sorun yoktur. Öte yandan doktrinde bunun çözümü için ortaya atılan çözüm önerilerini kısaca belirtelim. Mesela zarar verenin maddi/manevi tüm zararlardan sorumlu tutulması, buna karşılık manevi tazminatın devlete ödenmesi<sup>855</sup> veya tazminat için yüksek vergi uygulanması<sup>856</sup> ya da manevi zarara neden olan fiillerin idari para cezaları gibi kamu hukuku yaptırımlarına tabi kılınması<sup>857</sup> bunlardan bazılarıdır<sup>858</sup>.

Nihayet sigorta teorisini temel alan görüşün son yıllarda çeşitli eleştirilere muhatap olduğunu da belirtelim<sup>859</sup>. Eleştiriler gerek teorik, gerekse pratik mülhazaları sorgulamakta ve manevi zararın tazmin edilmesinin ekonomik açıdan etkin olabileceğine

---

<sup>853</sup> Tabiatıyla kişinin *ex ante* sigorta himayesi için ödemeye hazır olduğu tutar ile riskten sakınmak için ödemeye hazır olduğu tutar arasında bir fark vardır. İkinci genellikle ilkinden yüksek olur. Bu durumda tazminat tutarı içselleştirme açısından esas alınarak belirlenirse, kişinin kendisinin zarar karşısında telafi edilmesi için uygun gördüğü tutardan daha yüksek olacaktır. Şüphesiz bu durumda zarar verenden zarar görene yapılacak tazminat ödemesi bir kaynak transferinden ziyade, bir refah kaybına da yol açacaktır (bu konuda yapılan ampirik çalışmalar da benzer sonuçlara ulaşmıştır. Mesela bkz. CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.136-138, 154 vd.).

<sup>854</sup> ARLEN, s.702; POMAR s.3; FRIEDMAN, s.99; POSNER, s.218,21; SHAVELL, s.231,232; GEISTFELD, s.799; CROLEY/HANSON, s.1803

<sup>855</sup> POMAR, s.5

<sup>856</sup> POSNER, s.218

<sup>857</sup> SHAVELL, s.233

<sup>858</sup> Örneğin bu hususta son derece enteresan bir başka çözüm önerisi, COOTER tarafından ileri sürülen, “*potansiyel manevi tazminat talepler piyasası*” oluşturulmasıdır. Buna göre, olası (*potansiyel*) manevi tazminat alacakları, piyasada serbestçe tedavül edecek ve kişiler bu haklarını satarak, paranın henüz daha değerli olduğu dönemde harcama yapacaklardır. Zarar gerçekleştiğinde ise, hak temlik edildiği için alıcılar zarar verene karşı dava açacaklardır. Böylece gerek zarar verenlerin davranışları etkin bir şekilde düzenlenecek, gerekse zarar görenler tazmin edilecektir (COOTER Robert, “Toward a Market in Unmatured Tort Claims”, Virginia Law Review, Vol. 75 (1989), s.383-411; benzer yaklaşım FRIEDMAN, s.99, 100)

<sup>859</sup> Mesela bkz. GEISTFELD Mark, “Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for NonPecuniary Injuries”, California Law Review, Vol. 83 (1995) s.775-844; CROLEY Steven P./HANSON D. Jon, “The NonPecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law”, Harvard Law Review, Vol. 108 (1995), 1785-1917; AVRAHAM Ronen, “Should Pain and Suffering Damages Be Abolished From Tort Law? More Experimental Evidence”, University of Toronto Law Journal, Vol. 55 (2005), s.941-979; AVRAHAM Ronen, “Pain and Suffering Damages in Tort Law: Revisiting the Theoretical Framework and the Empirical Data”, University of Michigan John M. Olin Center for Law and Economics Working Paper Series (03-001), February 2003

işaret etmektedir. Örneğin teorik olarak manevi zararın kişinin kaza sonrası servete atfettiği değeri pozitif yönde etkilediği hallerin sanıldığından fazla olabileceği ve ayrıca klasik görüşün analizinin hatalı bazı varsayımlara dayandığı ileri sürülmektedir<sup>860</sup>. Bu çerçevede kişiler bir ölçüde de olsa sigorta himayesi talep edebilirler<sup>861</sup>.

Özellikle kişilik haklarının geniş (*ve belirsiz*) kapsamı ve manevi zararın ortaya çıkabileceği yaygın olasılıklar düşünüldüğü zaman, sigorta himayesinin arzu edilmeyeceğine dair genelleme yapmak, bize göre de doğru gözükmemektedir<sup>862</sup>. Nitekim bazı ampirik çalışmalarda bu görüşleri destekleyici sonuçlara ulaşılmıştır<sup>863</sup>. Uygulamada manevi zarara dair sigorta piyasasının oluşmaması ise, piyasa aksaklıkları ile izah edilebilir<sup>864</sup>. Manevi zararın vasfı, riskin değerlendirilmesi ve sigortalının davranışlarını gözlemlemesini güçleştirmekte ve bu durum “*ahlaki çöküntü*” (*moral hazard*) ve “*ters seçim*” (*adverse selection*)<sup>865</sup> sorunlarını ağırlaştırmaktadır<sup>866</sup>. Bu durumda manevi zararın sigortalılaşmasına dair piyasanın oluşmaması, talep değil, bilakis arzın yetersizliğinden

---

<sup>860</sup> GEISTFELD, s.797-802; CROLEY/HANSON, s.1813-1834 (Yazarlar, klasik görüşün, sadece haksız fiil ile zarar görenin marjinal faydası arasındaki ilişkiyi dikkate aldığını, buna karşılık “*genel fayda temeli*” (*total utility baseline*) mülahazalarının göz önünde tutulmadığını, oysa kişinin sigorta almaya dair seçiminin aynı zamanda haksız fiil sonrası içerisinde bulunacağı genel mutluluk (*fayda*) konumundan etkileneceğini belirtmektedirler.)

<sup>861</sup> GEISTFELD, s.795; AVRAHAM, s.975,976; CROLEY/HANSON, s.1820

<sup>862</sup> Gerçekten de hukuk ve ekonomi öğretisindeki çalışmalar incelendiği zaman, standart teoriyi destekleyen örneklerin genellikle ağır cismani zarar ve ölüm gibi hallere ilişkin olduğu görülmektedir. Oysa Türk hukukunda kişilik hakkı kapsamında himaye edilen değerler düşünüldüğü zaman, manevi zararın çok yaygın olarak ortaya çıkabileceği görülecektir. Örneğin şeref ve haysiyete yapılan saldırı veya bir kişi hakkındaki gerçek dışı açıklamalar ya da kişinin resminin ya da adının izinsiz kullanılması hallerinde, manevi tazminat davası açılabilir. Buna karşılık bu hallerin hiç birinde, kişinin haksız fiil sonrasında servete atfedeceği değer azalacağı söylenemez.

<sup>863</sup> AVRAHAM, Pain and Suffering, s.78 vd. ayrıca 112 vd.; CROLEY/HANSON, s.1857 vd.

<sup>864</sup> Mesela tüketicilerin sigorta himayesi talep etmemesinin bir nedeninin, haksız fiil sonrasındaki manevi durumuna dair kavrama ve bu durumu değerlendirme sorunu olması (*bilgi sorunu*) ile ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bir diğer neden ise, sosyal ve ahlaki normların bazı tür manevi zararlar için sigorta himayesi talebini engellemesidir. Kişinin çocuğunun ölüm riski için hayat sigortası satın alması buna örnektir (AVRAHAM, s.946,947; bu engeller hakkında geniş açıklamalar için CROLEY/HANSON, s.1845-1857).

<sup>865</sup> Kavramlar için bkz. İkinci Bölüm §3/II/C

<sup>866</sup> CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.177; AVRAHAM, s.946; CROLEY/HANSON, s.1848-1851

kaynaklanır<sup>867</sup>. Öte yandan bu olgu, manevi zarar sigortası için talebin olduğu kabul edilirse, manevi tazminatın varlığı için bir diğer nedeni oluşturur<sup>868</sup>.

Özetle, sigorta teorisi açısından bakıldığı zaman manevi zararın tazmin edilmesinin isabetli olup olmadığı tartışmalıdır. Fakat tekrar vurgulayalım ki *ikincil maliyetler* mülahasasını temel alması nedeniyle, bu tartışmanın çalışmamız açısından değeri sınırlıdır<sup>869</sup>. Manevi zarar refah kaybına neden olması nedeniyle sosyal maliyetin bir parçasıdır. Böyle olunca kişilerin etkin/özenli davranmaya sevk edilmesi için, bu zararlardan sorumlu tutulmaları şarttır. Üstelik Türk hukukunda manevi zarara yol açan davranışların temel olarak haksız fiil hukuku ile düzenlendiği dikkate alınır, tazminatın (*birincil maliyetlerin optimize edilmesindeki*) bu işlevinin son derece önemli olduğu görülecektir<sup>870</sup>. Nitekim aşağıda manevi zarar sorununu salt bu perspektiften ele alıyoruz.

Fakat sigorta teorisini temel alan bu görüşlerin hukuk politikası açısından önemsiz olduğu da düşünülmemelidir. Her şeyden önce manevi zararın genel ele alınış tarzı, Türk hukuku ile önemli benzerlikler içermektedir. Mesela manevi zararın; “*kişinin hayattan kâim almasında, yaşama zevkinde bir azalma*” olarak tanımlanması<sup>871</sup>, zarar görenin, haksız fiil sonrasında marjinal faydasında bir değişme yaşandığına dair tespitin bir başka açıdan ifadesidir. Bu durumun doğal sonucu ise, zarar görenin para şeklinde manevi tazminat ile tam olarak telafi edilmesinin son derece güç olmasıdır ki, Türk hukukundaki görüşler de buna paraleldir. Haksız fiil sonrası zarar görenin servete atfedeceği değer azaldığına göre, onu(*n faydasını*) bir miktar para ile eski hale getirmek son derece güç olacaktır. Bu tespitler

---

<sup>867</sup> AVRAHAM, Pain and Suffering, s.50

<sup>868</sup> CROLEY/HANSON, s.1896 vd.

<sup>869</sup> Ayrıca tazminat hükmü, haksız fiilin gerçekleşmesinden hemen sonra dava açılmış olsa bile, muhtemelen haksız fiilin olumsuz etkilerinin geçmesinden sonra verilecektir. Bu durumda zarar görenin faydasının manevi tazminat ile telafi edildiğinin kabul edilmesi, pek gerçekçi değildir (krş. CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.179).

<sup>870</sup> Burada şu çekinceyi belirtmek uygun olur. Eğer manevi zarara yol açan davranış kasten gerçekleştirilmişse, aynı zamanda ceza hukukunun uygulanması olasıdır. Dolayısıyla burada, davranışın ihmal suretiyle manevi zarara yol açtığını varsayıyoruz.

<sup>871</sup> TANDOĞAN, s.330. Benzer şekilde subjektif teoriye göre manevi zarardan bahsetmek için kişinin yaşama sevincinde bir azalma olmalı, iç dengesi ve özellikle ruhsal bütünlüğü bozulmalıdır (EREN, s.483,484).

aynı zamanda zarar ve tazminatın *ex post* yaklaşıma göre belirlenmesinin sorunlarına işaret etmektedir. Bilhassa ağır bir manevi zararın söz konusu olduğu hallerde (*kişinin yatalak olması, uzvunu kaybetmesi vs*), zarar görenin haksız fiile kayıtsız kalacağı tazminat tutarı (*değerleme güçlükleri bir kenara*) çoğu kez olağanüstü derecede yüksek bir miktar olacaktır<sup>872</sup>. Eğer tazminat tutarı zarar verenin servetinden fazla olursa, haksız fiil hukukunun etkin saik sağlaması güçtür. Ayrıca bu gelir transferi, muhtemelen bundan daha fazla fayda sağlayacak kişiden, daha az fayda sağlayacak kişiye yapılmış olacaktır ki bunun sosyal açıdan arzu edilmediği söylenebilir<sup>873</sup>.

### 3. Manevi Zararın Değerlenmesi

Manevi tazminat, kişilerin etkin davranmaya sevk edilmesi açısından isabetli olmakla birlikte, zarar ve tazminat tutarının belirlenmesi önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şahıs varlığına dâhil menfaatlerin (*genellikle*) piyasa işlemlerine konu olmaması nedeniyle, değerlendirme için objektif bir referans noktası yoktur. Ekonomik açıdan bu hak ve menfaatler *ikame edilemez ürün* olarak nitelendirilebilir<sup>874</sup>. Bu durumda zararın tespitinde mükemmel olmayan değerlendirme yöntemlerine başvurmak zaruri olmaktadır. Değerleme güçlüğünün ekonomik açıdan yol açacağı temel sorun, tazminatın etkin saik sağlama özelliğinin zayıflamasıdır<sup>875</sup>. Örneğin manevi menfaatleri para ile mukayese etmek ve/veya değerlemek mümkün olmaz ise, manevi zarara yol açması muhtemel davranışlar için etkin/özenli davranış belirlenemez. Bu durumda nakdi tazminat kişiyi özenli davranmaya sevk etmeyeceği gibi, *Hand formülü* de işlevsel olmayacaktır<sup>876</sup>. Dolayısıyla içselleştirmeyi esas alan ekonomik teorinin geçerliliği için manevi zararın değerlendirilebilir

---

<sup>872</sup> SCHAFER/OTT, s.247; FRIEDMAN, s.101

<sup>873</sup> FRIEDMAN, Fair Compensation, s.82; farklı görüşler için bkz. CROLEY/HANSON, s. 1822-1834 (Yazarlar RAWLS, NAGEL, DWORKIN ve SEN'in görüşlerine atfen, marjinal faydası olumsuz etkilenen kişilere kaynak transfer edilmesinin, refahı arttırmasa da, eşitlikçi görüşler çerçevesinde haklı kılınabileceğini belirtmektedir.)

<sup>874</sup> SHAVELL, s.133; COOK/GRAHAM, s.144

<sup>875</sup> GEISTFELD, s.786,787

<sup>876</sup> Eğer etkin/özenli davranışın sağladığı faydaya bir değer atfedilemezse ya da bu fayda, özen maliyetleri kıyaslanamazsa, kişinin optimum özen göstermesi beklenemez.

olması şarttır. Bu soruna ekonomik açıdan yaklaşmadan önce manevi değerlerin *mukayese edilemezliği* hakkındaki görüşlere kısaca değinmekte fayda vardır.

### a. Mukayese Edilemezlik (Incommensurability)

Türk haksız fiil hukukunda, şahıs varlığı değerlerinin para ile mukayese edilemez olduğu fikrinin hâkim olduğunu belirtmiştik<sup>877</sup>. Felsefi açıdan son derece tartışmalı olan bu kavram<sup>878</sup>, genellikle çeşitli değerlerin aynı payda (*metrik*)<sup>879</sup> tahtında ifade edilmesinin mümkün olmadığını, bunlar arasında nicelik değil, niteliksel bir fark olduğunu belirtmek için kullanılır<sup>880</sup>. Örneğin (*ekonomik analizde olduğu üzere*), para birimini metrik olarak alırsak, otomobil ve ev gibi maddi değerler para ile ifade ve mukayese edilebilir<sup>881</sup>. Fakat bu değerlerin, vücut bütünlüğü, özgürlük gibi manevi değerler ile mukayese edilmesi mümkün olmadığı gibi, sonrakilerin para veya başka bir metrik üzerinde ifade edilmesi de anlamlı değildir. Bu sorunun manevi tazminat açısından izdüşümü, ihlal edilen manevi değerlerin para birimi tahtında ifadesinde karşımıza çıkar. Ekonomik (*para*) ve manevi değerler mukayese edilemez ise, manevi tazminat tutarının eksilen manevi değeri telafi etmesi ve zarar görenin durumunu eski hale iade etmesi mümkün değildir.

---

<sup>877</sup> Bkz. yukarıda §4/I/B/2

<sup>878</sup> Hukuk felsefesine dair tartışmalar hakkında bkz. “Symposium on Law and Incommensurability”, University of Pennsylvania Law Review 146, June (1998) s.1169 vd.; SUNSTEIN Cass R., “Incommensurability and Valuation in Law”, Michigan Law Review, Vol. 92 (1994), s.779-860; NUSSBAUM Martha, “Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics”, Vol. 64 University of Chicago Law Review, (1997), s.1197-1214; RADIN Jane, “Compensation and Commensurability”, Duke Law Journal, Vol. 43 (1993), s.56-86

<sup>879</sup> Şüphesiz para gibi ağırlık ya da uzunluk ölçüleri de diğer tür metriklere örnektir. Ekonomik analiz açısından işlevsel metrik ise para birimidir. Fakat temel paydanın “ *fayda*” (utility) olduğunu hatırlatalım. Ekonomik teoride her şeyin para birimi ile ölçülemeyeceği belirtilmekle birlikte, her şeyin fayda tahtında ifade edilebileceği genellikle kabul edilmektedir (*single metric*).

<sup>880</sup> Bu kavramın çok farklı tanım ve görünümünün olduğunu belirtelim. Çeşitli tanımlar için bkz. SUNSTEIN, Incommensurability, s.796, 797; ADLER, s.1170

<sup>881</sup> Mukayese edilemezlik aslında karar ya da seçim teorisi ile ilgilidir ve bu kavram hakkındaki tartışmaların odak noktası ekonomik teorinin davranış modeli (*theory of rational choice*) ve yararçı (*utilitarianism*) felsefedir. Rasyonel davranış modelinin üzerine oturduğu temel aksiyomlar kişilerin alternatifleri sıralayabildiğini ve bunlar arasında faydasını maksimize edecek seçim yapabildiğini varsayar. Dolayısıyla kişi bir şekilde alternatifleri değerleyebilmekte ve bunları birbiriyle mukayese ederek, faydasını maksimize eden seçimi yapabilmektedir (Bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1). Oysa bu kavram, bazı hallerde kişinin bu yetiden yoksun olduğuna işaret eder.

Mukayese edilemezlik konusunda yapılacak bir tartışmanın salt teorik açıdan önem taşıyacağı, pratik açıdan bir faydasının olmadığı iddia edilebilir. Zira hangi görüş kabul edilirse edilsin, son tahlilde hâkimin manevi zarar ve tazminata parasal değer atfetmesi şarttır. Bu iddia, özellikle kavramın tartışmalı olduğu göz önünde tutulduğu zaman isabetli gözükmemektedir. Fakat bu konuda tercih edilecek yaklaşımın, hukuk politikası açısından pratik sonuçlar doğurabileceğini belirtelim. Zira değerlerin mukayese edilemez olduğu görüşü kabul edilirse, manevi değerın parasal karşılığını bulma çabası da anlam taşımayacak ve hatta tazminatın “*telafi*” değil, farklı amaca veya amaçlara hizmet edeceği ileri sürülebilecektir<sup>882</sup>. Nitekim düşüncemize göre Türk hukukundaki yaklaşım bu şekildedir. Hatta ölüm halinde tazminatın nasıl hesaplanacağını belirten Borçlar Kanunu 45. madde hükmü de bunun tipik örneğidir<sup>883</sup>. Dolayısıyla kısaca fikir belirtmekte yarar vardır.

Fikrimize göre manevi değerlerin, para ya da ekonomik değerler ile *mukayese edilemez* olduğu yolundaki düşünce tereddütle karşılanmalıdır. Ayrıntılara girmeksizin şu

---

<sup>882</sup> Tabiatıyla bu durumda mahkemeler manevi tazminatı belirlerken tam bir serbesti içerisinde somut olayın özelliklerini dikkate alarak vicdani kanaatlerine göre kararlar verecektir. Fakat bu kararı verirken takdir yetkilerini, belirli bir amaç ile tutarlı ve yeknesak bir şekilde kullanmalarına imkân veren ölçütler olmayacaktır. Mademki manevi zararın değerlendirilmesi imkân dışıdır, bu konuda girişilecek çaba beyhude görülebilir.

<sup>883</sup> Türk hukukunda haksız fiil sonucunda zarar görenin ölümü durumunda zararın hangi unsurlardan oluştuğu Kanun’da açıkça belirtilmiştir. BK.m. 45, sorunu ölümün derhal ve bir süre sonra gerçekleşmesin şeklinde iki ayrı ihtimale göre düzenlemekte ve zararın, defin masrafları, tedavi masrafları, çalışmaya muktedir olamamaktan kaynaklanan kayıplar ve özellikle destekten yoksun kalanların ekonomik kayıplarından oluşacağını belirtmektedir. Bu unsurlar çerçevesinde açık olan nokta, kanun koyucunun kişinin hayatının arz ettiği değerın belirlenmesinden kaçınmış olmasıdır.

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman hayatın değeri konusunda dikkate alınabilecek belki de en akla yatkın unsur destekten yoksun kalanların zararlarının sayılmış olmasıdır. Fakat hiç şüphe yok ki bu da eksiktir zira salt bu değerın telafi edilmesi, ölenin, yaşamaktan hiçbir fayda sağlamadığını varsayar ki bu son derece mantıksızdır. Hayatın değerinin nasıl belirleneceği ise, tazminat sorununa nasıl yaklaşılacağı ile yakından ilgilidir.

*Ex post* yaklaşım benimsendiği takdirde, bu değer iki şekilde belirlenebilir. İlk olarak kişinin hayatından vazgeçmek için talep edebileceği asgari tutar esas alınabilir (*WTA*). Bu durumda doğal olarak bu tutarın sonsuz olabileceği ve kişinin hiçbir tutar karşılığında hayatından vazgeçmeyeceği söylenebilir. Fakat günlük yaşamdaki tecrübelerimiz bize bunun gerçekçi olmadığını göstermektedir. Kişinin bizatihi kendisi, hayatını riske attığından bahisle, hayatına sonsuz değer atfetmemektedir. Diğer ihtimal ise, kişinin hayatına devam etmek için ödemeye hazır olduğu tutarın esas alınmasıdır (*WTP*). Bu durumda tutarın, kişinin mevcut serveti ve gelecekte elde etmesi muhtemel tüm servetten ibaret olacağı söylenebilir. Destekten yoksun kalanların kayıpları ise, bunun ancak bir kısmıdır.



tespitleri yapılabilir. Bazı zararlar (*ölüm, ağır cismani zararlar*) için mukayese edilemezlik tartışması yapılabilirse de, manevi zararın geniş kapsamı dikkate alındığı zaman, tüm halleri kapsayan bir sav son derece iddialıdır. Manevi değerlerin (*genellikle*) piyasada tedavül etmemesi nedeniyle, kişiler (*doğal olarak*) bunları ekonomik değerler ile ilişkilendirmek ya da değerlendirme yapmak durumunda kalmazlar. Örneğin kimse organlarının veya hayatının ne kadar para edeceğini düşünmez. Fakat fikrimce, en azından bazı zararlar için kişi seçim yapmak zorunda bırakılsa, parasal değer atfedebilir<sup>884</sup>. Mesela kişinin resmi veya ismi üzerindeki menfaatinin ihlal edilmesinden doğan zararın para ile ifade edilemeyeceğini söylemek gerçekçi değildir. Mukayese edilemezlik bir yana, manevi zarar konusu değerler bazen piyasada tedavül etmektedir. Dolayısıyla ortak referans noktası dahi mevcuttur<sup>885</sup>. Bu açıdan değerlemenin “*imkânsızlığı*” ile “*güçlüğü*” birbirleriyle karıştırılmamalıdır.

Diğer taraftan ne kadar çaba gösterirse gösterebilirsin, kişinin prensip olarak parasal bir değer biçmesi mümkün gözükmeyen değerler vardır. Kişinin hayatı buna tipik örnektir. Ne kadar bir bedel karşılığında hayatından vazgeçeceği sorulsa, herhalde kişinin vereceği cevap böyle bir bedelin bulunmadığı yönünde olur. Mukayese edilemezliğin ise çeşitli nedenleri olabilir. Mesela kişi, “*para*” ile “*ölüm*” gibi kavramları, psikolojik olarak zihninde ayrı kategorize edebilir<sup>886</sup>. Bir diğer neden, ahlaki kısıtlar olabilir. Eğer kişi ahlaki açıdan bu değerlerin para ile satın alınmasının yanlış olduğunu düşünüyorsa, bunlar için

---

<sup>884</sup> Krş. COOTER, s.1100-1101

<sup>885</sup> Örneğin kişinin resminin izinsiz olarak bir gazetede yayınlanması durumunda, artık buradaki manevi menfaatin piyasada tedavül ettiği kolaylıkla söylenebilir. Dolayısıyla değerlemede esas alınabilecek bir referans noktası mevcuttur. Fakat piyasadaki değer, manevi zarara eşit olduğu düşünülmemelidir. Resim üzerinde hak sahibi, bunu rızası ile yayınlamadığına göre bu resme atfettiği değer genellikle piyasa değerinden daha fazla olur. Tabiatıyla aradaki bu farkı belirlemek güçtür. Fakat bu durum değerlendirme konusunda bir referans noktası olduğu gerçeğini değiştirmez.

Öte yandan pozitif hukuk, oldukça akılcı bir şekilde bu ihtimalleri MK.m. 25/3 hükmü ile düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, hukuka aykırı saldırıda bulunan kişinin kazanç elde etmiş olması halinde bu kazancın talep edilebileceğini belirtmektedir ki böylece değer konusunda piyasa referans alınmış olmaktadır. Söz konusu hüküm her ne kadar hakkı ihlal edilen kişinin talebinin haksız fiil değil, vekaletsiz iş görme temeline dayandığını belirtmekteyse de, düşüncemize göre ekonomik açıdan bu talep, değerlendirme gücünü basit ve pratik bir şekilde azaltan bir tazminattır.

<sup>886</sup> COOTER, s.1101

parasal karşılık bulmayı reddedebilir<sup>887</sup>. İşte hukuk literatüründe şahıs varlığı değerlerinin para ile mukayese edilemez olduğu şeklindeki düşünce, sadece bu hallerle sınırlı anlaşılmalıdır.

Bu çerçevede tüm manevi değerlerin para ile mukayese edilemez olduğu düşüncesini benimsemiyor ve en azından bazı değerler arasında ayırım yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Tabi ki benimsediğimiz bu ikili yaklaşım, manevi değerlerin parasal karşılığını belirleme (*değerleme*) güçlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Fakat tazminata farklı bir açıdan yaklaşırsa, bu güçlüğü (*en azından teorik olarak*) hafifletmek ve hatta prensipte değerlendirilmesi mümkün olmayan zararları, değerlendirilebilir kılmak olasıdır. Aşağıda da özellikle prensipte değerlendirilmesi mümkün olmayan manevi zararlar açısından, değerlemenin nasıl olabileceği üzerinde durulmaktadır.

## **b. Manevi Zararın Değerlenmesi**

### **ba. Değerleme Sorunu ve *Ex Ante* Yaklaşım**

Manevi zarara parasal bir değer biçmek, herhalde manevi tazminat konusundaki en önemli sorundur. Hukuk doktrini ve uygulamasında tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda tatmin edici bir yöntem geliştirilememiştir<sup>888</sup>. Geleneksel yaklaşıma

---

<sup>887</sup> COOTER, s.1101

<sup>888</sup> Bu saptama sadece Türk hukuku değil, mukayeseli hukuk açısından da geçerlidir. Mesela ABD hukukunda, manevi tazminatın en önemli zaafının, jürilerin zararın kapsamına dair yapacakları değerlendirmede, belirli ve tutarlı ölçütlerin bulunmaması nedeniyle tazminat miktarlarının belirsiz ve keyfi bir şekilde belirlenmesi olduğu ileri sürülmektedir. Bazı eyaletlerde bu sorunu aşmak için çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Mesela bunlardan biri (*per diem method*), belirli bir süre tedaviyi gerektiren cismani zararlar ile birlikte ortaya çıkan manevi zararlarda, belirli bir süre için sabit bir parasal tutarın belirlenmesi (*mesela bir gün için 10 dolar*) ve bunun zararın devam ettiği gün ile çarpılmasıdır. Şüphesiz burada da o süre için tutarın nasıl belirleneceği tamamen belirsizdir (GEISTFELD, s.782,783).

Manevi tazminat tutarları konusunda yapılan bazı ampirik araştırmalar, uygulamanın tamamen keyfi olmadığını, uğranılan zararın ağırlığı ile ciddi bir korelasyonun olduğunu göstermektedir (VISCUSI Kip, "Pain and Suffering in Product Liability Cases: Systematic Compensation or Capricious Awards?", *International Review of Law and Economics*, Vol. (1988), s.203-213; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.178; GEISTFELD, s.784). Her ne kadar bedensel zararın ağırlığı ve ciddiyeti ile manevi tazminat tutarları arasında bir ilişki olsa da (*dikkey eşitlik*), aynı veya benzer zararlar için tazminat tutarları farklılaşmaktadır (*yatay*

göre tazminat, zarar göreni *ex post* olarak haksız fiile kayıtsız hale getirmeli, yani faydasını tam olarak telafi etmelidir. Maddi zararlar da sorunsuz olarak uygulanan bu yöntem, bir taraftan etkin (*özenli*) davranışları teşvik etmekte, diğer taraftan zarar görenin zararını telafi ederek *pareto etkinliği* sağlamaktadır<sup>889</sup>. Fakat manevi tazminatın bu iki işlevi aynı anda yerine getirmesi mümkün gözükmemektedir. Değerleme güçlükleri bir yana, prensip olarak bazı değerlerin para ile ifade edilmesi imkân dışıdır (*mukayese edilemezlik*). Ayrıca değerlemenin mümkün olduğu hallerde, sigorta teorisi başlığı altında belirttiğimiz sorunlar ile karşılaşılır<sup>890</sup>. Özetle manevi tazminatın *ex post* tespiti ekonomik teori açısından teorik ve pratik açıdan sorunludur.

Öte yandan soruna ekonomik açıdan bakıldığı zaman, manevi tazminatın bu şekilde değerlendirilmesinin şart olmadığı görülmektedir. Tazminatın amacı kişilere etkin saik sağlamak suretiyle riskli davranışları düzenlemek olduğuna göre, *ex post* yerine *ex ante* telafi yaklaşım pekâlâ tercih edilebilir. Zira hukuk düzeninin kişiye etkin saik sağlaması için, davranışının *beklenen maliyetine* eşit bir sorumluluk yeterli olup, zarar görenin *ex post*

---

*eşitlik*). Yatay eşitliğin sağlanması için ise, mahkemelerin daha önceden verdikleri manevi tazminat hükümlerinin gözden geçirilmesi suretiyle, zarar ve tutarlar arasındaki ilişkiyi ortaya koyan cetvellerin oluşturulması ve bunların bağlayıcı olmayacak şekilde tatbik edilmesi önerilmektedir. Bu konuda çeşitli reform önerileri yapılmıştır (GEISTEFLD, s.792,793).

Örneğin bunlardan biri BLUMSTEIN, BOVBJERG ve SLOAN tarafından önerilmiştir. Yazarlar, yaptıkları araştırmada manevi tazminatın belirlenmesinde zararın ağırlığı ve kurbanın yaşı olmak üzere iki değişkenin temel alındığını belirlemiş ve bu değişkenleri baz alan bir cetvelin uygulanmasını önermişlerdir. Buna göre zarar türleri ağırlıklarına göre 1'den 9'a kadar kategorize edilmiş ve zarar görenin yaşına göre tazminat tutarları tespit edilmiştir (bkz. BOVBJERG Randall / SLOAN James / BLUMSTEIN James F, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering", Northwestern University Law Review, Vol. 83 (1989), s.908-975; ayrıca çeşitli öneriler için bkz. AGER, s.3 vd.; GEISTFELD, s.789-796).

<sup>889</sup> Bir kuralın pareto anlamında etkin olabilmesi için kimsenin daha olumsuz duruma sokulmadan, en az bir kişinin daha iyi konuma gelmesi şartı aranır (bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2/a). Haksız fiil hukuku *ex post* bir uygulamaya dayandığına göre, tazminat kuralı, zarar göreni haksız fiil öncesi fayda konumuna getirmelidir. Bu ise, zarar görenin ihlal edilen değer atfettiği değer belirlenerek tazminata eşitlenmesi ile mümkün olur.

<sup>890</sup> Zarar görenin servete atfedeceği değer azalması, tazminatın olağanüstü yüksek olmasına yol açar ve bu yukarıda ifade edilen olumsuzlukları beraberinde getirir. Mesela ölüm halinde herhalde böyle bir değer belirlemek mümkün değildir. Kişinin ölüm için kabul etmeye hazır olduğu tutarın genellikle "sonsuz" olduğu söylenebilir (*istisnai hallerde farklı olasılıklar da tasavvur edilebilir*). Keza ağır bedensel zararlar açısından da (*mesela koma, körlük, sakatlık vs.*) da benzer bir durum söz konusudur. Kişi bu türden bir zarara katlanmak için olağanüstü derecede yüksek bir tazminat talep edecektir. WTA yerine WTP değeri tercih edildiği bir olasılıkta ise, örneğin ölüm halinde, değerlendirme sahip olunan servet ile kısıtlanacağı için, kişi sonsuz değil, mevcut ve gelecekte elde etmesi muhtemel tüm serveti ödemeğe hazır olacaktır.

surette tam olarak telafi edilmesi gerekmez. Dolayısıyla “*manevi zararı*” değil, “*riskî*” esas olarak değerlendirilebilir. Peki, acaba manevi zarara neden olan davranışlar açısından bu yaklaşım yani “*riskin değerlendirilmesi*” daha mı avantajlıdır? *Ex ante* yaklaşım, manevi zararın değerlendirilmesine dair bir “*mucize*” yaratmasa da, en azından bazı zarar türleri için kolaylık sağlayabilir.

Bu durum şu şekilde açıklanabilir. Kişiler günlük yaşamda ölüm, yaralanma veya benzer riskler ile sıklıkla karşı karşıya kalır ve açıkça olmasa da, çeşitli davranışlar sergileyerek bunlara zımnen değer atfederler. Örneğin kişiler kullandıkları malların daha güvenli olması için, ilave para ödemeye razı olurlar veya riskli işlerde çalışan kişiler, bu risk için ilave bir prim (*daha yüksek ücret*) talep ederler<sup>891</sup>. İşte zarar değil, fakat kişinin riskten kaçınmak için ödemeye (*ya da riski üstlenmek için kabul etmeye*) istekli olduğu (*ilave*) tutar belirlenebilirse, değerlendirme faaliyeti mümkün hale gelir. Böylece *ex post* olarak prensipte değerlendirilmesi mümkün olmayan bazı değerler, “*zarar*” değil “*risk*” esas alınca para ile ifade edilebilmektedir<sup>892</sup>.

Görüldüğü üzere risk esas alınca, mukayese edilemezlik görüşü geçerliliğini yitirmektedir. Kişiler seçim yapmak durumunda kaldıklarında, zımnen de olsa, manevi ve ekonomik değerleri mukayese etmekte, hatta prensipte değerlendirilmesi mümkün görülmeyen manevi menfaatlere dahi bir değer atfetmektedir. Hatta bu çerçevede yaşamın dahi değerlendirilmesi mümkün olmaktadır<sup>893</sup>. Bu durumda yapılması gereken, kişinin risk karşısındaki seçimlerini gözlemektir. Gözlemden bir netice elde edildiği takdirde, manevi zararın parasal değeri ölçülebilir. Bu itibarla *ex ante* yaklaşım manevi zararın tespitine dair

---

<sup>891</sup> Günlük yaşamda kişiler, risk karşısındaki subjektif tercihlerini yaptıkları çok çeşitli seçimler ile açıklamaktadırlar. Örneğin daha güvenli bir yolculuk için daha pahalı bir araba ya da havayolu şirketinin tercih edilmesi, hırsızlık riski için çelik kapı takılması, yangın riski için duman detektörü kullanılması, hastalık riski için düzenli *check-up* yapılması gibi çeşitli davranışlar hep kişilerin hayatlarına ve vücut tamlıklarına attıkları değerler olarak düşünülebilir.

<sup>892</sup> Görüldüğü üzere burada değerlendirilen zararın kendisi değil, zarara muhatap olma ihtimalidir (*risk*). Zarar görenin, zarar öncesi bu riskten sakınmak ya da bu riski kabul etmek için ödemeye hazır olduğu para tutarı, manevi zarar ve tazminat konusunda akla yakın yegâne objektif ölçüttür.

<sup>893</sup> Esasen bu yöntem esas itibarla yaşam riskini konu almakta ve “*hayatın değeri*” (*statistical value of life*) adını almaktadır.

objektif bir yöntem öngörmekte ve hukuk tatbikatındaki boşluğu doldurmaktadır. Kişilerin tercihlerini esas alması ve içselleştirme amacına uygun olması itibarıyla bu yaklaşım teorik açıdan tutarlıdır. Ayrıca zarar görenin, haksız fiilden sonra, marjinal faydasında yaşadığı değişimin yol açtığı telafi sorunları burada karşımıza çıkmayacaktır. Nihayet ekonomik açıdan bakıldığında, bu şekilde belirlenen tazminat (*pareto koşullarını sağlamamakla birlikte*) KH açısından etkindir<sup>894</sup>. Nitekim bu avantajları nedeniyle ekonomik literatürde zarar ve tazminatın *ex ante* yaklaşıma göre belirlenmesi gerektiği yaygın olarak benimsenmektedir<sup>895</sup>.

### bb. *Ex Ante* Yaklaşımın Sakıncaları

Bu avantajlarına rağmen, bu yaklaşımın pratikte uygulanmasının sorunsuz olduğu düşünülmemelidir<sup>896</sup>. Her türlü manevi zarar açısından uygulanma kabiliyeti olmadığı gibi<sup>897</sup>, kişilerin risk karşısındaki tercihlerinin ortaya çıkarılması hiç kolay değildir. Özellikle zarar görenin subjektif tercihini belirlemek çoğu kez imkân dışıdır. Ayrıca

---

<sup>894</sup> Hatırlanacağı üzere öğretilerdeki etkinlik ölçütü genellikle *Kaldor Hicks* etkinliğidir (bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/3/a). Bu ölçüt ise, herhangi bir kural ya da uygulamadan fiilen zarar görenlerin telafi edilmesini gerektirmeyip, önemli olan yaratılacak artı değer potansiyel olarak olumsuz etkilenenleri telafi edecek büyüklükte olmasıdır. Yani riskli davranışta bulunan kişinin, neden olduğu riskten daha fazla beklenen fayda sağlaması yeterlidir.

Haksız fiil hukukuna bu pencereden bakıldığı zaman, zarar görenin fiilen telafisini esas alan bir uygulamanın varlığı şart değildir. Zarar verenin yaptığı faaliyet nedeniyle yol açması muhtemel tüm haksız fiillerden kaynaklanacak beklenen tazminat sorumluluğunun, tüm üçüncü kişiler üzerindeki maliyete eşit olması gerekli ve yeterlidir. Bu durumda zarar ve tazminat (*ex post ya da*) *ex ante* de belirlenebilir.

Bir parantez açıp, teorik açıdan *ex ante* tazminatın *pareto* açısından etkin kılınabileceğini de belirtelim. Bunun için ise, riskli davranışın kişinin, herhangi bir zarara neden olmasa bile, makul olmayan riske muhatap bıraktığı kişilere risk değerini ödemesi yeterli olur. Bu durumda zarar gören kişiden değil, riske maruz kalan kişilerin bu risk için tazmin edilmesinden bahsetmek gerekecektir. Hiç şüphe yok ki haksız fiil hukuku bir kenara, hukuk sisteminin riskleri telafi edecek bir kurumsal yapı ihdas etmesi mümkün değildir (krş FRIEDMAN, Fair Compensation, s.83; ARLEN, Wrongful Death, s.1120,1129 vd.).

<sup>895</sup> GEISTFELD, s. 779,804,805; SHAVELL, s.234; MICELI, s.76; COOTER/ULEN, s.369; SCHAFFER/OTT, s.246; POSNER, s.216 vd.; AGER, s.9; FRIEDMAN, s.101,102; LANDES/POSNER, s.187; FRIEDMAN, Fair Compensation, s.83; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.136; COOTER, s.1102; ARLEN, s.703,704; LEEBRON, s.355,356

<sup>896</sup> AGER, s.9; SCHAFFER/OTT, s.246,248

<sup>897</sup> *Ex ante* yöntem, daha ziyade cismani zararlar ve ölüm ile ilintili manevi zararlar açısından uygulama alanı bulur. Bunun dışında mesela kişinin resmi, adı ya da haysiyet ve şerefi üzerindeki menfaatlerine yönelen fiiller açısından uygulama alanı bulması güçtür. Nitekim literatürde bunu esas alan bir çalışmaya da rastlamadık.

tercihler hakkında bazı verilere ulaşılsa bile, bunların güvenilirliğinden şüphe duymak için haklı nedenler vardır. Zira yapılan araştırmalar, bilhassa düşük olasılıklı ve karmaşık riskler hakkında yaygın bilgi ve değerlendirme sorunlarının olduğunu ortaya koymaktadır<sup>898</sup>. Örneğin sıklıkla dile getirilen bir sorun, düşük ve yüksek olasılıklı risklerdeki değişim karşısında kişilerin farklı tepkileri arasında asimetri olduğudur<sup>899</sup>. Daha açık bir ifadeyle olasılık değeri yükseldikçe, kişinin riske attığı değer de katlanarak artmaktadır<sup>900</sup>. Bunun doğal sonucu, aynı zararın (*sadece olasılık değeri değişen*) farklı olay kurgularında farklı değerlendirilmesidir.

Bir başka sorun, riskin sadece manevi değil, aynı zamanda maddi boyutunun olması ihtimalinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda maddi zararın ayrıştırılması mümkün olmadığı ölçüde, değerlemenin, riskin her iki boyutunu da kapsamaması kaçınılmazdır<sup>901</sup>. Nihayet belki de *ex ante* yaklaşım ile ilgili asıl sorun, uygulanmasının çoğu kez olağanüstü bilgi gerektirmesi ve maliyetli olmasıdır<sup>902</sup>. Bu nedenle, daha ziyade düzenleyici kamu kurumları tarafından benimsenen bu yaklaşımın mahkemeler tarafından uygulanmasının isabetli olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışmalar sonucunda, doktrinde farklı

---

<sup>898</sup> MICELI, s.77; GEISTFELD, s.809,810,835; AVRAHAM, s.955; CALABRESI, s.206; LEEBRON, s.358

<sup>899</sup> AGER, s.10; LANDES/POSNER, s.187; GEISTFELD, s.834; ARLEN, Wrongful Death, s.1128 dpt.66

<sup>900</sup> Günlük yaşamdaki tecrübeler, kişilerin çok az miktardaki ekonomik kazançlar karşısında dahi, düşük olasılıklı ölüm veya benzeri ciddi zarar risklerine katlandığını göstermektedir (*trafikteki riskler karşısındaki toplumsal davranışlar herhalde bunun güzel bir örneğidir*). Fakat zararın gerçekleşme olasılığı (*özellikle ağır zararlar açısından*) arttıkça, kişinin bu riske katlanmak için talep edeceği tutar ya da riske attığı değer, büyüyen oranda artmaktadır. Bu çerçevede kişinin 0.01'lik bir ölüm riskinin 0.02'ye çıkması için talep edeceği tutar ile 0.90'lık bir riskin 0.91'e çıkması için talep edeceği tutar arasında fark olacaktır. Her iki durumda da riskteki değişim aynı olmakla birlikte, (0.01), riskin başlangıç seviyesindeki farklılık değerlemeyi etkiler. Başlangıç seviyesindeki risk yükseldikçe, risk değeri de artmaktadır. Bu durum aynı zararlar için, farklı risk seviyelerinde farklı değerlerin ortaya çıkmasına yol açar. Nitekim bu nedenle POSNER *ex ante* değerlemenin düşük olasılıklı riskler açısından uygulanmasının daha yerinde olduğunu belirtmektedir (POSNER, s.217)

<sup>901</sup> Esasen bu sorun, cismani zarar türleri ve cismani zararlar ile ölüm arasında da vardır. Kişinin can güvenliğini tehdit eden riskler, çoğu kez hem ölüm, hem de türlü cismani zararlara yol açarlar. Bu açıdan kişinin risk karşısındaki tercihinin bunlardan hangisine ve ne ölçüde yöneldiği sorusunu cevaplamak çoğu kez mümkün değildir. Risklerin ayrıştırılması sorunu olarak nitelendirebileceğimiz bu sorun karşısında önerilen bir yöntem, yaşama atfedilen değer belirlenmesi ve bunun üzerinden, cismani zararın kişinin hayat fonksiyonlarını ne ölçüde azalttığının belirlenerek, belirli bir yüzde hesabı ile değerlendirilmesidir (bkz. GEISTFELD, s.834).

<sup>902</sup> Mahkemelerin bu yaklaşımı (*ölüm riski açısından*) uygulamasının pratik açıdan mümkün olmadığına dair ARLEN, Wrongful Death, s.1132

değerleme yöntemleri önerilmiştir. Ayrıntılara girmeksizin bu yöntemleri kısaca belirtmekte fayda vardır.

### **bc. Çözüm Yöntemleri**

#### ***bca. Doğrudan Değerleme: Riski Kabul Etmek İçin Talep Edilen Tutar (WTA)***

İlk akla gelen ve teorik olarak ideal olan yöntem, *doğrudan* kişinin riski kabul etmek için talep ettiği tutarın belirlenmesi (WTA) ve değerlemede bunun esas alınmasıdır<sup>903</sup>. Tabiatıyla zarar görenin riske dair sübjektif tercihini bilmek mümkün olmayacağı için, değerlemenin “*objektif*” hale getirilmesi zaruridir. Riskin objektif olarak değerlendirilmesi ise, çeşitli şekillerde yapılabilir<sup>904</sup>. Örneğin hukuk uygulamasına paralel olarak, “*makul ve ortalama insan*” ölçütü esas alınabilir. Bu durumda zarar gören yerine, makul ve ortalama bir insanın riske atfetmesi muhtemel değer dikkate alınır. Bu yöntem, esnek olması itibarıyla değerlemeyi oldukça basitleştirir<sup>905</sup>. Ekonomi biliminde sıklıkla kullanılan bir başka yöntem ise, piyasalarda manevi zarar risklerine atfedilen değerden (*risk primi*) yola çıkarak değerlendirilmesidir<sup>906</sup>. Manevi zarara dair sigorta piyasasının

---

<sup>903</sup> Zarar ve tazminatın belirlenmesinde tercih ettiğimiz genel değerlendirme yaklaşımının mantıksal bir sonucudur (bkz. bu konuda yukarıda §4/II/B/a). Mademki hukuk düzeni zarar görenin menfaatini himaye etmektedir, o halde (*aynen ex post değerlemede olduğu gibi*) onun bu riske muhatap olma karşılığında kabul etmeye hazır olduğu asgari tutar esas alınmalıdır (WTA). Fakat hukuk ve ekonomi öğretisinde her zaman bu yaklaşımın tercih edildiği söylenemez. Krş. FRIEDMAN, Fair Compensation, s.85; ARLEN, Wrongful Death, s.1131; ARLEN, s.704,710 (Yazar iki taraflı riskler açısından ve zarar gören ile zarar veren arasında piyasa ilişkisinin olduğu hallerde değerlemenin WTP esasına dayanmasını önermektedir.).

<sup>904</sup> Örneğin yukarıda belirtilenlerin haricinde, anketler yardımıyla kişilerin atfettikleri değerlerin belirlenmesine çalışılabilir. Belirli sayıda anket yapıldığı takdirde, toplumun atfettiği ortalama değer hakkında fikir edinmek mümkün olacaktır (bu yöntemin sakıncaları hakkında bkz. GEISTFELD, s.836 vd.).

<sup>905</sup> GEISTFELD, (WTA) ve (WTP) esasına dayanan yöntemleri, zarar veren ile zarar gören arasında sözleşmenin bulunduğu ve bulunmadığı olasılıkları ayrı ayrı dikkate alarak değerlendirmektedir. Neticede, özellikle kişinin risk değerlendirilmesi ve algılamasında ortaya çıkabilecek sorunlar (*reference risk effect*) nedeniyle (WTP) yönteminin daha uygun olduğunu belirtmektedir (bkz. GEISTFELD, s.823-825). Öte yandan yazar bu değer, önleyici tedbir maliyeti esas alınarak değil, *makul bir kişinin doğrudan riski ortadan kaldırmak için ödemeye hazır olduğu tutardan* yola çıkarak her somut olayda ayrı belirlenmesini önermektedir (GEISTFELD, s.804 vd, özellikle 819 vd.).

<sup>906</sup> SCHAFFER/OTT, s.249; MICELI, s.76; FRIEDMAN, s.97; POSNER, s.216; CALABRESI, s.206

eksikliği nedeniyle, risk priminin tespiti, başka mübadelelere (*işlemlere*) dair verilerin incelenmesini gerektirmektedir.

Uygulamada sıklıkla emek piyasasından (*hizmet akitleri*) yararlanılır. Bu yöntemde ölüm, yaralanma gibi belirgin bazı riskleri olan mesleklerde çalışan kişilerin talep ettikleri (*WTA*) ilave ücretler (*risk primleri*) esas alınmakta ve buradan hareketle çeşitli risklere atfedilen ortalama değer belirlenmektedir. Ekonomi doktrininde bu konuda ciddi bir tecrübe ve birikiminin olduğu söylenebilir<sup>907</sup>. Şüphesiz bu konudaki ampirik araştırmalar çok farklı değişkeni dikkate almakta ve ne yazık ki bir hukukçu için karmaşık istatistik metotlarını ihtiva etmektedir. Fakat bu araştırmaların mantığını göstermek için, basit bir örnek verelim. Uluslararası taşımacılık yapan herhangi bir kamyon şoförünün talep ettiği ücret ile savaş sırasında Irak'a yolculuk yapacak bir şoförün talep ettiği ücret arasındaki fark esas alınarak, ölüm ve yaralanma gibi risklere atfedilen ortalama değer tespit edilebilir<sup>908</sup>.

Bu yöntemin yukarıda belirttiğimiz sorunları tamamen bertaraf etmediğini<sup>909</sup>, ayrıca kendine özgü bazı olumsuzluklar taşıdığını belirtelim<sup>910</sup>. Fakat her şeye rağmen

---

<sup>907</sup> Bu konuda çok sayıda çalışma vardır. Mesela bkz. VISCUSI W. Kip/ EVANS William N, “*Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications*” The American Economic Review, Vol. 80, No. 3. (Jun., 1990), s. 353-374; VISCUSI W. Kip, “The Value of Life Estimates With Risks By Occupation and Industry”, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:422, (2003); VISCUSI W. Kip/ALDY Joseph E., “The Value of Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World”, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:392, (2002); KAPLOW Louis, “The Value of Statistical Life and the Coefficient of Risk Aversion”, Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper no:426, (2003)

<sup>908</sup> Bu konuda örnekleri çoğaltmak mümkündür. Mesela normal bir kargo yükü ile yanıcı ve patlayıcı madde taşıyan kamyon şoförlerinin ücret farklılıkları da bu türden bir değerlendirmeye temel teşkil edebilir. Tabiatıyla bu yöntem, iki hizmet arasındaki risk değerindeki farkı belirlemeyi gerektirir.

<sup>909</sup> Yani düşük olasılık risklere dair bilgi sorunları ve irrasyonel tepkiler, bu yöntemde tamamen bertaraf edilmemekte, fakat çok sayıda kişinin tercihlerinin dikkate alınması nedeniyle bir ölçüde hafiflemektedir. Bkz. MICELI, s.76,77

<sup>910</sup> Bu yönteme dair iki soruna dikkati çekelim. İlk olarak Irak'a taşımacılık yapmayı kabul eden kişinin riske atfettiği değer, çeşitli nedenlerden dolayı, ortalamanın altında olması çok muhtemeldir. Bu durumda varılan sonucun toplumsal açıdan temsil kabiliyeti sınırlı olacaktır. İkinci olumsuzluk ise, söz konusu değer farklılıkları çok farklı değişkenlerden etkilenebilir. Örneğin Irak'a seyahat başka açılardan şoförler için cazip ya da maliyetli olabilir. Bu durumda mukayese açısından söz konusu risk faktörünün soyutlanması son derece önemlidir (MICELI, s.76; FRIEDMAN, s.97; GEISTFELD, s.833,834; CALABRESI, s.207).



manevi zararın değeri konusunda bir fikir vermekte ve bilgi (*ve idari*) maliyetlerinden önemli bir tasarruf sağlayarak *ex ante* değerlemeyi uygulanabilir kılmaktadır. Bu açıdan tatbikatta hâkimlerin bu araştırmalardan yararlanması ve somut zarar açısından araştırma sonuçlarının referans alınması isabetli olabilir.

### ***bc. Dolaylı Değerleme: Riski Önlemek İçin Ödemeye Hazır Olunan Tutar***

Yukarıdaki yöntemde risk değeri, manevi zarar riskinin telafisine atfedilen değer esas alınarak, yani *doğrudan* belirlenmiştir. Bu değer *dolaylı* olarak, yani kişinin riski önlemek için ödemeye hazır olduğu parasal tutar (*WTP*) esas alınarak da belirlenebilir<sup>911</sup>. Ölüm, yaralanma veya benzeri manevi zarar risklerini azaltan önleyici tedbirlerin neden olacağı maliyetler, risk değeri hakkında fikir verecektir. Bir örnek ile somutlaştıralım. Farz edelim ki kişi karşılaştığı bir ölüm (*ya da cismani zarar*) riski için önleyici tedbir almayı düşünsün. Eğer önleyici tedbir, 0.0003'lük bir ölüm riskini 0.0002'ye indiriyorsa ve kişi söz konusu tedbir için maksimum 100 YTL ödemeye hazır ise, yaşama atfettiği zımni değerin 3.000.000 YTL olduğu söylenebilir. Bu yöntem *Hand formülüne* paralellik arz etmesi ve ayrıca piyasadaki aktüel tercihlere dayanması itibarıyla, teorik açıdan tutarlı ve isabetlidir. Fakat bu yöntemin tatbiki de sorunsuz değildir. Bu yöntem ancak kişinin riski ve aldığı tedbirin risk üzerinde etkili olduğunu bildiği hallerde geçerli sonuçlar verebilir. Bu bilgiye sahip değilse, kişinin yaptığı seçimlerin esas alınması isabetli olmaz. Dolayısıyla bu yöntem, bilinebilen riskler açısından geçerlilik taşır.

Şüphesiz burada da sübjektif değil, objektif değerleme yapılması zorunludur. Bunun bir yolu yine piyasa işlemlerine başvurulması olabilir. Örneğin manevi zarar riskini belirli ölçüde azaltan önleyici tedbirler için, piyasada ortaya çıkan fiyatlar esas alınabilir. Bir başka yöntem, yine makul ve ortalama bir kişinin riski önlemek için ödemeye hazır olduğu varsayımsal tutarın belirlenmeye çalışılmasıdır. Doktrinde bir görüş, bu yöntemi

---

<sup>911</sup> LANDES/POSNER, s.188; AVRAHAM, Putting a Price, s.106 vd.; SCHAFER/OTT, s.246,247, 249; COOTER/ULEN, s.370; SHAVELL, s.234; CALFEE/WINSTON/VISCUSI, s.136; GEISTFELD, s.833,834

esas alarak, zararın *Hand formülüne* göre değerlendirilmesini önermektedir<sup>912</sup>. Buna göre eğer somut risk açısından makul ve özenli bir kişinin alacağı tedbir hakkında *apriori* bir yargı var ise, formüldeki denklem değerlendirme için de kullanılabilir<sup>913</sup>. Örneğin haksız fiilin belirli bir bedensel zarara yol açtığını, toplumda bu riskin nasıl bir tedbir alınarak önlenmesi gerektiğine dair bir fikrin olduğunu ve bunun da makul olduğunu kabul edelim<sup>914</sup>. Böyle bir durumda olasılık değeri (0.001) ve önleyici tedbirin maliyeti (100 YTL) hakkındaki bilgi var ise, cismani zararı hesaplamak hiç de zor değildir ( $100 \times 0.001 = 100000$  YTL)<sup>915</sup>. Dikkat edilirse bu yöntem ile elde edilen değer, toplumun riske atfettiği ortalama değerden farklı olabilir<sup>916</sup>. Zira burada esas alınan makul ve özenli bir kişinin risk hakkındaki algılaması ve normatif bir karaktere sahiptir<sup>917</sup>. Ayrıca bu yöntemin uygulanması için, makul önleyici tedbirin ne olduğunun bilinmesi ya da ekonomik olmayan bir yöntem ile tespitinin mümkün olması gerekir. Aynı anda hem *Hand formülüne* göre özenli davranış modeli, hem de manevi zarar miktarı belirlenemez.

---

<sup>912</sup> COOTER/ULEN, s.370,371; COOTER, s.1112

<sup>913</sup> Hukukun zorlaması olmadan, toplumun benimsediği önleyici tedbirler hakkında bkz. yukarıda §2/II/C/3/b/bc

<sup>914</sup> *Hand formülü*, özenli davranışı ve kişinin kusurlu olup olmadığını O, Z ve ÖM değişkenleri arasındaki ilişkiye göre belirliyordu (bkz. yukarıda §2/II/B/1). Denklemin buradaki uygulaması ise,  $Z = \frac{\text{ÖM}}{O}$  şeklinde olacaktır.

<sup>915</sup> Her ne kadar *Hand formülü* kusur sorumluluğunda uygulama alanı bulmaktaysa da, burada kusur ya da kusursuz sorumluluğun uygulanması fark yaratmaz. Her iki durumda da, söz konusu risk karşısında önce makul ya da özenli davranış modeli hakkında bir araştırma yapılır ve eğer böyle bir model var ise, bunun maliyetinden yola çıkarak zarar hesaplanabilir.

<sup>916</sup> COOTER'a göre, ortalama risk değeri ile makul ve özenli bir insan esas alınarak bulunan risk değeri genellikle örtüşürse de, iki nedenden dolayı aralarında bir fark oluşabilir. İlk olarak ortalama bir insan, riskli alternatifler ile karşılaştığı zaman algılama ve değerlendirme hataları yapabilir. Oysa makul ve özenli bir kişi bu tür hatalar yapmaz. Bu açıdan aslında hafif ihmalin belirlenmesinde model olarak alınan, "*dikkatli ve tedbirli*" insana benzetilebilir. Farka neden olabilecek diğer neden ise, insanların bir ölçüde bencil olması, yani sosyal ve ahlaki normları yeteri ölçüde içselleştirmemeleridir. Oysa makul ve özenli insan bu normları tamamen içselleştirmiştir. Dolayısıyla ortalama insan ile makul ve özenli insan arasındaki temel fark ikincisinin riskli davranışlar konusunda toplum için normatif bir model olmasıdır (COOTER, s.1113).

<sup>917</sup> Yazar, bu ölçütün sadece etkinlik değil, hakkaniyet ve adalet açısından da uygun olduğunu ileri sürmektedir. COOTER'a göre hakkaniyetin önemli bir prensibi, kişilerin başkalarından bekledikleri davranış kalıplarına, kendilerinin de uygun davranışları gereğidir. İşte yukarıdaki ölçüt kişilerin bu şekilde davranmasını sağlamaktadır. Kişi kendi manevi değerlerinin risk altında olduğu bir durumda nasıl tedbir alıyorsa, başkalarını risk altına sokarken de aynı tedbirleri almalıdır (COOTER, s.1115-1117).

#### 4. Genel Değerlendirme

Görüldüğü üzere hukuk ve ekonomi öğretisindeki tartışmalar, manevi zarar sorununa farklı bir bakış açısı getirmektedir. Zararın fayda temelinde tanımlanması, manevi ve maddi zarar arasındaki farka dikkati çekmekte ve manevi zararın fayda üzerindeki olası etkilerini ortaya koyarak, tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiği hususunda bazı ipuçları vermektedir. Buna göre haksız fiil, zarar görenin servetten sağlayacağı marjinal faydayı olumsuz etkilemediği sürece, *ex post* belirlenen nakdi tazminat teorik olarak kişiyi telafi edebilir. Yani zarar görenin faydasını fiil öncesi konuma getirmek olasıdır. Fakat tabii ki bu ihtimalde olağanüstü bilgi sorunları vardır ve zarara katlanmak için zarar görenin kabul etmeye hazır olduğu tazminat tutarının (*ex post WTA*) belirlenmesi pratikte hiç kolay değildir. Üstelik kişilik hakkı kapsamında korunan manevi menfaatler ile ekonomik değerlerin mukayese edilemez olduğu fikri kabul edilirse, bu zararın para ile telafisi imkân dışı olacaktır. Diğer taraftan haksız fiil zarar görenin servete atfettiği değeri olumsuz yönde değiştirirse, etkinlik tartışması bir yana, tazminatın kişiyi tam olarak telafi etmesi çoğu kez mümkün değildir. Özellikle haksız fiilin ağır manevi zarara yol açtığı hallerde ortaya çıkan bu durum karşısında, *ex post* yaklaşıma göre belirlenen tazminatın başka bir işlevi olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Fakat haksız fiil hukukuna atfettiğimiz asli amaç çerçevesinde, tazminat tutarının zarar görenin *ex post* telafisi esasına göre belirlenmesi şart değildir. Diğer olasılık, zararın değil, riskin esas alınarak değerlendirilmesi ve zarar görenin riski kabul etmek için ödemeye hazır olduğu bedelin belirlenmesidir. Bu durumda prensipte değerlendirilmesi mümkün olmayan pek çok manevi zarar türü, değerlendirilebilir hale gelmektedir. *Ex ante* tazminat olarak adlandırabileceğimiz bu yaklaşım, haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaca uygun olduğu gibi, ekonomik açıdan da etkindir. Ayrıca manevi tazminat tutarının belirlenmesine dair objektif bir yöntem öngörmekte ve hukuk tatbikatındaki boşluğu doldurmaktadır. Bir anlamda manevi zarar ve tazminatı, hesaplanabilir kılmaktadır.

Şüphesiz önerdiğimiz bu yaklaşım eksiksiz değildir. *Ex ante* yaklaşım tüm manevi zarar türleri açısından uygulanabilir olmadığı gibi, risk değerlerinin yerindeliği konusunda şüphe duymak için de haklı nedenler vardır. Ayrıca kişilerin risk karşısındaki tercihlerinin belirlenmesi ve bu bilgilerin güvenilir kılınması oldukça güç bir faaliyettir. Mahkemelerin ise bu faaliyet için uygun kurumsal yapı olmadığı iddia edilebilir. Fakat son tahlilde hâkimin kendisine yapılan talep neticesinde manevi zarara karşılık bir tazminat tutarına hükmetmesi zorunludur. Tazminatın belirlenmesinde teorik açıdan tutarlı ve yeknesak bir yöntemin olmadığı da göz önünde tutulursa, *ex ante* değerlendirme yönteminden yararlanmamak için bir neden yoktur. Üstelik ekonomi biliminde bu yaklaşımı esas alan araştırmalar yaygın bir şekilde yapılmaktadır. Bu konuda ciddi bir bilgi birikimi söz konusudur. Bu çalışmalarda varılan sonuçlar, yeknesaklaştırmayı sağlayacak şekilde manevi tazminat tutarı hususunda referans alınabilir. Böylelikle manevi tazminat hükümlerinin öngörülebilir olması ve bir ölçüde kişileri etkin davranmaya sevk etmesi mümkün olacaktır.

## **§ 5. Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık ve Hukuka Aykırılık Kavramının Ekonomik Analizi**

### **I. Türk Haksız Fiil Hukukunda Hukuka Aykırılık**

#### **A. Kavram ve Tartışmalar**

Zarar verenin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için aranan diğer bir şart, fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi "*haksız bir surette...*" demek suretiyle bu şartın aranacağını açıkça belirtmiş, buna karşılık hukuka aykırılığı tanımlamaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla (*aynen diğer şartlarda olduğu gibi*) bu kavramın tanım ve uygulama esasları, doktrin ve mahkemeler tarafından belirlenmektedir. Nitekim bu durum hukuka aykırılık konusunda (*sonucun ve davranışın hukuka aykırılığı görüşleri,*

*objektif ve sübjektif teoriler*) tartışmalara neden olmuş ve çeşitli nazariyeler ortaya atılmıştır<sup>918</sup>. Bu başlık altında bu tartışmalara kısaca değinilecek ve Türk hukukunda hukuka aykırılıktan neyin anlaşıldığı açıklanacaktır. Açıklamalara geçmeden önce aşağıdaki görüşlerin daha ziyade ihmal suretiyle verilen zararlar açısından önem taşıdığını, kasten verilen zararların hukuka aykırılığın tespitinde ve/veya sorumluluğun kurulmasında önemli bir sorun olmadığını belirtelim<sup>919</sup>.

Hukuka aykırılığı açıklayan ve bugün önemini kaybetmiş olan bir görüş, başkasının zarar görmesine neden olan her davranışı, sırf bu nedenle hukuka aykırı kabul eder. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi olarak da adlandırılan bu görüş, kişilerin başkalarına zarar verme hakkının olmadığını; dolayısıyla da zararın varlığı halinde “*haksızlığın*” (ve *hukuka aykırılığın*) gerçekleştiğini varsayar<sup>920</sup>. Bu görüşe göre; hukuk düzeni herhangi bir ayırım yapmadan her türlü menfaati himaye eder. Sadece eşyaya ve kişiye zarar veren değil, ekonomik zarara neden olan davranışlar da hukuka aykırıdır. Fakat zarar veren haklı bir sebebe dayandığını ispat edebilirse, davranış hukuka uygun olur. Dolayısıyla hukuka aykırılık analizinde davranışı hukuka aykırı kılan bir kuralın varlığından ziyade, başkalarına zarar verme yetkisi veren bir kuralın (*hukuka uygunluk normları*) olup olmadığı önem taşır<sup>921</sup>.

---

<sup>918</sup> Hukuka aykırılık kavramının tartışmalı olduğu hakkında bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.493; EREN, s.545; KIRCA, s.13; TANDOĞAN, s.17,18; ATAMER, s.74

<sup>919</sup> Mutlak hakkın kasten ihlal edilmesinin hukuka aykırı olduğu şüphesizdir. Burada hukuka aykırılığın, hakkın ihlalden kaynaklandığı söylenebileceği gibi, TCK.’daki özel hükümlere aykırılıktan doğduğu da söylenebilir. Zira kasten mutlak hak ihlalleri genellikle suç tipi olarak düzenlenmiştir. Kasten verilen ekonomik zararlar ise, özel koruma normları haricinde, bilhassa BK.m.41/2 hükmü nedeniyle daha yaygın olarak hukuki sorumluluğa yol açmaktadır. Dolayısıyla zarara kastî bir davranışın neden olduğu hallerde, hukukun daha geniş bir koruma sağladığı ve daha fazla değeri korumaya layık bulduğu söylenebilir. Hatta genel olarak kasten başkalarına zarar vermeme ödevinin varlığından bahsedilebilir. Belki de bunun yegâne istisnası piyasadaki rekabet sürecinde yaşanmaktadır. Rakip teşebbüsler rekabetin doğası gereği piyasa paylarını büyütme için, birbirlerine bilinçli olarak (*kasten*) zarar vermektedir (bkz. §2/I/B/1).

<sup>920</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.493; KIRCA, s.13,14; ATAMER, s.25; EREN, s.545; WIDMER, s.119; TANDOĞAN, s.17,18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476

<sup>921</sup> Nitekim bu görüş çerçevesinde hukuka aykırılık, zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmaması olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle Kanun’un lafzî bu görüşü destekler gözükmemektedir.

Görüldüğü üzere bu görüş hukuk düzeninin kural olarak başkalarına zarar vermeyi yasakladığını varsayar. Oysa günümüzde sosyal ve ekonomik hayattaki ilişkilerin bağımlılığı bu varsayımın gerçekçi olmadığına işaret etmektedir<sup>922</sup>. Özellikle ekonomik menfaatlere zarar veren davranışların hukuka aykırı sayılması, rekabetin himaye ve teşvik edildiği serbest piyasayı temel alan bir hukuk sistemi ile çelişkili olacağı gibi<sup>923</sup>, haksız fiil hukukunun uygulanmasını da oldukça güçleştirir<sup>924</sup>. Zira diğer şartlar (*kusur veya nedensellik*) ile sorumluluk sınırlanmadığı takdirde, sübjektif hukuka aykırılık görüşünün benimsenmesi, herkesin herkese tazminat davası açtığı bir kurgunun yaşanmasına yol açar. Bunun yargılama sistemi üzerindeki yükü (*idari maliyetler*) bir kenara, ticaret ve girişim özgürlüğü de sekteye uğrar. Öte yandan bu olumsuzluğun hukuka uygunluk normları ile düzenlenerek giderilmesi de pek mümkün değildir. Bu yaklaşım hukuka aykırılığı karmaşık hale getireceği gibi, sınırsız sayıda olasılığın kazuistik olarak düzenlemesi yasa yapma tekniği açısından uygun düşmez. Dolayısıyla bu görüş ne normatif, ne de pozitif açıdan isabetli görünmemektedir.

Pozitif hukukun temel yaklaşımı, açıkça yasaklanmadıkça davranış serbestisinin kabul edilmesidir. Bu çerçevede hukuk düzeni, başkalarına zarar verme yetkisi veren kurallar değil, zarara neden olan davranışların hangi hallerde hukuka aykırı olacağını öngörür. Nitekim bugün hâkim olan objektif teori sorunu bu şekilde algılamaktadır. Teoriye göre hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır<sup>925</sup>. Dolayısıyla başlı başına zarar vermek hukuka aykırı olmadığı gibi, kuralın görünürde ihlal edilmesi dahi başlı başına hukuka aykırılığa yol açmaz. Kuralın emredici olması ve davranışa (*hareket tarzına*) ilişkin olması (*davranış kuralı*)

---

<sup>922</sup> EREN, s.546

<sup>923</sup> Bkz. §4/II/B/2/e/ed/eda

<sup>924</sup> Bkz. genel olarak yukarıda §4/II/B/2 ve özellikle §4/II/B/2/d/da/dac

<sup>925</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.494; ATAMER, s.25,75; TANDOĞAN, s.18; WIDMER, s.119; KIRCA, s.14,15; EREN, s.546; KARAHASAN, s.106; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476. Bir diğer tanım ise şudur. Hukuka aykırılık malvarlığı veya şahıs varlığını doğrudan doğruya koruyan emredici bir davranış kuralının ihlalidir.

gerekir<sup>926</sup>. Öte yandan kuralın kaynağı önemsizdir, kamu ya da özel hukuk kuralı olabileceği gibi<sup>927</sup>, yazılı olmayan bir kural da olabilir<sup>928</sup>. Burada önemli olan ihlal edilen kuralın zarar gören değeri ve zarar göreni himaye etmesi gereğidir<sup>929</sup>. “Normun koruma amacı” kuramı olarak adlandırılan bu koşul<sup>930</sup>, haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık kavramının dar yorumlandığına işaret etmektedir<sup>931</sup>.

Objektif teorinin tanımını esas aldığımızda dikkati çeken bir nokta, haksız fiil hukukunun hukuki değerler arasında bir ayırım yaptığı ve her türlü değeri aynı şekilde himaye etmediğidir<sup>932</sup>. Buna göre hayat, vücut bütünlüğü, sağlık ve eşya gibi bazı hukuki değerleri daha üstün bir korumaya layık görülürken, salt ekonomik menfaatler daha sınırlı bir şekilde himaye edilmektedir<sup>933</sup>. Nitekim ilk gruptaki değerler mutlak hak kapsamındadır. Hukuk düzeni bu hak konusu değere zarar vermeme ya da müdahale etmeme yönünde topluma genel bir ödev yüklemektedir. Mutlak hak ya da temel koruma normlarının<sup>934</sup> himayesi dışında kalan menfaatlerin ihlali ise, bunları koruyan özel bir

---

<sup>926</sup> Buna göre ihlal edilen kuralın kişilere belirli bir şekilde davranmalarını ya da davranmamalarını emretmesi gerekir. Eğer norm bu türden bir emir ihtiva etmeyip, kuralların nasıl koyulacağı ve uygulanacağına ilişkin ise bu durumda haksız fiil hukuku anlamında bir hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Bu tür kurallar “teşkilat” ya da “organizasyon kuralları” olarak adlandırılabilirler (bkz. TANDOĞAN, s.18; EREN, s.550; KARAHASAN, s.125. Hukuk kurallarının sınıflandırılması hakkında bkz. GÜRİZ, s.120,127).

<sup>927</sup> Öte yandan herhalde davranışın bir kamu hukuku kuralını ihlal etmesi durumunda, normun koruma amacı özel bir önem taşır. Zira bu normlar, bireyleri zarardan koruma amacıyla değil genellikle toplumsal yarar gözetilerek ihdas edilmiştir.

<sup>928</sup> WIDMER, s.122,123; TANDOĞAN, s.25; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.478-480; EREN, s.550,551; KARAHASAN, s.107,108

<sup>929</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476; OĞUZMAN/ÖZ, s.494; TANDOĞAN, s.19; EREN, s.559;

<sup>930</sup> Bazı yazarlar bu kuramı, “hukuka aykırılık bağı” olarak adlandırmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476; aralarındaki fark ve terminoloji hakkında bkz. EREN, s.558,559; ATAMER, s.73).

<sup>931</sup> Doktrinde emredici bir hukuk normuna aykırı davranış “geniş anlamda hukuka aykırılık”, belirli hukuki değerleri zarar verici müdahaleden korumayı amaçlayan hukuk kurallarının ihlali ise “dar anlamda hukuka aykırılık” olarak adlandırılmaktadır.

<sup>932</sup> KIRCA, s.15

<sup>933</sup> Bkz. özellikle yukarıda §4/II/B/2/d/da/dac

<sup>934</sup> Mutlak hakları, üçüncü kişilerin saldırı ve müdahalelerine karşı korumayı amaçlayan davranış normları *temel koruma normları* olarak adlandırılmaktadır. Bunlar dürüstlük kuralına aykırı davranılmasını, başkasının öldürülmesini, vücut bütünlüğünün, sosyal kişiliğin, mülkiyet hakkının ve zilyetliğin ihlal edilmesini yasaklayan davranış kurallarıdır (bkz. KIRCA, s.15; EREN, s.553).

davranış kuralının varlığı halinde hukuka aykırılığa neden olur<sup>935</sup>. Esas itibarla salt ekonomik menfaatler açısından önem taşıyan bu ayırım çerçevesinde, bu menfaati ihlal eden bir davranış, özel koruma normuna<sup>936</sup> (*sağ hareket tarzı kuralları*) aykırı ise hukuka aykırı hale gelir. Özel koruma normları, bu manada sorumluluğun kurucu unsuru haline gelir.

Bu açıklamalar aslında hukuka aykırılığın ne zaman gerçekleştiği konusunda bir başka tartışmaya da ışık tutmaktadır. Objektif hukuka aykırılık teorisi yukarıdaki şekilde tanımlanırsa, mutlak hakların ihlali durumunda sonucun hukuka aykırılığı, salt ekonomik zararlar açısından ise, davranışın hukuka aykırılığı görüşü benimsenmiş olmaktadır<sup>937</sup>. Nitekim Türk hukukunda “*karma görüş*” olarak adlandırılan bu yaklaşımın genellikle kabul gördüğü söylenebilir<sup>938</sup>. Davranış mutlak hak (*kişilik hakkı, mülkiyet hakkı, fikri haklar*) kapsamında korunan bir değerın zarar görmesine neden olmuşsa, ayrıca bir kuralın ihlal edilip edilmediği önem taşımaz<sup>939</sup>. Hatta davranışın dolaylı sonuçlarının hak konusu değere zarar vermesi de hukuka aykırılık için yeterli görülebilir<sup>940</sup>. Şüphesiz davranış aynı zamanda bir hukuk kuralını ihlal etmiş olabilir. Fakat bu hallerde söz konusu kuralın özenli davranış modelini (*ya da kusuru*) düzenlemesi pek muhtemeldir<sup>941</sup>. Örneğin trafik

---

<sup>935</sup> KIRCA, s.15; ATAMER, s.26

<sup>936</sup> EREN, s.556

<sup>937</sup> WIDMER, s.120,121, KIRCA, s.17; ATAMER, s.27,30; EREN, s.557.

<sup>938</sup> ATAMER, s.30; EREN, s.557. Esasen şunu belirtmekte yarar vardır. Objektif teorinin tanımı dikkate alınır, Türk hukukunda norm nazariyesi olarak adlandırılabilir olan davranışın hukuka aykırılığı görüşü benimsenmiş gözükmemektedir. Nitekim bu görüş bazı yazarlarca da ifade edilmektedir (krş. KARAHASAN, s.106,107). Fakat mutlak haklar açısından aradaki farkın silik olduğu söylenebilir. Zira mutlak hak konusu değerın zarar görmesi halinde hukuka aykırılığın bu sonuçtan dolayı mı, yoksa mutlak hakkı ihlal etmeme yönündeki emredici kuraldan mı kaynaklandığı fark yaratmaz.

<sup>939</sup> Görüldüğü gibi mutlak hakkı ihlal eden fiiller açısından, subjektif ve objektif teoriler arasında herhangi bir fark gözükmemektedir. Fark, mutlak hak dışında kalan değerler ve belki de doğrudan mutlak hakkı ihlale yönelmeyen menfi davranışlar açısından ortaya çıkmaktadır (krş. ATAMER, s.26,27; EREN, s.547).

<sup>940</sup> Doktrinde verilen örneği zikredecek olursak, çöp yakan A'nın yaktığı ateş B'nin evine sıçrar ve yangına yol açarsa, A'nın fiilinin doğrudan B'nin mülkiyet hakkına yöneldiği söylenemez. Fakat yine bu fiil mülkiyet hakkının ihlali ile sonuçlanmıştır ve bu sonuç nedeniyle hukuka aykırıdır (OĞUZMAN/ÖZ, s.495). Hemen belirtelim ki olayların bir kısmında bu tür dolaylı ihlal ile olumsuz davranış arasındaki farklar silik olacaktır. Bu durumda sonucun hukuka aykırılığının yeterli olup olmadığı tartışılabilir.

<sup>941</sup> Şüphesiz bu şart değildir. Kural bazı hallerde mutlak hakkın koruduğu menfaatleri açıklığa kavuşturma gibi bir işleve sahip olabilir. Ayrıca bu konuda bkz. yukarıda §2/II/C/3/b/bc/bca; ayrıca Dördüncü Bölüm §1/IV



kurallarını ele alalım. Şüphesiz bunların pek çoğu, kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerini korur. Fakat bir trafik kazasında hukuka aykırılık bu kuralların ihlalden değil, mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasından kaynaklanır. Trafik kuralının ihlali ise, daha ziyade zarar verenin kusurlu olup olmadığının tayinine yarar<sup>942</sup>. Mesela kişi hız limitini aşmış ya da trafik ışıklarına riayet etmemiş, bu ancak onun özensiz davrandığına işaret edebilir<sup>943</sup>. Şüphesiz bu durumda da kuralda ifadesini bulan özenli davranış modeli ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağı ayrıca araştırılmalıdır.

Türk hukukundaki hâkim görüş benimsenirse, hukuka aykırılık ve bilhassa normun koruma amacı kuramının, esas olarak mutlak hakların<sup>944</sup> kapsamı dışında kalan ekonomik menfaatler açısından önem taşıdığı söylenebilir<sup>945</sup>. Bu menfaatlerin ihlali halinde, davranışın bir kuralı ihlal ettiği ve ayrıca bu kuralın “zarar gören menfaati” ve “zarar göreni” himaye ettiği özel olarak ortaya konmalıdır<sup>946</sup>. Bu gerek yansıma zararlar,

---

<sup>942</sup> Krş. TANDOĞAN, s.19,20

<sup>943</sup> Bu çalışmada kullandığımız terminoloji açısından özenli davranış modelini tanımlayan bu tür kuralları “regülasyon” olarak adlandırıyoruz (Bkz. İkinci Bölüm §2/II/B/2). Bu tür bir kuralın ihlal edilmesi, prensip olarak zarar verenin kusurlu davrandığına işaret ederse de, zararlı sonuç ile kuraldaki özenli davranış modeli arasında nedensellik olup olmadığı ayrıca tetkik edilmelidir (kusur sorumluluğunda mantıki nedenselliğin ele alınışı hakkında bkz. yukarıda §3/II/B/3). Örneğin kişi hız limitini aşmakla birlikte, trafik kazası tamamen başka bir nedenden mesela öndeki aracın aniden durmasından ya da frenlerin tutmamasından kaynaklanmışsa (*hız limiti kurallarına riayet etseydi dahi kaza olacaktı*), kural ihlali kusura işaret etmez. Olsa olsa idari para cezasının uygulanmasına sebebiyet verir.

<sup>944</sup> Zira mutlak haklar açısından, hakkın, kapsamı içerisindeki menfaati koruma amacıyla getirildiği konusunda bir tereddüt yoktur. Bu durumda hakkın kapsamı belirli olduğu sürece (*ki bu bazı haklar açısından belirsizlik vardır*), ayrıca hakkı ihdas eden normun amacına bakmaya gerek olmaz. Fakat bu gereklilik, eğer kabul edilirse, hakkın dolaylı ihlal edilmesi halinde ortaya çıkabilir. Bu durumda hakkın dolaylı da olsa ihlal edilmesini yasaklayan yazılı ya da yazısız bir normun varlığı şarttır. Nitekim bu durum olumsuz davranışlar başlığı altında ele alınmıştır (krş. ATAMER, s.76). Bkz. §5/I/B ve ayrıca §5/II/D

<sup>945</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.497; WIDMER, s.123; ATAMER, s.127

<sup>946</sup> Doktrinde verilen örneklerden bazıları ile sorunu somutlaştıralım. Günlük çalışma süresini düzenleyen bir normu ihlal ederek işçileri daha fazla çalıştıran ve bu suretle fazla üretimde bulunan bir işverenin bu faaliyeti, rakiplerinin salt ekonomik zarar görmesine yol açar. Rakipleri, bu zararlar için, işveren aleyhine fazla çalışma ve üretim dolayısıyla maruz kaldığı kazanç kaybı için tazminat davası açtığı takdirde, muhtemelen dava reddedilecektir. Zira sözü geçen norm, sadece normun işçilerin menfaatlerini korumaktadır. Burada sorumluluk açısından hukuka aykırılık şartı gerçekleşmemiştir. Burada rakibin zararı salt ekonomiktir ve bunun tazmin edilmesi özel bir koruma normunun varlığına ihtiyaç gösterir (bkz. yukarıda §4/II/B/2/d/da). Her ne kadar TTK.m.57 bu durumu düzenleyen bir norm içermekteyse de düşüncemize göre söz konusu norm dar yorumlanmalıdır (aksi görüş KARAHASAN, s.207).

Mesela bir diğer örnek, insan taşımacılığını konu alan bir yasa, otobüs taşımacılığını izne bağlamasına rağmen, bir otobüs işletmesi izinsiz bir şekilde faaliyete geçmekte ve aynı hatta güzergahta faaliyet gösteren

gerekse diğer tüm salt ekonomik zararlar açısından geçerlidir<sup>947</sup>. Nitekim kuramın Yargıtay kararlarındaki izdüşümü genellikle bu şekildedir<sup>948</sup>. Belirtelim ki doktrinde, normun koruma amacının daha geniş bir anlamı olduğu ve değerlendirmenin zarar gören ve ihlal edilen menfaatler haricinde, davranış açısından yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>949</sup>. Yani zararın meydana geliş biçimi, aynı zamanda ihlal edilen kuralın önlemeyi hedef tuttuğu biçime uygun olmalıdır<sup>950</sup>.

---

tren işletmesi zarara uğradığını iddia ederek devlet aleyhine dava açmaktadır. Burada Federal Mahkeme söz konusu kuralın amacını araştırmış ve normun sadece kişi taşımacılığında güvenliği değil, aynı zamanda malvarlığı menfaatlerini de himaye ettiğini kabul etmiştir. Bu durumda rakibin ekonomik menfaatlerinin olumsuz etkilenmesi halinde tazminat davası açabileceğini kabul etmiştir.

Buna karşılık mahiyeti itibarıyla çok da farklı olmayan bir başka olayda, piyasaya çıkarılacak elektrik sayaçlarını denetleyen (*muhtemelen kamu imtiyazına sahip*) bir dernek bu görevini gereği gibi ifa etmemiş ve yabancı ürünler düşük maliyetler ve fiyatlar ile satış yapmıştır. Rakipler bundan ekonomik kayba uğramış ve dernek ve konfederasyon aleyhine tazminat davası açmıştır. Mahkeme ise burada kuralın kişileri ve eşyaları elektrik akımından doğan zararlardan korumayı amaçladığını ve ekonomik menfaatleri korumadığını belirterek davayı reddetmiştir (örnekler için bkz. ATAMER, s.82,83).

<sup>947</sup> Bkz. §4/II/B/2/d/dc

<sup>948</sup> Kararlar için bkz. KARAHASAN, s.206-221, ayrıca 572 vd.

<sup>949</sup> ATAMER, s.84

<sup>950</sup> Normun koruma amacının bu yönü ile uygulanması hakkında bir çekinceyi belirtmekte yarar var. Bize göre normun koruma amacı çerçevesinde bu türden bir değerlendirme yapılması, hukuka aykırılık hakkında “*davranışın hukuka aykırılığı*” görüşünün benimsenmesi halinde mantıklı bir temel bulmaktadır. Fakat eğer “*sonucun hukuka aykırılığı*” benimsenirse (ya da belki de mutlak hakkın ihlal edilmesinin hukuka aykırılığa neden olduğu kabul edilirse) değerlendirmenin nedensellik bağı içerisinde yapılması daha anlamlı hale gelmektedir. Kısaca açıklayalım.

Bu kapsamda zikredilen örnekler incelendiği zaman, buradaki kuralların genellikle çeşitli riskler hakkında özenli davranış modellerini düzenlediğini, yani özen kodifikasyonu olduğu görülecektir. Mesela trafik kuralları genellikle bu türdendir. Doktrinde verilen örnekler tahtında somutlaştırmak gerekirse, bir Yargıtay kararına konu olan olayda, ağır vasıta sol şeridi ihlal yasağına aykırı davranmıştır. Trafik durduğu bir anda davacının arkasından gelen sürücü davalıya çarpmış ve davacı da öndeki ağır vasıtaya çarpmıştır. Burada Yargıtay sol şeridi ihlal yasağı ile zarar arasında uygun nedenselliğin olmadığını belirterek sorumluluğu reddetmiştir. Bu olayda bir hukuk normunun ihlal edildiği açıktır. Fakat bu norm, trafiğin hızlı akışı ve bu çerçevede ağır vasıtaların sol şeritten gitmesinin neden olabileceği riskleri azaltma amacı güder. Dolayısıyla bu kuralın haksız fiil hukuku yargılamasında önem taşıması, zararlı sonucun bu türden bir özenli davranış modeline aykırı davranılması nedeniyle gerçekleşmesi halinde mümkün olur. Oysa burada zararlı sonuç, emniyet mesafesi bırakılmasına dair özen kuralının ihlali neticesinde meydana gelmiştir. Dolayısıyla “eğer kusur sorumluluğu olsaydı”, bu kural diğer davalının özenli davranıp davranmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacaktı. Öte yandan davalı sol şeridi kullanmasaydı dahi, trafiğin durmasına bağlı olarak davacı önde bulunan bir başka araca çarpacak ve aynı zarar meydana gelecekti. Bu nedenle uyulmadığı ileri sürülen özenli davranış modeli ile zararlı sonuç arasında nedensellik yoktur. Benzer bir durumda ehliyetsiz olan ve/veya hız sınırını aşan bir sürücünün trafik kazasına karışması, kusurlu olmamasına rağmen sırf bu normların ihlali nedeniyle sorumlu tutulmasıdır. Bu gibi hallerde de söz konusu kuralların çeşitli riskleri azaltmak için yürürlüğe koyuldukları açıktır. Fakat zararlı sonuç ile bu kuralların uyulması şeklindeki özenli davranış arasında nedensellik yoktur (bkz. yukarıda §3/II/B/3).

## B. Olumsuz Davranışlar ve Hukuka Aykırılık

Salt ekonomik zarara neden olan davranışlar dışında hukuka aykırılığın özel önem taşıdığı diğer bir hal, “*olumsuz (menfi) davranışların*” durumudur. Kişinin hareketsiz kaldığı bir durumda da, hukuken bir davranışının olabileceği ve bunun hukuka aykırı sayılabileceği kabul edilmekle birlikte, bunun nasıl ortaya çıktığı tartışmalıdır. Türk hukukunda genel kural, kişilere başkalarına gelebilecek zararları önleme hususunda genel bir davranış ödevinin (*duty of care*)<sup>951</sup> yüklenmediği yönündedir<sup>952</sup>. Yani olumlu bir davranışı olmayan, fakat zararı önleyebilecek konumda olan bir kimsenin hareketsiz kalmış olması, kural olarak sorumlu tutulmasına imkân vermez. Zira burada bir mutlak hak veya bir davranış kuralı ihlal edilmemiştir. Sorumluluğun doğması için hukuk düzeninin, zarar göreni zarardan korumaya dair davalıya bir ödev yüklemiş olması şarttır<sup>953</sup>. Sözleşmeden kaynaklanan haller bir kenara, bu ödev çoğu kez açık bir kanun hükmünden kaynaklanır. Mesela BK.’da düzenlenen bina malikinin sorumluluğu (*BK.m.58*), objektif özen ödevi yükleyen (*MK.m.369, BK.m.55,56*) hükümler ve hatta dürüstlük kuralına aykırı bazı davranışlar<sup>954</sup> buna örnek olarak gösterilebilir. Tabiatıyla diğer kanunlarda da benzer

---

<sup>951</sup> ABD hukukunda “*özen ödevi*” kavramı, haksız fiilin sorumluluğunun bir şartı olarak ele alınmaktadır ve davalının davacıya karşı böyle bir ödevinin olup olmadığı her olayda araştırılmaktadır. Tabiatıyla bu araştırma daha ziyade olumsuz davranışlar açısından karşımıza çıkmaktadır. Ortak hukukta olumsuz davranışın sorumluluğa yol açması için, Türk hukukuna paralel olarak ayrıca ödev yükleyen bir kuralın varlığı aranmaktadır (GLANNON, s.198 vd.).

<sup>952</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.498,499; ATAMER, s.25; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.476; TANDOĞAN, s.13; KARAHASAN, s.109; EREN, Uygun İlliyet, s.137; ayrıca 4. HD. 11/4/1989 T., 2654 E., 3367 K.)

<sup>953</sup> Mutlak hak ile korunan değerler açısından, zararın varlığının hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi için yeterli olmaması, hakkın sağladığı himayenin kapsamı ile ilgilidir. Temel düşünceye göre haklar ancak başkalarına olumlu davranışlar ile hak konusu değeri ihlal etmeme ödevi yükler. Bu bir “*kaçınma*” ödevidir. Yoksa başkalarının haklarının bir değerinin ihlal etmesini veya hak konusu değerini hak sahibinin kendi davranışları ile zarar görmesini, müspet bir davranış ile önleme ya da belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirilmez. Bunun doğal sonucu ise, olumsuz davranışlar için (*mutlak hak ihlaline bağlı*) sonucun hukuka aykırılığının (*ya da mutlak hakkın ihlalini önleme ödevinin ihlalinden dolayı hukuka aykırılığın*) geçerli olmamasıdır.

<sup>954</sup> Doktrinde dürüstlük kuralının da kişilere belirli bir şekilde davranma ödevi yükleyebileceği kabul edilir. Bunun tipik örneği ise, akit olmaksızın bir diğerine doğru bilgi verilmesi yükümlülüğüdür (TANDOĞAN, s.16; KARAHASAN, s.121; krş. OĞUZMAN/ÖZ, s.499; ATAMER, s.25).

hükümler yer almaktadır<sup>955</sup>. Örneğin TCK. m. 97 ve 98 kendini idare edemeyecek durumda olan kimseleri zarardan koruma ödevi yüklemektedir<sup>956</sup>. İşte tüm bu kurallar, normun koruma amacı süzgecinden geçirilmek kaydıyla<sup>957</sup>, herhangi bir davranışı olmayan kişinin, bu nedenle sorumlu tutulmasına imkân vermektedir.

Açık kanuni düzenlemeler bir kenara, doktrin, içtihatlar yoluyla da mahkemelerin belirli bir şekilde davranma ödevi öngörülebileceğini kabul etmektedir<sup>958</sup>. Buna verilen temel örnek ise, “başkalarının hukuki varlıkları için tehlikeli durum yaratmama ödevidir” (tehrlike kuralı). Başkaları için makul, kabul edilebilir seviyenin üzerinde tehlikeli durum yaratan kişilerin, bunun yol açabileceği riskleri önleme ödevi olduğu kabul edilmektedir<sup>959</sup>. Örneğin patlayıcı maddeler ile çalışan, inşaat yapan ya da zehirli maddeleri depo eden kişilerin, kendi mülkiyet veya zilyetliğinde olan taşınmaz üçüncü kişilerin geçişine açanların, olası zararlı sonuçları önlemek için tedbirler almaları beklenir. Burada bizatihi faaliyetin hukuka aykırı olmadığı, hukuka aykırılığın yaratılan durumun tehlikelerinin azaltılmamasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Bu görüş kabul edilirse, kusur ile

---

<sup>955</sup> Düşüncemize göre, esasen özenli davranış modelini düzenleyen güvenlik regülasyonlarının olumsuz davranışlar açısından bu türden bir ödev öngördüğünü kabul etmek gerekir.

<sup>956</sup> Terk başlığını taşıyan TCK.m.97: “Yaşı ve hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre ceza hükmolünür.” şeklinde bir hüküm öngörmektedir. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi başlığını taşıyan TCK.m.98 ise daha geniş bir ödev yükler. Buna göre: “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 bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür”. Ceza Kanunu’nda bu iki hüküm dışında da, belirli bir şekilde davranma ödevi öngören hükümler vardır (örneğin TCK.m.233, 279,280).

<sup>957</sup> Örneğin TANDOĞAN Ceza Kanunu’nda yer alan bu iki normun (en azından eski haliyle) haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağını belirtmektedir. Müellife göre cezai yaptırımlar bu hususta yeterlidir (TANDOĞAN, s.14,15). Fikrimize göre bu normlar açıkça başka kişilere tehlike altında bulunan ya da yardıma ihtiyacı olan kişilere karşı belirli bir şekilde davranma ödevi yüklemekte ve normların koruma amacı açısından ihlal, sorumluluğa yol açacak nitelik arz etmektedir. Fakat bilhassa diğer kanunlarda düzenlenen bu tür hükümlerde normun koruma amacı özellikle değerlendirilmelidir.

<sup>958</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.480; WIDMER, s.123,124; KARAHASAN, s.113

<sup>959</sup> TANDOĞAN, s.15,25; OĞUZMAN/ÖZ, s.499; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.480; EREN, s.551; WIDMER, s.125; KARAHASAN, s.113

hukuka aykırılık büyük ölçüde birbirine geçmektedir<sup>960</sup>. Nitekim aksi bir görüş, bu hallerde hukuka aykırılığın tehlikenin azaltılmamasından değil, mutlak hakkın ihlalinden kaynaklandığını, tehlike kuralının ise kusur ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir<sup>961</sup>. Zira zarar doğmaksızın bu kuralın ihlal edilmesi hukuka aykırılığa neden olmaz. Zararın varlığı ise, zaten mutlak hakkın ihlal edildiğine işaret edecektir. Şüphesiz bu düşünce, zımnen de

---

<sup>960</sup> Davranışın hukuka aykırılığının kabul edildiği hallerde, özenli davranış modeli ve hukuka aykırılık büyük ölçüde karıştırılmaya müsaittir. Fakat (*diğer farklar haricinde*) bu somut durum açısından aralarındaki en önemli fark, hukuka aykırılığın başkalarına karşı zararı önleme hususunda bir davranış ödevi öngörmesi (*zarar görene karşı özenli davranarak riski önleme ödevi*) ve kusurun ise, bu davranışın nasıl olduğunu (*somut önleyici tedbir*) belirlemesidir. İlki (*hukuka aykırılık*) olmadan, kusurdan bahsetmek de anlamsız olmaktadır. Farkı belirtmek için şöyle bir kurgu düşünülebilir. Herhangi bir şekilde müspet davranışı olmayan kimse, özenli davranıp davrandığına bakılmaksızın zararlı sonuçtan da sorumlu tutulabilir. İşte bu durumda hukuk düzeni kişiye başkalarını zarardan koruma ödevi yüklediği gibi, bu ödevin kusursuz sorumluluk esasına dayandığını öngörmüş olmaktadır. Dolayısıyla davranışın hukuka aykırılığı teorisi açısından, burada hukuka aykırılık başkasının zarar görmesini önlemek üzere özenli davranma ödevinin ihlal edilmesidir.

Diğer taraftan sonucun hukuka aykırılığı görüşü benimsendiği takdirde aslında mesele biraz daha basit ifade edilebilir. Burada hukuka aykırılık iki ayrı aşamada ortaya çıkmaktadır. İlki, olumlu davranışı olmayan kişinin zararlı sonucu önleme ödevinin varlığının kabul edilmesi, ikincisi ise, zararlı sonucun doğumu ile mutlak hakkın ihlal edilmesidir. Bu iki şart olmadan, olumsuz davranışta bulunan kişinin sorumlu tutulması mümkün olmaz.

<sup>961</sup> Bu konuda tartışılan tipik örnek, çukur açan kimsenin başkalarının bundan zarar görmemesi için gereken tedbirleri alması şeklinde bir davranış yükümlülüğünün olduğudur. Örneğin kişi somut olayın özelliğine göre bir tabela koymalı, etrafını çevirmeli ya da aydınlatma koymalıdır. Şüphesiz bu saydıklarımız somut olaydaki özenli davranış modeline, yani kusura ilişkindir. Hangi davranışın uygun olduğu ise, *Hand formülüne* göre belirlenebilir. Burada hukuka aykırılık, (*hukuka uygun bir davranış-çukur açma eylemi- ile*) tehlikeli durumu yaratan kimsenin, zarar göreni zarardan koruma ödevini ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğun dayandığı genel ilke “*kusur*” olduğuna göre, tehlikeli durum yaratan kimseye yükletilen ödev, başkalarına karşı *özenli davranma ödevinin ihlali* olmaktadır. Eğer temel ilke kusursuz sorumluluk olsa idi, buradaki ödev sonuçtan sorumluluk olacak; yani çukurun neden olabileceği tüm zararlardan, bunu açan kişiyi sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

Öte yandan burada diğer bir görüş, zararlı sonuç ile birlikte mutlak hakkın ihlal edildiği ve bu nedenle de hukuka aykırılık şartının gerçekleştiğini ileri sürmektedir. Burada tedbir alıp almama kusurla ilgilidir (OĞUZMAN/ÖZ, s.499; krş. EREN, s.552; aynı yönde bir karar için bkz. Yarg. HGK. 7/11/1962 T., 35 E. 41 K.). Bu düşünce ancak, kişinin geniş anlamda da olsa olumlu bir davranışı (*çukur açmak*) olduğunun kabulü ile geçerli olmaktadır. Aksi halde, yani burada olumsuz bir davranışın olduğu kabul edilirse, o zaman salt mutlak hakkın ihlal edilmiş olması yukarıda belirttiklerimiz çerçevesinde yeterli olmayacaktır. Tabi bir diğer olasılık, yazarlar tarafından herhangi bir şekilde belirtilmemekle birlikte, herhangi bir davranışı olmayan kimselere “*kusur*” kavramı çerçevesinde diğerlerini zarardan koruma ödevinin yüklenebileceğinin kabul edilmesidir. Gerçi kusur kavramı son tahlilde kişileri belirli şekillerde davranmaya sevk eder. Yani kişinin olumlu bir davranışı ile zarar verdiği bir kurguda kusurlu olması (*örneğin ihmal içerisinde davranması*), belirli bir şekilde davranması gerekirken bunu yapmaması anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla kusur kavramı mahiyeti itibarıyla belirli bir şekilde davranılması gerekirken, bunun yapılmamış olduğunu ima eder. Fakat Türk hukukunda son derece yerinde olarak herhangi bir davranışı olmayan kişinin, zarar göreni zarardan koruma gibi bir ödevinin olmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda olumsuz davranışlar açısından öncelikle davalının davacıya karşı bir ödevinin olup olmadığı belirlenmelidir ki, bu hukuka aykırılık ile ilgili bir araştırmadır.

olsa bir olumlu bir davranışın varlığını kabul etmekte ve mutlak hakkın bu şekilde ihlal edildiğini varsaymaktadır<sup>962</sup>. Yoksa tamamen hareketsiz olan bir kişinin zararlı sonuçtan sorumlu tutulması, ancak hukuk düzeninin o kişiye zararı önleme ödevi yüklemesi halinde mümkün olur<sup>963</sup>.

Bu tartışmaların belki de asıl önemi, zarar görene karşı, müspet davranışı ile zarar veren kişi dışında, kim ya da kimlerin de sorumlu tutulabileceğinin belirlenmesinde kendini göstermektedir. Zira çoğu kez, doğrudan zarar veren haricinde başkaları da zararı önleyebilecek durumda olur. İşte bu kişilerin zararlı sonuçtan sorumlu tutulup tutulmayacağı sorunu, zarar görene karşı bir ödevinin olup olmadığına bağlıdır ve bu nedenle de hukuka aykırılık ile ilgilidir. Kanun koyucu bu halleri genellikle açık bir hüküm ile düzenlemiş (BK.m.55) olmakla birlikte, tartışmalar, içtihatlar yoluyla da bu tür bir ödevin yüklenebileceğine işaret etmektedir<sup>964</sup>. Doktrinde tartışılan bir Yargıtay kararı<sup>965</sup> ile bu ifade ettiklerimizi somut hale getirelim.

---

<sup>962</sup> Her ne kadar bu görüş tutarlı gözüксе de, bu kapsamda verilen örnekler dikkate alındığı zaman geniş anlamda bir faaliyetin varlığından da bahsedilebilir. Örneğin patlayıcı maddeler ile çalışan veya inşaat yapan ve hatta çukur açan kişinin, geniş anlamda bir faaliyeti vardır ve burada tam anlamıyla bir olumsuz davranışın olmadığı söylenebilir. Kişinin bu faaliyeti başkalarına zarar vermeyecek şekilde yapmak şeklinde bir özen borcu vardır ve bunun yerine getirilmeyerek zarar verilmiş olması, kusurlu bir şekilde hukuka aykırı sonuca (*mutlak hakkı ihlal etmeye*) yol açar. Görüldüğü üzere soruna bu şekilde bakıldığı zaman, tehlike kuralına herhangi bir ihtiyaç kalmaz. Nitekim doktrindeki bazı görüşler de bu şekilde izah edilebilir (OĞUZMAN/ÖZ, s.499).

<sup>963</sup> Bir kişinin ne zaman hareketsiz olduğu konusundaki tartışmalarda “*mutlak hakkın dolaylı ihlali*” kavramı yol gösterici olabilir. ATAMER Alman hukukundaki tartışmalardan hareketle, tamamen hareketsiz kalınması ile geniş anlamda kişinin bir faaliyetinin olduğu ve fakat bunun mutlak hakkı ihlale yönelmediği halleri birbirinden ayırmakta ve ikincisinde “*mutlak hakların dolaylı ihlal edildiğini*” kabul etmektedir. Doğrudan ihlal halinde, bir insanın fiili sonucunda araya başka bir sebep girmeden mutlak hak konusu değer zarar görmektedir. Dolaylı ihlallerde zararlı sonuç davranış sürecinden bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Mutlak hakların dolaylı ihlal edilmesi ise mutlak hakları ihlal olasılığı doğuran bir tehlikenin yaratılmasıdır. İşte bu ikinci olasılıkta da, ilkine paralel olarak, davranışı hukuka aykırı hale getiren; daha doğrusu davalıyı davacıya karşı özenli davranmaya sevk eden bir normu bulmak gerekmektedir (ATAMER, s.14 vd. ayrıca 76 vd).

<sup>964</sup> Öte yandan herhalde zararı önleme konusunda ödevi olduğu kabul edilen olumsuz davranan davalıyı, içtihatlar yoluyla *kusursuz sorumlu tutmak* mümkün değildir. Burada sadece zararın önleme konusunda özen ödevi yüklenebilmektedir. Fakat pekâlâ bu bir kanun hükmü ile yapılabilir (KTK.m.85/1).

<sup>965</sup> Yarg. 4. HD. 13.9.1988 T. 4147 E. 7408 K.

Davaya konu olayda davacı davalının balkonuna yaptırdığı demir parmaklıkların hırsızlığı önemli ölçüde kolaylaştırdığını, dolayısıyla hırsızlığın sebep olduğu zarardan sorumlu olduğunu ileri sürmektedir. Yargıtay meseleyi esas olarak nedensellik açısından tartışmakla birlikte, kusuru da ele almış ve parmaklıkların o şekilde yapılmasının hafif kusur teşkil ettiğini belirtmiştir. Karar, doktrinde hukuka aykırılığın tartışılmaması nedeniyle eleştirilmekte ve davalının hukuka aykırı bir davranışının olmadığı, böyle bir durumda ise kusurlu olamayacağı belirtilmektedir<sup>966</sup>. Tabiatıyla parmaklık yapılması, hukuka aykırı bir davranış değildir<sup>967</sup>. Fakat bu davranışın da zararlı sonucun gerçekleşmesini kolaylaştırdığı, yani hırsızlık riskini arttırdığında şüphe yoktur. Sorun riski (*zararın doğmasını*) önleyebilecek olan davalının, davacıya karşı riski önleme ödevinin olup olmadığıdır. Eğer bu türden bir ödev yoksa hukuka aykırılığın olmamasından dolayı sorumluluğa hükmedilemez<sup>968</sup>.

Bu konuda açık bir düzenleme olmadığını düşünürsek, genel ilkeler (*tehlike ilkesi*) ve özellikle komşuluk hukuku çerçevesinde davacıya bu türden bir ödev yüklenmesinin mümkün olup olmadığı, daha da ötesi bunun isabetli olup olmadığı değerlendirmelidir. Şüphesiz bu daha ziyade hukuk politikası meselesidir. Düşüncemize göre bu noktada belirleyici olan, komşuların birbirlerine karşı bu türden genel bir ödevi olduğunu öngörmenin sosyal açıdan arzu edilir bir kural olup olmadığıdır. Özellikle böyle bir kuralın öngörülmesinin ileride ne gibi bir etki yaratacağı önem taşır. Herhalde bunun arzu edilir olduğu ve komşuluk hukuku kurallarının da bu tür bir prensibi haklı kılabileceği söylenebilir<sup>969</sup>. Yargıtay, kararında bu meseleyi tartışmamış olması itibarıyla hatalıdır. Öte

---

<sup>966</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.497

<sup>967</sup> Burada (*kasti davranışı ile*) doğrudan zarara sebep olan ve komşunun mülkiyet hakkını ihlal eden hırsızdır. Nitekim hırsız haksız fiil ve ceza hukuku çerçevesinde sorumludur.

<sup>968</sup> Şüphesiz davalının demir parmaklık yapma gibi bir eylemi söz konusudur. Hatta bu eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağı da mevcuttur. Fakat düşüncemize göre bu tür bir eylemin zararlı sonuç açısından dolaylı etkisinin olduğu hallerde, bizatihi mutlak hakkın ihlal edilmiş olması hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Bu tür bir durumda mutlak hakkı ihlalden koruma gibi bir ödevin varlığı ayrıca araştırılmalı ve akabinde sonuca varılmalıdır.

<sup>969</sup> Komşuların diğerlerine karşı zarar tehlikesini azaltma ödevinin olduğunun kabul edilmesi ekonomik açıdan da isabetli gözükmemektedir. Zira bu sorumlu kişilerin çevresini objektif ölçütler (*komşular*) çerçevesinde belirlemekte ve daraltmaktadır (bkz. aşağıda §5/II/D).

yandan bu tür bir ödevin olduğunu kabul ettikten sonra, kusur ikinci aşamada tartışılmalıdır. Davalının bu özen ödevini ihlal edip etmediğini belirlerken ise, *Hand formülünden* yararlanılabilir<sup>970</sup>.

### C. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Nihayet hukuka aykırılık bahsi içerisinde son olarak “*hukuka uygunluk nedenleri*” üzerinde kısaca duralım. Bazı hallerde hukuk düzeni temel ya da özel koruma normunu ihlal ederek hukuki değere müdahale eden bir davranışı hukuka uygun kabul edebilir. Burada hukuk düzeni bir anlamda bu davranışa izin vermekte ya da bir başkasının hukuki değerine müdahale etme yetkisi tanımaktadır<sup>971</sup>. Bunun altında yatan düşünce, genellikle, zarar veren<sup>972</sup> ile zarar görenin çatışan menfaatleri karşısında, zarar verenin menfaatinin üstün tutulmasıdır. Örneğin basının, kişilik hakkı kapsamında korunan hukuki değerlere müdahale etmesine rağmen, kamunun haber almadaki yararı gözetilerek müdahalenin

---

<sup>970</sup> Yargıtay A'nın hafif kusuru olduğunu belirtmiştir. Karar'a göre kusur kınanabilen bir davranıştır ve “... Kınanabilmenin sebebi, başka tür davranılması zorunlu ve mümkün iken, o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi davranmış olmasıdır...Özellikle bu koruma önleminin dış duvara değil, balkon içindeki duvara yapılması veya dışa yapılırsa bile hırsızın kullanmasına mani olabilecek önlemlerin alınması olanağı vardır.” Bu ifadeler ışığında, Yargıtay parmaklıkların farklı, yani davacıya zarar vermeyecek şekilde yapılması olanağı varken, yapılmamış olmasını kusur için yeterli saymıştır. Yargıtay'ın verdiği tanım ve akabinde yaptığı değerlendirme mantıklı görünmekle birlikte, yol gösterici olmaktan uzaktır. Son tahlilde kişinin zarar öncesi çoğu kez zarar vermeyecek şekilde davranması mümkündür. Mesela parmaklık yapmazsa, hırsızlık riski de artmayacaktır. Sorun hangi farklı davranışın zorunluluk teşkil edeceği ve bunun nasıl belirleneceği noktasındadır. Nitekim bu, somut olayın gerektirdiği özenin belirlenmesi sorunsalından farklı değildir.

İşte bu noktada *Hand formülü* yol gösterici olabilir. Sorun farklı davranışın maliyeti ve bunun risk değerinde sağladığı azalmanın mukayese edilmesi ile çözümlenebilir. Eğer farklı bir davranışın maliyeti, hırsızlığın neden olabileceği beklenen zararda sağladığı azalmadan az ise, davalının bu davranışı gerçekleştirmemiş olması kusurun varlığına işaret eder (*OZ>ÖM*). Formül açısından belirleyici olan unsur özen maliyetidir. Yargıtay özenin niteliksel boyutunu ele almış ve parmaklığın başka türlü yapılma olasılığı bulunduğunu belirtmiştir. Bu durum karşısında özen maliyeti, parmaklığı hırsızlık riskini arttırmayacak şekilde yapmanın neden olacağı maliyetin YTL olarak ifadesi olacaktır. Bunun ise çok maliyetli olmadığı görülmektedir. Öte yandan zarar, bu türden bir hırsızlık olayının neden olabileceği maddi ve manevi maliyetlerin YTL cinsinden ifadesidir ki bunun düşük olmadığı söylenebilir. Olasılık ise parmaklığın bu şekilde yapılmasının hırsızlık riskine etkisidir. Eğer parmaklığın hırsızlığı kolaylaştırmayacak şekilde yapılmasının maliyeti, hırsızlık riskini önemli ölçüde azaltıyorsa, yani *OZ>ÖM* ise, davalının kusurlu olduğu söylenebilir. Karar'daki ifade de bu türden bir sonuca elverişlidir. Karar'a göre: “...*balkona yapılan parmaklığın hırsızlık olayının oluşmasını kolaylaştırdığı, önemli ölçüde arttırdığı kabul edilmelidir...*”.

<sup>971</sup> Krş. TANDOĞAN, s.30

<sup>972</sup> Burada zarar verenin faaliyetinden toplum yararlanıyorsa, aslında çatışan menfaatler zarar görenin özel menfaati ile kamu menfaati olmaktadır.



hukuka uygun kabul edilmesi, hukuka aykırılık tahtında menfaatlerin nasıl tartıldığını açıkça göstermektedir. Kamu yetkisinin kullanılması<sup>973</sup>, üstün kamu yararı (MK.m.24/2)<sup>974</sup>, özel hukukun sağladığı haktan yararlanma<sup>975</sup>, meşru müdafaa (BK.m.52/1)<sup>976</sup>, kendi hakkını bizzat koruma (BK.m.52/3)<sup>977</sup>, ıztırar halleri (BK.m.52/2)<sup>978</sup> bu kapsamda değerlendirilebilir.

---

<sup>973</sup> Burada kamu hukukundan doğan bir yetki, kamu görevlisi tarafından hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde kullanılarak bir başkasının hukukten korunan menfaatlerine (*şahıs ya da malvarlığına*) müdahale edilmektedir. Bu kapsamda pek çok hal zikredilebilir. Örneğin polisin bir zanlıyı yakalaması, hâkimin sanığı tutuklaması, borçlunun malının haczedilmesi, malların müsaderesi hep bu kapsama girmektedir (EREN, s.563; OĞUZMAN/ÖZ, s.503).

<sup>974</sup> Kamu hukukunun açıkça yetkili kıldığı hallerinde dışında, MK.m.24, “*üstün kamu yararı*”nın, kişilik hakkına konu değerlere müdahale edilmesini hukuka uygun hale getirdiğini belirtmektedir. Bu hüküm özellikle basın hürriyeti çerçevesinde önem taşımaktadır. Mesela kişi ile ilgili yayınlanan bir haberin kişilik hakkını ihlal edip etmediği, kamunun bu haberi almadaki menfaati ile kişinin menfaatleri tartılarak verilecektir. Hâkim bu değerlendirmede, “gerçeklik”, “kamu yararı” ve “toplumsal ilgi”, “güncellik”, “konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık” gibi ölçütlerden yararlanarak karar verecektir (OĞUZMAN/ÖZ, s.509 vd.; EREN, s.772 vd.).

<sup>975</sup> Burada özel hukuk, kişinin diğerinin hukuki değerlerine müdahale etmesine yetki vermektedir. Hapis hakkının kullanılması, komşuluk hukukunun verdiği bazı yetkiler buna örnek gösterilebilir (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.504; EREN, s.563,564; TANDOĞAN, s.31)

<sup>976</sup> Meşru müdafaa, kendisinin ve/veya bir başkasının mal ya da şahıs varlığına diğer bir kişi tarafından yapılan ve halen mevcut olan hukuka aykırı bir tecavüzü defetmek için, mütecevize tecavüzde bulunulması olarak tanımlanmaktadır. BK.m.52/1 meşru müdafaaada bulunan kişinin zarardan sorumlu olmayacağını hükme bağlamıştır. Zilyetlik açısından mesele MK.m.981 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.505,506; TANDOĞAN, s.33 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.486; EREN, s.567-569).

<sup>977</sup> BK.m.52/3 kişinin kendi hakkını korumak için kuvvet kullanabileceğini ve dolayısıyla da hakkın kaybına neden olan kişiye müdahale edilebileceğini belirtmektedir. Bunun gerçekleşmesi için ise, kuvvete başvurulmadığı takdirde kendi hakkının kaybolması veya kullanılmasının çok güçleşmesi riskinin olması, bu riski ortadan kaldırmak için devlet organlarının müdahalesinin sağlanmasının mümkün olmaması gerekir. Ayrıca bunun için başvuru yolu ölçülü olmalıdır (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.508; TANDOĞAN, s.41 vd.; EREN, s.571,572; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.488,489).

<sup>978</sup> ıztırar (*zaruret*) hali, BK.m.52/2’ye göre, kişinin kendisinin ya da bir başkasının şahsını veya mallarını bir tehlikeden ya da zarardan korumak için üçüncü kişinin mallarına zarar verilmesi durumudur. Burada zarar ve tehlikenin kaynağının bir başkasının davranışından ya da tabii bir olaydan kaynaklanması fark yaratmaz. Ama fiilin söz konusu tehlikeyi önlemek için zorunlu ve elverişli olması gerekir. Ayrıca önlenmek istenen zararın, verilen zarardan daha büyük olması gerekir. Bunun meşru müdafaaadan farkı, burada zarar verenin hakkaniyet ilkesi çerçevesinde (*fedakârlığın denkleştirilmesi*) tazmin yükümlülüğünün olmasıdır. Taşınmazlar açısından mesele MK.m.753’te özel olarak düzenlenmiştir (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.507,508; TANDOĞAN, s.37 vd.; EREN, s.569-571; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.487).

Bu hallerin tümünde tartılan menfaatler açısından iki ayrı olasılık söz konusudur. Zarar görenin özel menfaati, ya bir başka özel menfaat<sup>979</sup>, ya da kamu menfaati<sup>980</sup> ile çatışmakta ve hukuk düzeni ikincisini daha önemli gördüğü hallerde müdahaleyi hukuka uygun kabul etmektedir. Tabiatıyla bu durum, aynen hukuka aykırılık gibi hukuka uygunluk analizinin bir değer yargısı hükmü olduğuna işaret eder. Bu yapılırken değerlendirme tek bir aşamada yapılmakta ve önce eylemin hukuka aykırı, akabinde hukuka uygun kılınması gibi terditli bir analiz söz konusu olmamaktadır<sup>981</sup>. Menfaatler çatışması mantığı ile açıklanması güç olan bir hukuka uygunluk nedeni de zarar görenin rızasıdır. Esasen bu halin, ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi ilginç gelebilir. Zira hak sahibi hak konusu menfaat üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahiptir. Bu durumda bir diğerinin müdahalesine rıza göstermesi halinde, aslında bir ihlalden bahsedilemez. Benzer şekilde eğer rıza, zararlı sonucu da kapsıyorsa, bu durumda ortada teknik anlamıyla bir zarar da yoktur<sup>982</sup>. Fakat konu, bilhassa rızanın geçerli olmadığı ya da hak sahibinin hak konusu menfaat üzerinde serbestçe tasarruf edemediği haller açısından önemlidir. Kişinin rızası fiil ehliyeti ya da irade sakatlığı nedeniyle geçerli değilse veya hukuk düzeni, kişilik hakkı konusu bazı değerler üzerinde hak sahibinin yetkisini sınırlamışsa (*inalienability*)<sup>983</sup>, bu durumda yukarıdaki varsayım geçerli olmaz ve müdahale hukuka aykırı hale gelir. Fakat bu gibi hallerde hâkim BK.m.44 hükmü çerçevesinde tazminatı tenkis edebilir yahut tazminata hükmetmeyebilir.

---

<sup>979</sup> Örneğin ıztırar hali, meşru müdafaa, üstün özel yarar, kendi hakkını bizzat koruma gibi hallerde, zarar gören ile zarar verenin menfaatleri tartılır.

<sup>980</sup> Kamu yetkisinin kullanılması ve üstün kamu yararı hallerinde, zarar görenin menfaati ile kamu yararı karşı karşıya gelmekte ve eğer ikincisi üstün ise davranış hukuka uygun kabul edilmektedir.

<sup>981</sup> Şüphesiz zihinsel muhasebenin her zaman tek bir aşamada yapıldığı da söylenemez. Yöntem olarak, özellikle eylemin hukuka uygun olup olmadığı noktasında tereddüt söz konusu olursa, önce hukuken korunan bir değere müdahale olup olmadığı, akabinde bunun hukuka uygunluk nedenleri arasında mütalaa edilip edilmeyeceği değerlendirilebilir. Bazı haller açısından ise, terditli zihinsel muhasebe daha belirgindir. Düşüncemize göre RKHK.'nun 5. maddesinde yer alan muafiyet hükmü bunun tipik örneğidir.

<sup>982</sup> Zararın tanımı içerisinde “zarar görenin rıza göstermemesi” unsuru olduğuna göre, bu unsuru çekip aldığımız zaman teknik anlamıyla bir rızadan bahsedemeyiz.

<sup>983</sup> Pozitif hukuk malvarlığına konu haklar ile kıyaslandığı zaman kişilik hakkı açısından hak sahibinin yetkilerini sınırlamıştır. Örneğin MK.m.23, kişinin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini, özgürlüklerinin hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağını açıkça hükme bağlamıştır. Bunun yanı sıra BK.m.19 ve 20 hükümleri de bu yetkiler açısından önemli bir sınırlama teşkil eder. Kişinin verdiği rıza emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olmamalıdır.

## D. Tespit ve Değerlendirmeler

Türk hukukunda zarara neden olan davranış, bir hukuk kuralını ihlal etmediği sürece haksız fiil sorumluluğuna neden olmaz. Kuralın kaynağı konusunda önemli bir sınır yoktur; yazılı veya yazısız olabileceği gibi, kamu ya da özel hukuk kuralı da olabilir. Önemli olan kuralın emredici bir hareket tarzı öngörmüş ve zarar gören değeri ve kişiyi korumak amacıyla getirilmiş olmasıdır. Bu kuralların nasıl belirleneceği ve ne zaman ihlal edilmiş sayılacağı hususunda ise benimsenen teoriye göre farklı yaklaşımlar sergilenebilir<sup>984</sup>. Fakat düşüncemize göre genellikle herhangi bir teorinin tercihi, varılan sonuçlar itibarıyla önemli bir fark yaratmayıp, sadece yapılacak hukuki nitelendirmeyi etkilemektedir. Bu nedenle bu aşamada açık bir tercih yapmıyoruz<sup>985</sup>.

Türk hukukundaki hâkim görüşü esas alırsak zarar, mutlak hak kapsamında himaye edilen bir değer için müspet bir davranış ile ihlalinden kaynaklanıyorsa (*hukuka uygunluk sebebi olmadığı takdirde*) ayrıca davranışı hukuka aykırı hale getiren bir kural aramaya lüzum yoktur. Mutlak haklar, herkese o hak konusu menfaati ihlal etmeme ödevi yüklemekte ve davranış bu ödevde aykırılık teşkil ettiği için hukuka aykırı kabul edilmektedir<sup>986</sup>. Bu açıdan mutlak hakkın ihlali, hukuka aykırılık için de yeterlidir. Fakat zararlı sonuca yönelen müspet bir davranış yoksa, ancak zarar görene karşı zarar göreni zarardan korumaya dair davalıya ödev yükleyen bir kuralın varlığı halinde hukuka aykırılık söz konusu olabilir. Bu çerçevede bizatihi mutlak hak konusu değer için zarar görmüş olması, hukuka aykırılık için yeterli olmaz. Benzer şekilde, mutlak hak kapsamı dışında kalan menfaatler açısından da hukuka aykırılık, ancak özel bir koruma normu ihlal edilirse söz

---

<sup>984</sup> Burada kastettiğimiz özellikle davranış ve sonucun hukuka aykırılığı teorileridir.

<sup>985</sup> Aşağıda bu değerlendirmeye yer verilmiştir. Bkz. Dördüncü Bölüm §1/IV

<sup>986</sup> Burada sonucun hukuka aykırılığı açısından soruna yaklaşırsak mutlak hakkın ihlal edilmiş olması, davranışın hukuka aykırılığa açısından bakarsak, vücut bütünlüğünü ihlal etmeme ya da başkalarının malına zarar vermeme şeklindeki hareket tarzı yasaklarına aykırı davranışlar hukuka aykırıdır. Tabii ikinci görüş açısından, zarara neden olan davranış bir kanun hükmü ile özel olarak düzenlenmiş de olabilir (TCK. gibi). Görüldüğü gibi aslında iki görüş açısından önemli bir fark yoktur.

konusu olur. Ayrıca burada normun kişilerin malvarlığını koruyup korumadığı (*normun koruma amacı*) özel önem taşır. Sorumluluğa hükmetmeden önce, normun ihlal edilen türden bir menfaati ve menfaati ihlal edilen kişileri koruma gayesi güdüp gütmeyeceği belirlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında hukuka aykırılık hakkında bazı tespitler yapmak yerinde olur. Haksız fiil hukukunun temel kavramları olan *kusur*, *nedensellik* ve *zarar* şartlarının her biri normatif özellikler içerir<sup>987</sup>. Fakat hukuka aykırılık, düşüncemize göre doğası itibarıyla normatiftir. Bu nedenle hukuka aykırılık, hangi zararlardan dolayı kimlerin ve nasıl sorumlu tutulacağına dair *nihai değer yargısı hükmü* ve hukuk politikasının temel aracı olarak düşünülebilir. Bu çerçevede hukuka aykırılık şartı, haksız fiil hukukunun hangi amacı (*ya da amaçları*) izlediği ve bir davranışın (*ya da sonucun*) hukuka aykırı kabul edilmesinin bu amaçlara hizmet edip etmediğine dair nihai hükme dayanak teşkil eder. Haksız fiilin diğer şartlarının varlığında dahi, sorumluluk öngörülmesinin kabul edilen (*normatif*) amaca uygun olup olmadığı hukuka aykırılık kavramı etrafında tahlil edilmeli ve davranışın hukuka uygun ya da aykırı olduğuna bu çerçevede karar verilmelidir<sup>988</sup>. Nitekim normun koruma amacı kuramı ve hukuka uygunluk nedenleri bu görüşü teyit etmektedir. Her ne kadar pozitif hukuk (*özellikle mutlak hak dogmatikliği aracılığı ile*) bir ölçüde değerlendirme serbestisini sınırlıyorsa da, kanımca Türk hukuku bu tür bir değerlendirme için yeteri derecede esnek. Bu çerçevede hukuka aykırılığın *esas olarak* dört işlevi olduğu söylenebilir.

1- Hukuka aykırılık ilk olarak hangi değerlerin korunacağı ve değerler arasında nasıl bir hiyerarşinin bulunduğunu belirler. Türk haksız fiil hukuku bu sorunu, temel

---

<sup>987</sup> Bunların normatif özellikleri hepsinde aynı seviyede değildir. Nedensellik bağının normatif yönü, zarara kıyasla daha zayıftır. Öte yandan (*geniş anlamda*) zarar kavramı açısından manevi ve maddi zarar arasında normatif özellikler açısından önemli farklar vardır. Düşüncemize göre diğerleri ile kıyaslandığı zaman kusur kavramının normatif özelliklerinin daha fazla ön plana çıktığı ve hatta hukuka aykırılığa yaklaştığı söylenebilir.

<sup>988</sup> Bu nedenle hukuka aykırılığı, diğer şartlar imkân verdiği ölçüde, hukuk politikası ve normatif mülâhazaların devreye girdiği bir şart olarak düşünüyoruz. Şüphesiz mutlak haklar (*dogmatik özellikleri nedeniyle*) önemli bir kısıt oluşturmaktadırlar.

koruma normları ve özel koruma normları çerçevesinde ikili bir ayırımı göre ele almaktadır<sup>989</sup>. Mutlak hak konusu değerler her zaman himaye görürken, salt ekonomik menfaatler kural olarak ancak özel koruma normu olduğunda himaye edilmektedir. Dolayısıyla bu değerler açısından sınırlı bir koruma olduğu söylenebilir. Şüphesiz bu tespitimiz aynı zamanda zarar kavramı ile hukuka aykırılık arasındaki yoğun ilişkiye de dikkati çekmektedir<sup>990</sup>.

2. Hukuka aykırılık kavramının ikinci işlevi, bazı hallerde zarar gören ile zarar veren ve/veya kamunun menfaatlerinin tartılmasına zemin teşkil etmesidir. Davranış mutlak hak konusu menfaate zarar verse dahi, eğer özel ya da kamusal bazı yararlar sağlıyorsa, hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri, pozitif hukukun refah denkleminde (*utilitarian calculus*) açıkça yer verdiği hallerin başında gelir.

3- Hukuka aykırılık şartının üçüncü işlevi, zarardan kim ya da kimlerin sorumlu tutulacağını belirlemesidir. Zararlı sonuç, *ex ante* açıdan bakıldığı zaman genellikle birden fazla kişi tarafından önlenemez. Salt nedensellik ve kusur şartları açısından ele aldığımızda ise, zararı önleyebilecek konumda olan herkesi “zarar veren” olarak tanımlamak ve zarardan dolayı sorumlu tutmak mümkündür. Oysa pozitif hukuk, zararı önleme konumunda olan herkesi sorumlu tutmayı tercih etmemiş, sorumluluğun çevresini sınırlamıştır. Bir anlamda “zarar veren” kavramına dar ve teknik bir anlam yüklemiştir. Sorumluluğun atfedilmesinde temel ölçüt ise, (*aralarındaki fark her zaman çok belirgin olmasa da*) olumlu-olumsuz davranış ayırımıdır. Buna göre olumlu şekilde davranarak zarara neden olmuşsa, zarar veren kural olarak hukuken sorumludur<sup>991</sup>. Dolayısıyla olumlu

---

<sup>989</sup> Temel ve özel koruma normu ayırımı yapılmasının, hangi değerlerin nasıl korunduğu sorununu mükemmel bir şekilde çözdüğü anlamına gelmez. Mesela bazen mutlak hak konusu değerlerin nelerden ibaret olduğu ve bunların ne zaman ihlal edildiğini belirlemek güç olabilir. Bu özellikle kişilik ve mülkiyet hakları açısından karşılaşılan bir sorundur. Dolaylı ekonomik zararlar bahsinde tartıştığımız, ticari işletmenin kapalı kalması dolayısıyla elde edilmesi muhtemel kazancın neden tazmin edildiği sorunu bunun güzel bir örneğidir. Bkz. yukarıda §4/II/B/2/d/dc; §4/II/B/2/d/db ve §4/II/B/2/f

<sup>990</sup> Bkz. yukarıda §4/II/C; §4/II/A; §4/II/B/2/d ve ayrıca İkinci Bölüm §2/II/A ve §2/II/C

<sup>991</sup> Şüphesiz birden fazla (*olumlu davranarak*) zarar veren var ise, o zaman bunların tamamı somut olayın özelliklerine göre BK.m.50 ve 51 çerçevesinde sorumlu tutulurlar.

davranışın hakkı ihlale yöneldiği hallerde, sorumluluğun atfı ve hukuka aykırılığın belirgin bir işlevi yoktur. Zira mutlak hak, herkese hak konusu değere müdahale etmeme ödevi yükler. Fakat mutlak hak, hareketsiz olan kişilere bu hak konusu değeri olası bir müdahale veya zarardan korumak ödevi yüklemeyiz. İşte bu hallerde, olumsuz davranan kişinin sorumlu tutulabilmesi için, hukuk düzeninin bu kişiye zararı önleme ödevi yüklemiş olması şarttır<sup>992</sup>. Dolayısıyla olumsuz davranışlar açısından hukuka aykırılık özel olarak ortaya konmalıdır. Fakat burada da kuralın yazılı olması şartı aranmaz, yani hâkim MK.m.1 çerçevesinde bir ödev normu yaratabilir<sup>993</sup>.

4- Nihayet hukuka aykırılık şartının bir diğer işlevi, hukuki değerlerin hangi hukuki kurumsal yapı içerisinde himaye edileceğine ilişkindir. Bu işlevin iki boyutu vardır. İlki, haksız fiil hukuku uygulama alanının sınırlarının çizilmesidir. Haksız fiil hukuku tarafından düzenlenen davranışlar, aynı zamanda farklı hukuk dallarının da konusunu oluşturur. Burada sorun, hukuki kurumsal yapı olarak hangi şartlar altında haksız fiil

---

<sup>992</sup> Hareketsiz kalan bir kimsenin herhangi bir şekilde tehlikeli bir durum yaratmaksızın zarardan sorumlu tutulması bir hukuk politikası tercihidir. Burada farklı normatif düşünceler etken olabilir. Meseleye etkinlik açısından bakıldığı zaman ise, sorun, kim veya kimlerin sorumlu tutulması halinde sosyal maliyetlerin asgariye indirilebileceğidir. Bu ilke, genellikle, zararı en az maliyetle önleyen kişilerin sorumlu tutulmasını gerektirir.

Olumsuz davranışlarda sorumluluğun atfedilmesi sorunu, esas itibarla iki şekilde karşımıza çıkar. İlk olarak zarar ya daha ziyade zarar gören ya da dışsal bir faktörün etkisiyle ortaya çıkar ve burada hukuk düzeni zararı kontrol etmesi mümkün olan bir başka kişiye ödev yükleyebilir. Bir diğer olasılık ise, zarara olumlu davranış ile neden olan kişi haricinde, bir başkasına da sorumluluk atfedilmesidir (BK.m.55, MK.m.369).

Bu iki kurgunun ortaya çıktığı hallerde ise, hukuk düzeninin sorumluluğu mutlaka kusur esasına dayandırması gerekli değildir. Kusursuz sorumluluk da pekâlâ mümkündür. Aralarındaki fark, kusur sorumluluğunda hareketsiz kalan kişiye, başkasının zarar görmesini önlemek üzere özenli davranma ödevi yüklenmiş olmaktadır. Mesela düşüncemize göre BK.m.55 bu şekilde değerlendirilebilir. Burada adam çalıştıran zarara neden olan herhangi bir fiili olmasa bile, zararlı sonucun gerçekleşmemesi için özenli davranmak zorundadır. Ona yüklenen davranış ödevi (hukuka aykırılık) adam çalıştırırken başkalarının zarar görmemesi için gereken özeni göstermek ve iş organizasyonunu buna göre kurmaktır (hukuka aykırılık). Kusursuz sorumlulukta ise, kişi özen araştırması yapılmaksızın zararlı sonuçtan sorumlu tutulmaktadır. Mesela KTK. açısından hareket halindeki aracı işletenin kendisi değil de, onun kontrolündeki bir başka şahıs kullanıyorsa ve zarar bu kişinin fiilinden meydana geliyorsa, işletenin özenli davranıp davranmadığına bakılmaz.

Görüldüğü üzere hukuk politikası burada hangi değerlerin korunacağı (*vücut bütünlüğü, mallar üzerindeki haklar*), kimlerin bu değerleri koruma yönünde ödevi olduğu (*işleten ve adam çalıştıran*) ve bu sorumluluğun hangi esasa dayandığına dair hukuk politikası tercihleri yapmıştır (*kusur ve kusursuz sorumluluk*).

<sup>993</sup> Ekonomik açıdan bakıldığı zaman bunun yerinde bir yaklaşım olduğunu belirtelim. Kanun koyucunun sayısız risk karşısında kim ya da kimlerin zarar görene karşı bu tür bir ödevi olduğunu kazuistik olarak düzenlemesi mümkün değildir. Hâkim, hukukun genel ilkelerini dikkate alarak her somut olayda davalıya bu türden bir ödev yüklemenin isabetli olup olmadığını takdir edecektir.

hukukundan faydalanmanın yerinde olduğudur. Bunu geniş anlamda hukuki kurumsal yapı sorunu olarak adlandırabiliriz. Diğer boyut, haksız fiil hukukunun konusunu oluşturan davranışların, hangi sorumluluk kuralı çerçevesinde düzenlenmesinin daha yerinde olduğudur. Türk hukukunda, kusur ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki ihtimal söz konusudur. İşte hangi hallerde kusur, hangi hallerde kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğine dair araştırma da, dar anlamda hukuki kurumsal yapı ile ilgilidir. Her ne kadar hukuk aykırılık kavramına atfettiğimiz bu işlev geleneksel yaklaşıma uygun değilse de, netice itibarıyla bu konuda yapılacak seçim hukuk politikası tercihinin dayandırır. Bu durumda hukuki kurumsal yapı tercihinin hukuka aykırılık kavramı ile ilişkilendirilmesi tabii görülmelidir. Fakat çalışma planı ve konunun önemini dikkate alarak, hukuki kurumsal yapıya dair incelememizi hukuka aykırılık başlığı altında değil, ayrı bir bölümde ele almayı uygun gördük<sup>994</sup>.

### III. Ekonomik Açıdan Hukuka Aykırılık Kavramı

#### A. Genel Olarak

Hukuk ve ekonomi öğretisinde çalışmalar incelendiği zaman, hukuka aykırılık konusunda bir literatür olmadığı görülmektedir. Herhalde bunun temel nedeni, öğretinin temel aldığı ABD haksız fiil hukukunda zarar verenin sorumluluğu için hukuka aykırılık şartının aranmamasıdır<sup>995</sup>. Fakat bu durum, ekonomik açıdan hukuka aykırılık şartının gereksiz olduğu ya da Türk hukukunun ekonomik açıdan izah edilemeyeceği anlamına gelmez. Yukarıda açıkladığımız üzere mevcut sistemde hukuka aykırılığın ekonomik açıdan önemli işlevi vardır ve bu kavrama yer vermeyen diğer ulusal hukuklar (*mesela Fransız Hukuku*), bu işlev(ler)i (*nedensellik, kusur veya özen ödevi gibi*) farklı kavramlar

---

<sup>994</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm

<sup>995</sup> ABD hukukunda temel sorumluluk hali olarak nitelendirebileceğimiz “*ihmal*” (*negligence*) sorumluluğunda davacının dört şartı ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar, makul bir özen gösterme ödevi, bu ödevin davalı tarafından ihlal edilmesi, nedensellik ve zarar olarak sıralanabilir (bkz. GLANNON, s.63 vd.).

vasıtasıyla yerine getirmektedir. Türk hukukundaki hukuka aykırılığın ekonomik açıdan yerine getirdiği işlev hususunda ise, dışsallık teorisini hareket noktası almak anlamlı olur.

Hatırlanacağı üzere haksız fiil hukuku, olumsuz dışsallık olarak adlandırılan durumu düzenliyordu<sup>996</sup>. Haksız fiil tazminatı, zarar verenin fiilinin tüm olumsuz sonuçlarından sorumlu olmasını sağlıyor, bu da kişileri özenli davranmaya sevk ederek, kaynakların daha etkin tahsis edilmesine hizmet ediyordu. Bunun için ise kural olarak kişinin sorumlu olduğu tutarın (*tazminat*) haksız fiilin sosyal maliyetine eşit olması gerekiyordu. Şimdi bu teoriyi dikkate alarak, yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak hukuka aykırılığın ekonomik açıdan nasıl bir işlevi olduğu hakkında bazı tespitler yapılabilir. Tespitlerimizi üç başlık altında ele almayı uygun görüyoruz. İlk olarak hukuka aykırılığın, hangi değerlerin haksız fiil hukuku kapsamında himaye edileceği hususunda oynadığı rol ele alınacaktır. Devamında hukuka uygunluk nedenlerinin sosyal maliyet kavramı bağlamında açıklanmasının mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Son olarak da olumsuz davranışlarda sorumluluğun atfedilmesi sorununa ekonomik açıdan nasıl yaklaşıldığı açıklanacaktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere hukuki değerlerin hangi hukuki kurumsal yapı içerisinde himaye edildiğine dair tercih, ayrı bir bölümde incelenecektir.

## **B. Hangi Değerler? Maliyet, Zarar ve Sosyal Maliyetler**

Hukukun yaklaşımından farklı olarak, ekonomik açıdan “*değerler*” arasında hiyerarşi farkı yoktur. Kişinin değer atfettiği her türlü menfaate yapılan müdahale kişinin faydasını azaltır ve bu dışsal maliyet teşkil eder. Oysa hukuk düzeni, her türlü menfaati hukuki değer olarak benimsemediği gibi, hukuki değerleri de her zaman aynı seviyede ve hukuki kurumsal yapı içerisinde himaye etmez. Bu, dışsal maliyete neden olan her davranışın hukuken düzenlenmediği ve düzenlense bile, her zaman haksız fiil hukukuna konu olmadığı anlamına gelir. Hukuk düzeni, hukuk politikası tercihi ve özellikle somut olaydaki dışsallığın gösterdiği özellikler çerçevesinde sorunu (*ceza, idare, çevre veya vergi*

---

<sup>996</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/I



*hukuku gibi*) farklı hukuki kurumsal yapılar içerisinde düzenleyebilir<sup>997</sup>. Haksız fiil hukuku, hukuki değerın kişiye özgülenmiş olmasını, yani mal ve/veya şahıs varlığına dâhil olmasını ve bunun sübjektif hak konusu olmasını aramaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık kavramı, hukuken korunan ve korunmayan değerler arasındaki sınırı çizdiği gibi, mutlak haklar ve normun koruma amacı kuramı çerçevesinde hukuki değerın himaye edildiği kurumsal yapıyı da belirlemektedir. Nitekim bu tespitimiz, zarar ile maliyet arasındaki farka ve hukuka aykırılığın zarar kavramının çerçevesinin çizilmesindeki işlevine dikkat çekmektedir<sup>998</sup>.

Ekonomik teori açısından ise, (*maliyet ve zarar arasında bir fark yaratma tercihi bir kenara*), her türlü dışsal maliyetin hukuken düzenlenmesi şart değildir. Bilakis Coase teoreminin de vurguladığı üzere dışsal maliyetin piyasaya bırakılmasının isabetli olduğu haller olabilir<sup>999</sup>. Ayrıca genel bir ilke olarak, dışsal maliyeti düzenlemenin sağlayacağı faydanın, bunun neden olacağı (*idari ve diğer*) maliyetlerden az olduğu hallerde hukuki müdahalenin olmaması daha anlamlıdır. Mesela dışsal maliyetin düşük, müdahale maliyetlerinin ise, bilgi (*değerleme ve ispat*) ve benzeri sorunlar nedeniyle yüksek olduğu hallerde haksız fiil hukukundan yararlanmak isabetli olmayacaktır. Hukuki müdahalenin arzu edildiği hallerde ise, dışsallığın vasfı ve ortaya çıktığı kurgu bunu düzenleyecek hukuki kurumsal yapı tercihinde belirleyici olacaktır. Örneğin davranışın neden olduğu maliyetin belirli kişiler üzerinde yoğunlaşmadığı, bilakis toplumu olumsuz etkilediği bir olasılıkta herhalde haksız fiil hukukunun meseleyi düzenlemesi isabetli olmaz<sup>1000</sup>.

---

<sup>997</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C ve §2/II/E, ayrıca Dördüncü Bölüm §1

<sup>998</sup> Bkz. yukarıda §4/II/A

<sup>999</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/1

<sup>1000</sup> Mesela çevre zararları ya da görüntü kirliliği yaratan bir yapılaşma veya bir kartel anlaşmasının neden olduğu ufak bir fiyat artışını düşünelim. Bu sayılan hallerin tamamı bireyleri ve dolayısıyla da toplumu olumsuz etkilemektedir. Örneğin kişi çevre temizliğine değer atfediyorsa kirlilik, bina ve şehir estetiğine değer atfediyorsa çarpık yapılaşma hep maliyete neden olur. Fakat davranışın bireyler üzerindeki bu olumsuz etkisi (*genellikle*) çok azdır. Bu durumda kişiye bu tür davranışları önleme ve ugradıkları “zararları” (*ki hepsinde teknik manada zarar yoktur*) giderme konusunda sübjektif hak tanınsa bile (*mesela RKKH. m.57-59; ÇK.m.28*) bunun pratikte önemli bir etkisi olmayacağı söylenebilir. Kişi bu hallerde zararı fark etmeyebilir, fark etse bile yargılama maliyetleri nedeniyle hakkını himaye etmek için yeterli güdüye sahip olmaz (bkz. bu konuda aşağıda Bkz. Dördüncü Bölüm §1/II/B/1). Nitekim bu nedenlerle kamu hukuku bu tür hallerde daha etkin bir vasıta olabilmektedir.

Bu bağlamda hukuk düzeninin ekonomik (*veya malvarlığı*) değerler açısından yaptığı tercih izaha gerek olmayacak kadar açıktır. Ancak kişiye özgülenen ve (*sübjektif*) hak kapsamında korunan değerler haksız fiil hukuku konusu olur<sup>1001</sup>. Manevi menfaatlerin kişilik hakları çerçevesinde sınırlanarak, kişinin faydasını azaltan her türlü müdahalenin manevi zarar olarak adlandırılmaması da, bu menfaatlerin değerlendirilmesi, ispatı ve yaygınlığı gibi sorunlar düşünüldüğü zaman isabetli gözükmemektedir<sup>1002</sup>. Fakat hangi değerlerin kişilik hakkı kapsamında korunması gerektiği konusunda salt ekonomik teoriye dayalı bir analiz ve normatif bir çıkarım yapmak anlamlı olmaz.

Bize göre hukuka aykırılığın işlevi konusunda asıl üzerinde durulması gereken, fiilin özel maliyete neden olmasına rağmen (*zarar ve zarar görenin varlığı*), sosyal

---

<sup>1001</sup> Hukuk düzeni, kişinin malvarlığına dâhil değerlere müdahale edilmesi halinde haksız fiil hukuku himayesi sağlamaktadır. Bu durumda kişiye özgülenmemiş, hak kapsamına girmeyen değerler haksız fiil hukuku koruması dışındadır. Bu tabidir. Olağan şartlar altında kişinin faydası, hukukun ona özgülediği, üzerinde hak sahibi olduğu malların zarar görmesinden dolayı azalır. Başkasının malının zarar görmesi, kural olarak kişinin faydasını olumlu ya da olumsuz etkilemez. Bu durumda hukuk düzeni ekonomik kayıplar açısından, malvarlığı şartını öngörmüştür (fakat malvarlığı kavramının zararın tanımında her zaman uygun olmadığını yukarıda vurgulamıştık. Krş. §4/I/C).

Gerçi şunu da belirtmekte yarar vardır. Bazı hallerde kişiler arasındaki ilişkiler (*fayda fonksiyonun bağımlılığı*), bir başkasının maddi kayıpları nedeniyle diğerlerinin olumsuz etkilenmesine neden olabilir. Burada da iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk olasılık ticari ve ekonomik ilişkiler nedeniyle, bir diğerinin malvarlığındaki eksilme, potansiyel olarak diğerinin ekonomik kaybına neden olabilir. Şüphesiz bu durumda kişinin faydası olumsuz etkilenebilir. Fakat pozitif hukuk isabetli bir şekilde bu tür yansıma (*salt ekonomik*) zararları tazmin etmekten imtina etmektedir. Diğer olasılık ise, (*ticari olmayan*) yakın ilişkiler nedeniyle birinin malvarlığının azalması nedeniyle bir diğerinin üzüntü duymasıdır. Manevi zarar kişilik hakkı tahtında tanımlanmasaydı, o zaman bu gibi hallerde manevi zararın varlığı kabul edilebilirdi. Bu durumda hukuka aykırılık kavramının hukuki değerlerin çerçevesini çizilmesinde oynadığı rol daha iyi görülebilirdi. Fakat pozitif hukuk bu gibi halleri manevi zarar olarak dahi tanımlamamaktadır. Şüphesiz bu tür hallerin tazmin edilmemesi son derece yerindedir. Örneğin bir an için bunların zarar olarak kabul edildiği ve kişilik hakkı şartının aranmadığını varsayalım. Bu durumda, gerek birim başı dava maliyetleri (*zararın varlığının ispatı, kapsamı ve değerlendirilmesi*), gerekse açılan dava sayısı nedeniyle (*çok sayıda kişinin olası davacı olması*) yargılama sistemi olağanüstü bir idari yük altında kalırdı. İdari maliyetlerin yanı sıra şüphesiz ilginç bir nokta, başkasının malvarlığının azalmasından bazılarının üzüntü duymasına rağmen, diğerlerinin memnun olmasıdır ki bu durumda sosyal refahta ciddi bir azalma beklenmemelidir. Nitekim benzer bir durum ekonomik zararlar açısından da geçerlidir (krş. §4/II/B/2/e/ea).

<sup>1002</sup> Bu sorunlar idari (*üçüncül*) maliyetler mülahazası açısından hukuk düzeninin bu konuda sorumluluğun kapsamını daha fazla sınırlamasının yerinde olduğuna işaret eder.

maliyetin bundan farklılaşmasıdır. Burada üç olasılık düşünülebilir<sup>1003</sup>. Bazı hallerde fiil özel maliyete (*zarara*) yol açmasına rağmen sosyal maliyete yol açmayabilir. Bununla fiilin salt kaynak transferine neden olduğu haller kastedilmektedir. Kural olarak burada içselleştirilme (tazminat) şart değildir<sup>1004</sup>. Örneğin tam rekabetçi bir piyasada ortaya çıkan ekonomik zararlar bunun tipik örneğidir<sup>1005</sup>. Diğer olasılık, sosyal maliyetin zarar görenin zararından az olmasıdır. Ekonomik zararlara neden olan fiiller açısından karşımıza çıkan bu tür durumlarda ekonomik teoriye uyumlu bir hukuk düzeninin tazminat sorumluluğunu sosyal maliyetler ile sınırlaması istenir. Yukarıda, sosyal maliyet mülahasasına yer verilmemesine rağmen pozitif hukukun, bu açıklamalarımıza kısmen paralel olarak ekonomik zararlardan sorumluluğun kapsamını sınırladığını belirtmiştik<sup>1006</sup>. Üçüncü olasılık ise, davranışın özel maliyete (*ya da zarara*) neden olmasına rağmen, aynı zamanda dışsal bazı yararlar sağlaması ve dolayısıyla net refahı arttırmasıdır. Kanımızca haksız fiil hukukunun bu olasılığa yaklaşımı ilgi çekicidir.

Bu yaklaşıma yer vermeden evvel, buraya kadarki açıklamalar itibarıyla, hukukun yaklaşımının gerek zarar tanımı, gerekse ekonomik zarar açısından *en azından ilk bakışta*, ekonomik teoriye (*kabaca*) uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar ekonomik teori değerlerin vasfı açısından bir farklılık gözetmemekteyse de, idari ve sosyal maliyetler mülahasaları her türlü değerlerin haksız fiil hukuku çerçevesinde himaye edilmesine engel

---

<sup>1003</sup> Esasen dört olasılık vardır. Dördüncü olasılık, fiilin sosyal maliyetinin zarar görenin zararından fazla olmasıdır. Böyle bir durumda iki temel ihtimal söz konusudur. *İlk olasılık* birden fazla zarar görenin varlığıdır. Eğer buradaki menfaatler hak kapsamında korunuyorsa, zaten diğer zarar görenler de dava açabilecektir. Dolayısıyla birden fazla zarar gören söz konusu olur. Bu durumda bir özellik yoktur. Ama fiilin diğer kişiler üzerindeki maliyeti, zarar sayılmayabilir ya da zarar sayılsa da mutlak hak içerisinde korunmayabilir. Mesela bazı kurgularda ortaya çıkan tüketici refahı ya da normatif zarar bunun tipik örneğidir (bkz. §4/I/B/1 ve ayrıca §4/II/B/2/e/ea). *Diğer olasılık* ise zarar görenin faydasındaki azalmanın bir kısmı, hukuken korunmayan bir değer ihlalden kaynaklanabilir. (*Ağırlıklı olarak manevi değeri olan bir eşyanın tahrip edilmesi halinde olduğu gibi*), bu durumda hukuk düzeni zarar göreni tamamen himaye etmemiştir.

<sup>1004</sup> Fakat bu durumda başka nedenler ile (*örneğin gelir dağılımı ya da hakkaniyet gibi*) hukuki müdahale yapılabilir. Ayrıca kaynak transferine neden olan fiil, son tahlilde bunun taraflarının saiklerini bir şekilde etkileyecektir. Bu durumda da etkinlik açısından hukuki müdahale için haklı bir zemin söz konusu olabilir. Mesela sebepsiz zenginleşme hükümleri bu açıdan ilginç bir inceleme konusudur.

<sup>1005</sup> Bkz. §4/II/B/2/e/ea

<sup>1006</sup> Bkz. yukarıda §4/II/B/2/f

olacaktır. Tabiatıyla konu daha kapsamlı bir analizi (*ve özellikle alternatif hukuki kurumsal yapıların mukayesesini*) gerektirmektedir. Fakat şu an için bu tespitleri yeterli görüyoruz.

### C. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Sosyal maliyet açısından *üçüncü olasılık*, zarara veya dışsal maliyete neden olan bir davranışın, aynı zamanda bazı *dışsal yararlar* sağlaması ve net refahı arttırmasıdır. Genel olarak *net dışsal yarar* sağlayan bir davranışın sosyal açıdan arzu edilen bir davranış olduğu tereddütsüzdür. Dışsallık teorisi açısından bakıldığında da, burada içselleştirilmesi (*ya da hukuken düzenlenmesi*) gereken bir davranış yoktur. Fakat haksız fiil hukuku, kural olarak davranışın başkalarına sağladığı yarar (*ya da sosyal maliyeti*) ile doğrudan ilgilenmez<sup>1007</sup>. Eğer davranış bir diğerinin mutlak hakkını ihlal edip zarara neden oluyorsa, zarar verenin tazminat borcu doğar. Başkalarının zararlı sonuçtan yararlanmış olması ise, bu durumu değiştirmez<sup>1008</sup>. Hatta salt bu nedenden dolayı, hukukun yararcı düşüncüyü (*utilitarianism*) benimsemediği söylenebilir<sup>1009</sup>. Fakat buna rağmen bazı hallerde haksız fiil hukuku (*açıkça yer vermemekle birlikte*) sosyal maliyeti dikkate almaktadır<sup>1010</sup>. İşte

---

<sup>1007</sup> Haksız fiil hukuku (*ve hatta belki de özel hukuk*), hukuki kurumsal yapı olarak haksız fiillerin sağladığı olası fayda ya da refah artışını kural olarak dikkate almaz. Tazminat, sosyal maliyetlerin en aza indirilmesi amacıyla hizmet eder. Bu açıdan kuralların odak noktası fiilin faydası değil, dışsal maliyetleridir. Esasen haksız fiil hukuku konusu olan pek çok davranış, özellikle zarar ihmalden kaynaklanıyorsa ve riskli bir faaliyet yoksa *ex ante* sosyal açıdan faydalıdır yani net refah artışına yol açar (bkz. §2/II/C/1). Hatta zarar gerçekleştikten sonra dahi, davranışın sağladığı faydanın maliyetinden fazla olduğu pek çok hal tasavvur edilebilir. Fakat tazminatın işlevi, davranış net sosyal fayda sağlasa da, olası zararları aşgariye indirmektir. Yani kişi önleyici tedbir olarak, sosyal açıdan zaten faydalı olan davranışı, daha faydalı hale getirebilir. İşte sosyal maliyetlerin aşgariye indirilmesi de bu anlama gelir.

Bu çerçevede zarar verenin davranışının refahı arttırdığı ya da toplumsal açıdan faydalı olduğu şeklindeki savunması, kural olarak hukuki sorumluluğa engel olmaz ve bu da ekonomik açıdan son derece isabetlidir.

<sup>1008</sup> Şüphesiz başkasının bu davranışın sonucundan yararlanmış olması, bunun hukuken önemsiz olduğu anlamına gelmez. Bu gibi hallerde şartları gerçekleşmişse, vekâletsiz işgörme, sebepsiz zenginleşme gibi elde edilen yararların tasfiyesine ilişkin hukuk normları uygulanabilir.

<sup>1009</sup> Tabiatıyla bu ifade ihtiyatla karşılanmalıdır. Yararcı görüşün çok çeşitli görünimleri vardır ve “hak” kavramı bunların önemli bir kısmı ile bağdaştırılabilir (bu konuda bkz. HAUSMAN Daniel M./PHERSON Michael S., “Economic Analysis and Moral Philosophy”, Cambridge Surveys of Economic Literature, Cambridge University Press, 2002, s.121 vd.; ayrıca bkz. Mc.CONNEL Terrance, “Inalienable Rights: The Limits of Consent Medicine and the Law”, Oxford University Press, 2000, s.33 vd.)

<sup>1010</sup> Bkz. §4/II/B/2/f

düşüncemize göre sosyal maliyet mülahasasının dikkate alındığı bir diğer hal, hukuka uygunluk nedenleridir.

## 1. Dışsal Yararlar

Pozitif hukuk istisnai bazı hallerde, mutlak hakka müdahale teşkil etmesine rağmen, davranışın sağladığı *dışsal yararı* göz önünde tutmakta ve refah artışına yol açması halinde davranışı hukuka uygun kabul etmektedir. Bu haller ise, “*üstün özel ve kamu yararı*” (MK.m.24/2) ve “*kamu yetkisinin kullanılması*”dır<sup>1011</sup>. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, hukuka aykırılık kavramı refah denkleminin zeminini oluşturmakta ve davranışın sağladığı dışsal yarar/maliyet tartılarak hukuka aykırılık hükmüne varılmaktadır<sup>1012</sup>. Üstün kamu yararında bu açıkça görülebilir<sup>1013</sup>. Bilhassa yararın hangi şartlar altında üstün olduğuna dair uygulamada geliştirilen ilkeler, refah denklemini ve fayda/maliyet

---

<sup>1011</sup> Esasen dışsal yararın dikkate alındığı bir diğer hal, ıztırar halidir (BK.m.52). Zira söz konusu norm, zarar verenin sadece kendisinin değil, bir diğerinin mal veya şahıs varlığını tehlikeli olgudan korurken zarar vermesi halinde davranışın hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Hükmün uygulanabilmesi gereken şartlar incelendiği zaman, burada da bir denklemin varlığı kolaylıkla görülebilir. Özellikle zarara neden olan fiilin, tehlikeli olguyu önlemek için zorunlu olması, önlenmek istenen tehlikenin verilen zarardan büyük olması ve sadece başkasının *mallarına* verilen zararlar açısından bu ilkenin uygulanabilmesi, davranışın sağladığı yararın, olası zarardan fazla olmasını teminat altına almayı amaçlar. Fakat yukarıda verilen hallerden önemli bir farkı, burada zarar verenin fedakârlığın denkleştirmesi ilkesine göre sorumlu tutulmasının mümkün olmasıdır. Bu durumda sonuç itibarıyla haksız fiil sorumluluğundan farklı bir durumun olmadığı iddia edilebilir.

<sup>1012</sup> Buna oldukça benzer bir kural, RKHK.’nın 5. maddesindeki muafiyet hükmüdür. Söz konusu hüküm, rekabeti sınırlayıcı etkileri nedeniyle rekabet hukukuna aykırı olan bir anlaşmanın, aynı zamanda toplumsal yarar sağlaması durumunda, hukuka uygun kılınmasına imkân vermektedir. Muafiyetin şartları incelendiği zaman, hükmün, anlaşmanın zararlı etkileri ile yararlarının dengelemeyi amaçladığı görülmektedir. Dolayısıyla yukarıdaki refah denkleminin farklı bir görünümü söz konusudur (bkz. bu konuda SANLI, s.125-132).

<sup>1013</sup> Önemle belirtelim ki Kanun, kimin üstün özel yararının dikkate alınacağını belirtmemiştir. Bu durumda zarar verenin, zarar görenin veya bir başkasının üstün yararı dikkate alınabilir. Fakat zarar veren açısından, BK.’da düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenleri, hükmün uygulama alanını büyük ölçüde daraltmaktadır. Bu nedenle yukarıda olduğu üzere, özel yararın zarar veren dışında başka bir kimseye ait olduğunu varsayabiliriz. Nitekim doktrinde bu hale ilişkin olarak, genellikle hastaya yapılacak müdahaleler açısından, rızanın olmadığı zaman zarar görenin kendi yararının bu müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırması örneği verilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.512; DURAL/ÖĞÜZ, s.140). Hemen belirtelim ki bu gibi hallerde aynı sonuca farazi rıza kavramı ile de varmak mümkündür.

muhasebesini somut bir şekilde gözler önüne sermektedir<sup>1014</sup>. Kamu yetkisinin kullanılmasında ise, her kurguda bir muhasebe yapılmamasına rağmen, davranışın dışsal yararının maliyetinden fazla olduğu varsayılabilir<sup>1015</sup>. Dolayısıyla hukuk düzeni bu hallerde dışsal yararı hukuka uygunluk nedeni olarak görerek, bir anlamda sosyal açıdan faydalı faaliyetleri teşvik etmektedir.

Fakat bu açıklamalardan, dışsal yararların her durumda dikkate alınabileceği ve dışsal yararın genel hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. MK.m.24/2 hükmünün öngördüğü istisna, sadece kişilik hakkına yapılan müdahalelere münhasır olduğu gibi, geniş lafzına rağmen son derece sınırlı uygulama alanı bulmaktadır. Diğer olasılık, yani kamu yetkisinin kullanılması ise, zaten açık hükmün varlığını gerektirir. Bu nedenle dışsal yararların hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesi, sınırlı hallerde ve kural olarak açık bir hükmün varlığı halinde mümkündür<sup>1016</sup>.

---

<sup>1014</sup> Basın özgürlüğü-kişilik hakkı çatışması çerçevesinde verilen kararlar, refah denklemini çarpıcı bir şekilde yansıtmaktadır. Kişilik hakkı kapsamındaki bir değere müdahale teşkil edebilecek bir haberin hukuka uygun sayılabilmesi için, Yargıtay'ın bunun "gerçek" ve "güncel" olmasını, haberde "kamu yararının varlığını" ve "toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık" şartlarını aradığını belirtmiştik (Yarg. 4. HD. 14/5/1992 T., 2712 E., 6476 K.; KARAHASAN, Manevi Tazminat, s.243). Şimdi bu şartları değerlendirdiğimiz zaman, ilk üç şartın haber verme fiilinin sağlayacağı sosyal (dışsal) refahın varlığı ve bunun ölçüğü ile ilgili olduğu söylenebilir. Örneğin haber gerçek değilse, bu durumda bu haberin topluma yayılması herhangi bir fayda sağlamaz. Bilakis yanlış bilgi, bilgidен yararlanınların etkin olmayan seçimler ve davranışlar yapmasına neden olur. Bu ise sosyal maliyete yol açar. Güncellik şartı, toplumun habere olan ilgisinin varlığını temin etmeye yarar. Buna karşılık konu ve ifade arasında düşünsel bağlılık, maksimum toplumsal yararın, hak sahibine asgari zarar verilerek yapılması gereğini ifade eder (ölçülülük). Bu ekonomik açıdan bakıldığı zaman (yapılan faaliyetin bir boyutuna ilişkin) özen ya da kusur ölçüsü olarak görülebilir ki, bu da bir anlamda kusur ve hukuka uygunluk nedeninin birbirine geçtiğini göstermektedir.

<sup>1015</sup> Krş. Yarg. HGK. 19.4.2000 T. 2000/4-781 E., 793 K. (KARAHASAN, s.337-339); ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.509

<sup>1016</sup> Pozitif hukuk açısından, bir başkasının mutlak hakkını ihlal ederek zarara neden olan kişi, bu davranışın aynı zamanda başkalarına önemli yararlar sağladığı ve bu yararların da zarardan fazla olduğunu ileri sürerek sorumluluktan sıyrılamaz. Bu çerçevede MK.m.24 hükmündeki "özel ve genel yararın üstünlüğü" ifadeleri dar yorumlanmalıdır. Örneğin hiç kimse topluma zararlı olduğunu düşündüğü bir kimseyi zorla alıkoymaz ya da onun vücut bütünlüğüne müdahale edemez. Bunun için kanunun bir yetki vermiş olması gerekir. Keza kimse otoyol projesinin içerisinde taşınmazlar üzerindeki binaları, maliklerinin evlerini terk etmemesi ve bu sebeple otoyolun yapımında gecikmeye yol açtıklarını gerekçe göstererek yıkamaz ya da tahrip edemez. Bunun için açık bir kamu yetkisinin varlığı şarttır. Dışsal yarar ve maliyetlerin tartılması, kanun koyucunun çizdiği sınırlar çerçevesinde ancak kamu otoriteleri tarafından yapılabilir.

## 2. Özel Yararlar

Hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan diğer haller ise, ekonomik açıdan daha ilginç özellikler gösterir. Zira meşru müdafaa, ıztırar hali, hakkın korunması için kuvvet kullanılması gibi nedenler, davranışın *dışsal* değil, fakat sağladığı *özel yarar* nedeniyle hukuka uygun kabul edilmektedir. Oysa haksız fiil hukukundaki genel ilke, zarar verenin fiilinden sağladığı faydanın dikkate alınmamasıdır<sup>1017</sup>. İşte pozitif hukuk, istisnai bazı hallerde zarar verenin davranıştan sağladığı faydayı refah denklemine dâhil etmekte ve bu yararın maliyetten fazla olması halinde davranışın hukuka uygun olduğunu öngörmektedir. Açıklamalara geçmeden önce, söz konusu hallerin çoğunda, kasten verilen bir zarar olduğunu ve dolayısıyla da meselenin ceza hukuku boyutu açısından da önem taşıdığını vurgulayalım. Dolayısıyla ekonomik açıdan esasen meselenin ceza hukukundaki yansımalarını dikkate almak gerekir<sup>1018</sup>.

Özel yarar açısından ilk akla gelen hüküm, MK.m.24/2'dir. Hüküm açık bir şekilde özel yararın, zarardan daha üstün olması halini hukuka uygunluk nedeni olarak düzenler<sup>1019</sup>. Hapis hakkında olduğu gibi (MK.m.950), özel hukukun sağladığı yetkiyi

---

<sup>1017</sup> Bununla kastedilen, zarar verenin davranışının sağladığı fayda ile bunun neden olabileceği zararın mukayese edilerek, davranışın hukuka uygun veya hukuka aykırılığı konusunda bir değerlendirme yapılmamasıdır. Davranışın bir başkasının mutlak hakkını ihlal ederek zarara neden olması, hukuka aykırılık için yeterlidir. Özel koruma normları açısından da benzer bir durum söz konusudur.

İhmal ile verilen zararlar açısından, zarar verenin faaliyetinin (*sorumluluğun dayandığı esastan bağımsız olarak*) genel olarak refahı arttırdığını söylemiştik. Nitekim hukuk doktrininde tehlike sorumluluğu bahsinde bu düşünce sıklıkla gündeme getirilir. Fakat başkalarına verilen zararlar açısından sorun, kişinin kendi menfaatini (*faydasını*) genellikle etkilemediği için, bu zararları dışsallaştırması yani bunları dikkate almayarak etkin olmayan seçimler yapmasıdır. Yani örneğin kişi zararı azaltıcı ve net fayda sağlayan tedbirleri almamaktadır zira tedbir alması kendisi açısından bir maliyet olmasına rağmen, bunun bir faydası yoktur. İşte tazminat etkin seçimler yapılmasını sağlamakta ve kural olarak sadece maliyetlere odaklanmaktadır (bkz. İkinci Bölüm §2/I/B).

<sup>1018</sup> BK.m.52'de yer alan hallerde bu açık bir şekilde görülebilir. Keza özel hukukun yetki verdiği hallerde de kişi bilerek zarar vermektedir. Kasten verilen zararlar da ceza hukuku yaptırımlarının uygulandığı düşünülürse, ekonomik teori açısından bu hallerin özel hukuktan çok ceza hukukunda önem taşıdığı söylenebilir. Zira aşağıdaki başlıklarda ifade ettiğimiz üzere, kasten verilen zararlar açısından haksız fiil hukuku ikincil bir rol üstlenmekte ve hukuk düzeni davranışları esas olarak ceza hukuku kuralları ile düzenlemektedir (Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm §1/I).

<sup>1019</sup> Yukarıda belirttiğimiz gibi diğer hukuka uygunluk nedenleri (özellikle BK.m.52) çerçevesinde bu hükmün sınırlı bir uygulama alanı vardır.

kullanarak bir başkasının şahıs varlığına müdahale edilmesi halinde de aynı varsayımın geçerli olduğu kabul edilebilir<sup>1020</sup>. BK.m.52’de üç hal açısından ise, en azından hükmün lâfzı itibarıyla bu türden bir denklem yoktur. Buna rağmen bu davranışların hukuka uygun kabul edilmesi ekonomik açıdan benzer bir mantığa dayanır. Bu davranışlar farklı bazı özellikler taşımakla birlikte, ciddi bir zarar tehlikesi ile karşılaşan kişiyi (*zarar vereni*) olası zararı (*maliyetleri*) asgariye indirmeye teşvik etmektedir. Örneğin ıztırar (*necessity*) halinde zarar veren, iki zararlı davranış seçeneği arasında kalmakta ve hukuk düzeni, daha az zararlı davranışı yapması hususunda zarar vereni yetkili kılmaktadır<sup>1021</sup>. Benzer durum

---

<sup>1020</sup> Bu hükmün önemli bir uygulama alanı, komşuluk hukukunda ortaya çıkan menfaatler çatışmasında kendini göstermektedir. Fakat bu ve benzeri hallerde, müdahaleye imkân veren özel hukuk kaynaklı hakkın da sınırı vardır. Bu sınırın aşılması halinde, hukuka uygunluk nedeni de ortadan kalkar. Düşüncemize göre sınırların ne zaman aşıldığı hususunda, fayda/maliyet analizini temel alan denklem esas alınmalıdır.

<sup>1021</sup> Hatırlanırsa zarar verenin bu savunmadan yararlanabilmesi için, zararın zorunlu ve elverişli olması, sadece üçüncü kişinin mallarının zarar görmesi ve bu zararın, korunmak istenen değerden daha az olması şartı aranıyordu. Bu şartlar çerçevesinde, zarar veren bu şekilde davranmadığı zaman kendi ya da bir başkasının malı zarar görecektir ve bu zarar, (*ya da dışsal maliyet*), daha büyük bir zararı önlemektedir (*özel ya da dışsal yarar*). Esasen ekonomik açıdan zararlı davranış, bir anlamda önleyici tedbir ya da özenli davranış olarak da telakki edilebilir. Kanun koyucu bu tedbirin elverişli olması şartını da arayarak, aynı zamanda en az zarar verecek (*en az maliyetli*) tedbir alınmasını şart koşturmaktadır. Bu da aslında ekonomik açıdan kusur kavramının hukuka uygunluk içerisinde yer aldığına işaret etmektedir.

Görüldüğü üzere bu şartlar, söz konusu davranışın sosyal maliyetleri asgariye indirmesine hizmet etmektedir. Fakat bu noktada şunu önemle vurgulayalım. Kişi, her zaman başkasına bir zarar vererek, bunun kendisine veya başkasına fayda sağladığı ve ayrıca davranışının da özenli olduğunu (*maliyeti asgariye indirdiğini*) ileri süremez. Bunu ileri sürebilmesi için aynı zamanda hakkı ihlal edilen kişi ile pazarlık edememesi yani onun rızasını alamaması gerekir. Hukuk düzeni kural olarak başkasına tahsis edilen değerlere yapılacak müdahaleler açısından rızanın alınmasını teşvik etmektedir. Buradaki özellik ya da istisna ise, işlem maliyetlerinin olağanüstü yüksek olmasıdır. Mademki işlem maliyetleri yüksektir ve dolayısıyla bir pazarlık olasılığı yoktur, o durumda kişi maliyetleri asgariye indirecek şekilde davranırsa bu davranışı hukuka uygun kabul edilebilir (bkz. bu konuda İkinci Bölüm §3/II/C/4/b ve §3/II/D; ayrıca Dördüncü Bölüm §1/I

Fakat hüküm ekonomik açıdan iki nedenle tartışılabilir. İlk husus, bu şartların varlığına ve hukuka uygunluğa rağmen neden zarar verenin tazminat ödemekle yükümlü olduğudur. Hatta bu sorumluluk bir kusur sorumluluğu da değildir (OĞUZMAN/ÖZ, s.629; ULUSAN, s.110 vd.). Yani zarar veren en az maliyetli önleyici tedbiri (*en az zarar veren davranışı*) aldığını ispatlarsa dahi sorumluluktan sıyrılmaz. Her ne kadar zarar verenin “*hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde*” tazminat borcu doğacaksa da, netice itibarıyla sorumluluğu söz konusudur. Ekonomik açıdan bunun bir açıklaması, söz konusu hallerin esas itibarla ceza hukuku açısından önem taşımasıdır (TCK.m.25). Zira yukarıda belirtilen tüm bu hallerde aslında zarar veren kasten davranmış ve suç işlemiştir. İşte hukuka uygunluk nedeni (*her iki hukuk dalı açısından da*) her şeyden önce bu ceza sorumluluğunu önlemekte ve gerçek anlamıyla bir yetki vermektedir. Sorumluluğu konu alan diğer bir açıklama ise, olası tazminatın varlığı ya da yokluğunun taraflara sağladığı saikler ile ilgili olabilir. Burada kusursuz sorumluluk, tehlikeli faaliyetler (*kişi tehlike altında kaldığına göre*) açısından faaliyet seviyesinin kontrol edilmesine hizmet edebilir. Keza zarar gören açısından bakıldığında zaman da kendisine tazminatın ödenmemesi, hak sahibinin aslında sosyal açıdan faydalı bu tür davranışların neden olduğu riskler karşısında önlem almaya itebilir. Mesela dondurucu tipiden korumak için başıboş evin kapısının kırılması tipik bir ıztırar hali örneğidir. Ama hak sahibinin tazminat alamaması, bu kapıyı kırılmayacak şekilde inşa etmeye teşvik



meşru müdafaa açısından da söz konusudur<sup>1022</sup>. Ayrıca bu iki halde zarar veren, olası tecavüzlerin beklenen maliyetini arttırarak caydırıcılık yaratmaktadır<sup>1023</sup>. Dolayısıyla bu hallerin refahı arttıran davranış modelleri olduğu söylenebilir.

Menfaatler çatışması ile açıklanamayan diğer hukuka uygunluk nedeni olan “zarar görenin rızası” da aynı mantık ile izah edilebilir. Zarar görenin bir başkasının müdahalesine rıza göstermesi, kural olarak bu işlemin net refah arttırdığına işaret eder. Esasen ekonomik açıdan burada bir mübadele vardır. Hukuka aykırılık tartışması yapılması

---

edebilir. Bir diğer ekonomik açıklama, tazminatın ikincil maliyetler açısından yarar sağlamasıdır. Tarafların risk konumları açısından belirli bir çıkarımda yapmak mümkün değilse de, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazminat tüm zararın tazmini anlamına gelmiyorsa, son tahlilde zararın taraflar arasında paylaşılması ikincil maliyeti azaltır (bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/E/1). Şüphesiz bu durum, ekonomik teori haricinde, mesela hakkaniyet ilkesi ile de açıklanabilir. Ama doktrinde bu açıklamaların da tartışmalı olduğunu belirtelim (ULUSAN, s.111-113).

Tartışılabilir bir diğer husus, kişinin ancak başkalarının mallarına zarar verdiği hallerde bu savunmadan yararlanabilmesidir. Burada, herhalde, şahıs varlığı değerlerinin (*tabi ki cismani zararların*) daha değerli olduğu varsayılmaktadır. Ekonomik açıdan bunun her zaman doğru olmadığını kolaylıkla söyleyebiliriz. Mesela çok değerli bir tabloyu (*Mona Lisa*) korumak için bir başkasının vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi bu türdendir (LANDES/POSNER, s.175). Doğal olarak cismani zararın ortaya çıkması durumunda, kanun koyucu, gerek değerlendirme güçlükleri, gerekse etik nedenler ile açık bir fayda/maliyet analizinden kaçınmış olabilir. Fakat yine de bunun takdiri hâkime bırakılabilir. (açıklamalar hakkında bkz. LANDES/POSNER, s.175 vd.; SHAVELL, Foundations, 566; HIRSCH, s.226).

<sup>1022</sup> Meşru müdafaa, zarar veren, zarar verici davranışta bulunmazsa kendisi zarar görecektir. Aynen ıztırar hali gibi, aslında buradaki müdafaa bir anlamda “önleyici tedbir” olarak düşünülebilir. Hukuk doktrini, müdafaa bulunan kişinin ölçülü davranması şartını arayarak, söz konusu tedbirin alternatif davranışlar (*önleyici tedbirler*) arasında en az zarara yol açacak mahiyette olması sağlanmaktadır. Burada da ekonomik açıdan kusurun bir görünümü vardır ve hukuka uygunluk ile bir arada değerlendirilmektedir. Ekonomik açıdan meşru müdafaa çeşitli açılardan haklı kılınabilir. Mesela bir açıklama, kişinin sorumluluğu tutulması halinde dahi sonucun değişmeyecek olması, yani kişinin kendini korumak için karşıdakine zarar vereceğidir. Bu durumda sorumluluk kişinin davranışlarını etkilemeyeceği için salt kaynak transferine neden olur. Tabiatıyla bu kişinin şahıs varlığını korumak amacıyla müdafaa yaptığı hallerde geçerli bir mülahazadır. Daha isabetli bir açıklama, müdafaa caydırıcı bir işlev görmesidir. Kişinin kendisini savunması ve bu şekilde mütecevize zarar vermesi, müteceviz için olası tecavüzlerin beklenen maliyetini arttırır. Dolayısıyla bir anlamda yaptırım olarak telakki edilebilir. Fakat bu durumda akla takılan soru, en azından ekonomik teori açısından, neden meşru müdafaa ölçülük şartı arandığıdır. Zira ekonomik teori, sosyal açıdan arzu edilmeyen bir davranış söz konusu olduğu zaman (*ceza hukukuna tabi fiillerde olduğu gibi*), azami maliyete neden olan yaptırımın uygulanması arzu edilir. Bunun bir açıklaması, müdafaa bulunan kişinin hataya düşmesidir. Yani kişi gerçekten bir tecavüzün olup olmadığı konusunda hataya düşebilir ve bu durumda maksimum, yani tecavüz ile orantılı olmayan savunma imkânlarına başvurusu arzu edilmez. Bir diğer açıklama ise, meşru müdafaa sonucunda ortaya çıkması olası toplam zararın azaltılmasıdır. Yani tecavüz karşısında, kişinin orantısız denebilecek ölçekte zarar vermemesi, toplam maliyeti azaltıcı rol oynar (bkz. LANDES/POSNER, s.173-175; HIRSCH, s.227).

<sup>1023</sup> LANDES/POSNER, s.173; SHAVELL, s.566

dahi anlam taşımaz<sup>1024</sup>. Bu tür bir tartışma ise, ancak kişinin faydasını maksimize edecek şekilde davranma iktidarından yoksun olduğu hallerde ve/veya mübadelenin taraflar haricinde başkalarını da olumsuz etkilemesi (*dışsallık*) olasılığı var ise anlamlıdır<sup>1025</sup>. Hukuk tatbikatına bakıldığında ise, zarar görenin rızasının iki durumda tartışıldığı görülmektedir. Bunlardan biri, kişinin rızasının sonuçlarını tam olarak kavrayamadığı hallerdir<sup>1026</sup>. Bu durumda rızanın geçersiz sayılarak, zararın varlığından bahsetmek ve zarar vereni sorumlu tutmak ekonomik teoriye tamamen uyumludur. İkinci hal ise, kişilik hakkına konu olan bir değere yapılan müdahaleye rıza verilmesidir. İlk bakışta (*bilgi ya da rasyonalite sorunu olmadığı sürece*) ekonomik açıdan bunun diğer hallerden farklı ele alınması için açık bir neden yoktur. Fakat pozitif hukuk, müdahalenin konusu değere ve amacına göre çeşitli ayırımlar yaparak, verilen rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayabileceğini öngörmektedir (MK.m.23)<sup>1027</sup>. Bu hallerin tamamına dair bir genelleme yapmak güçse de, bu yaklaşımın büyük ölçüde ahlaka aykırılık ve bir ölçüde paternalizm fikri ile ilgili olduğu söylenebilir<sup>1028</sup>. Şüphesiz paternalizmin ekonomik açıdan

---

<sup>1024</sup> LANDES/POSNER, s.172; SHAVELL, Foundations, s.566,567

<sup>1025</sup> Devredilemez hakların yararlı görüş açısından nasıl izah edilebileceği hakkında bkz. Mc CONNELL, s.34-39

<sup>1026</sup> Mesela kişinin ayırtım gücü yoksa ya da diğer tarafın müdahalesi konusunda gereken bilgiye sahip değilse (*bilgi asimetrisi*) müdahaleye verilen rızanın refahı arttıracak şüphelidir. Örneğin hukuk doktrininde vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler bakımından yapılan tartışmalarda, kanımızca temel özellik bilgi asimetrisinin varlığı ve buna rağmen müdahalede bulunan kişinin bilgiyi yeterli derecede paylaşmamış olmasıdır. Meselenin önemi nedeniyle hukuk düzeni bu halleri düzenlemeyi tercih etmiştir. Örneğin Hasta Hakları Yönetmeliği (RG. T. 1.8.1998 sy. 23420, m.15 vd.) bilgi verme yükümlülüğünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bu konudaki tartışmalar ve mevzuat için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s.97 vd.

<sup>1027</sup> Örneğin kişilik hakkı konusu resim, hatıra vs. türü değerler açısından verilen rızalar açısından herhangi bir sınırlama yoktur. Buna karşılık vücut bütünlüğü ve hayatı söz konusu olduğunda sınırlama artmakta ve rızanın hukuka uygun olması, yöneldiği amacı değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Örneğin tedavi amacı ya da sportif bir amaç var ise, rıza hukuka uygunluk nedeni olabilmektedir.

<sup>1028</sup> Doktrinde kişilik hakkının sadece dış müdahaleler değil, aynı zamanda kişinin kendisine karşı da korunduğu belirtilmekteydi. Fakat bu görüş bugün bir ölçüde terk edilmiş ve MK.m.23 hükmünün sadece dış müdahalelere karşı koruma sağladığı ve rıza halinde dahi müdahalenin kişinin kendisi tarafından yapılmadığı görüşü benimsenmiştir (DURAL/ÖĞÜZ, s.135). Şüphesiz büyük ölçüde retorik vasfı taşıyan bu görüş tartışmaya açıktır. Rızanın hukuka uygunluğu kaldırmadığı her durumda, müdahalenin tamamen dışsal olduğunu ve hak sahibinin herhangi bir şekilde etkisinin bulunmadığını kabul etmek gerçekçi değildir. Örneğin kişinin organlarını satması ya da kendisine işkence yapılmasından zevk alması veya ötenazi gibi hallerde, herhalde hak sahibinin rızası ve davranışı bu davranışların yapılmasının temel nedenidir.

izdüşümü yoktur. Fakat ahlaka aykırılık, bazen rızaya dayalı müdahalenin olumsuz dışsallığa neden olması ile izah edilebilir<sup>1029</sup>.

#### **D. Olumsuz Davranışlar ve Hukuka Aykırılık**

Hukuka aykırılığın diğer bir işlevinin, hareketsiz kalan (*olumsuz davranışı olan*) kişilerin sorumlu tutulmasında ortaya çıktığını belirtmiştik. Buna göre hareketsiz olan kişinin gerçekleşen zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zararı önleme ödevi yükleyen (*veya en azından sonuçtan sorumlu tutan*) bir kuralın varlığı şarttır. Türk hukukundaki bu kuralın etkinliği hakkında değerlendirme yapmadan önce bazı saptamalar yapalım<sup>1030</sup>. Ekonomik açıdan bakıldığında olumsuz davranışlardan sorumluluk, esas olarak “*sorumluluğun atfedilmesi*” sorununun bir görünümüdür<sup>1031</sup>. Bu sorunun çözümünde normatif ölçüt olan “*ekonomik etkinlik*” yol gösterici olabilir. Etkinlik açısından bakıldığında temel ilke, zararı önleme iktidarına sahip olan kişiler arasından en uygun konumda bulunan, yani zararı en az maliyet ile azaltan kişi ya da kişilerin (*cheapest cost avoider*) sorumlu tutulmasıdır. Bu kişinin (*ya da kişilerin*) tazminat riskine muhatap olması,

---

<sup>1029</sup> Örneğin Türk pozitif hukuku (Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, 2238 sy., 29/5/1979 T. m.3) organların ticari işlemlere konu olmasını, yani açık bir piyasa oluşmasını yasaklamaktadır. İlk bakışta burada da salt paternalistik bir düşüncenin hâkim olduğu düşünülebilir. Fakat diğer bir olasılık, organ ticaretinin toplumda yerleşik ahlak kuralları ile bağdaşmaması ve ticaretin toplumun genelini rahatsız etmesidir. Soruna bu şekilde yaklaştığımızda, her iki tarafın da menfaatine olan bu tür işlemlerin üçüncü kişiler üzerinde maliyete neden olduğu ve dolayısıyla da diğer mübadelelerden farklı olarak sosyal refahı arttırmadığı söylenebilir (krş. POSNER, Criminal Law, s.1200; SHAVELL, Foundations, s.320-322; bu konuda kapsamlı tartışmalar ve hukuki müdahalenin olası temelleri hakkında bkz. ACKERMANN Susan Rose, “Inalienability and The Theory of Property Rights”, Symposium on Law and Economics, Columbia Law Review, Vol.85 (1985), s.931-969). Şüphesiz bu açıklama da tartışmaya açıktır.

<sup>1030</sup> Tabiatıyla söz konusu normun yerindeliği, başka mülahazalar çerçevesinde de değerlendirilebilir. Örneğin bu normun etkinlik değil de, bireysel özgürlüklerin korunması kaygısıyla kabul edildiği ve kurtarma ödevi yüklenmesinin özgürlükleri aşırı derecede sınırlayacağı endişesinin etken olduğu iddia edilebilir. Yukarıda mesele sadece etkinlik perspektifinden mesele ele alınmaktadır.

<sup>1031</sup> Sorumluluğun atfedilmesi sorunu, bir zarardan kim ya da kimlerin sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin hukuki problemi ifade etmektedir. Bu, zararın olumlu davranıştan kaynaklanmadığı halleri kapsadığı gibi, olumlu davranışı olan zarar verenin yanı sıra hareketsiz kalan başkalarının (*mesela istihdam eden ya da ev başkanı*) veya birden fazla olumlu davranışta bulunan kişilerin sorumlu tutulması sorununu kapsamaktadır. Burada ise sadece ilk iki olasılığa yer verilmiştir, buna karşılık birden fazla olumlu davranan kişinin zarara neden olması sorunu kapsam dışı tutulmuştur.

zarar ve özen (*birincil*) maliyetlerini asgariye indirir<sup>1032</sup>. Fakat riskin çoğu kez birden fazla kişinin kontrol alanında olması ve en az maliyetle tedbir alan kişinin kimliğinin somut olayın özelliklerine göre farklılaşması nedeniyle, belirleme faaliyeti pratikte hiç de basit değildir<sup>1033</sup>. Dikkat edilirse bu nedensellik ve kusurdan farklı bir sorun olup<sup>1034</sup>, zararı önleyebilecek konumda olan kişiler arasından “*seçim*” yapılması ile ilgilidir ve hukuk politikasını ilgilendirir.

Zarar karşılıklı bir olgu olduğuna göre<sup>1035</sup>, genel bir prensip olarak en azından zarar veren ve zarar gören olmak üzere iki kişinin zararı önleyecek konumda olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hukuk düzeni, yukarıda belirtilen prensip ışığında ilk olarak bu kişiler arasında bir seçim yapmalıdır. Bu aşamada yapılması gereken bir tespit, olumsuz davranış sorununun sadece zarar veren açısından tartışılmasıdır. Oysa zarar gören de *genellikle* hareketsiz konumdadır. Buna rağmen herhangi bir tartışma yaşanmaksızın zarardan sorumlu tutulmaktadır<sup>1036</sup>. Örneğin sorumluluğun kusur esasına dayandığı bir kurguda, zarar verenin herhangi bir kusuru yoksa zarardan zarar gören sorumlu tutulur.

---

<sup>1032</sup> Burada *Hand formülü*, etkin tedbir ya da davranışın belirlenmesinde kullanılabilir (bkz. yukarıda §2/II/B ve ayrıca §2/II/C/3).

<sup>1033</sup> Özellikle riskin kamusal bir mekânda ortaya çıktığı ve riski önleyebilecek pek çok kişinin bulunduğu bir kurguda, etkinlik açısından kim ya da kimlerin yardım yükümlülüğü olması gerektiğini belirlemek olağanüstü güçtür (*bilgi maliyetleri*). Riskin mahiyeti, tek kişi değil de, birden fazla kişinin davranışları ile daha etkin bir şekilde azaltılmasına müsait olabilir (*müşterek özen kurgusu*) ya da tam tersi birçok kişinin varlığına rağmen tek kişinin tedbir almasına elverişli olabilir (*alternatif özen kurgusu*). Bu iki durumda sorumluluğun farklı etkileri vardır (bkz. bu konuda Dördüncü Bölüm §2/III/A/2 ve §2/III/A/2/e). Benzer şekilde, olası kurtarıcıların her biri etkin tedbirler ile riski azaltıcı konumda olabilir; ama başkalarının daha etkin bir şekilde riski önlemelerinin mümkün olup olmadığı hakkında bilgileri olmayabilir. Taraflar arasında işlem maliyetinin varlığı koordinasyonu da mümkün kılmaz. Bu durumda haksız fiil hukukunun sağlayacağı etkin saik sağlaması son derece güçtür.

<sup>1034</sup> Tabiatıyla bu kavramlar son derece önemlidir. Şöyle ki, hukuk politikası açısından amaçlanan zararın en az maliyetle azaltılması ise, doğal olarak kusur ve nedenselliğin varlığı ön koşul olacaktır. Yani sorumlu tutulacak kişi ya da kişiler davranışları ile riski azaltma iktidarına sahip olmalı (*mantıki ve uygun nedensellik*) ve aynı zamanda olası özenli davranışın maliyeti, risk değerinde sağladığı fayda açısından haklı kılınabilir olmalıdır.

<sup>1035</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/C/2, ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/B/5 ve §2/III/A/2

<sup>1036</sup> Sorumluluk zararın, zarar gören üzerinden alınıp bir başkasına yükletilmesi olarak tanımlanırsa, yukarıdaki ifadenin doğru olmadığı söylenebilir. Fakat düşüncemize göre zarar verenin, zarar görenin mutlak hakkını ihlal etmesi ve ona zarar vermesine rağmen kusurunun (*ya da hukuka aykırılığın*) olmaması nedeniyle sorumluluğun öngörülmemesi halinde, hukuk düzeninin zararın paylaşılmasına dair açık bir tercih yaptığı ve zarar göreni sorumlu tuttuğu kabul edilmelidir.

Keza zararın ortaya çıkışında zarar görenin de kusuru var ise, somut olayın özelliklerine göre (*olumlu davranışı olsun ya da olmasın*) zararın bir kısmı veya tamamından sorumlu olur. Pozitif hukuk, buradaki seçimi hukuka aykırılık değil<sup>1037</sup>, kusur ve/veya nedensellik kavramları bağlamında yapmaktadır<sup>1038</sup>. Aşağıda bu seçimin ekonomik açıdan gösterdiği özellikler kapsamlı olarak tartışılmıştır<sup>1039</sup>. Fakat bu noktada, hareketsiz kalan zarar görenin zarardan sorumlu tutulduğunu ve haksız fiil hukukunun aslında her iki tarafın davranışlarını kontrol ettiğini vurgulayalım.

Zarar verenin (*olumsuz davranışı*) hareketsizliği ise, (*zarar görenden farklı olarak*) hukuka aykırılık başlığı altında tartışılmaktadır. Ekonomik açıdan ilk bakışta davranışın olumlu veya olumsuz olması arasında önemli bir farkın olmaması gerektiği söylenebilir. Risk değerinde sağladığı azalma (*yarar*) açısından etkin tedbiri almayan kişiyi, ekonomik açıdan “*zarar veren*” olarak tanımlamak ve olumlu-olumsuz davranış ayırımı yapmaksızın sorumlu tutmak anlamlı görünmektedir<sup>1040</sup>. Bu durumda hukukun olumlu-olumsuz davranışlar arasında yaptığı ayırımı ekonomik açıdan açıklamak gerekir.

Olumlu davranışlar açısından sorun basittir. Bu davranışların temel vasfı, gerçekleşen türden zarar riskini arttırmasıdır. Yani mevcut (arka plan) risk seviyesi, bu davranış ile birlikte olumsuz yönde değişmektedir. Böyle bir durumda ise, risk üzerinde

---

<sup>1037</sup> Burada zarar kendi mal ve/veya şahıs varlığı değerleri üzerinde gerçekleşeceği için, hukuk düzeninin bu değerleri korumak için ona hukuki bir ödev yüklemesi son derece anlamsız olur.

<sup>1038</sup> Pozitif hukukun zarar görenin sorumluluğuna dair yaklaşımını kısaca belirtmek gerekirse, evvela ikili bir ayırım yapmak gerekir. Kusur sorumluluğunun uygulandığı hallerde, zarar verenin kusursuz olması durumunda bir kere zarar gören zararın tamamından kural olarak sorumlu tutulmaktadır. Zarar verenin kusuru var ise, o zaman zararın paylaşılmasında temel faktör, zarar görenin kusurudur. Çeşitli defalar belirtildiği üzere (bkz. §2/II/A ve ayrıca Dördüncü Bölüm §1/II/B/5, §2/III/A/2) zarar görenin kusuru, tazminatın tenkisine veya nedensellik bağının kopmasına neden olabilir. Fakat son tahlilde kusur ya da kusursuz sorumluluk esaslarından birinin tercih edilmesinin hukuka aykırılık ile ilgili olması nedeniyle, burada da hukuka aykırılık dolaylı olarak etkili olmaktadır.

<sup>1039</sup> Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/b

<sup>1040</sup> İhmal, yapılması gereken davranışın yapılmaması olarak nitelendirilince, esasen özenli davranış modeli karşısında bir olumsuz davranışın varlığından bahsedilebilir. Yani aslında kusur kuralı, herkese belirli bir şekilde davranmama değil, davranma ödevi öngörmektedir. Bu durumda, kişinin zararlı davranış öncesi olumlu ya da olumsuz davranması arasında, hukuk politikası açısından nasıl bir fark olduğu belirsizleşmektedir. Hemen belirtelim ki bu tespitimiz meselenin semantik yönünü vurgulamaktadır.

kontrol sahibi olan kişiler arasında seçim yapmak son derece basittir. Riski arttıran kişi, çoğu kez bunun bilincindedir ve gerek sonuçları, gerekse bunları azaltan olası (özenli) davranış modelleri hakkında bilgi sahibidir. Bilgi üstünlüğünün haricinde belki daha önemlisi, kişinin davranış ile ilgili risklerin kontrolünde de genellikle en uygun konumda olmasıdır (*cheapest cost avoider*). Dolayısıyla bu halde, riski kontrol edebilecek başka kişiler olsa da, ekonomik açıdan sorumluluğun olumlu davranışta bulunan kişiye atfi konusunda bir zorluk yaşanmaz<sup>1041</sup>. Hatta düşüncemize göre hukuk doktrininde tehlike kuralı adı altında verilen örnekler de bu kapsamdadır. Zira örneklerin tamamında geniş anlamda bir faaliyet ve bununla ilintili riskler söz konusudur<sup>1042</sup>. Faaliyet mevcut risk seviyesini arttırdığı için, olumlu davranıştan farklı ele almayı gerektiren bir neden yoktur. Yani faaliyeti yapan genellikle riskin kontrolünde en uygun konumdadır ve sorumluluk ekonomik açıdan etkindir<sup>1043</sup>.

Dolayısıyla olumsuz davranış açısından tartışılması gereken, zarar verenin tamamen pasif olduğu, yani risk seviyesini herhangi bir şekilde arttırmadığı hallerdir.

---

<sup>1041</sup> Yani olumu davranışı olan kişiler olayların çok önemli bir kısmında, söz konusu riski en etkin bir şekilde kontrol edebilecek kişilerdir. Şüphesiz bu riskleri (*zarar gören dışında*) üçüncü kişiler de belki öngörebilir ve kontrol edebilir. Fakat genellikle bu kişiler, gerek bilgi üstünlüğü, gerekse riskin kontrolü açısından davranışın yapan kişiye kıyasla daha elverişsiz durumdadırlar. Şüphesiz bunun istisnaları olabilir. Bu istisnaların bazılarında hukuk düzeninin meseleyi özel olarak düzenlediğini görmekteyiz (BK.m.55 tart., MK.m.369). Dolayısıyla riski kontrol edebilecek kişiler arasında davranış sahibinin seçimi, ekonomik açıdan isabetli bir tercihi yansıtır.

<sup>1042</sup> Belki zararlı sonuç, doğrudan kişinin davranışından kaynaklanmamış olabilir. Örneğin açılan çukura düşerek yaralanan kişi, çukuru açan tarafından çukura itilmemiştir. Fakat düşüncemize göre bu önemsizdir. Mühim olan, kişinin risk seviyesini artırıp arttırmadığıdır.

<sup>1043</sup> Doktrinde patlayıcı maddeler ile çalışan, inşaat yapan ya da zehirli maddeleri depo eden kişilerin, tehlike kuralı çerçevesinde zararlı sonuçları önlemek için gerekli tedbirleri almaları gerektiği ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere bu gibi hallerde bir faaliyet söz konusudur ve bu faaliyet riski arttırdığı ölçüde özenle yapılması beklenir.

Öte yandan belki de bu örnekler arasında faaliyetin söz konusu olmadığı yegâne hal, kendi mülkiyetinde veya zilyetliğinde taşınmazı üçüncü kişilerin geçişine açan kişilerin durumudur. Bu olgu, başlı başına riski arttırmaz. Bilakis hayatın olağan akışında kişinin günlük yaşamda karşılaştığı riskler, genellikle bu kurguda karşılaşılan risklerden daha az değildir. Dolayısıyla zımnın ya da açıkça davet, risk seviyesini arttırmadığı için tehlike kuralının uygulanmasını gerektiren bir durum da yoktur. Bu nedenlerden dolayı esasen burada tipik bir olumsuz davranış durumu olduğu söylenebilir. Olumsuz davranışın ortaya çıktığı bir kurguda ise, hukuk düzeninin yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde riskleri kim ya da kimlerin en etkin şekilde önleyebileceğine dair değerlendirme yapması ve buna göre hukuki ödev yüklemesi beklenir. Bu açıdan bakıldığı zaman, ev sahibinin bu türden bir ödevi olması makuldür.

Burada zarar veren riski arttırmamakla birlikte, azaltmak veya ortadan kaldırmak imkânına sahiptir<sup>1044</sup>. Örneğin sahilde bulunan ve yüzme bilen bir kişi, boğulma tehlikesi altında olan kişiyi zarar görmekten kurtarabilir. Eğer kurtarma faaliyetinin kurtarana önemli bir maliyeti yoksa (*boğulma riski vs.*), bu davranışın sağladığı yarar açısından etkin olduğu, dolayısıyla hukukun önleme ödevi öngörmesi gerektiği söylenebilir<sup>1045</sup>. Fakat sorunun çözümü bu kadar basit değildir. Bu hallerde genellikle birbirine benzer konumda birden fazla kişi riski kontrol edebilir. Bu kişiler arasında herhangi birinin (*teorik olarak*), riskin öngörülmesi ve kontrol edilmesinde diğerlerine karşı belirgin bir avantajı olduğunu düşünmek için bir neden yoktur. Bu durumda ayırım yapmaksızın, herkese belirli bir şekilde davranma yönünde hukuki ödev yüklemek istenmeyen sonuçlar yaratabilir.

Nitekim meselenin nasıl düzenlenmesi gerektiği, hukuk ve ekonomi öğretisinde tartışmalıdır<sup>1046</sup>. Bu tartışmalara etraflıca yer vermek çalışmamızın kapsamını aşacaktır<sup>1047</sup>.

---

<sup>1044</sup> Olumlu davranışlarda *arka plan risk seviyesi*  $0.01 \times 1000 = 10$  YTL iken, kişinin davranışı bunu  $0.05 \times 1000 = 50$  YTL düzeyine çıkarmıştır. Bu durumda kişinin 40 YTL'ye kadar tedbir alması beklenir. Buna karşılık olumsuz davranışlarda *risk seviyesi*  $0.01 \times 1000 = 10$  YTL'dir ve değişmemiştir. Kişinin olası davranışı sadece bu riski azaltır. Örneğin kişinin 5 YTL'lik tedbir alarak olasılığı 0.001 ve riski de 1 YTL düzeyine indirdiği bir kurguda, 5 YTL'lik tedbir ile beklenen maliyet 9 YTL azaldığı için, kişinin tedbir alması etkindir.

<sup>1045</sup> GRUSH, s.884,885; HAZEN, s.141; LANDES/POSNER, Altruism, s.120

<sup>1046</sup> ABD ortak hukukunun başkalarını zarardan korumaya dair genel bir ödev yüklememiş olması, doktrinde ve uygulamada ciddi tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar çerçevesinde mahkemeler kurala çeşitli istisnalar tanımış (*zarar gören ve zarar veren arasındaki özel ilişkinin varlığı, davalının zarar veren ile arasındaki özel ilişki, zarar verenin kusursuz risk yaratması, kurtarma faaliyetine girişen kişinin özenli davranma ödevi gibi*), çeşitli eyaletler de “*good samaritan laws*” başlığı altında bazı yasal düzenlemeler öngörmüştür. Söz konusu düzenlemeler, kurtarma hareketine girişen kişilerin ancak ağır ihmal ile verdikleri zararlardan sorumlu olacaklarını belirterek, sorumluluğu sınırlamaktadır.

Ortak hukuktaki bu kural ve istisnalar hukuk ve ekonomi öğretisinden de çok tartışmalıdır. Bkz. LANDES M. William /POSNER A. Richard, “Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Case of Law and Altruism”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 7 (1978), s.119 vd.; EPSTEIN Richard, “A Theory of Strict Liability”, *Journal of Legal Studies*, Vol.2 (1973), s.151 vd.; HASEN L. Richard, “The Efficient Duty to Rescue”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 15 (1995), s.141 vd.; GRUSH E.H., “The Inefficiency of the No-Duty-To-Rescue Rule and A Proposed ‘Similar Risk’ Alternative”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.146 (1998), s.881 vd.; WEINRIB J. Ernest, “The Case for a Duty to Rescue”, *Yale Law Journal* Vol.90 No:2, (1980), s.247-293; RUBIN H. Paul, “Costs and Benefits of a Duty to Rescue”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 6 (1986), s.273-276; HAREL Alon/JACOB Assaf, “An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law,” *Discussion Paper Series*, No:281, Center for Rationality and Interactive Decision Theory, Hebrew University, Jerusalem 2001; HYMAN A. David, “Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue”, *Illinois Law and Economics Working Paper Series* No: LE05-18

Ama kısaca belirtmek gerekirse, (*yararcı felsefeye paralel olarak*)<sup>1048</sup> öğretide bazı yazarlar, sorunu salt fayda/maliyet denklemi açısından analiz etmekte ve zararı önlemenin yararının maliyetinden fazla olması halinde, hukuki bir ödevin yüklenmesi gerektiğini, dolayısıyla pozitif hukukun etkin olmadığını iddia etmektedirler<sup>1049</sup>. Buna karşılık aksi görüş, genel bir kural ile kurtarma ödevinin öngörülmesinin ekonomik açıdan etkin olmayacağını<sup>1050</sup>, fakat somut olayın özellikleri açısından bu kurala istisna tanınabileceğini belirtmektedir.

İkinci görüş çeşitli gerekçelere dayanmakla birlikte, bu görüşün temel gerekçelerini üçe ayırabiliriz<sup>1051</sup>. İlk olarak tartışma konusu olan hallerin çoğunda, riskli duruma neden olan kişi (*yani aslında davranışta bulunan*), bizatihi zarar görenin kendisidir. Bu durumda, (*zarar görenin değil de*) yardım edebilecek konumda olup da hareketsiz kalan

---

<sup>1047</sup> Üstelik ekonomik açıdan bakıldığı zaman haksız fiil sorumluluğu sorunun çözümünde kullanılacak araçlardan sadece bir tanesidir. Farklı bir yaklaşım, hareketsiz kalan kişiyi zarardan sorumlu tutmak yerine, onun harekete geçmesini sağlamak üzere parasal saik sağlamak olabilir. Nitekim doktrinde mesele bu yönüyle de tartışılmaktadır (bkz. özellikle LEVMORE Saul, “Waiting For Rescue: And Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations, Virginia Law Review, Vol. 72, (1986), s.879-940; WOMELL T. Christopher, “Unjust Enrichment and Quasi Contracts”, Encyclopedia of Law and Economics, s.795-806, LANDES/POSNER, Altruism, s.83-119).

<sup>1048</sup> Yararcı felsefeye mensup düşünürlerin tamamı, refah denklemi (*utilitarian calculus*) çerçevesinde, hukukun tehlike altındaki kişileri, koruma ve kurtarma ödevi yüklemesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu konudaki literatür hakkında bkz. HAREL/JACOB, s.3, dpt.5; WEINRIB, s.282 vd.

<sup>1049</sup> EPSTEIN, Strict Liability, s.190 vd.; HASEN, s. s.141 vd.; GRUSH, s.881 (*Hemen belirtelim ki söz konusu kuralın etkinliğine dair geliştirilen tek gerekçe yukarıda belirtilen değildir. HASEN ve GRUSH, buna ilave olarak “benzer risk kuralı” adı altında (similar risk rule) kurtarıcının daha ileride potansiyel olarak zarar görenin muhatap olduğu riskle karşılaşma olasılığının varlığı halinde, genel kurtarma ödevinin ekonomik açıdan etkin olduğu ileri sürmektedirler.*)

<sup>1050</sup> RUBIN, Duty to Rescue, s.273 vd.; HAZEL/JACOB, s.6 vd. (*Yazarlar, olumsuz davranışın tartışıldığı hallerde, genellikle birden fazla kişinin bulunduğunu ve bu hallerde alternatif özen kurgusunun (kavram için bkz. Dördüncü Bölüm §2/III/A/2/a) geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Sorumluluğun öngörülmesi halinde ise, sorumluluğun sulanması (dilution of liability) sorunu nedeniyle ekonomik açıdan etkin olmayan sonuçların ortaya çıkacağını ileri sürüyorlar.*); HYMAN, s.64 vd. (*Yazar çeşitli veriler ışığında kuralın somut etkilerini değerlendirdiği bu çalışmada, kurtarma ödevinin öngörülmesinin kişilerin davranışlarını önemli ölçüde değiştirmeyeceğini ileri sürmekte ve sosyal normların yeterli olduğunu belirtmektedir. Yazar’a göre daha önemli bir sorun, bizatihi kurtarma faaliyetinin riskleri ve bu risklerin hukuken nasıl paylaşıldığıdır*), krş. LANDES/POSNER, Altruism, s.119 vd. (*Yazarlar, sorumluluğun olmamasını, genel bir ödev kuralına kıyasla daha etkin olduğunu belirtiyorlar.*)

<sup>1051</sup> Mesela ilginç bir görüş, hukuken bir ödev yüklendiği takdirde, yetenek ve becerilerinin başkalarının kurtarılması faaliyetine tahsis etmek durumunda kalan kişilerin, ilk planda bu tür becerilerinin geliştirmeyeceklerini ve ayrıca olası kurtarma fiiline yol açabilecek faaliyetlerden (*mesela halk plajına gitmeme gibi*) kaçınabileceğini belirtmektedir (WONNEL, s.799; LANDES/POSNER, Altruism, s.119-121).



kişinin olası zarardan sorumlu tutulması, zarar göreni özensiz davranmaya sevk edebilir<sup>1052</sup>. İkinci gerekçe, genellikle birden fazla kişinin zararı önleyebilecek konumda olması ve bu hallerde, genel bir ödevin kaynak israfına yol açmasıdır. Kaynak israfının iki boyutu vardır. İlki, bilhassa kamusal alanda ortaya çıkan riskler açısından ödev yükleyen kuralın çok sayıda kişiyi önleyici tedbir almaya sevk etme olasılığıdır<sup>1053</sup>. Diğer bir boyutu ise, kuralın uygulanmasının neden olabileceği idari maliyetlerdir<sup>1054</sup>. Genel bir kurtarma ödevi, çok sayıda kişinin davalı olmasına yol açabilir ve sorumluluğu sınırlayan bir kural öngörülmediği takdirde bu durum yargı sistemi üzerinde ciddi bir yük teşkil eder<sup>1055</sup>.

---

<sup>1052</sup> Eğer hiç kimse olumlu bir davranış ile riski arttırmamışsa (yani üçüncü kişinin sorumluluğu tartışma konusu değilse), bu durumda muhtemelen riski arttıran temel faktör bizatihi zarar görenin kendisi olacaktır. Fikrimizce, olumsuz davranış sorununun temel özelliklerinden birisi budur. Bu durumda pasif olan kişi ya da kişilerin sorumlu tutulması, zarar gören üzerinde olumsuz saik etkisi yaratabilir. Bu etkiyi, bilhassa kuralın olmadığı kurguyu dikkate alarak vurgulayabiliriz. Hukuk düzeninin kurtarma ödevi yüklememesi, kişileri kendilerini tehlikeye atacak durumlardan kaçınmaya (faaliyet seviyesi) ve/veya daha özenli davranmaya teşvik edecektir (EPSTEIN, Strict Liability, s.203; HAREL/JACOB, s.29,30; LANDES/POSNER, Altruism, s.119 vd.; OGUS, Lessons from Law and Economics, s.398). Örneğin yüzme bilmeyen ya da iyi yüzemeyen kimse plaja gitmeyecek, kıydan ayrılmayacak veya gerekli diğer tedbirleri alacaktır. Şüphesiz alternatif özen durumunun söz konusu olduğu ve olası kurtaranın, zarar görene kıyasla en az maliyetle zararı önleyebilecek konumda olduğu hallerde, bu söylediğimiz gerekçe geçerliliğini yitirmektedir. Zira bu durumda sadece olası kurtarıncının tedbir alması ve kişiyi kurtarması arzu edilir. Sorumluluk da bu manada doğru saik sağlar.

<sup>1053</sup> Örneğin 100 YTL'lik bir zararı (olasılık değeri %100), 20 kişinin, her biri için ortalama 50 YTL'ye kadar maliyeti olan önleyici tedbir olarak önleyebildiğini, bunlar arasında bir koordinasyonun olmadığını ve genel ödev yükleyen bir kuralın olduğunu düşünelim. Ekonomik açıdan bir tanesinin tedbir alması dahi riski ortadan kaldırdığı için, tek kişinin tedbir alması etkindir (alternatif özen kurgusu). Fakat kural herhangi bir ayırım ya da seçim yapmaksızın herkese ödev yüklerse, bu birden fazla kişinin tedbir olarak kaynakların israf edilmesine neden olabilir.

Hemen belirtelim bu olumsuz etki her zaman ortaya çıkmaz. Birden fazla kişinin sorumlu tutulduğu hallerde karşılaşılan, “sorumluluğun sulanması” (dilution of liability) sorunu nedeniyle tazminat birden fazla değil, kimsenin özen göstermemesine de neden olabilir. Örneğin eğer 100 YTL'lik zarar, olası sorumlu 20 kişi arasında “eşit olarak” paylaşılacaksa (100/20=5 YTL), bu durumda kimse önleyici tedbir almayacaktır (5<50). Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz sakınca, kişilerin potansiyel diğer kurtarıncıların varlığından haberdar olmadığı, kurtarıncıların sayısının az olduğu veya önleyici tedbir maliyetinin (zarar ve tazminat riski karşısında) çok düşük olduğu hallerde karşımıza çıkar. Keza eğer sorumluluk zararla sınırlı olmayıp, idari para cezası veya benzeri yaptırımlar uygulanıyorsa, sorumluluğun sulanması problemi ile karşılaşılmaz. Bu tartışmadan çıkarılması gereken bir sonuç ise, her iki halde de sonucun ekonomik açıdan istenmemesidir. İlk halde birden fazla kişinin tedbir alması, ikinci halde ise kişilerin davranışlarını değiştirmemesine rağmen tazminat sorumluluğunun doğması ve bunun idari maliyetleri nedeniyle kaynak israfı ortaya çıkar.

<sup>1054</sup> WONNEL, s.800

<sup>1055</sup> Örneğin deniz kenarında 20 kişinin bulunduğunu ve hiçbirinin boğulmakta olan kişiye yardım etmediğini varsayalım. Bu durumda ölenin yakınları herkese dava açabilecek midir? Açılacaksa bunlar arasında zararlar nasıl paylaşılacaktır? Hâkim özellikle kişinin ölümü sonrasında kimlerin orada olduğunu ve zararın gerçekleşmesinde diğerlerinin katkısını nasıl belirleyecektir? Şüphesiz bu sorunlar, genel ödev yükleyen kuralın idari açıdan sadece dava sayısının artması değil, fakat (ispat ve diğer sorunlar nedeniyle) birim başı

Bilhassa sosyal normların topluma tehlike altındakileri zarardan koruma ödevi yüklediğini dikkate alırsak<sup>1056</sup>, hukuki müdahale maliyetinin sağlayacağı fayda açısından haklı kılınmasının güç olduğu söylenebilir.

Bu açıklamalar, sorunun genel bir ödev yükleyen bir kural ile düzenlenmesinin pek de isabetli olmadığına işaret etmektedir. Düşüncemize göre buradaki temel mesele, olumlu davranışlardan farklı olarak, olumsuz davranışlarda kim ya da kimlerin riski etkin bir şekilde önleyebileceği hususunda *ex ante* belirsizlik olmasıdır<sup>1057</sup>. Belirsizlik halinde genel bir kuralın varlığı, neden olabileceği maliyetler bir kenara, yarattığı saik açısından risklerin etkin bir şekilde azaltılmasına hizmet etmez (*dilution of liability*)<sup>1058</sup>. Fakat kanun koyucunun (ve hatta mahkemelerin)<sup>1059</sup> somut olayda riske olan konumu ve bilgisi itibarıyla (*en*)<sup>1060</sup> elverişli kişiyi (*cheapest cost avoider*), diğerlerinden ayırarak açık ve kesine yakın bir şekilde belirlemesi mümkün ise, genel kurala istisna tanımak ve zararı

---

yargılama maliyetleri nedeniyle de idari açıdan maliyetli olduğunu ortaya koymaktadır (bkz. HAZEL/JACOB, s.6,7).

<sup>1056</sup> Bu gerekçe altında, bilhassa fedakâr ve özverili kişilerin durumu zikredilmekte ve bu kişilerin başkalarına yardım etmekten dolayı haz duyduğu (fayda sağladığı), dolayısıyla da hukuki olmasa bile, ahlaki sorumluluğun yeterli olabileceği belirtilmektedir. Hatta bir görüşe göre, hukukun genel bir yardım ödevi öngörmesi, özverili davranmaya meyilli olan kişilerin bu davranıştan sağladığı faydayı azaltacak ve dolayısıyla daha az özverili davranışlar sergilenenecektir (LANDES/POSNER, Altruism, s.122; POSNER, s.208). Belirtelim ki bu tür bir kuralın fedakârlık ve özveri üzerinde olumsuz etkisi olup olmadığı tartışılabilir (HAREL/JACOB, s.5, dpt.10; HASEN, s.146; ayrıca HYMAN, s.66).

<sup>1057</sup> Esasen olumlu ve olumsuz davranışlar arasındaki temel fark da düşüncemize göre budur. Yani genellikle riskin farklı kişiler tarafından kontrol edilmesi mümkündür ve fakat herkese bu riskleri önleme hususunda bir ödev yüklenemeyeceğinden, hukuk düzeninin bu kişiler arasında bir seçim yapması gerekir. Olumlu davranış olarak adlandırılan kategori açısından seçim kolaylıkla yapılabilir. Fakat olumsuz davranışlarda riski kontrol edebilecek kişiler arasında *ex ante* bir eşitlik durumu olduğundan bahsedilebilir. Örneğin “*en etkin tedbiri alacak kişinin zararı önlemekle yükümlü olduğu*” şeklinde genel bir kural öngörülse dahi, bu sorun çözümlenemez. Zira burada olası kurtarıcının, diğerleri karşısında riski önlemede daha etkin durumda olup olmadığı hakkında bilgisi olmayacaktır.

<sup>1058</sup> Yukarıda belirttiğimiz üzere birden fazla kişinin riski etkin bir şekilde önleme iktidarının bulunduğu hallerde, sorumluluğun bunlar arasında paylaşılacak olması, kişileri optimum tedbiri almaya sevk etmeyecektir. Olası tazminat riskinin bölünmesi nedeniyle, ne kadar fazla kişi olursa tedbir alma saiki o ölçüde zayıflar, buna karşılık idari maliyetler o ölçüde artar. Bkz. HAREL/JACOB, s.6 vd.

<sup>1059</sup> Mahkemenin bu noktada koyduğu kural da genel nitelik arz etmeli, aynı ya da benzer durumlar ile karşı karşıya kalanların davranışlarını düzenleyecek vasfa sahip olmalıdır.

<sup>1060</sup> Şüphesiz burada en uygun konumda olan kişinin, her kurguda diğer potansiyel kurtarıcılar karşısında en az maliyetle riski ortadan kaldırması gerekli değildir. Somut zararlar açısından kurtarma ödevi olmayan kişinin en uygun konumda olması olasıdır. Fakat hukuki belirlilik, bir ölçüde bu maliyetlere katlanmayı gerektirir.

önleme ödevi yüklemek isabetli olabilir<sup>1061</sup>. Keza somut riskin doğası gereği, (*hareketsiz kalarak*) olası zarar verenlerin sayısı fazla değilse, sorumluluk etkin saik sağlayabilir. Bu hallerde yukarıda belirtilen sakıncalar da büyük ölçüde ortadan kalkar. Bu açıklamalar Türk hukukundaki genel kuralın teorik açıdan etkin olduğuna işaret etmektedir.

Öte yandan istisna öngören kuralların, belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde ayrıca analiz edilmesi gerekir ki bu faaliyet çalışmamızın kapsamını aşar<sup>1062</sup>. Fakat en azından bazı normların bu ilkeye paralel olduğunu tespit etmekle yetinelim<sup>1063</sup>. Örneğin medeni hukuktaki MK.m.369, BK.m.55, 56 ve 58 gibi normlar, istisna ilkesinin birer uygulama

---

<sup>1061</sup> HAREL/JACOB, s.10,11

<sup>1062</sup> Şüphesiz kişileri zarardan korumak için ödev yükleyen pek çok pozitif hukuk kuralı olabilir. Özellikle kamu hukukunda bu tür kurallara sıkça rastlanır. Zira devletin önemli görevlerinden biri de vatandaşlarının can ve mal güvenliğinin korunmasıdır. Bu amacı sağlamak üzere çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına kurtarma ödevi yüklenmektedir. Şüphesiz bu normların burada incelenmesi (*konunun dışında kalması nedeniyle*) çok isabetli olmayacaktır.

<sup>1063</sup> Deniz Ticaret Hukukundaki kurtarma ve yardım hükümleri de düşüncemize göre bu ilkeye güzel bir örnek teşkil eder. Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında 4922 sy.'lı Kanun'un (RG. T. 14.06.1946, sy. 6333) 14. maddesine göre: "*Her kaptan, denizde can tehlikesine uğramış olarak rast geldiği kimselere, düşman bile olsa, kendi gemisini, gemi adamlarını ve yolcusunu ciddi bir tehlikeye atmaksızın elinden gelen her yardımı yapmakla ödevlidir*". Bu hüküm çerçevesinde, denizde can güvenliğini tehdit eden riskler açısından genel bir kurtarma ödevinin varlığından bahsedilebilir. Bu tür bir ödevin deniz hukukunda neden öngörüldüğü hususunda tereddüde düşülebilir. Aslında sorunun cevabı açıktır. Deniz riskleri açısından, seyrüsefer yapan bir geminin batma ya da benzeri bir tehlike geçirmesi halinde, genelde yardımda bulunabilecek çok sayıda gemi olmayacaktır. Dolayısıyla kurtarma ödevi, yarattığı saik açısından belirsizliğe yol açma ve ayrıca idari maliyetler açısından önemli bir yük oluşturmaz. Genellikle bir gemi yardıma gidecek ve dolayısıyla aynı anda pek çok kişinin kurtarma maliyetlerine katlanması da söz konusu olmayacaktır. Keza sayı hiçbir zaman çok fazla olmadığı için, olası bir risk karşısında tarafların koordine olması da mümkündür. Nitekim takip eden maddeler, birden fazla geminin riski azaltabileceği halleri de düzenlemiştir. Kanun'un 15. maddesi, "*Başka gemiden imdat işareti alan bir geminin kaptanı tehlikede bulunan kimselerin yardımuna bütün hızı ile gitmek ödevindedir. Ancak kaptan bu türlü hareket etmeyi imkânsız görür veya içinde bulunduğu özel haller dolayısıyla makul veya faydalı görmez veya 17 ve 18 inci maddeler gereğince bu ödevden muaf tutulmuş ise yardım yapmayabilir ve bu hali hemen, imdat işareti veren geminin kaptanına bildirmekle beraber kendisine yardıma gitmekten alıkoyan sebepleri gemi jur-nalına kaydeder*" demektedir. Görüldüğü gibi, hüküm kurtarmanın riski ile sağlayacağı olası faydayı dengeleyebileceğini öngörmekte ve maliyetinin fazla olması durumunda kurtarma ödevinden muaf tutmaktadır. Ayrıca 16. madde, birden fazla olası kurtarıcının bulunduğu bir olasılığı düzenlemekte ve "*en elverişli olan gemi veya gemilerden yardım isteneceğini*" belirtmektedir. Hükme göre: "*Tehlikede bulunan bir geminin kaptanı, imdat isteğine cevap vermiş olan kaptanlarla mümkün olabildiği kadar istişarede bulduktan sonra, yardıma en elverişli gördüğü bu gemilerden birinden veya bir kaçından yardım istemek hakkını haiz olduğu gibi bu suretle kendisinden yardım istenen kaptan veya kaptanlar da bu isteğe uyararak bütün hızlarıyla tehlikede bulunan kimselerin yardımına gitmek ödevindedirler. Telsizle imdat işareti alan bir kaptan kendisinden yardım isteyen başka bir geminin kaptanından veya eğer yardım istenen gemi birden fazla ise bu gemilerin kaptanlarından, yardım isteğinin yerine getirilmek üzere bulunduğu yolunda haber alacak olursa, 15 inci madde ile kendisine yüklenmiş olan yardım ödevinden kurtulur.*"

alanı olarak görülebilir<sup>1064</sup>. Benzer şekilde, taşınmazını başkalarının kullanımına açan kişiye yükletilen hukuki ödev de bu ilkeye tamamen uyumludur<sup>1065</sup>. Fakat tabii ki bu ilke

---

<sup>1064</sup> Bu normların tümü ortak bazı özellikler taşımakla birlikte, ekonomik açıdan hepsinin aynı mantığa dayandığını söylemek güçtür. Fakat tamamı, olumlu davranışı ile zarara neden olmasa da, riski kontrol etmek açısından taşıdığı farklı ve ayırt edici üstün konum nedeniyle, ev başkanı, bina malikini, hayvanı idare edeni ve istihdam edeni sorumlu tutmaktadır. Dolayısıyla en azından yukarıdaki istisna ilkeye uyumludur. Şüphesiz bunların hepsinin ekonomik açıdan analiz etmek çalışmanın kapsamını aşar. Fakat önemi nedeniyle istihdam edenin sorumluluğu açısından bazı hususların altını çizmek uygun olur.

Söz konusu norm (BK.m.55), ekonomik açıdan iki nedenle isabetlidir. Eğer bu kural olmasaydı, zarardan doğal olarak müstahdem sorumlu tutulacaktı. Fakat olayların önemli bir kısmında, yeterli malvarlığının olmaması nedeniyle müstahdem muhatap olacağı tazminat riski, ona zararı önleme hususunda yeterli saik yaratmayacaktır (aciz problemi hakkında bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm §1/II/B/3). Olası zararın kendi malvarlığından fazla olduğu her durumda, müstahdem bunu kendi malvarlığı seviyesinde iskonto edecek ve optimum özenden daha az seviyede özen gösterecektir. İşte istihdam edenin sorumlu tutulması, malvarlığının genellikle yeterli olduğunu varsaydığımızda, bu sorunu büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanı sıra istihdam edenin sorumlu tutulmasının bir diğer faydası, faaliyetin neden olduğu riski, gerek faaliyet seviyesi, gerekse önleyici tedbirler açısından kontrol edebilecek konumda olmasıdır. Hatta bu hususta istihdam edenin daha uygun konumda olduğu bile söylenebilir. İstihdam edenin risk ve önleyici tedbirler hakkında genellikle bilgi avantajı vardır ve bunları kontrol etmede müstahdeme göre avantajlıdır. Dolayısıyla herhangi bir davranışı olmasa da onun sorumlu tutulması, riskin daha etkin bir şekilde kontrol edilmesine imkân vermektedir (krş. HAZEL/JACOB, s.26 vd.; SHAVELL, Foundations, s.232 vd.; LANDES/POSNER, Positive Theory, s.914,915).

<sup>1065</sup> Bu halde olası kurtarıcı konumundaki kişiler, söz konusu taşınmazdan yararlanan kişiler ile sınırlı olup, çok sayıda kurtarıcı olması beklenemez. Dolayısıyla sorumluluk idari maliyetler açısından sorun yaratmayacağı gibi, sorumluluğun sulanması gibi bir problem de doğmayacaktır. Üstelik taşınmaz malikinin sorumlu tutulması, taşınmaz üzerindeki riskler ve bunların önlenmesi hakkındaki üstün bilgisi ve konumu nedeniyle son derece etkin sonuçlar sağlayacaktır.

çerçevesinde açıklanması güç olan hükümler bulunabilir<sup>1066</sup>. Örneğin TCK. 98 hükmünün lafzının geniş olduğu ve kaynak israfına neden olabileceği iddia edilebilir<sup>1067</sup>.

---

<sup>1066</sup> Örneğin KTK. Genel kurala istisna tanıyan normlardan biridir. 82. maddeye göre: “*Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için, a) Kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücüleri kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye zorunludur*”. Bu hüküm, olumlu bir davranışı olmasa da (*riski arttırmasa da*), bir kazaya tanık olan herkese yardım ve kurtarma ödevi yüklemektedir. Söz konusu normun ihlali, idari para cezasının uygulanmasına sebebiyet vereceği gibi, düşüncemize göre (*normun koruma amacı çerçevesinde olumsuz davranışı hukuka aykırı kılarak*) haksız fiil sorumluluğuna da yol açabilir. Fakat kuralın yukarıda belirtilen ilkeler ile “tam” uyumlu olmadığı söylenebilir. Eğer sorumluluk salt kazaya karışanlar ile sınırlı olsaydı, kuralın etkin olduğu iddia edilebilirdi. Zira kazaya karışanlar, riski bildikleri gibi, kontrolü açısından da en uygun konumdadır. Ayrıca kural bu kişileri açıkça belirttiği için belirsizlik yaşanmaz. Buna karşılık “*kaza yerinden geçmekte olan*” ifadesi son derece geniştir. Çok sayıda kişinin kaza yerinden geçtiği pek çok kurgu tasavvur edilebilir. Bu durumda herkesi sorumlu tutmak, neden olacağı idari maliyetler bir kenara, riski önlemek hususunda yeterli saik yaratmayacaktır. Bu nedenle pratikte işletilebilir bir kural olmaktan uzaktır. Gerçi hükmün öngördüğü idari para cezası, sorumluluğun sulanması sorununu bir ölçüde hafifletebilir. Ama ispat güçlükleri düşünüldüğü zaman, bu etkinin ölçeği tartışılabilir.

<sup>1067</sup> Söz konusu kural, kişinin ölmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörmekte, bunun dışındaki riskler açısından bir yaptırım belirtmemektedir. Dolayısıyla hükmün geniş lafzına rağmen, cismani ve maddi zararlar kapsam dışıdır. Norm herkese yardım ödevi yüklemekten ziyade, *hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen* kişiyi sorumlu tutmaktadır. Bu hükmü ekonomik açıdan yorumlarsak, neden olacağı maliyetin, sağlayacağı faydayı haklı kıldığı hallerde kişilere kurtarma ödevi yüklediği ileri sürülebilir. Fakat bu sınırlama dahi, somut olayda pek çok kişinin sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Üstelik burada yaptırımın beklenen maliyetinin olası kurtarıcılar arasında paylaşılmaması nedeniyle, kurtarıcılarının optimum seviyeden daha fazla özen maliyetine katlanacaktır.

## **Dördüncü Bölüm**

### **Hukuki Kurumsal Yapı**

Yukarıda hukuka aykırılık kavramının, hukuki değerlerin nasıl korunacağına dair hukuk politikası tercihini içerdiğini belirtmiştik. Bu tercih, düşüncemize göre en azından iki alt sorunu barındırır. *Bunlardan ilki*, olumsuz dışsallığa yol açan (*riskli*) davranışların hangi hukuki kurumsal yapı içerisinde düzenleneceğidir<sup>1</sup>. Bu konudaki hukuk politikası tercihinin ekonomik teori yardımı ile incelenmesi, haksız fiil hukukunun sınırlarını çizmek ve diğer hukuk dalları ile olan ilişkilerini belirlemek açısından son derece önemlidir. *İkinci alt sorun*, haksız fiil hukukunun uygulandığı bir kurguda, sorumluluğun hangi esasa dayanacağı konusunda tercih yapılmasıdır. Burada farklı olasılıklar söz konusu olabilir, ama Türk hukuku açısından meseleyi *kusur* ve *kusursuz* sorumluluk olmak üzere iki ayrı ihtimale göre değerlendirmek isabetli olur. Kusur ve kusursuz sorumluluğun ekonomik açıdan gösterdiği özelliklerin analizi ve hangi şartlar altında hangisinin daha etkin olabileceğine dair yapılan normatif çıkarımlar, hukuk teorisi açısından oldukça yararlıdır. Nitekim bu analiz, hukuk ve ekonomi öğretisinde haksız fiil hukuku alanındaki temel inceleme konusudur<sup>2</sup>. Aşağıda öncelikle *geniş anlamda hukuki kurumsal yapı* olarak adlandırdığımız ilk sorun ele alınmaktadır. Akabinde de, *dar anlamda hukuki kurumsal yapı tercihi*, yani kusur veya kusursuz sorumluluğun hangi hallerde daha avantajlı olabileceği incelenecektir.

---

<sup>1</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II ve özellikle §2/E

<sup>2</sup> Öğretide haksız fiil hukukunu konu olan kitap ve makale çalışmaları incelendiği zaman, temel inceleme konusunun her zaman kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerinin mukayesesini esas aldığı görülmektedir. BROWN ile başlayan bu inceleme tarzı (bkz. BROWN John Prather, "Toward an Economic Theory of Liability", Journal of Legal Studies, Vol. 2 (1973), s.323 vd.), daha sonra bu konuda yazılan iki monografi (POSNER A. Richard/LANDES M. William, "The Economic Structure of Tort Law", Harvard University Press 1987; SHAVELL Steven, "Economic Analysis of Accident Law", Harvard University Press, 1987) ve temel eserlerde de muhafaza edilmiştir (bkz. COOTER/ULEN, s.320-347; POSNER, s. 179-199; 205-247; SCHAFER/OTT, s. 134-200; COLE/GROSSMAN, s. LANDES/POSNER, s.54-85; SHAVELL, Foundations, s.175-223; MICELI, s.42-68; HIRSCH, s.151-165; HARRISON, s.333-405; POLINSKY, s.40-59, 67-75).

## § 1. Geniş Anlamda Hukuki Kurumsal Yapı

Olumsuz dışsallığa yol açan davranışların hukuken nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair sorun, hukuki-kurumsal yapı tercihi ile ilgilidir. Bu tercih, kabaca mükemmel olmayan alternatif yapılar arasında en fazla refah yaratan hukuki kurumsal yapının belirlenmesiyle yapılabilir. Türk pozitif hukukuna bakıldığında, dışsallık sorununun çok farklı hukuk dalları ile düzenlendiği ve hukuki değerlerin son derece karmaşık bir hukuki içerisinde himaye edildiği görülmektedir. Bu başlık altında ekonomik teorinin yardımı ile sorunu basitleştirmeye ve haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında daha etkin sonuçlar verebileceğine dair normatif çıkarımlar yapmaya çalışacağız<sup>3</sup>.

Açıklamalarımız iki başlık altında yapılacaktır. Öncelikle, kasten verilen zararları ayrı bir başlık altında ele alıyoruz. Zira ekonomik teoriye göre, haksız fiil hukuku kasten verilen zararların düzenlenmesinde uygun hukuki kurumsal yapı değildir. Bunun neden ve sonuçlarının incelenmesi, haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan sınırlarını çizeceği gibi, ceza hukukunun ekonomik temeli hakkında da fikir verecektir. İkinci başlık, kast haricindeki, tüm zararlı (*riskli*) davranışları konu almaktadır. Burada olumsuz dışsallık teorisini esas alarak, riskli davranışları düzenleyen alternatif hukuki kurumsal yapılar çeşitli ölçütler tahtında mukayese edilecek ve haksız fiil hukukun hangi hallerde daha etkin olduğuna (*veya olmadığına*) dair çıkarımlar yapılacaktır. Haksız fiil hukukunu ikame edebilecek ya da onu tamamlayabilecek hukuki yapıların belirlenerek mukayese edilmesi haksız fiil hukukunun uygulama alanı ve hukuka aykırılığa dair bazı tartışmalara ekonomik açıdan ışık tutacağını umuyoruz.

---

<sup>3</sup> Hukuki kurumsal yapı ve yaptırım sorununu ele alan bazı çalışmalar için bkz. SHAVELL Steven, “Optimal Structure of Law Enforcement”, The Journal of Law and Economics, Vol. 36, No:1, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago, (1993), s.255-287; STIGLER George J., “The Optimum Enforcement of Laws”, The Journal of Political Economy, Vol.78 No:3 (1970), s.526-536; COOTER Robert, “Prices and Sanctions”, Columbia Law Review, Vol.84 (1984), s.1523-1560; CALABRESI Guido/MELAMED A. Douglas, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, Vol. 85, (1972), s.1089-1128

## I. Kasten Verilen Zararlar: Haksız Fiil Hukukunun Yetersizliği

### A. Temel Teori ve Varsayımlar

Kusur başlığı altındaki açıklamalarımızda, ihmal ve kast arasındaki kavramsal farka dikkati çekmiş ve bunun, ekonomik teoriyi esas alan hukuk politikası açısından önemli yansımaları olduğuna işaret etmişik<sup>4</sup>. Oysa özel hukuk doktrininde kast sadece kusurun türü olarak ele alınmakta ve bu kavramlar arasındaki farka önem verilmemektedir. Hukuk ve ekonomi öğretisinde ise, bu iki kavram birbirinden kesin olarak ayrılmakta ve zarara kasti davranışın neden olduğu hallerde klasik haksız fiil hukukunun uygun kurumsal yapı olmadığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>. Temel teoriye göre, haksız fiil hukuku ihmal suretiyle verilen zararları; yani kazaları düzenlemekte, tazminat riski, ancak bu hallerde zarar verenin davranışlarını içselleştirmesine hizmet etmektedir. Ekonomik etkinlik açısından kasten verilen zararlar, farklı bir hukuki kurumsal yapı (*ceza hukuku*) içerisinde düzenlenmelidir. Haksız fiil hukukunun neden uygun olmadığını anlatmak için ise, temel teoriye değinmek<sup>6</sup> ve “*kast*” bakımından teorinin varsayımlarını irdelemek gerekir<sup>7</sup>.

Temel teoriye göre dışsal maliyetlerden sorumluluk, kişileri bu maliyetleri göz önünde tutarak etkin seçimler yapmaya sevk eder. Bu çerçevede eğer haksız fiil tazminatı

---

<sup>4</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/1

<sup>5</sup> Nitekim haksız fiil hukukunu konu alan makale ve monografiler, ihmal suretiyle verilen zararları konu almakta ve sorumluluğun ekonomik etkilerini sadece bu çerçevede değerlendirmektedir.

<sup>6</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/I/B

<sup>7</sup> Hemen belirtelim ki kasten verilen zararlar açısından, tazminat yaptırımının neden yetersiz olabileceğine dair aşağıdaki açıklamalar tahdidi değildir. Burada doktrinde sayılan temel nedenler üzerinde durulmuştur. Ayrıca saydığımız her neden, kasten verilen her zararda tipik olarak ortaya çıkmayabilir. Fakat genellikle bunlardan bir ya da birden fazlası kasti zararlarda karşımıza çıkmakta ve zarara eşit tazminatın yetersizliğine yol açmaktadır. Öte yandan sayılan nedenler dışında başkaca gerekçeler de bulunabilir. Örneğin doktrinde, zarar verenin cezalandırılması isteğinin de (*retributive justice*), tazminat dışında başka bir yaptırımın uygulanmasının gerekçesi olabileceği belirtilmektedir. Buna göre, kasten zarar veren (*örneğin tecavüz eden ya da adam öldüren*) kişinin cezalandırılması, toplumdaki adalet duygusunun tatmin edilmesini sağlayacaktır. Bu tatmin ise kişilerin faydasını arttırdığı (*ve sosyal refahın parçası olduğu*) ölçüde refahı artırır (krş. SHAVELL, Foundations, s.247).



zarara eşit olursa, kişi zararı azaltmak veya ortadan kaldırmak için özenli davranışlar sergiler. Şüphesiz bu sonucun gerçekleşmesi, zımni bazı varsayımlara bağlıdır. İlk olarak teori, kişinin zararlı sonucun gerçekleşmesinden doğrudan bir fayda sağlamadığını varsayar. Ne zarar gören, ne de zarar veren, zararlı sonucu istememektedir. İkinci varsayım kişinin zarar verdiği her olasılıkta bu zarardan sorumlu tutulacağını varsayar. Yani *ex ante* açıdan kişi, zarar verdiği durumda mutlaka tazminat davasına muhatap olacağını düşünmektedir. Üçüncü varsayım zararın kolaylıkla hesaplanabileceğidir. Yani mahkeme, zarar görenin atfettiği sübjektif değeri belirleme becerisine sahiptir. Dördüncü varsayım, kişinin olası zarar ve tazminat hükmünü karşılayacak malvarlığına sahip olmasıdır. Zarar ve tazminat ne kadar fazla olursa olsun, zarar veren acze düşmeden tazminat borcunu ödeme iktidarına sahip olmalıdır. Beşinci varsayım, zarar ve tazminatın net dışsal maliyete, yani sosyal maliyete eşit olduğudur. Zarar görenin zararı, haksız fiil sosyal maliyetinden farklıysa, tazminatın da buna göre uyarlanması gerekir<sup>8</sup>. Nihayet son varsayım zarar veren ile zarar gören arasında işlem maliyetinin yüksek olmasıdır. Bu nedenle zarar veren, zarar gören ile pazarlık ederek onun rızasını alma imkânına sahip değildir.

## B. Nedenler

Şimdi bu varsayımların, kasten verilen zararlar açısından gerçekleşmeme nedenlerini kast ve ihmal arasındaki temel farkları<sup>9</sup> dikkate alarak açıklayalım. İlk olarak, kasten zarar verenin, zararlı sonucun gerçekleşmesini istediğinden dolayı, bizatihi bu sonuçtan fayda sağlayacağını varsayabiliriz. Bu durumda kasten zarar veren seçimini yaparken tazminat riskini, zararı azaltmak ya da önlemenin maliyeti ile değil, davranışının beklenen faydası ile mukayese eder<sup>10</sup>. Tazminatın riski (*beklenen maliyeti*), fiilin beklenen

---

<sup>8</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ea ve Üçüncü Bölüm §5/II/C

<sup>9</sup> Tüm bu farklar için bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/1 ve ayrıca teorik temel için bkz. İkinci Bölüm §2/II/D

<sup>10</sup> Oysa ihmal suretiyle verilen zararlarda, kişi zararlı sonuçtan değil, zarara neden olan ama zararlı zorunlu bir sebep sonuç ilişkisi olmayan faaliyetinden fayda sağlar. Bu durumda kişi zararı azaltmak mümkün olduğu ölçüde, özenli davranarak faaliyeti yapmaya devam edecektir. Örneğin araba kullanacak ve fakat tazminat sorumluluğu nedeniyle riskleri azaltacak tedbirler alacaktır. İhmalde zararlı sonuç ile fayda arasında yegâne ilişki, zararlı sonucun gerçekleşmemesi için katlanması gereken özen maliyetlerinden tasarruf edilmesidir

faydasından az ise davranışı yapar, aksi halde yapmaz<sup>11</sup>. Tabiatıyla zarar verenin bu şekilde davranması, başlı başına haksız fiil tazminatının ekonomik açıdan yetersiz olduğu anlamına gelmez. Fiilin beklenen faydası, zarar görenin zararından fazla olduğu ölçüde net refah artar. Zarara eşit tazminat da bunu sağlayabilir<sup>12</sup>. İşte bu noktada ilk sorun karşımıza çıkmaktadır. Haksız fiil tazminatının ekonomik açıdan etkin olması, failin (*katilin, hırsızın*) zararlı sonucun gerçekleşmesinden (*adam öldürme, hırsızlık*) sağladığı özel faydanın sosyal refah içerisinde kabul edilmesi ile mümkündür<sup>13</sup>. Eğer toplum ve hukuk düzeni herhangi bir nedenle, kasten verilen zarardan sağlanan faydayı sosyal refah denklemi içinde telakki etmez ise, o zaman davranış her zaman net sosyal maliyete yol açar. Bu durumda zarar görenin zararı ile sınırlı tazminat etkin değildir<sup>14</sup>. Uygulanacak olan yaptırımın, zarardan daha fazla olması şarttır<sup>15</sup>.

---

(*önleyici tedbirin alınmamış olması gibi*). Dolayısıyla kişi tazminat riski ile özenli davranışın maliyetini mukayese eder.

<sup>11</sup> Örneğin hırsız, hırsızlık yapmadan önce bunu özenli yapıp yapmamaya değil, yapıp yapmamaya karar verir. Mesela çalınacak malın değeri hırsız için 100 YTL (*beklenen fayda*) ve zarar gören için 75 YTL ise (*beklenen maliyet*), hırsızın zarardan sorumlu tutulması kural olarak onun davranışlarını değiştirmez. 75 YTL'lik zararı azaltıcı davranışlar sergilenmez. Sağlanacak fayda daha fazla olduğu sürece davranışı yapar ve bu etkindir. Ama aksi bir kurguda, yani fiilin faydası 75 YTL, beklenen maliyeti 100 YTL ise haksız fiil gerçekleşmez. Dolayısıyla kast halinde özenli davranıştan bahsetmek anlamlı değildir.

<sup>12</sup> Kasten verilen zararlar açısından beklenen maliyet genellikle yüksek olacaksa da, bu her zaman davranışın net refah kaybına yol açtığı anlamına gelmez. Zarar veren davranıştan büyük ölçüde fayda sağlıyor olabilir ve bu fayda sosyal refahın bir parçası olarak kabul edilirse, fiil refahı artırabilir. Fakat tabii ki bu varsayımın yanı sıra teorinin diğer varsayımlarının (*zararın doğru değerlendirilmesi, yakalanma ve sorumlu tutulma olasılığı, işlem maliyetleri vs.*) geçerli olması gerekir.

<sup>13</sup> Bu konunun tartışmalı olduğunu ve ekonomik literatürde baskın görüşün, suçtan elde edilen faydanın da sosyal refahın bir parçası olarak kabul ettiğini belirtelim (BECKER, *Crime and Punishment*, s.173; FRIEDMAN, s.229,230; POLINSKY, *Private v. Public Enforcement*, s.109-111; SHAVELL/KAPLOW, s.418 vd.,320 dpt.54;). Bunun temel nedeni, fayda hakkında bir ayırım yapılmasının ahlaki bir değer yargısı hükmü olması ve buna ekonomi biliminin araçları ile karar verilemeyeceğidir. Buna karşılık aksi görüşler de mevcuttur (STIGLER, *Optimum Enforcement*, s.527; LEWIN/TRUMBULL, s. 278 vd.; COOTER, *Prices and Sanctions*, s.1523,1525; krş. COOTER/ULEN, s.471). Çalışma konumuzun sınırlarını aşması nedeniyle, bu tartışmaya burada yer verilmemiştir.

<sup>14</sup> Krş. SHAVELL, s.147; MICELI, s.75; SHAVELL, *Foundations*, s.245

<sup>15</sup> Eğer hırsızın sağladığı 75 ya da 100 YTL refah içerisinde değilse, davranış hiçbir zaman etkin olmayacağı gibi, tazminat da etkin davranmaya sevk etmez. Örneğin 100 YTL zarara neden olan bir fiilden, zarar veren 75 YTL fayda sağlıyorsa ve fakat bu fayda sosyal açıdan *meşru değilse*, zarar verenin sadece 100 değil, 175 YTL'den sorumlu tutulması gerekir. Burada bir anlamda fiilin sağladığı fayda da sosyal maliyetin parçası haline gelmektedir (SHAVELL, s.147). Şüphesiz kasten verilen zararda, zarar verenin sağlayacağı beklenen faydaya farklı bir normatif yaklaşım sergilenebilir. Örneğin bu fayda olumlu ya da olumsuz hiç nazara alınmayabilir. Bu durumda zarara neden olan davranış her zaman sosyal maliyete neden olur ve caydırılması gerekir. Beklenen faydadan daha fazla tazminatın uygulanması yeterlidir. Tabiatıyla fayda arttıkça yaptırımın

Kastın ihmalden diğerk bir farkı, kasten zarar verenin genellikle sorumluluktan kaçınma eğiliminde olmasıdır<sup>16</sup>. Kişibilerek ve isteyerek zarar verdiğine göre, bunun kendisi için olumsuz hukuki sonuçlarını öngörür ve tazminat (*hukuki yaptırım*) riskini azaltacak şekilde davranır, yani kimliğini gizler. Örneğinhırsızlık halinde zarar görenin, malı kimin çaldığını belirlemesi ve hırsıza karşı bir tazminat davası açması olasılığı, malı yanlışlıkla alan kişiye kıyasla çok daha azdır. Bu durumda, zarar verenin haksız fiilinden her zaman sorumlu olacağı şeklindeki varsayım geçersiz hale gelir<sup>17</sup>. Zarar veren, (*kimliğini gizleyebildiği ölçüde*) hukuken sorumlu tutulma olasılığını dikkate alarak tazminatın kendisi için beklenen maliyetini iskonto eder. Bu durumda zarara eşit tazminat zarar vereni optimum davranmaya sevk etmez<sup>18</sup>. Örneğinkişinin (%100 olasılıkla) 100 YTL zarara sebebiyet verebileceğini düşünelim. Bu durumda davranışın beklenen maliyeti 100 YTL'dir. Kural olarak tazminat riskinin bu değere eşit olması şarttır. Fakat kişinin sorumlu tutulma olasılığı ortalama %20 ise (*hırsızlık*), zarar veren tazminat riskini 100 değil, 20 YTL olarak öngörür. Şüphesiz bu durumda yapılan seçimin etkin olması mümkün değildir<sup>19</sup>. Tazminatın bu hallerde etkin saik sağlaması için, tazminat tutarının, zarar verenin sorumluluğa muhatap olma olasılığı ile zararın çarpımına eşit olması gerekir

---

da arttırılması gerekir. Diğerk bir olasılık, faydanın sosyal refah içerisinde olduğunun kabul edilmesi ama daha az bir değer atfedilmesidir (bu konuda benzer yaklaşımlar için bkz. SHAVELL, Non-Monetary Sanctions, s.1232-1234; KLEVORICK, s.918).

<sup>16</sup> LANDES/POSNER, s.160

<sup>17</sup> Hemen belirtelim ki, ihmal ile verilen zararlarda da esasen kişinin tazminat ile sorumlu tutulma olasılığı 1'e eşit değildir. Zarar gören çeşitli nedenler ile her zaman dava açmadığı gibi, açtığı davayı da mutlaka kazanamayabilir. Bu durumda olasılık değerinin genellikle 1'den az olduğu ve zarar verenin de bunu dikkate alarak davranacağı söylenebilir. Çalışmamızda bunun göz ardı edildiğini belirtelim. Öte yandan kasten verilen zararların bu noktadaki farkı, olasılık değerinin ciddi ölçüde düşmesidir. Bu zarar verenin kimliğini ispat güçlüklerinden kaynaklandığı gibi, aynı zamanda yargılama sürecinde katlanılması gereken maliyetler ve belirsizliklerden de doğabilir.

<sup>18</sup> SHAVELL, Foundations, s.244; MICELI, s.75,284,285; POSNER, s.240,241; SHAVELL, s.148; COOTER/ULEN, s.453; HIRSCH, s.168; LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.15

<sup>19</sup> Tazminat riskinin, haksız fiilin beklenen maliyetine eşit olmasının anlamı dışsallığın tamamen içselleştirilmesi ve zarar verenin ancak daha fazla fayda sağlaması halinde davranışı yapmasıydı. Oysa bu kurguda tazminat riski 20 olduğuna göre, kişi 30 YTL fayda sağlasa bile (*örneğin hırsızlık malı çok daha ucuza pazarda satsa*), bu davranışı yapacaktır. Oysa burada davranış (100-30) 70 YTL net sosyal maliyete neden olmaktadır.

(100×5=500 YTL)<sup>20</sup>. İstisnalar bulunmakla birlikte<sup>21</sup>, açık hüküm olmadığı sürece Türk hukukunda kasten verilen zararlarda tazminatın bu şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Bu durumda haksız fiil tazminatı kişileri etkin/özenli davranmaya sevk etmeyecektir.

Bir an için pozitif hukukun, kast halinde hâkime, tazminatın kapsamını zarar verenin sorumlu tutulma olasılığına göre genişletme yetkisi tanıdığı varsaysak bile, bunun ekonomik açıdan yeterliliği şüphelidir. Her şeyden önce olasılık değerlerini belirlemek son derece güçtür<sup>22</sup>. Fakat daha da önemlisi, oran belirlemek mümkün olsa dahi, tazminatın kapsamını genişletmek bir başka soruna, *zarar verenin acze düşmesine (judgment proof problem)* neden olur<sup>23</sup>. Ekonomik açıdan haksız fiil hukukunun önemli bir zaafı olarak görülen “*aciz sorunu*”, kabaca, zarar verenin yetersiz malvarlığına sahip olması nedeniyle, tazminat riskini malvarlığı ile sınırlı olmak üzere iskonto etmesini ve bu nedenle de gereğinden az özen göstermesini ifade eder<sup>24</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, haksız fiilin 1000 YTL zarara neden olduğunu ve 10000 YTL malvarlığına sahip zarar verenin sorumlu tutulma olasılığının %5 olduğunu düşünelim. Yukarıdaki hesap çerçevesinde optimum tazminat tutarı, 20.000 YTL’dir (1000×1/20). Oysa zarar veren, son tahlilde sadece malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olacağından, onun için tazminatın üst sınırı 20.000 YTL değil, 10.000 YTL’dir. Bu durumda zarar veren tazminat riskini iskonto eder ve bu değeri (1000÷20) 500 YTL olarak öngörür<sup>25</sup>. Dolayısıyla tazminat, etkin seviyenin altında saik sağlar. Tabiatıyla aciz sorunu, sadece kast halinde değil, zararın yüksek olduğu (*ölüm,*

---

<sup>20</sup> Bu durumda kişi tazminatın %20’sini dikkate alsak bile, 500 YTL tazminata muhatap olacağı için, haksız fiil muhatap olacağı yaptırım riski 100 YTL olacaktır.

<sup>21</sup> Mesela RKHK.’nin 58/2. maddesi hükmü buna istisnadır. Zararın (*elde edilen kazancın*) üç katına kadar tazminata hükmetme yetkisi veren bu normun altında yatan düşünce de bir ölçüde zarar verenin sorumluluktan kaçınma olasılığıdır. Kanun koyucu, kasten veya ağır ihmal ile kanunu ihlal eden kişinin sorumluluğa muhatap olma olasılığını 1/3 olduğunu varsaymıştır.

<sup>22</sup> SHAVELL, s.148

<sup>23</sup> SHAVELL, Foundations, s.544,546,547; POSNER, s.241; FRIEDMAN, s.226

<sup>24</sup> Teknik olarak bu kavram, tazminat borçlusunun, yapılan yargılama sonucunda ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarını kısmen ya da tamamen karşılayacak malvarlığına sahip olmamasını ifade eder (SHAVELL, Judgment Proof, s.45). Bu kavram için bkz. aşağıda §1/III/B/3.

<sup>25</sup> SHAVELL, Judgment Proof, s.45

*ağır cismani zararlar gibi*) diğer hallerde de geçerlidir<sup>26</sup>. Fakat kast halindeki özellik, tipik kasti zararlar açısından aciz sorunu ile karşılaşma olasılığının artmasıdır<sup>27</sup>.

Nihayet kasten verilen zararlarda haksız fiil hukukunun uygun sayılmamasının bir diğer nedeni, zarar veren ile zarar gören arasındaki işlem maliyetinin<sup>28</sup> düşük olmasıdır. Zarar veren, teorik olarak ihlal ettiği hakkın sahibinin rızasını alacak konumdadır. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, pazarlıkların mümkün olduğu hallerde, hak konusu menfaatin rıza ve mübadeleye dayalı tahsis edilmesi daha isabetlidir<sup>29</sup>. Bu her iki tarafın da

---

<sup>26</sup> Bkz. aşağıda §1/II/B/3, ayrıca Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/b. Bu sorun aslında hukuk düzeninin ceza hukuku tatbikatında neden ağırlıklı olarak para cezalarından yararlanmadığını da “*bir yönüyle*” izah etmektedir. Ceza hukukunun ekonomik teorisi, iki nedenden dolayı hukuki yaptırımın para cezası olmasının (*diğer yaptırımlar ile kıyaslandığı zaman*) daha üstün olduğunu kabul eder. İlk olarak para cezasının tatbik edilmesi (*ya da infaz edilmesi*) görece maliyetsizdir (*hürriyeti bağlayıcı cezanın maliyeti?*). İkincisi beklenen maliyetin basitçe değerlendirilmesini sağlar (*hürriyeti bağlayıcı cezanın maliyeti nedir?*) Buna mukabil yukarıda belirtilen sorun, zararın yüksek olduğu ve/veya fiilin caydırılması gerektiği hallerde, optimum yaptırımın parasal büyüklüğü nedeniyle, genellikle istenen etkiyi sağlamayacağına işaret etmektedir. Kasten verilen zararlarda, failinin malvarlığı yetersiz ise, davranışı etkin bir şekilde düzenlemede yeterli olmayacaktır (SHAVELL, Non-Monetary Sanctions, s.1233 vd.; SHAVELL, Foundations, s.546,547).

<sup>27</sup> Bunun üç ayrı nedeni vardır. İlk olarak kasten verilen zararlar açısından, etkin tazminatın kapsamının, zarar miktarının sorumluluktan sıyrılma olasılığı ile çarpılması nedeniyle genişlemesidir. İkinci neden, başkalarına kasten zarar veren kişilerin malvarlıklarının yetersizliği olasılığının, fiilin mahiyeti (*örneğin hırsızlık*) veya zarar verenin olası davranışları (*malvarlığı kaçırma*) nedeniyle yüksek olmasıdır (benzer bir tespit için bkz. SHAVELL, Foundations, s.544; POSNER, Criminal Law, s.1201 vd.). Nihayet son neden, özellikle vücut bütünlüğüne ve yaşama yönelen kasti fiiller için, zarar (*ve tazminat*) miktarının yüksek olmasıdır.

Bu son nedenin kast halinde neden önem taşıdığını biraz daha açıklamak uygun olur. Kast halinde, kişinin davranışlarının zarar olasılığını ve (*ex ante*) zarar ölçüğünü de arttırdığını belirtmiştik. Yani zarar olasılığı mesela ihmal halinde 0.001 iken kast halinde bu 0.9'a hatta 1'e kadar çıkabilir. Cismani zararlar ve ölümlerle sonuçlanan kasti davranışlar açısından bu olgu, ekonomik açıdan zarar tutarı ve dolayısıyla da tazminat miktarının olağanüstü seviyelere çıkmasına neden olur. Manevi zarar bahsinde açıkladığımız üzere, prensipte değerlendirilmesi güç olan manevi menfaatler açısından “*ex ante tazminat*” yönteminden yararlanılabileceğini ve bunun ekonomik teoride baskın olarak benimsendiğini belirtmiştik (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/C/3/b). Kişiler, *ex ante* açıdan bakıldığı zaman ölüm (*veya ağır yaralanma*) gibi riskleri değerleyebiliyor ve bu değerlendirme, risk seviyesi arttıkça, artan oranda yükseliyordu. Yani düşük olasılık riskler daha az değerlendirirken, 1'e yaklaşıldıkça kişinin riske atfettiği değer ciddi ölçüde artıyordu. İşte kast halinde olasılık değerinin yüksek olması, kişinin bu tür kurgularda *ex ante* telafi edilmesi için, olağanüstü bir miktarın tazminat olarak kendisine teklif edilmesi gerekecektir. Bu mülahaza, parasal bir tazminatın neden uygun olmadığına dair bir başka gerekçedir (POSNER, Criminal Law, s.1202,1203).

<sup>28</sup> Kavram için bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/4/b

<sup>29</sup> Yukarıda belirtilen bu gerekçe, esasen genel olarak ekonomik teorisinin hukuka ve piyasalara bakışının bir sonucu olarak görülebilir. Ekonomik teori, kaynakların tahsis edilmesinde piyasaların kural olarak üstün kurumsal yapı olduğunu kabul etmektedir (bkz. Birinci Bölüm §2/III/C/2/a). Hukuk düzeni ve özellikle haksız fiil hukuku, bir anlamda işlem maliyetinin (*çeşitli nedenler ile*) yüksek olduğu (*dolayısıyla piyasa aksaklığının olduğu*) kurgularda, (*objektif, ex post, kolektif*) fiyatlandırma yaparak, piyasaları ikame etmektedir. Fakat bu, son tahlilde maliyetli ve mükemmel olmayan bir kurumsal yapıdır ve işlem maliyetleri

telafi ederek pareto etkinliğini sağladığı gibi, kurumsal yapı olarak, haksız fiil hukuku temeline dayanan bir yargılama sistemine göre çok daha üstündür. Fakat zarara eşit bir tazminat, kişileri, diğerleri ile mübadeleye yapmaya sevk etmez<sup>30</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, A'nın malvarlığında bulunan bir menfaate, B'nin daha fazla değer atfettiğini düşünelim (A:80, B:100)<sup>31</sup>. Menfaatin (*ya da hakkın*) sadece haksız fiil hukuku (*sorumluluk kuralı*) ile himaye edildiği bir kurguda, B açısından, A'nın rızasını almak ile hakkı ihlal ederek tazminat ödemek arasında bir fark yoktur. Hatta ikinci seçeneğin daha avantajlı olduğu dahi söylenebilir<sup>32</sup>. Zira ilk halde hak sahibi ile pazarlık etmek ve onu ikna etmek durumunda kalacaktır. Bu durum B'nin işlem maliyetine katlanması anlamına gelir. Ayrıca hak sahibinin pazarlık becerisinin yüksek olması halinde, işlemin yarattığı refahtan mahrum olma riskini taşıyacaktır<sup>33</sup>. Tabiatıyla bu durumda B'nin hakkı ihlal etmesi rasyonel seçimdir. Hatta refahı arttırdığı dahi söylenebilir<sup>34</sup>.

---

azaldıkça müdahalenin yerindeliği zayıflamaktadır. İşte işlem maliyetinin düşük olduğu kurgularda, haksız fiil hukukunun müdahalesi anlamlı değildir. Dolayısıyla hukukun pazarlığı ve piyasaları teşvik edecek kurallar öngörmesi beklenir (bkz. bu konudaki temel teori için İkinci Bölüm §2/II/D).

<sup>30</sup> SHAVELL, s.148,149; POSNER, Torts, s.161; COOTER/ULEN, s.453; POSNER, Criminal Law, s.1195; FRIEDMAN, s.57 vd.; LANDES/POSNER, Intentional Torts, s.16

<sup>31</sup> Örneğin B, komşusu A'nın çim biçme makinesine, komşusundan daha fazla değer atfetsin. Mesela A'nın makineyi uzun süredir kullanmadığını, fazla bahçesinde çimi olmadığını ve makineyi satmak istediğini, buna karşılık B'nin bir makineye ihtiyacı olduğunu varsayalım. Bu durumda makinenin A'dan alınıp B'ye verilmesi ekonomik açıdan etkindir. Fakat B'nin, A'nın rızası olmaksızın makineyi alıp kullanması, sonucun etkin olma olasılığına rağmen, ekonomik açıdan istenen bir davranış değildir. Zira bu, tarafların mükemmel bilgiye sahip olmaması nedeniyle refah arttırıcı transferi teminat altına almadığı gibi, (*hukukun olmadığı bir kurguda*) tarafların mallarını korumak için sosyal açıdan istenmeyen tedbirler almasına neden olur. İdeal olan, B'nin A'nın rızasını almak için pazarlık etmesi, bu esnada subjektif tercihlerin açıklanması ve tam bir telafinin olmasıdır.

<sup>32</sup> Örneğin B hak sahibinin rızasını almayı tercih ederse, onun *rezervasyon fiyatını* belirlemeye çalışacak ve buna göre bir teklif yapacaktır. Tarafların pazarlıkları sonucunda, karşılıklı ekonomik güçleri, mübadele konusu menfaate olan ihtiyaçları ve pazarlık becerilerine bağlı olarak, 80 ila 100 YTL arasında bir rakam üzerinde, mesela 90 YTL üzerinde anlaşacaktır. Bu işlem 20 YTL refah yaratma potansiyeline sahip de olsa, hak sahibinin stratejik davranması ve devirden kaçınması veya bilgi asimetrisi nedeniyle pazarlıkların başarısız olması mümkündür. Fakat bunların gerçekleşmediğini ve refah artışının eşit paylaşıldığını düşünelim. Bu durumda bu işlem A ve B'ye 10 YTL fayda sağlayacaktır.

Öte yandan B hiç bu yolu tercih etmeyebilir ve doğrudan A'nın hakkını ihlal edebilir. Bu kurguda ise, ilk planda herhangi bir maliyete katlanmaz ve mahkemenin belirleyeceği tazminatın beklenen maliyetini üstlenir. A dava açar, gerekli şartları ispat eder ve mahkeme de değeri doğru belirlerse, B'nin ödeyeceği tutar 80 YTL (ve yargılama maliyetleri) olacaktır. Görüldüğü üzere ikinci kurgu, genellikle B için daha avantajlıdır.

<sup>33</sup> POSNER, Torts, s.161; FRIEDMAN, s.57,58; COOTER/ULEN, s.453

<sup>34</sup> Burada bir çekinceye yer verelim. Yukarıdaki açıklamalar, kişinin rıza dışı müdahalesi ile mübadele arasında bir farkın olmadığını varsayar. Yani zarar verenin sağladığı fayda açısından, hukuk düzeninin bir başkasına tahsis ettiği hukuki değerden izinsiz yararlanması ya da izin alarak yararlanması tamamen ikame

Fakat bu gibi hallerde mübadelelerin (*piyasanın*) bu şekilde arka plana itilmesi, en azından üç nedenden dolayı ciddi refah kaybına neden olabilir. Her şeyden önce mahkemenin “zararı değerlendirme” becerisi sınırlıdır<sup>35</sup>. Zarar doğru tespit edilemezse, tazminat riski, müdahalenin refahı arttırdığını temin etmez<sup>36</sup>. Oysa mübadeleler açısından bu sakınca yoktur. Ayrıca değerlendirme gücü (*özellikle mahkemenin sistematik olarak daha az değerlediği bir kurguda*) hak sahipleri açısından bir risk olarak algılanır ve onları, hakkı himaye eden bazı tedbirler almaya iter. Bu tedbirler ise kaynak israfına neden olur<sup>37</sup>. Benzer olarak zarar verenin sağladığı fayda da, genelde kaynak transferinden ibarettir. Bu durumda, bu faydayı sağlamak için katlanılan maliyetler sosyal açıdan kaynak israfıdır<sup>38</sup>. Daha da önemlisi, mahkeme tarafından yapılan *ex post* değerlendirme ve yargılama faaliyeti, mübadeleler ile mukayese edildiği zaman son derece maliyetlidir<sup>39</sup>. Dolayısıyla işlem

---

edilebilir. Bu durumda piyasa daha üstün bir kurum olduğuna göre işlem maliyeti düşük ise kişi mutlaka rızaya dayanmalıdır. Fakat bazen, kişi rıza dışı müdahaleden özel bir haz duyabilir. Bu durumda rızaya dayalı bir davranış, rıza dışı davranışı tam olarak ikame etmeyebilir (*Vandalizm, tecavüz vs.*). Böyle bir kurguda tabi ki işlem maliyetine dair yukarıdaki açıklama geçersiz olmakta, buna karşılık sağlanan faydanın sosyal refahın bir parçası olarak kabul edilemeyeceğine dair mülahaza önem kazanmaktadır.

<sup>35</sup> Mahkemenin değerlendirme becerisinin sınırlı olması, doktrinde haksız fiil hukukunun yerine neden ceza hukukunun tatbik edildiğinin bir başka gerekçesi olarak zikredilmektedir (COOTER/ULEN, s.453; HARRISON, s.470,471). Bu gerekçe bir kenara, burada değerlemeye ilişkin sorunun kasten verilen zararlarda bir başka soruna da yol açtığını açıklayalım. Kısaca belirtmek gerekirse, manevi zararlar (*ya da manevi boyutu olan maddi zararlar*) gibi tam olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan menfaatler, bir nedenden dolayı mahkemeler tarafından sistematik olarak daha az değerlendiriliyorsa, olasılık değerinin yüksek olduğu hallerde (*kast gibi*), bu ciddi saik sorunlarına neden olabilir (Mahkemenin zararı değerlemede hata yapması halinde bkz. aşağıda §2/III/D/2).

Örneğin gerçek değeri 1000 YTL olan bir zararın, mahkeme tarafından ortalama 500 YTL olarak değerlendirildiğini varsayalım. Bu fark, tipik bir ihmal kurgusunda özen göstermeye dair saikleri önemli ölçüde etkilemez. Olasılık değerinin %1 olduğunu varsayarsak, burada davranışın beklenen maliyeti 10 YTL olur. Fakat mahkeme değerlemede sistematik hata yaptığı için kişiler bunu 5 YTL olarak algılayacak ve ona göre tedbir alacaklardır. Bu hata payı, bazen bu değer tam olarak belirlenmesinin idari maliyetinin hata maliyetinden fazla olması nedeniyle göz ardı edilebilir. Buna karşılık, zararın kasten gerçekleştiği bir durumda olasılık değeri %90'a kadar çıkabilecektir. Bu durumda davranışın beklenen maliyeti gerçekte, 900 YTL olmasına rağmen, 450 YTL olarak algılanacaktır. Görüldüğü üzere olasılık değeri arttıkça, değerinin altında paha biçiminin sosyal maliyeti arttırmaktadır. İşte eğer bazı kurgularda bu tür bir sorun yaşıyorsa (*ki ölüm, cismani zarar gibi hallerde değerlendirilmede sistematik hatadan bahsedilebilir*), kast bu sorunu ağırlaştırmaktadır (SHAVELL, s.149,150).

<sup>36</sup> SHAVELL, s.149; FRIEDMAN, s.58; POSNER, Torts, s.161; MICELI, s.287; COOTER/ULEN, s.452,453

<sup>37</sup> POSNER, Criminal Law, s.1196,1198; FRIEDMAN, s.58; SHAVELL, Foundations, s.246

<sup>38</sup> Kaynak transferi için katlanılan maliyetler, ekonomik literatürde sosyal maliyetin bir türü olan “*rant kollamaya dayanan davranışlar*” olarak adlandırılmaktadır.

<sup>39</sup> Bkz. SHAVELL, Foundations, s.247; POSNER, Torts, s.161

maliyetinin düşük olduğu hallerde, olası pazarlıkların teşvik edilmesi için, yaptırımın zarardan daha fazla olması şarttır. Aksi halde kişilerin mübadele ve piyasaları dolanması muhtemeldir. Nitekim bu nedenler, hakkın himayesinde neden salt haksız fiil hukuku (*sorumluluk kuralı*) ile yetinilmediğini ortaya koymaktadır<sup>40</sup>.

### C. Sonuç

Görüldüğü üzere ekonomik teori, kasten zarar verilmesi halinde haksız fiil hukukunun zarar verenlerin davranışlarını düzenlemedeki yetersizliğini ortaya koymaktadır. Tüm bu nedenler, zarar verenin etkin davranmaya sevk edilebilmesi için, zarardan daha fazla bir yaptırıma muhatap olması gerektiğine işaret etmektedir. Zarar verenin *içselleştirmeden (internalization)* ziyade, *caydırılması (deterrence)* şarttır<sup>41</sup>. Nitekim bu değerlendirmeler (*en azından kısmen*), hukukun neden kasten verilen zararlarda haksız fiil hukuku ile yetinmeyip, ceza hukukundan yararlandığını açıklamaktadır<sup>42</sup>. Mal ve şahıs varlığına kasten müdahale eden fiiller ceza hukukunda “suç” olarak tanımlanmakta ve haksız fiil tazminatının yanı sıra, ağır yaptırımlara tabi tutulmaktadır<sup>43</sup>. Bu açıklamalar

<sup>40</sup> Bu gerekçe farklı yazarlar tarafından değişik şekillerde dile getirilmektedir. Örneğin KLEVORICK’e göre cezai yaptırımın uygulanmasının nedeni, kişileri, toplumun tercih ettiği ve benimsediği “işlem yapısı”na (*transaction structure*) uymalarının sağlanmasıdır (KLEVORICK, s.908).

<sup>41</sup> *Caydırma (deterrence)*, hukuk düzeni tarafından izin verilen sınırların geçilmesi halinde kişinin beklenen maliyetinde bir sıçrama yaşanması, dışsal maliyetinden daha yüksek maliyeti olan bir yaptırıma muhatap olmasıdır. Oysa *içselleştirme (internalization)*, kişinin dışsal maliyetler ölçüsünde sorumlu tutulmasını ifade eder. Bu maliyetler arttıkça, uygulanacak olan yaptırımın beklenen maliyeti de artar. Ceza hukuku caydırma, haksız fiil hukuku ise içselleştirmeye hizmet eder. Gerçi kusur sorumluluğunun uygulandığı bir olasılıkta, özen standardının bu türden bir sıçramaya neden olduğunu hatırlatalım. Bkz. aşağıda §2/III/A/1/d ayrıca bunun gerçekleşmeyebileceği hal için Üçüncü Bölüm §3/II/B/3

<sup>42</sup> Bu açıklamalar aynı zamanda kısmen neden zarardan fazla tazminata da hükmedilebileceğini de izah etmektedir. Bkz. bu konuda SHAVELL Steven/POLINSKY Mitchell, “Punitive Damages: An Economic Analysis”, Harvard Law Review, Vol. 111 (1998), s.869-962

<sup>43</sup> Salt yukarıda sayılan nedenler, büyük ölçüde ceza hukukunun varlık nedenini açıklamakla birlikte, niçin kamu hukuku karakterine sahip olduğunu izah etmemektedir. Zira teorik olarak pekâlâ hukuk düzeninin, zarar görene subjektif hak tanınması ve bu hakkın ihlali durumunda da zarardan fazla tazminatın ödenmesine (*ya da parasal olmayan ağır yaptırımlar uygulanmasına*) imkân veren normlar ihdas etmesi mümkündür. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere mukayeseli hukuklarda (*ABD hukuku*) ve hatta son yıllarda hukukumuzda bunun örneklerine rastlanmaktadır (*RKHK.m.58/2*).

Fakat zararı aşan tazminat bir ölçüde yukarıda sayılan sakıncaları bertaraf etse de, caydırıcılık için yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla bu davranışların farklı bir hukuki kurumsal yapı içerisinde düzenlenmesi gerekir ki bu yapı, ceza hukukudur. Öğretide ceza hukukunu ekonomik açıdan izah eden yaygın bir literatür vardır ve



çerçevesinde, ekonomik teori açısından kasten verilen zararların haksız fiil hukuku değil, ceza hukukunun konusu olarak görüldüğünü belirtelim<sup>44</sup>. Bu nedenle, çalışmamız esas olarak zarar verenin, kasten zarara neden olmadığı davranışları konu almaktadır. Aşağıdaki açıklamalar ve bilhassa kusur ve kusursuz sorumluluğun mukayesesi, bu husus dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

---

açıkçası bu açıklamalara yer vermek ayrı bir çalışma konusudur. Mesela bkz. SHAVELL Steven, “Criminal Law and the Optimal Use of Non-Monetary Sanctions as a Deterrent”, Columbia Law Review, Vol. 85 (1985), s.1232-1260; POSNER A. Richard, “An Economic Theory of Criminal Law”, Columbia Law Review, Vol. (85), 1985, s.1193-1231; MARKS Stephen, “Utility and Community: Musings on the Tort and Crime Distinction”, Symposium on The Intersection of Tort and Criminal Law, Boston University Law Review, Vol.76 (1996), s.215-240; COOTER Ulen, “Prices and Sanctions”, Columbia Law Review, Vo.84 (1984), s.1523-1552; bazı eleştiriler için: KLEVORICK K. Alvin, “Legal Theory and The Economic Analysis of Torts and Crimes”, Symposium on Law and Economics, Columbia Law Review, Vo. 85 (1985), s.905-920.

Fakat önemli gördüğümüz bazı gerekçelere değinelim. Önemli bir neden, zarar verene karşı yaptırım uygulanmasında, kamunun ya da devletin maliyet etkinliğidir (*verimlilik*). Çoğu kez zarar görenin, failin tespiti, yakalanması ve yargılanmasının neden olabileceği maliyetlere katlanması güç olacak, fakat bu faaliyetin devlet tarafından yerine getirilmesi, (*ölçek ekonomisi nedeniyle*) önemli ölçüde maliyet avantajı sağlayacaktır (*hatta bunun doğal tekel özelliği gösterdiği hakkında* bkz. MICELI, s.285). Bunun yanı sıra önemli bir neden kasten verilen zararların aynı zamanda kamusal bir yönünün olması, yani salt zarar görenin değil, toplumun da bu fiilden olumsuz etkilenmesidir. Hatta bazı hallerde kasti zarar salt kamusal özellikler gösterir ki bu durumda belirli bir zarar gören yoktur. Bunun iki sonucu vardır. İlk olarak sübjektif hak tanınsa bile “zarar görenlerin” dava açmak için yeterli saiki olmaz. Özellikle mağdursuz suçlar açısından bu açık bir şekilde görülebilir. Diğer bir sonucu ise, kasten verilen zararlar açısından sosyal maliyetin salt dar anlamda zarar görenin faydasındaki eksilmeden ibaret olmamasıdır (genel olarak bkz. MICELI, s.284 vd.; COOTER/ULEN, s.452-454; SHAVELL, s.284,285; SHAVELL, Foundations, s.543 vd.; POSNER, s.240 vd.; COLE/GROSSMAN, s.272 vd.).

<sup>44</sup> Şüphesiz bu durumda, ekonomik teoriye uyumlu olduğu iddia edilen bir hukuk düzeninin kast halinde neden aynı zamanda haksız fiil hukukundan yararlandığı ve sadece ceza hukuku ile yetinmediği sorusu akla gelmektedir. Kastan zarar verilmesi halinde, tazminat kişilerin davranışlarını istenen şekilde değiştirmiyorsa (*ki yukarıdaki açıklamalar buna işaret etmektedir*), tazminat sorumluluğu ancak taraflar arasında kaynak transferine neden olur.

Bu sorunun bir yanıtı, pozitif hukukun en azından bu açıdan ekonomik teoriye uyumlu olmadığıdır. Tazminat ödenmesi, adalet ilkesinin bir gereğidir ve zarar gören, bir başkasının ihmal ile verdiği zarardan dolayı tazminata hak kazanıyorsa, kasten zarar gördüğü bir durumda evleviyetle buna kavuşmalıdır. Bu tutarlı ve eşitlikçi bir hukuk düzenini açısından da şarttır.

Ekonomik açıdan baktığımız zaman ise, olası bir yanıt, zarar verenin davranışlarını değiştirmemekle birlikte tazminatın zarar görenin davranışlarını değiştirmesine ve riskin etkin bir şekilde tahsisine imkân vermesidir. Her ne kadar (*fiili nedenlerden dolayı*) zarar gören her zaman uğradığı zararı tazmin ettiremeyecekse de, tazminat elde etme olasılığı, zararın gerçekleşmemesi için katlanması muhtemel maliyetleri azaltır. Yani zarardan kaçınmak üzere daha az önleyici tedbir alır. Kastan verilen zararlarda, zarar görenin tedbir alması genellikle kaynak israfı olarak telakki edildiği için, bu olumlu bir sonuçtur. Daha da önemlisi, risk nötr ya da risk sever olan zarar verenden zarar görene tazminat ödenmesi (*en azından malvarlığı zararları için*), riskin etkin tahsisi anlamına gelir. Bu durumda kast halinde haksız fiil hukukunun ikincil maliyetleri azalttığı söylenebilir. Tabiatıyla bu izahat, bilhassa hukuki müdahalenin neden olacağı idari maliyetler göz önünde tutulursa tartışmaya açıktır.

## II. Kasten Verilen Zararlar Haricindeki Riskli Davranışların Düzenlenmesi: Hukuki Kurumsal Yapı ve Haksız Fiil Hukuku

### A. Genel Olarak

Ekonomik açıdan bakıldığında, kanun koyucu dışsallık sorununa müdahale ederken farklı hukuki araçlardan yararlanabilir. Bu bağlamda haksız fiil hukuku, yegâne hukuki kurumsal yapı olmadığı gibi, her zaman *en etkin* olan hukuki araç da değildir. Örneğin tazminat sorumluluğunun, kasti davranışları etkin bir şekilde kontrol etme becerisine sahip olmadığı gerekçesiyle, farklı bir hukuki kurumsal yapı olan ceza hukukundan yararlandığını yukarıda belirttik. İşte bu başlık altında da, kasten verilen zararlar haricindeki zarara neden olabilecek (riskli) davranışların hukuken düzenlenmesinde, haksız fiil hukuku ve alternatif bazı kurumsal yapıları mukayese etmeye çalışacağız<sup>45</sup>. Düşüncemize göre bu mukayese, normatif olarak haksız fiil hukukunun hangi hallerde uygulanmasının yerinde olacağına dair fikir verecektir. Ayrıca bu mukayeseden elde edilen sonuçların, haksız fiil hukukunun diğer hukuk dalları ile olan ilişkilerine ve hukuka aykırılık hakkındaki bazı tartışmalara ışık tutacağını umuyoruz<sup>46</sup>.

Ekonomik teoriyi esas alan hukuk politikası açısından amaç, refahı maksimize eden hukuki kurumsal yapının belirlenmesidir. Tabiatıyla, dışsallık sorununun karmaşıklığı nedeniyle pratikte bu hiç de kolay bir faaliyet değildir. Hukuki kurumsal yapı çeşitliliği bir kenara, dışsallıkların yaygınlığı ve farklı özellikleri nedeniyle tek bir hukuki kurumsal yapının etkin olmasından bahsedilemez. Dışsallığın somut olaydaki özellikleri çerçevesinde, farklı hukuki kurumsal yapıların bir arada veya alternatif olarak etkin olması mümkündür. Nitekim pozitif hukukun arz ettiği görüntü de buna benzerdir<sup>47</sup>. Sorunun karmaşıklığına rağmen, düşüncemize göre ekonomik teorinin yeknesak bakış açısı bu

---

<sup>45</sup> Dolayısıyla kişinin ihmal suretiyle verdiği zararlar ve kusurunun olmadığı zararlı davranışlar da bu kapsam içerisinde.

<sup>46</sup> Bkz. aşağıda §1/IV

<sup>47</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C ve §2/III/A

konuda önemli kolaylık sağlar. Ekonomik açıdan sorun olumsuz dışsallık sorunu, amaç sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesidir. Bu bakış açısı, çok farklı hukuk dallarını aynı yöntemle incelemeyi mümkün kılmakta ve farklı pozitif hukuktaki farklı kurallar arasındaki karmaşık ilişkileri basitleştirerek sorunu bütünsel bir pencereden görmeyi sağlamaktadır. Dolayısıyla hukuk kuralları basit bir şekilde soyutlanabilirse, sosyal maliyetler üzerinde etkili olabilecek bazı faktörler yardımıyla bunları mukayese etmek olasıdır.

Doğal olarak öncelikle dışsallık sorununu düzenleyen ve haksız fiil hukukuna alternatif olan hukuki kurumsal yapıları belirlemek gerekir. Burada ikinci bölümdeki açıklamalara paralel olarak öğretilerde ele alınan temel hukuki kurumsal yapıları dikkate almak isabetli olur<sup>48</sup>. Hatırlanacağı üzere yukarıda, ekonomik açıdan gösterdiği özellikleri dikkate alarak hukuk kuralları *yaptırımın mahiyeti, uygulama zamanı ve uygulama makamı* ölçütlerine göre tasnif edilmiş ve “*vergilendirme*”, (*kamu hukuku- ex ante sorumluluk kuralı*), “*regülasyon*” (*kamu hukuku-ex ante standart kural*), “*önleme (durdurma) davası*” (*özel hukuk-ex ante standart kural*) ve “(*haksız fiil hukukuna dayanan*) *tazminat davası*” (*özel hukuk- ex post sorumluluk kuralı*) olmak üzere dört grup altında toplamıştık. Dolayısıyla bu hukuki kurumsal yapıları temel alacağız. Önemle belirtelim ki yapılan bu tasnif tamamen teoriktir. Pozitif hukuk çok daha karmaşık ve çeşitlidir. Bu tasnif içerisine sokulamayan pek çok kural bulunabilir. Fakat sorunu basitleştirmek ve analizi işlevsel kılmak adına, bu yöntemi tercih ediyoruz. Araştırmanın normatif özellikler taşıdığını tekrar vurgulayalım.

## **B. Mukayese**

Hangi hukuki kurumsal yapının etkinlik açısından tercih edilmesi gerektiği, somut olayın özellikleri ile ilgili bir sorundur. Bu nedenle somut olayda sosyal refah üzerinde etken olabilecek bazı faktörleri belirlemek ve hukuki kurumsal yapıları bunlar ışığında

---

<sup>48</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/E

mukayese etmek gerekir<sup>49</sup>. Bu hususta ise, “bilgi maliyetleri”, “idari maliyetler”, “failin ödeme gücü”, “zarar görenin zarar üzerindeki etkisi” ve “faaliyet seviyesi” olmak üzere beş ayrı faktörü temel almak uygun olur<sup>50</sup>. Aşağıdaki değerlendirmelerde, dışsallığın tarafları arasında işlem maliyetinin yüksek olduğu ve (*ahlak, örf vs. gibi*) sosyal normların davranışları etkilemediği varsayılmaktadır.

## 1. Bilgi Maliyetleri

### a. Devletin Bilgisi

Dışsallık sorununun etkin bir şekilde çözümlenmesinde bilgi maliyeti belirleyici rol oynar. Bilgi maliyetinin hukuki kurumsal yapı üzerindeki etkisini, “devlet”, “zarar veren” ve “zarar gören” olmak üzere üç ayrı açıdan ele alabiliriz. Devlet (*kural koyan ve uygulayan makam: mahkeme, idari otorite*) sorun hakkında *tam bilgi* sahibi ise, doğal olarak yukarıdaki hukuki kurumsal yapılardan biri veya diğerinin tercih edilmesi önemli bir fark yaratmaz. Dört kurumsal yapı da ekonomik açıdan etkin sonuçlar üretir<sup>51</sup>. Burada tam bilgi, faaliyetin sağladığı fayda, yol açtığı dışsal maliyet ve dışsallığı önleme (*özen*) maliyetini kapsamaktadır. Konuyu çevre kirliliği örneği ile somutlaştıralım. Farz edelim mera sahibine maliyeti 100 YTL olan çevre kirliliğini, fabrika 50 YTL maliyeti olan filtre ile mera sahibi ise 75 YTL’lik bir aşı ile önlesin. Devlet bu bilgiye sahipse, doğrudan fabrikaya filtre takılması yükümlülüğü öngörebileceği gibi (*regülasyon*), hakkı mera sahibine tahsis ederek, tazminat davası ile veya müdahalenin önlenmesi davası ile himaye edebilir. Her durumda sonuç etkin olur<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Benzer bir tasnif çerçevesinde daha geniş kapsamlı bir mukayese için bkz. SHAVELL, *Optimal Structure*, s.261 vd.; farklı bir sınıflandırma ve mukayese için bkz. COOTER, *Prices and Sanctions*, s.1523 vd. özellikle 1538 vd.

<sup>50</sup> Krş. SHAVELL, *Foundations*, s.94-101

<sup>51</sup> SHAVELL, *Foundations*, s.94

<sup>52</sup> Örneğin hakkın mera sahibine tahsis edildiği ve hak sahibinin müdahalenin önlenmesi davası ile korunduğu bir durumda (*property rule*), davanın açılması doğal olarak fabrika sahibini filtre takmaya itecektir. Aksi halde üretime son vermek durumunda kalır. Keza mera sahibinin hakkının sorumluluk kuralı ile himaye edildiği bir kurguda da, tazminat riski (100 YTL), fabrika sahibini filtre takmaya (50 YTL) sevk edecektir.

Fakat pek tabi ki pek çok kurguda devlet tam bilgi sahibi olmayacaktır. Bu durumda, sahip olunan bilginin vasfı, hukuki kurumsal yapı tercihi açısından fark yaratır. Genel bir tespit olarak, bilgi maliyeti açısından standart kuralların (*regülasyon, önleme davası*), sorumluluk kurallarına (*tazminat davası, vergilendirme*) kıyasla dezavantajlı olduğunu söyleyebiliriz<sup>53</sup>. Zira standart öngören kuralların etkin olabilmesi için, devletin dışsallığın her türlü parametresi hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Yani sadece dışsal maliyet değil, faaliyeti faydası, olası tedbirler ve bunların maliyetleri de bilinmelidir<sup>54</sup>. Oysa sorumluluk kuralı sadece dışsal maliyeti bilmeyi gerektirir<sup>55</sup>. Zira burada etkin davranışın ne olacağına, yaptırım riskini dikkate alan taraflar karar vermektedir<sup>56</sup>. Öte yandan dışsal maliyetin değerlendirilmesi güçse, sorumluluk kuralının bu üstünlüğü zayıflar. Fakat bu olasılıkta da, standart kuralların bir belirgin avantajı da yoktur<sup>57</sup>. Nihayet son olarak, dışsal maliyetin değerlendirilmesinde haksız fiil hukuku gibi *ex post* uygulanan kuralların, vergilendirme gibi *ex ante* kurallara kıyasla bilgi maliyeti açısından daha avantajlı olduğunu belirtelim. Zira riski değerlemek, çoğu kez zararı değerlemekten daha güçtür.

---

<sup>53</sup> Bkz. KOLSTAD/ULEN/JOHNSON, s.889; FRIEDMAN, s.76

<sup>54</sup> Bu durumda, riskin kontrol edilmesi için regülasyondan yararlanılması, kural koyucunun risk hakkında belirli bir bilgi birikimi ve tecrübe kazanmasından sonra mümkün olacaktır. Mesela yeni ortaya çıkan riskler açısından, riskin beklenen maliyeti, bunu azaltmanın yolları ve maliyetleri, ancak belirli süre zarfında ortaya çıkacaktır. Şüphesiz bu süre içerisinde riski kontrol eden temel araç, haksız fiil hukuku olacaktır. Ayrıca etkin işleyen bir haksız fiil hukuku sistemi, yargılama esnasında özenli davranış modelleri hakkında değerlendirme yapılması nedeniyle topluma bilgi yayma işlevi de görebilir.

<sup>55</sup> SHAVELL, Foundations, s.95; FRIEDMAN, s.76

<sup>56</sup> Örneğin dışsal maliyetler 100 ise, bu maliyetlerden sorumlu tutulacak olan faaliyet sahibi önleyici tedbir ya da alternatif davranışların neden olacağı maliyetleri değerlendirecek ve bu maliyetlerden düşük olduğu sürece davranışlarını uyarlayacaktır. Eğer alternatif davranışın maliyeti dışsal maliyetlerden yüksek ise, davranışını değiştirmeyecektir.

<sup>57</sup> Kişi için dışsal maliyeti değerlemenin güç olması, bu hususta devletin daha avantajlı olduğu anlamına gelmez. Kural olarak devletin dışsal maliyetin varlığını ve ölçüğünü kişiden daha iyi bildiğini düşünmek için bir neden yoktur. Fakat bunun bir istisnası, haricen, davranışın sağladığı faydanın çok az ve buna karşılık maliyetinin çok yüksek olduğunun bilinmesidir. Bu davranış net sosyal maliyete neden olacağı için, hiç yapılmaması istenir. Bu durumda standart kuraldan yararlanmanın avantajı, doğrudan bu davranışın yapılmaması için caydırıcı bir düzenleme yapılabilmesidir. Eğer davranış yasaklanırsa, zararı değerlemek gibi bir sorun da ortadan kalkar.

## b. Zarar Veren Bilgisi

Bilgi maliyetinin ikinci boyutu, zarar verenin bilgi seviyesidir. Herhangi bir kuralın ekonomik açıdan etkin olabilmesi için, her şeyden önce kişinin kural ve uygulaması hakkında bilgi sahibi olması gerekir<sup>58</sup>. Genel bir ilke olarak, kişinin kendi davranışının riskleri ve bunu azaltan önleyici tedbirler hakkında en iyi bilgiye sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kişinin kural koyan makam karşısında bilgi üstünlüğü vardır. Bu durum, sorumluluk kuralının bir avantajıdır (*bilginin yerelleşmesi*). Bilginin çeşitli nedenlerden dolayı eksik olduğu hallerde ise, hukukun kişinin davranışlarını etkin bir şekilde düzenlemesi güçleşir. Bu durumda standart ve sorumluluk kurallarını mukayese edersek, standart kuralların basitliği ve zarar veren açısından daha az bilgi gerektirmesi nedeniyle daha avantajlı olduğu hemen göze çarpmaktadır<sup>59</sup>. Örneğin çevre kirliliği nedeniyle fabrika sahibinin zararlardan sorumlu tutulması ile filtre takmaya zorlanması arasında, bilgi maliyeti açısından belirgin bir asimetri vardır. İlk durumda zarar veren sadece dışsal maliyeti ve bunun ölçөгünü değil, bunu azaltan olası özenli davranışları da öngörmeli ve gereken zihinsel muhasebeyi yapmalıdır. Bu bilgi maliyetine zarar verenin katlanması anlamına gelir. Oysa standart kural açısından, kişinin sadece kuralda ifadesini bulan davranış modeline uygun davranması yeterlidir. Burada tüm bilgi maliyetine kural koyan makam katlanmaktadır. Bu çerçevede, dışsallık hakkında kuralı koyan makamın zarar verene kıyasla daha fazla bilgiye sahip olduğu hallerde<sup>60</sup>, sorunun standart kural ve özellikle regülasyon ile düzenlenmesi anlamlıdır<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Bu ekonomik analizde neredeyse standart bir varsayımdır.

<sup>59</sup> SHAVELL, Foundations, s.97,98; FRIEDMAN, s.76,77; krş. KOLSTAD/ULEN/JOHNSON, s.889

<sup>60</sup> Burada riskli davranışın olası sonuçları, riski azaltan tedbirler konusunda tarafların, kural koyan ya da uygulayan makama göre bilgi avantajı olduğunu tekrar belirtelim. Ayrıca devletin daha fazla bilgi sahip olduğunu varsaysak bile, bunun paylaşılması için bir neden yoktur.

<sup>61</sup> Belirtmek gerekir ki regülasyondaki standartların karmaşık ve teknik olduğu ve/veya riskli davranışı düzenleyen çok sayıda regülasyonun varlığı hallerinde yukarıda belirttiğimiz avantaj azalır.

### c. Zarar Görenin Bilgisi

Nihayet bilgi maliyetinin üçüncü boyutu, zarar görenin sahip olduğu bilgidir. Zarara muhatap olduğuna göre, zarar görenin dışsallık hakkında bilgi sahibi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu açıdan özel hukuk, kurumsal yapı olarak kamu hukuku kuralları karşısında daha avantajlıdır<sup>62</sup>. Dolayısıyla zarar görenin bilgisi açısından, ancak bir nedenden dolayı bilginin eksik veya yetersiz olduğu hallerde kamu hukuku daha cazip hale gelir. Mesela, dışsal maliyetin çok az olması ya da fiil ile maliyet arasındaki nedensellik ilişkinin kopukluğu nedeniyle zarar gören dışsallığı ya da bunun kaynağını bilmeyebilir. Bu gibi hallerde, hakkın himayesine esas alan özel hukuk kuralları üstünlüğünü kaybeder<sup>63</sup>. Örneğin çevre kirliliği ancak uzun dönemli etkileşim sonucunda bir zarara (*örneğin kansere*) yol açıyorsa, hukukun kişiye kendi sağlığı üzerinde mutlak hak tanınması, dışsallık sorununu çözümünde etkin bir vasıta olamaz. Keza zarar gören dışsallığın kaynağını, yani zarar verenin kim olduğunu bilmiyorsa yine özel hukuka dayalı bir kurumsal yapı etkin olamaz. Örneğin sanayi bölgesi (*mesela Dilovası*) kaynaklı kirliliğin çevredeki kanser vakalarını arttırdığı biliniyor ve fakat hangi fabrika veya fabrikaların buna yol açtığı belirlenemiyorsa, haksız fiil hukuku uygulanması güçtür<sup>64</sup>. Nihayet bazı hallerde ise zarar gören zararı hissetmeyebilir. Kartel anlaşmasının bir ürünün fiyatında birim başına sadece 1 YTL ek maliyete neden olması durumunda, kişinin uğradığı bu zararı (*kar kaybı*) fark etmesi son derece güçtür. Fark ettiği bir olasılıkta dahi rasyonel bir birey, yol açacağı yargılama maliyetleri nedeniyle bu tür düşük ölçekli zararlar için dava açmayacaktır. Tüm bu hallerde kamu hukuku kuralları daha avantajlı gözükmektedir. Sahip olduğu bilgi

---

<sup>62</sup> Yukarıda yaptığımız tasnif çerçevesinde, kamu hukuku kurallarının temel özelliği, kuralın kamu otoritesi tarafından tatbik edilmesidir. Bu çerçevede kuralın uygulanması, dışsallık hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir ki, dışsallığın muhatabı zarar gören kişi ile kıyasladığımız zaman, kamu otoritesinin dezavantajlı konumda olduğu şüphesizdir.

<sup>63</sup> POSNER, s.402; SHAVELL, Foundations, s.97; SCHAFFER/OTT, s.264

<sup>64</sup> POSNER, s.403, Burada nedensellik kavramı, zararın tazmin edilmesine engel oluşturur. Bu hallerde nedensellik kavramının nasıl yorumlanabileceği hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §3/II/D

avantajı ölçüsünde devletin vergilendirme veya regülasyon vasıtasıyla sorunu düzenlemesi daha uygundur<sup>65</sup>.

## 2. İdari Maliyetler

Ekonomik etkinlik perspektifinden bakıldığı zaman her zaman dikkate alınması gereken bir diğer faktör, hukuki kurumsal yapının neden olabileceği olası idari maliyetlerdir. Bu, bizatihi müdahale nedeniyle devletin ve buna muhatap olanların katlandığı maliyetleri ifade eder<sup>66</sup>. Bu maliyetlerin ölçeğini belirleyen temel faktör, müdahale sıklığı veya kuralın uygulanma yoğunluğudur. Kural ne kadar sıklıkla uygulanmayı gerektiriyorsa, maliyetler o ölçüde artar. Genel olarak *ex post* uygulanan özel hukuk kurallarının bu açıdan daha avantajlı olduğu söylenebilir. Zira bu kurallar sadece zararın vuku bulması halinde uygulanırken, kamu hukuku kuralları hem risk, hem de zarar ihtimalinde tatbik edilir ve devamlı faaliyet gösteren idari bir örgütün faaliyetini gerektirmektedir<sup>67</sup>. Ayrıca kuralı uygulayan makamın sahip olması gereken bilgi açısından da özel hukuk daha avantajlı gözükmektedir. Zira özel hukukta bilgi bizzat taraflarca sağlanmakta (*dışsallığın, kaynağı, varlığı ve ölçeği*), oysa kamu hukuku kurallarının tatbik edilmesinde bilgi devlet tarafından toplanmaktadır<sup>68</sup>. Özel hukuk kurallarını kendi

---

<sup>65</sup> SHAVELL, Foundations, s.97

<sup>66</sup> Şüphesiz burada kuralın kişinin davranışları üzerindeki dolaylı etkileri değil (*riski azaltıcı önleyici tedbir alması ya da faaliyet seviyesini değiştirmesi*), doğrudan kuralın uygulanmasının neden olabileceği, kuralı öğrenme, hukuki danışmanlık hizmeti alma, zaman, yargılama masraflarına katlanma gibi maliyetler kastedilmektedir. Bu maliyetlerin haksız fiil hukukunda neyi kapsadığı hakkında bkz. İkinci Bölüm §3/II/D, ayrıca kusur ve kusursuz sorumluluğun bu maliyetler bağlamında mukayesesi için bkz. aşağıda §2/III/A/1/e, §2/III/A/2/f; §2/III/B/1/e

<sup>67</sup> SCHAFER/OTT, s.266; SHAVELL, Foundations, s.98; POSNER, s.401, 403; COOTER/ULEN, s.342

<sup>68</sup> *Ex ante kurallar*, özellikle regülasyon, ancak kural uygulayıcı makamın kişilerin davranışlarını gözlemlene fırsatının olduğu hallerde etkin bir şekilde uygulama alanı bulabilir. Bu kurallar zarar gerçekleşme de uygulandığı için (*mesela hızlı araba kullanma ya da kırmızı ışıkta geçme*), yaptırımın uygulanmasında kişiler (*zarar görenler*) herhangi bir bilgi sağlamayacaktır. Dolayısıyla bir kamu otoritesinin davranışı gözlemlenmek, ihlal eden yaptırma tabi tutmak için ciddi maliyetlere katlanması beklenir.

Oysa haksız fiil hukuku gibi *ex post* bir uygulama açısından durum tersinedir. Burada kural olarak kişilerin davranışlarını gözlemlene ihtiyacı olmadığı gibi, bu ihtiyacın bir ölçüde hissedildiği kusur sorumluluğunda dahi, bilginin taraflarca sağlanması nedeniyle uygulama fazla maliyete neden olmaz. Ayrıca kişilerin bilgi seviyesi açısından devlet karşısından mukayeseli üstünlüğü sahip olduğu düşünülürse, bilginin kişilerce sağlanmasının ciddi bir maliyet avantajı sağladığı açık bir şekilde görülebilir (krş. FRIEDMAN, s.75).



içerisinde mukayese edecek olursak, herhalde tatbik edilmesindeki basitlik nedeniyle standart kurallar (*müdahalenin önlenmesi davası*) daha avantajlıdır. Zira burada mahkeme sadece hak sahibini tespit etmekle yetinip, dışsal maliyeti değerlemek zorunda değildir. Keza kimin hak sahibi olduğu konusundaki ihtilafın çözümü görece kolaydır<sup>69</sup>.

Fakat bu genel tespitlerin somut olay açısından geçerliliğinin ayrıca tetkik edilmesi şarttır. Bazı hallerde dışsallığın vasfı, özel hukuk tatbikatını daha maliyetli hale getirebilir. Örneğin dışsallığın kamusal vasfının olduğu (*public bads*), yani çok sayıda kişinin olumsuz etkilendiği bir kurguda hakkın himayesine dayanan özel hukuk uygulaması daha maliyetli olur. Öte yandan bazı hallerde kamu hukuku kurallarının uygulanması daha maliyetsiz olabilir<sup>70</sup>. Mesela kamu otoritesinin, regülasyona tabi kişinin davranışını izlemesi kolay ise (*mesela filtre takılıp takılmadığı*) idari maliyetler çok fazla olmayacaktır. Dolayısıyla bu maliyetler açısından somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmak gerekir.

### 3. Zarar Verenın Ödeme Gücü (*Aciz Sorunu*)

Zarar verenin sahip olduğu malvarlığı, sorumluluk kuralları açısından son derece önemli bir faktördür. Eğer zarar veren, kuralın öngördüğü mali yaptırımını, örneğin idari para cezası veya tazminat borcunu karşılayacak malvarlığına sahip değilse, hukuk kuralı kişinin davranışlarını istenen yönde değiştirmez<sup>71</sup>. Bir örnekle somutlaştıralım. 10.000 YTL malvarlığına sahip bir kişinin davranışının %10 olasılıkla, 30.000 YTL'lik bir zarara neden olabileceğini düşünelim. Bu kurguda *ex post* uygulanan bir sorumluluk kuralı (*yani haksız fiil tazminatı*) etkin değildir. Zira kişi zararın gerçekleştiği bir durumda, 30.000 değil,

---

<sup>69</sup> Şüphesiz yaptığımız tasnif çerçevesinde hukuk düzeni olası bir ihtilaf karşısında kimi hak sahibi kıldığının belirli olması gerekir. Buna karşılık, komşuluk hukukunda olduğu üzere (bkz. MK.m.730), tarafların çatışan menfaatleri somut bir ihtilafta (*fayda/maliyet denklemi bağlamında*) tartılıyor ve ancak bundan sonra kimin hak sahibi olduğu belirleniyorsa, durum farklıdır. Burada haksız fiil hukuku ile müdahalenin önlenmesi arasında belirgin bir fark olmaz.

<sup>70</sup> Örnekler için bkz. SHAVELL, *Liability v. Regulation*, s.370

<sup>71</sup> SHAVELL, *Judgement Proof*, s.45; POSNER, s.402,247

malvarlığı ile sorumlu olacağı için riski küçümseyecektir. Yani kişi seçim yaparken, davranışın beklenen maliyetini 3000 değil (30.000×%10), sadece 1000 YTL (10.000×%10) olarak öngörür. Bunun ise iki olumsuz sonucu vardır. Riskli faaliyeti sosyal açıdan aşırı seviyede yapar ve faaliyeti yaparken etkin seviyenin altında tedbir alır<sup>72</sup>.

Ekonomik literatürde “*aciz sorunu*” (*judgment proof problem*) olarak adlandırılan bu sorun<sup>73</sup>, doğal olarak, *ex post* uygulanan sorumluluk kurallarında, yani haksız fiil hukukunda karşımıza çıkar<sup>74</sup>. Buna karşılık diğer hukuki kurumsal yapılarda bu sorunla karşılaşılmaz. Mesela diğer sorumluluk kuralı olan vergilendirme, zarar değil, riski esas aldığı için aciz sorununun ortaya çıkma ihtimali yok denecek kadar azdır<sup>75</sup>. Dolayısıyla kişinin malvarlığının az ve/veya dışsal maliyetin yüksek olabileceği dışsallıklar açısından, haksız fiil hukuku görece etkin değildir. Bu hallerde haksız fiil hukukunun diğer hukuki kurumsal yapılar ile ikame edilmesi ya da tamamlanması gerekir. Mesela kişilerin hayat ve sağlıklarını riske atan veya çok büyük maddi zarar riski taşıyan davranışların *ex ante* uygulanan standart kurallar ile düzenlenmesi yerinde olur<sup>76</sup>.

#### 4. Faaliyet Seviyesinin (Niceliksel Özen) Kontrol Edilmesi

Hukuki kurumsal yapı tercihinde önem taşıyan bir başka faktör, kuralın zarar verenin faaliyet seviyesini (*niceliksel özeni*) kontrol edebilme becerisidir. Hatırlanacağı üzere faaliyet seviyesi, kişinin riskli davranışı yapıp yapmamaya ve eğer yapıyorsa ne

---

<sup>72</sup> SHAVELL, Judgement Proof, s.45; MICELI, s.70,71

<sup>73</sup> Bkz. SHAVELL Steven, “The Judgment Proof Problem”, International Review of Law and Economics, Vol. 6 (1986), s.45-58; MICELI, s.70; SCHAFER/OTT, s.265

<sup>74</sup> Nitekim yukarıda bu sorun, kasten verilen zararlar açısından haksız fiil hukukunun yetersiz olmasının başlıca nedenlerinden biri olarak belirtilmiştir (bkz. yukarıda §2/I/B).

<sup>75</sup> Zira bu halde kişi davranışı zarara neden olduğunda değil, riske yol açtığında sorumlu tutulmakta ve sorumluluğun kapsamı risk değeri, mesela yukarıdaki örnekte 3000 YTL ile sorumlu tutulmaktadır.

<sup>76</sup> Ölüm ve ağır cismani zararlar açısından, sadece “*aciz sorunu*” değil, zararın değerlendirilmesi de son derece güçtür. Bu bir taraftan (*belirsizlik nedeniyle*) *ex post* uygulanan haksız fiil hukukunun zarar verenin davranışlarını gerektiği gibi düzenleyememesine, diğer taraftan ise, birim başı yargılama maliyetlerinin artmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu tür zararlar açısından haksız fiil hukukunun farklı hukuki kurumsal yapılar ile desteklenmesi son derece önemlidir (krş. POSNER, s.402,403).

sıklıkla yapacağına dair seçimini konu almaktadır<sup>77</sup>. Dışsal maliyet veya risk, sadece önleyici tedbir değil (*niteliksel özen*), faaliyet seviyesinden de etkilendiğine göre, hukuk düzeni kişiyi faaliyet seviyesine ilişkin etkin seçim yapmaya sevk etmelidir. Örneğin fabrika 100 YTL maliyeti olan kirliliği 30 YTL maliyeti olan filtre takarak ya da 20 YTL maliyete katlanarak (*kar kaybı*) üretimi kısarak da azaltabiliyorsa, ekonomik açıdan üretimin kısılması daha etkindir. Hukuk kuralının faaliyet seviyesini kontrol etmesi ise, kişiyi davranışının tüm sosyal maliyetinden sorumlu tutması ile mümkün olur.

Bu yönden değerlendirdiğimiz zaman ise, sorumluluk kurallarının standart kurallar (*özellikle regülasyon*) karşısında önemli bir avantajı olduğu söylenebilir<sup>78</sup>. Zira kural koyucu, faaliyetin sağladığı fayda hakkında genellikle bilgi sahibi olamayacağı için (*bilgi maliyetleri*), standart kuralı etkin faaliyet seviyesini öngörecektir şekilde kaleme alması güçtür. Somutlaştırmak gerekirse, kirliliğe neden olan bir fabrikanın, dışsallık maliyetlerini optimize etmesi için ne kadar üretim yapması gerektiği hakkında bir düzenleme yapmak mümkün değildir<sup>79</sup>. Nitekim bu nedenle regülasyon, genellikle özenin niteliksel boyutuna (*önleyici tedbirlere*) ilişkin düzenlemeler öngörür<sup>80</sup>. Öte yandan sorumluluk kuralları,

<sup>77</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/B/2/b, ayrıca bkz. aşağıda §2/III/B

<sup>78</sup> SHAVELL, Foundations, s.99

<sup>79</sup> Aynı mülahazalar kusur sorumluluğunun uygulandığı bir olasılıkta, mahkemelerin somut olayın gerektirdiği özeni belirlemede de karşımıza çıkar. Mahkeme, olayların çok önemli bir kısmında faaliyetin sağladığı faydayı değerleyemeyeceği için, özenli davranışı belirlerken niceliksel özeni kapsam dışı tutar. Dolayısıyla kusur, niteliksel özenden ibaret olur (bkz. aşağıda §2/III/B/1/d).

<sup>80</sup> Hemen belirtelim ki pozitif hukukta buna istisna teşkil eden düzenlemeler olabilir. Örneğin KTK.'na dayalı olarak çıkarılan, KTY. (RG. T. 18.07.1997- sy. 23053 Mükerrer), sadece niteliksel özen değil, niceliksel özen yani faaliyet seviyesine ilişkin hükümler içermektedir. Yönetmeliğin “*Araç Kullanma ve Dinlenme Sürelerine Uyma Mecburiyeti ve Denetleme Esasları*” başlığını taşıyan 98. maddesi, ticari amaçla yük taşımacılığı yapan araç şoförlerinin ne kadar süre ile araç kullanabileceklerini, ne kadar dinlenmeleri gerektiğini ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Somutlaştırmak gerekirse: “*Ticari amaçla yük taşımacılığı yapan ve azami ağırlığı 3,5 tonu geçen araçların şoförleri ile ticari amaçla yolcu taşımacılığı yapan ve taşıma kapasitesi şoförü dahil 9 kişiyi geçen araçların şoförlerinin 24 saatlik herhangi bir süre içinde; toplam olarak 9 saatten ve devamlı olarak 4,5 saatten fazla araç sürmeleri yasaktır. Bu şoförler en fazla 6 günlük araç kullanma süresinden sonra 1 günlük hafta tatilini kullanmak zorundadırlar. Hafta tatili en az 24 saattir. Düzenli seferler haricindeki uluslararası yolcu taşımacılığı söz konusu olduğunda şoförler 12 gün süreyle araç kullanabilirler, araç kullanma süresinden sonra 2 günlük hafta tatilini kullanmak zorundadırlar. Birleşik 2 hafta içinde toplam araç kullanma süresi 90 saati aşamaz.....*”.

Benzer bir düzenleme, Gemi Adamları Yönetmeliği'nin (RG. 31.07.2002 T., sy. 24832) 84. maddesinde ve Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği'nin (RG. 16.6.1984, sy. 18433) 50. maddesinde (Ek 6'da yer alan esaslar çerçevesinde) yer almaktadır. Bu normlar gemi adamları ve uçuş ekibi için faaliyet seviyesini

davranışının tüm dışsal maliyetinden sorumlu tutarak, kişiyi faaliyet seviyesine ilişkin etkin seçimler yapmaya sevk etmektedir. Zarar veren, kural olarak, faaliyetin faydası konusunda en iyi bilgiye sahip olduğu için, sorumluluk kuralları özenin bu boyutunu çok daha etkin bir şekilde kontrol edebilir<sup>81</sup>.

## 5. Zarar Görenin Davranışlarının Kontrol Edilmesi

*Coase* tarafından vurgulandığı üzere, çoğu kez zarar veren değil zarar görenin davranışları da risk ve zarar üzerinde etkili olur<sup>82</sup>. Dolayısıyla hukuk kuralının her iki tarafın davranışlarını da dikkate alması ve sadece zarar veren değil, zarar göreni de etkin davranmaya teşvik etmesi gerekir. Bu durumun hukuk politikası açısından bir sonucu, kural koyucunun etkin bir düzenleme yapabilmesi için daha fazla bilgiye ihtiyacı olduğudur<sup>83</sup>. Dışsallık, aynı zamanda zarar görenin özen göstermesini gerektiren bir kurguda gerçekleşiyorsa<sup>84</sup>, zarar göreni hiç veya tam olarak telafi etmeyen kurallar, genel olarak onun davranışlarını etkin bir şekilde düzenleyebilir<sup>85</sup>. Zira muhtemel zarara katlanacak olan zarar gören, olası zararı azaltmaya çalışacak ve durumun gerektirdiği önlemi alacak ve/veya faaliyet seviyesini uyarlayacaktır. Mesela zarara katlanacak olan mera sahibi aşılama yapacak veya faaliyetine son verecek; trafik kazalarında zarara katlanacak olan yayalar daha özenli davranacaktır.

---

kontrol etmektedir. Gerçi bu hükümlerin riski azaltarak sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi amacıyla ilgisinin olmadığı, bu hükümlerin vazedilmesinde daha ziyade dağılımsal kaygıların rol oynadığı iddia edilebilir. Zira bu hükümler gemi adamlarının ve uçuş ekibinin hizmet akdi çerçevesinde menfaatlerini himaye etmektedir.

<sup>81</sup> Bu açıklamanın vergilendirmeye ve haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğa ilişkin olduğunu belirtelim. Aşağıda açıklandığı üzere, sorumluluğun kusur esasına dayandığı bir kurguda, haksız fiil hukuku regülasyondan daha etkin bir yapı değildir Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b ve ayrıca aşağıda §2/III/B/1/d

<sup>82</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/C/2

<sup>83</sup> SHAVELL, Foundations, s.100

<sup>84</sup> Bununla kastettiğimiz, zarar verenin yanı sıra zarar görenin (*müşterek özen kurgusu*) ya da zarar verenin değil, sadece zarar görenin özen maliyetine katlanması gereken hallerdir. Örneğin *alternatif özen kurgusunda* (*alternative care situation*), zarar görenin daha az maliyetle zarardan kaçınan taraf (*cheapest cost avioder*) olması halinde, hukuk kuralının zarar vereni değil sadece zarar göreni tedbir almaya sevk etmesi gerekir. Dolayısıyla burada aslında pek çok zarar açısından her iki tarafın da bir ölçüde özen göstermesinin etkin olduğunu varsayıyoruz. Nitekim aşağıdaki açıklamalarda temel aldığımız varsayım da budur. Bkz. aşağıda §2/III/A/2

<sup>85</sup> SHAVELL, Foundations, s.99

Hukuki kurumsal yapıları bu açıdan mukayese ettiğimiz zaman, zarar vereni muhatap alan kamu hukuku kuralları bu saiki sağlması açısından avantajlı gözükmektedir<sup>86</sup>. Zira bu kurallar zarar görenin zararını telafi etmediği için, olası zarara katlanacak olan kişi bunu azaltacak önleyici tedbirleri alacaktır. Öte yandan hukuk kuralı zarar göreni tam olarak telafi ediyorsa, söylediğimiz bu olumlu etki gerçekleşmez. Dolayısıyla özel hukuka dayalı sorumluluk kuralı, zarar görenin davranışlarını etkin bir şekilde düzenleyemez<sup>87</sup>.

### III. Değerlendirme

#### A. Genel Tespitler

Yukarıda, dışsallık sorununun çözümünde haksız fiil hukukunun yegâne hukuki araç olmadığını, alternatif hukuki kurumsal yapıların dikkate alınması gerektiğini vurgulamaya çalıştık. Düşüncemize göre mukayeseli kurumsal analiz (*comparative institutional analysis*) yapılmadan, hukuki müdahalenin sosyal açıdan istenen sonuçları sağlması tesadüflere bağlı olur. Dolayısıyla zarara neden olan bir davranışın düzenlenmesi sorunu, geniş bir perspektiften düşünülmeli ve soruna salt bir hukuk dalının (*örneğin haksız fiil hukukunun*) penceresinden bakılmasından imtina edilmelidir. Keza bir sorun, belirli bir hukuk dalı içerisinde incelenirken, bu sorunu hâlihazırda düzenleyen alternatif hukuki kurumsal yapıların etkisi ve işlevi dikkate alınmalıdır. Çözüm önerileri bundan bağımsız

---

<sup>86</sup> Örneğin dışsallığın salt regülasyon yolu ile düzenlendiği bir kurguda, (*beklenen yaptırımın maliyeti, tedbir maliyetinden daha fazla olduğu takdirde*) dışsallığa neden olan kişi, hukuk kuralındaki özenli davranışı yerine getirecektir. Eğer risk tamamen ortadan kalkmamışsa, zararın gerçekleştiği bir kurguda doğal olarak buna zarar gören katlanacak ve bu durumda zarar gören kalan riski (*residual risk*) azaltmak için tedbir alacaktır. Tabi ki burada önemli bir nokta, kural koyucunun tarafların risk karşısındaki konumları hakkında yeterli bilgiye sahip olması şartıdır. Eğer kural koyucu bu bilgiye sahip değilse, zarar görenin tedbir almaya sevk edilmesi fazla önem taşımaz.

<sup>87</sup> Tabiatıyla bu kusursuz sorumluluk açısından geçerlidir. Aşağıda da açıklandığı üzere kusur sorumluluğunun tatbik edildiği bir kurguda bu olumsuz etki ortaya çıkmaz (bkz. aşağıda §2/III/A/2/e ve ayrıca §2/III/B/2/d).

olarak sunulmamalıdır<sup>88</sup>. Bu bütünsel bakış açısı, “*hukukun bütünlüğü ilkesi*”ni salt retorik olmaktan çıkarıp, bu ilkeye işlerlik kazandırdığı gibi, hukuk dallarının birbiriyle olan ilişkilerine de ışık tutmaktadır.

Bu çerçevede ekonomik açıdan yapılması gereken *ilk tespit*, yukarıda açıklandığı üzere kasten verilen zararların düzenlenmesinde haksız fiil hukukunun uygun hukuki kurumsal yapı olmadığıdır<sup>89</sup>. Salt zarara eşit bir tazminat riski, zarar verenin davranışlarını düzenlemede yetersizdir. Zarar verenin tazminat riskinden kaçınma eğilimi, acze düşme ihtimali gibi faktörler, uygulanacak yaptırımın farklı parametrelere göre belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca zarar verenin fiilden sağladığı faydanın sosyal refah denkleminin dışında görülmesi halinde, bu gereklilik bir zorunluluk haline dönüşmektedir. Üstelik kaynakların tahsisinde piyasaların daha üstün kurumsal yapı olduğunu kabul eden bir ekonomik-siyasal sistem, işlem maliyetinin düşük olduğu kurgularda kişileri mübadele yapmaya sevk edecek hukuk kuralları ihdas etmelidir. Bu durumda kasten verilen zararlar açısından, uygulanacak olan yaptırımın (*içselleştirici değil*) caydırıcı olması şarttır. Nitekim saydığımız bu nedenler, pozitif hukukun kasten verilen zararlar açısından neden ceza hukukundan yararlandığını büyük ölçüde izah etmektedir.

Dolayısıyla ekonomik açıdan bakıldığı zaman haksız fiil hukuku, zarara kasten yol açan davranışların dışında kalan (*ihmal ve kusursuz*) riskli davranışları düzenlemektedir. Şüphesiz bu ihtimalde de, haksız fiil hukuku tek alternatif değildir. Hangi şartlar altında haksız fiil hukukundan yararlanmanın isabetli (*ya da isabetsiz*) olduğu hakkında ise, yukarıda ele alınan faktörler çerçevesinde bazı çıkarımlar yapılabilir. Haksız

---

<sup>88</sup> Düşüncemize göre hukuk doktrininde bu bakış açısı göz ardı edilmektedir. Bunun herhalde temel nedeni, haksız fiil hukukuna atfedilen amaçtan kaynaklanmaktadır. Amaç zarar görenin zararının telafi edilmesi olarak kabul edildiği için, riskli davranışların kontrol edilmesine imkan veren regülasyon veya diğer alternatif hukuki kurumsal yapılar dikkate alınmamaktadır. Diğer yandan telafi amacının kabulü halinde dahi, sigorta gibi farklı hukuki kurumsal yapıların tartışılması mümkündür ve bu tartışma amacın en etkin nasıl elde edileceğine dair bir fikir verecektir.

<sup>89</sup> Bkz. yukarıda §1/I

fiil hukuku, *bilgi maliyetleri*, *idari maliyetler*<sup>90</sup> ve *zarar verenin faaliyet seviyesi* açılarından, diğer hukuki kurumsal yapılar karşısında mukayeseli olarak üstün gözükmektedir. *Zarar görenin davranışlarının* kontrol edilmesi açısından haksız fiil hukukunun isabeti konusunda tereddüt edilebilir. Fakat Türk hukukunda sorumluluğun kusur esasına dayanması nedeniyle, bu hususta bir dezavantaj yoktur. Zira zarar verenin somut olayın gerektirdiği özeni sergilemesi halinde, zarara zarar gören katlanmaktadır<sup>91</sup>. *Zarar verenin ödeme gücü* açısından ise, haksız fiil hukukunun açık bir dezavantajı vardır<sup>92</sup>. Dolayısıyla malvarlığına oranla, zarar ölçeğinin fazla olduğu hallerde haksız fiil hukuku etkin değildir. Gerçi pozitif hukukun, aciz sorununu hafifletmeye yarayan çeşitli kurallar öngördüğünü<sup>93</sup> ve kusur sorumluluğunun uygulandığı hallerde her zaman bu

---

<sup>90</sup> Tazminat sorumluluğu, riskleri azaltacağı gibi, özensizlik her zaman zarara neden olmayacaktır. Örneğin kişinin özensiz davranışı (*hızlı araba kullanma ya da trafik ışığına riayet etmeme gibi*) halinde risk %5 ise, her 100 olaydan sadece 5 tanesinde kaza meydana gelecektir. Bu durumda en fazla 5 tazminat davası açılacaktır. Hatta zararın gerçekleştiği her durumda da sorun yargılama safhasına taşınmayacak, olası yargılama maliyetleri tarafları uzlaşmaya teşvik edecektir. Oysa riski esas alan bir uygulama söz konusu ise (*trafik kuralları*), özenli davranış modelini öngören hukuk kurallarının her ihlalinde, hukuki yaptırım uygulanacak ve kaçınılmaz bazı maliyetler doğacaktır. Ayrıca fiilen her ihlal nedeniyle hukuk kuralı uygulanmasa bile, kamu hukuku kuralları gerek *ex ante* tatbik edilmeleri ve gerekse sürekli faaliyet gösteren bir organizasyona ihtiyaç göstermesi nedeniyle tipik olarak daha maliyetlidir. Tabiatıyla ekonomik açıdan rasyonel bir hukuk sistemi, bunun neden olabileceği idari maliyetleri azaltmak için yaptırımın şiddetini arttırmalıdır.

<sup>91</sup> Ayrıca kusursuz sorumluluğun uygulandığı hallerde dahi, bazı kurallar zarar görenin davranışlarını kontrol etmeye imkân vermektedir. Bkz. aşağıda §2/III/A/2/b, §2/III/A/2/e ve §2/III/B/2/d

<sup>92</sup> POSNER, s.402

<sup>93</sup> Örneğin ilk akla gelen yöntem, *sorumluluk sigortasıdır*. Riskli faaliyet yürüten kişiler sigorta akdi yaparlarsa, verilen zararlar sigortacı tarafından karşılanır. Zarar veren sigorta primi ödemekle, riskin beklenen değerini göz önünde tutacağı için faaliyet seviyesi açısından etkin karar verir (SHAVELL, Judgment Proof, s.46,53). Fakat sorun zaten, zarar verenin olağan şartlar altında sigorta poliçesi akdetmek hususunda yeterli saiki olmamasıdır. Kısaca açıklayalım. Herhangi bir riskin sigortalandığı bir olasılıkta, prim (*kabaca*) zarar ve olasılık değerleri çerçevesinde belirlenir. Eğer zarar 10.000, olasılık ise %1 ise, primin (*sigorta şirketinin işletme maliyetleri ile birlikte*) 100 YTL'den biraz fazla olması beklenir. Kişi genellikle risk sakınan olduğu için, risk değeri üzerine ilave bir para ödemeye her zaman hazır olacak ve sigorta şirketleri karlı bir şekilde faaliyet gösterecektir (*risk primi*). Oysa aciz sorununda, kişi zaten söz konusu riski zararın ölçeği değil, kendi malvarlığı ile sınırladığı için (*mesela 7000*), riskin beklenen değeri onun için ancak 70 YTL olacak ve riskten sakınsa bile (*mesela 70+10*) sigorta poliçesi almaya yanaşmayacaktır (110 YTL > 80 YTL) (SHAVELL, Judgment Proof, s.45,46,51).

Bunun bir çözümü, kanunen sigorta zorunluluğu öngörülmesidir. Nitekim pozitif hukuka bakıldığında, riskli faaliyetler açısından bunun yaygın bir çözüm olduğu söylenebilir (mesela KTK.m.91, TSHK.m.132). Fakat sigortanın özen sorununu tamamen çözdüğü düşünülmemelidir. Sigorta şirketinin, genellikle sigortalı zarar verenin davranışlarını gözlemlene ve poliçeyi (*sözleşmeyi*) buna göre düzenleme imkânı yoktur. Bu durumda zarar verenin, yol açtığı zarar her nasılsa karşılanacağı için (*niteliksel*) özen gösterme saiki olması gereken seviyeden daha zayıf olacaktır (SHAVELL, Judgment Proof, s.53). Nitekim sigorta piyasası ile ilgili bu sorun

sorunun ortaya çıkmayacağını belirtmek gerekir<sup>94</sup>. Fakat yine de bu faktör, haksız fiil hukukunun görece olumsuz yönünü oluşturmaktadır.

## B. Bilgi Maliyeti Açısından Değerlendirme

*Bilgi maliyetinin* daha kapsamlı incelenmesi, haksız fiil hukukunun yerindeliği konusunda daha fazla fikir vermektedir. Riskli davranışların kontrol edilmesinde, kural koyucu ve uygulayıcısının (*devletin*) bilgisi açısından, haksız fiil hukukunun daha avantajlı olduğunda hiç şüphe yoktur. Haksız fiil hukukunda mahkeme sadece zararı değerlendirmekte<sup>95</sup> ve gerekli bilgi taraflarca sağlanmaktadır. Bu durumda bilgi maliyetine taraflar katlanır. Davranışın riskleri ve bunu azaltan olası tedbirler hakkında (*özellikle faaliyet seviyesi*) tarafların en iyi bilgiye sahip olduğu varsayımı kabul edilirse, bu son derece isabetlidir<sup>96</sup>. Oysa özellikle *standart kurallar* açısından, kural koyucu, çeşitli riskler hakkında genel uygulanma kabiliyeti olan davranış modelleri belirlemek durumundadır. Bu ise kişiler arası farklar nedeniyle son derece zordur. Kural koyucu, bu farklılıkları dikkate alarak (*ortalamada*) davranışın olası beklenen maliyetini (*riski*) ve bu riski azaltan özenli davranış öngörmesi gerekir. Bu ise kaçınılmaz olarak belirlenen standardın bazıları için katı, bazıları

---

ekonomik literatürde “*ahlaki çöküntü*” (*moral hazard*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. bu konuda İkinci Bölüm §3/III/C/2

Aciz sorununu hafifleten bir diğer yöntem, zarardan başkalarının sorumlu tutulmasıdır (SHAVELL, Judgment Proof, s.54). İstihdam edeni sorumlu tutan BK.m.55 normu düşüncemize göre bunun güzel bir örneğini oluşturur. Burada zarar veren müstahdem, olası tazminat borcu için acze düşmesi riski yüksektir ve istihdam edenin de sorumlu tutulması, düşüncemize göre bu kişinin (*mesela sigortacı ile kıyaslandığı zaman*) riski ve müstahdem davranışlarını etkin bir şekilde kontrol etme iktidarına sahip olduğu için, son derece etkin bir düzenlemedir. Farklı olasılıklar için bkz. bkz. SHAVELL, Judgment Proof, s.54,55

<sup>94</sup> Bir misalle somutlaştıralım. Farz edelim ki 50000 YTL servete sahip olan kişinin davranışı, %1 olasılık ile 100.000 YTL zarara neden olma riski taşıyın. Bu durumda kişi sorumlu olduğu bir olasılıkta davranışın beklenen maliyetini 1000 değil 500 YTL olarak düşünecektir. Fakat kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda niteliksel özen açısından bu durum sorun teşkil etmeyebilir. Örneğin 10 YTL’lik bir tedbirin bu riski yarı yarıya düşürdüğünü varsayalım. Yani özenli davranış sonucunda beklenen maliyet 500 YTL olacak, buna karşılık kişi bunu 250 YTL olarak algılayacaktır. Fakat kişi 10 YTL’lik maliyete katlanarak bu riski 250 YTL azaltacağı için özenli davranışı sergileyecektir. Bu durum, kusur sorumluluğunun beklenen maliyetlerde kopukluğa yol açarak (bkz. aşağıda §3/III/A/1d) özen göstermeye dair kuvvetli saik yaratmasının bir sonucudur (SHAVELL, Optimal Structure, s.273).

<sup>95</sup> Üstelik değerlemenin *ex ante* değil *ex post* olması haksız fiil hukukunun diğer avantajıdır. *Ex ante* yani riski değerlemek çok daha güçtür.

<sup>96</sup> FRIEDMAN, s.77; SHAVELL, Liability v. Regulation, s.360



için esnek olmasına yol açacaktır<sup>97</sup>. Oysa haksız fiil hukukunda bu olumsuzluk, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması nedeniyle ortaya çıkmaz<sup>98</sup>.

Bu nedenle, her ne kadar standart kurallar zarar verene daha az külfet yüklese de, bilgi maliyeti açısından zarar verenin kural koyucu karşısında daha avantajlı olması, son tahlilde haksız fiil hukukunun mukayeseli üstünlüğüne işaret eder<sup>99</sup>. Fakat bu varsayım her zaman geçerli değildir. Mesela zarar veren, davranışının riskleri hakkında bilgi sahibi olmayabilir (*fabrikanın dumanının kanser yaptığı bilinmiyorsa*) veya riskin ölçeğini bilmeyebilir (*kirliliğin maliyeti nedir?*) ya da (*manevi zarar örneğinde olduğu gibi*) değerlendirme becerisi sınırlı olabilir. Bu hallerde haksız fiil tazminatı kişilerin davranışlarını istenen şekilde düzenleyemez<sup>100</sup>. Eğer bu hallerin herhangi birinde, kural koyucunun daha üstün bilgiye sahip olduğu söylenebiliyorsa, sorunun standart kurallar ile düzenlenmesi etkindir<sup>101</sup>. Mesela riskin özel uzmanlık gerektirdiği, bilgiye yatırım yapmanın şart olduğu hallerde, kural koyucu kurumların ciddi bir bilgi avantajı vardır<sup>102</sup>. Bu hallerde (*fabrika veya egzoz dumanının içerdiği toksin maddeler ve bunun insan sağlığı üzerinde olası*

---

<sup>97</sup> Somut olayda zarar ölçüğü, olasılık değeri ve özen maliyetine dair her üç parametre de ortalamadan farklı olabilir. Bu ise somut risk açısından, kişinin gereğinden fazla ya da az özen göstermesine neden olabilir.

<sup>98</sup> Gerçi özen maliyeti açısından, ihmalin belirlenmesinde objektif teorinin uygulanması bir ölçüde tespitimizi boşa çıkarmaktadır. Bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bb/bba

<sup>99</sup> Bu üstünlük kusursuz sorumluluk değil, kusur sorumluluğunun olduğu hallerde de geçerlidir. Kusur sorumluluğu durumunda mahkemeler doğal olarak özenli davranışı belirlemek durumundadır. Fakat yargılama sisteminde, bilgi zarar gören ve zarar veren tarafından sunulacağı için, mahkemelerin somut olaya göre standart belirlemesi mümkündür. Bu durumda mahkemenin konumu kural koyuculara göre daha avantajlıdır.

<sup>100</sup> Ayrıca değerlendirme güçlüğü, idari maliyetleri arttıran da bir faktördür ve bu haksız fiil hukukunun bir diğer olumsuz vasfıdır.

<sup>101</sup> COOTER, kural koyucunun dışsal maliyet hakkında yeterli bilgisi olmasa bile, etkin davranış modeli hakkında bilgisinin olabileceğini belirtmektedir. Yazar'a göre toplumda kabul gören standartlar (*teamüller, gelenekler*) bu hususta ölçüt olabilir (COOTER, *Prices and Sanctions*, s.1533,1534).

<sup>102</sup> Olağan şartlar altında zarar veren risk hakkında bilgi sahibi değilse, bu haksız fiil hukukunun etkin olmadığı anlamına gelmez. Zira sorumluluk, uygulanma süreci içerisinde zarar verene bilgi maliyetlerine katlanma yönünde saik sağlar. Fakat eğer bilginin oluşumu özel uzmanlık gerektiriyorsa, kişilerin bu bilgi maliyetlerine katlanma saikleri gereğinden daha az olacaktır. Zira bilgi maliyetine katlanan taraf, bilginin yayılması ve başkalarının bundan karşılıksız yararlanması nedeniyle tam değerini elde edemeyecek ve maliyete katlanmak istemeyecektir (*pozitif dışsallık*). Ayrıca bu gibi bir durumda, herkesin bireysel olarak bu maliyete katlanması, kaynak israfına neden olur. İşte bu halde kural koyucu bilgi maliyetine katlanarak bu sorunları etkin bir şekilde çözebilir (SHAVELL, *Liability v. Regulation*, s.360).

*olumsuz sonuçları*) sorunun regüle edilmesi anlamlı olur<sup>103</sup>. Ayrıca bu kurallar, somut kurguda kişiyi olası tazminat/özenli davranışa dair zihinsel muhasebe yapmaktan muaf tutacağı için, ciddi bir bilgi (*karar verme*) maliyeti etkinliği sağlar<sup>104</sup>.

Zarar görenin bilgisi, haksız fiil hukukunun etkinliği açısından daha önemlidir. Zira tazminat sorumluluğu, zarar gören tarafından harekete geçirilmektedir<sup>105</sup>. Zarar gördüğüne göre, zararın varlığı ve kaynağı konusunda zarar görenin en iyi bilgiye sahip olduğu varsayılabilir. Bu durumda kamu hukuku kuralları karşısında haksız fiil hukukunun görece üstün olduğu söylenebilir<sup>106</sup>. Fakat bu üstünlük en azından iki olasılıkta mevcut olmaz. İlk olasılık, zararın veya kaynağının fark edilmeme riskidir. Örneğin zararın ölçeği az ise veya fiilden çok sonra ortaya çıkıyorsa ya da zarar verenin kimliğinde tereddüt ediliyorsa<sup>107</sup>, zarar görenin dava açma olasılığı zayıflar<sup>108</sup>. Bu durumda zarar verenin sorumlu tutulma olasılığı azalacağından, tazminat etkin davranmaya sevk etmeyecektir. İkinci olasılık ise, zararın fark edilmesi ve buna rağmen zarar görenin dava açmak için yeterli saikinin olmamasıdır<sup>109</sup>. Bu sorun, zararın (*ve dolayısıyla elde edilecek tazminat alacağı*) ölçeğinin, yargılama maliyetlerine kıyasla küçük olduğu hallerde karşımıza çıkar. Tabiatıyla böyle bir kurguda, dışsallığın hukuki müdahaleye ihtiyaç gerektirmediği iddia

---

<sup>103</sup> Dışsal maliyetin karmaşıklığı ve bunun etkin bir şekilde azaltılmasının gerektirdiği bilgi maliyetleri açısından örnek düzenlemeler için bkz. “*Endüstriyel Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği*” (RG. T. 7/10/2004, sy. 25606), “*Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği*” (RG. T. 13.1.2005, sy. 25609), “*Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği*” (RG. T. 1.7.2005, sy. 25862)

<sup>104</sup> Haksız fiil hukuku ve regülasyonun, bilgi maliyetleri açısından etkinlik ve dağılımsal sonuçları vardır. Regülasyon halinde maliyetlere sadece bir defa kural koyucu katlanmakta ve riskli davranışta bulunan kişiler (*özellikle haksız fiil hukukunun uygulanmadığı bir kurguda*) bu maliyetlerden tasarruf etmektedir. Eğer düzenleme etkin ise, bu önemli bir avantajdır (bkz. COOTER, Prices and Sanctions, s.1535).

<sup>105</sup> Yaptırımın uygulanması dışında, zarar görenin davranışlarının düzenlenmesi açısından da zarar görenin bilgi sahibi olması son derece önemlidir.

<sup>106</sup> Kamu hukukunda, kural ve yaptırımın uygulanmasında zarar görenden ziyade devletin bilgisi önem kazanır. Zarar görenin devlet karşısında bilgi avantajı olduğuna göre, kuralların harekete geçirilmesine ve uygulanmasında haksız fiil hukuku daha etkindir.

<sup>107</sup> Zararın birden fazla kişinin davranışından kaynaklanma olasılığının bulunduğu, fakat kimin zarara yol açtığı kesin olarak bilinmediği haller bu kapsamdadır. Nedensellik başlığı altında olasılıklı nedensellik kavramı ile bu sorunun hafifletilebileceği hakkında (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/D).

<sup>108</sup> Fakat son iki olasılıkta, zarar görenin zararı azaltmak üzere özen göstermeye dair saiki vardır.

<sup>109</sup> POSNER, s.402; krş. SHAVELL, Regulation v. Liability, s.363; MICELI, s.236

edilebilir<sup>110</sup>. Fakat eğer fiil, kartel anlaşmaları ve bazı çevre zararlarında olduğu gibi, çok sayıda kişinin küçük ölçekli zarara uğramasına neden oluyorsa, sosyal maliyet son derece yüksek olabilir<sup>111</sup>. Bu durumda ise, usul hukuku açısından dava açma saiki sağlayacak özel bir kurum ihdas edilmediği sürece<sup>112</sup>, haksız fiil hukuku, kamu hukuku kuralları karşısından ciddi bir sorun yaşayacaktır.

Özetle zarar verenin ve/veya zarar görenin riskin varlığı ve beklenen maliyeti hakkında bilgisinin yeterli olduğu (*günlük olağan riskler*) ve olası zararın çok büyük<sup>113</sup> ya da çok küçük olmadığı ve değerlendirilebileceği hallerde, haksız fiil hukukunun etkin bir hukuki kurumsal yapı olduğu söylenebilir. Buna karşılık bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmediği hallerde, haksız fiil hukukunun alternatif hukuki kurumsal yapılar ile ikame edilmesi veya tamamlanması uygun olur<sup>114</sup>. Türk hukukuna baktığımız zaman, haksız fiil hukukunun geniş bir uygulama alanı bulunduğu ve aynı zamanda sıklıkla regülasyonlardan yararlandığı görülmektedir<sup>115</sup>. Can ve mal güvenliğini tehdit eden riskler, yaygın olarak regülasyon vasfını taşıyan kanun, tüzük ve yönetmelik gibi hukuki

---

<sup>110</sup> Hukuki müdahalenin maliyetleri dikkate alındığı zaman, fiilin neden olduğu sosyal maliyet az ise müdahale edilmemesi daha etkindir.

<sup>111</sup> Dikkat edilirse, burada fiilin kişinin şahıs veya malvarlığında bir eksilmeye neden olduğu yani zarara neden olduğu varsayılmaktadır. Bunun yanı sıra pek çok kurguda fiil bir maliyete neden olmasına rağmen, ihlal edilen değer hukuk düzeni tarafından kişiye tahsis edilmemiş olması nedeniyle zaten haksız fiil hukuku tartışması yaşanmaz. Hukuk düzeni değeri himaye etmeye karar vermişse, bu hallerde zaten kamu hukukundan yararlanır. İmar Hukuku ve Çevre Mevzuatı bu şekilde değerlendirilebilir.

<sup>112</sup> Kişinin hakkının ihlal edildiği bir kurguda, ona dava açması için saik yaratan kurum, toplu dava imkânı (*class action*) veya bir kurumun zarar görenler yerine davacı olabilmesi (TTK.m.58/3) ya da zarardan daha fazla tazminat almasına olanak sağlanması (RKHK.m.58/2) olabilir. Fakat üçüncü çözüm, çok sayıda kişinin dava açma olasılığı nedeniyle idari maliyetleri olağanüstü derecede arttırabilecektir (mesela bkz. SANLI, Haksız Fiil, s.243).

<sup>113</sup> Zararın ölçeğinin büyük olması halinde, aciz sorunu dışında ortaya çıkan bir diğer sorun, risk sakınma olgusu nedeniyle yaşanan refah kaybıdır. Bu nedenle, iki faktör dikkate alındığı zaman zararın büyük olduğu hallerde *ex ante* uygulanan kuralların ciddi bir avantajı vardır (FRIEDMAN, s.78,79).

<sup>114</sup> Burada hangi hallerde haksız fiil hukukunun alternatif yapılar ile ikame edilmesi, hangi hallerde tamamlanması gerektiği hakkında bir değerlendirme yapılmamıştır.

<sup>115</sup> Ekonomik teoremin aksine, dışsallıkların düzenlenmesinde “*vergileendirme*” pratikte çok popüler olan bir hukuki kurumsal yapı değildir. Fakat bazı dışsallıklar açısından yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin yakıt ve alkol tüketimi gibi faaliyetlerin yüksek vergiye tabi olması, ekonomik açıdan bu faaliyetlerin neden olduğu dışsallıkların kontrol edilmesi amacına dayandığı şeklinde yorumlanabilir. Tabi Türk hukuku açısından yasa koyucunun amacının bu olduğunu iddia etmek (*özellikle gelir elde etme kaygısı dikkate alınrsa*) bir ölçüde iyimser bir yaklaşım sayılabilir. Keza müdahalenin önlenmesi ve “durdurulması davası da, mahiyeti icabı (*devam eden zararlar ya da zarar tehlikesi*) daha az uygulama alanı bulmaktadır.

düzenlemeler ile kontrol edilmektedir. Bunlar genellikle haksız fiil hukuku ile bir arada uygulanmaktadır<sup>116</sup>. Şüphesiz burada tüm bu düzenlemelerin ekonomik teorinin öngörülleri ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmek mümkün değildir. Fakat en azından yukarıda sağladığımız ölçütler, hukuki kurumsal yapı sorunu hakkında düşünmek ve genel hukuk sistemi içerisinde haksız fiil hukukunun konumunu belirlemek açısından fikir vermektedir.

#### **IV. Haksız Fiil Hukuku ve Regülasyon: Sonucun ve Davranışın Hukuka Aykırılığı Görüşleri**

Regülasyon ve haksız fiil hukuku arasındaki ilişkiyi dikkate alarak, hukuka aykırılık bahsindeki bir tartışma hakkındaki görüşümüzü belirtelim<sup>117</sup>. Ekonomik teori açısından bakıldığı zaman, yukarıdaki tasnif ve özellikle bilgi maliyetlerine dair açıklamalar, mutlak haklar açısından sonucun hukuka aykırılığı görüşünün daha isabetli olduğuna işaret eder<sup>118</sup>. Kısaca açıklayalım. Davranışın hukuka aykırılığı, düşüncemize göre, hukuk düzeninin *ex ante* belirli bir şekilde davranmayı emretmesi veya yasaklaması halinde söz konusu olur. Yukarıdaki tasnife göre bu durum haksız fiil hukukunda değil, regülasyon halinde karşımıza çıkar. Zira haksız fiil hukukunun temel vasfı, herhangi bir davranış standardı öngörmeksizin kişiyi etkin davranmaya sevk etmesidir. Sadece zararlı sonuçtan sorumlu tutmak, kişiye zararı azaltma konusunda yeterli saik sağlamakta, bunun için belirli şekilde davranma ödevi yüklemeye gerek bulunmamaktadır. Böylelikle kural koyucunun

---

<sup>116</sup> Haksız fiil hukuku ile regülasyonun bir arada uygulanmasının etkinlik açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. SHAVELL Steven, “Liability for Harm v. Regulation of Safety”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.13, No:2, (1984), s.357-374; SCHMITZ W. Patrick, “On the Joint Use of Liability and Safety Regulation”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 20 (2000), s.371-381; WITTMAN Donald, “Prior Regulation v. Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.6 (1977), s.193-212; KOLSTAD D. Charles/ULEN S. Thomas/JOHNSON V. Gary, “Ex Post Liability for Harm v. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements”, *American Economic Review*, Vol.80 (1990), s.888-901

<sup>117</sup> Burada tekrar bu tartışmanın pratik öneminin sınırlı olduğunu ve tercih edilen görüşün sonuç açısından değil belki de sadece soruna bakış açısından önem taşıdığını belirtelim. Bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/A ve §5/I/D

<sup>118</sup> Yukarıdaki açıklamalar salt ekonomik zararlar haricindeki halleri kapsamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere salt ekonomik zararın ortaya çıktığı hallerdeki dışsal maliyet, genellikle sosyal maliyetten farklıdır. Bu tür bir zarara neden olan davranışa hukuken müdahale edilmesi, kural koyucunun hangi davranışın net sosyal maliyete neden olduğunu bilmesini gerektirir (bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/e/ea). Bu ise esasen sorunun *hareket tarzı kaidesi* ile düzenlendiği ve davranışın hukuka aykırı kabul edildiği anlamına gelir.

davranışın riskleri hakkında bilgi sahibi olması gerekmediği gibi, riski etkin bir şekilde azaltan davranış modellerini belirlemesi de şart değildir. Bilgi maliyetine katlanma külfeti, risk ve özenli davranış hakkında daha üstün elverişli konumdaki zarar verene yüklenerek sorun etkin bir şekilde düzenlemektedir. Nitekim bu haksız fiil hukukunun hukuki kurumsal yapı olarak belirgin üstünlüğünü oluşturmaktadır. Bu varsayımlar altında davranışın değil, sonucun hukuka aykırılığı daha uygundur<sup>119</sup>.

İki nedenden dolayı, sonucun hukuka aykırılığı görüşünün isabeti konusunda tereddüt edilebilir. Bunlardan ilki sorumluluğun kusur esasına dayanmasıdır. Zira bu halde sorumluluk, son tahlilde kişinin özenli davranış modeline uygun hareket etmemesinden kaynaklanır. Fakat bu tereddüt birkaç nedenden dolayı yersizdir. İlk olarak özenli davranış hukuka aykırılık değil, kusur ile ilgili bir meseledir. Türk hukukunda bu ikisi birbirinden ayrılmaktadır. İkinci olarak, kusur sorumluluğunda kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranış modeli *ex ante* belirli değildir. Hatta hükmün verilmesinden sonra da belirli olması şart değildir<sup>120</sup>. Bir an için mahkemenin özenli davranış modelini belirlediğini varsaydığımızda dahi, bu başka bir yargılamada somut olayın özellikleri nedeniyle farklılaşabilir veya zaman içerisinde (*teknolojik ilerleme ile*) değişebilir<sup>121</sup>. Dolayısıyla *ex ante* belirli bir davranış kuralının varlığından söz etmek güçtür. Nihayet son olarak bu

---

<sup>119</sup> Hukuka aykırılık deyince, doğal olarak akla davranışın hukuka aykırı olması (*hukuka aykırı davranışlar!*) gelmektedir. Mantıklı gözükene, hukuk düzeninin sosyal açıdan istenmeyen davranışları hukuka aykırı kılarak bunları yaptırıma tabi tutmasıdır. Böylece kişiler davranışlarının ne zaman hukuka aykırı olacağını daha kolay öngörebilir ve davranışlarını buna göre uyarlayabilirler. Fakat sorun da tam burada ortaya çıkmaktadır. Kural koyucunun *kast* dışındaki zarara neden olan riskli davranışlar açısından hangi davranışların istenmediğini kazuistik olarak belirlemesi ve bunları etkin bir şekilde davranış kuralları ile düzenlemesi mümkün değildir. Günlük yaşamda insanlar sınırsız sayıda riskli davranışta bulunur ve bu riskleri azaltan çok farklı davranış modelleri vardır. Üstelik bu davranış modellerinin hangisinin etkin olduğu, somut olaydaki riskin büyüklüğü ve kişinin risk karşısındaki durumu (*bilgi maliyeti, kişisel beceri ve maharet vs* ) nedeniyle değişkenlik gösterir. Bu durumda kural koyucunun bunları düzenlemesinin mümkün olup olmadığı sorunu bir kenara, düzenleme yapması arzu edilebilir bir durum da değildir. Haksız fiil hukuku da işte bu hukuken düzenlenmesi güç olan (*bilgi maliyetleri*) bu alanı, *ex post* tazminat riski ile düzenlemektedir ve riskli davranışların düzenlenmesinde önemli bir fayda sağlamaktadır. .

<sup>120</sup> *Hand formülüne* ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, kişinin kusurlu sayılması için, daha etkin bir önleyici tedbirin varlığını ortaya koymak gerekli ve yeterlidir. Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/1 ve özellikle Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/c/cb

<sup>121</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/3/b/bc/bca

düşünce, kusursuz sorumluluk açısından hukuka aykırılığın nasıl gerçekleştiğini açıklamaktan yoksundur.

Davranışın hukuka aykırılığı görüşüne dair diğer gerekçe, regülasyonun haksız fiil hukuku ile birlikte tatbik edildiği hallerde hukuka aykırılığın bu davranış kuralına aykırılıktan kaynaklanmasıdır<sup>122</sup>. Hemen belirtelim ki bu gerekçe de yerinde değildir. Her şeyden önce bu görüş kusur sorumluluğunun tatbik edildiğini varsayar. Kusursuz sorumluluk halinde regülasyonun ihlal edilmesi tazminat sorumluluğunun doğması açısından önemsizdir. Kusur sorumluluğu açısından ise, regülasyon hukuka aykırılığın değil, kusurun varlığını belirleme işlevi görür<sup>123</sup>. Zira regülasyon bir anlamda özenli davranış kodifikasyonudur. Fakat regülasyonun ihlal edilmesi her zaman kusurun varlığına ve haksız fiil sorumluluğuna neden olmaz<sup>124</sup>. Yani kişi regülasyondaki hareket tarzı kaidesine aykırı davranmasına rağmen, haksız fiil hukuku çerçevesinde kusursuz ve sorumsuz olabilir<sup>125</sup>. Bu durumda davranışın hukuka aykırılığı görüşü büsbütün dayanaksız kalmaktadır. Nihayet son olarak riskli davranışların tamamı regülasyon konusu değildir. Nitekim olması da beklenmemelidir. Kural koyucunun her türlü riski öngörmesi, bunları

---

<sup>122</sup> Bu durumda hukuka aykırılık tektir ve eğer regülasyondaki davranış standardı ihlal edilerek zarara neden olunmuşsa, mutlak hakkın ihlal edilmiş olması değil, regülasyona aykırılık kabul edilmelidir.

<sup>123</sup> Tabiatıyla regülasyonda öngörülen davranış modeline uyulmaması, örneğin fabrikanın filtre takmaması ya da sürücünün hız sınırını aşması veya arabanın farlarını yakmaması, hukuka aykırı davranışın varlığı anlamına gelir. Davranış hukuka aykırı olduğuna göre, kişi kuralın yaptırımına (*genellikle para cezasına*) muhatap olur. Fakat bu haksız fiil hukuku anlamında hukuka aykırılık değildir.

Haksız fiil hukuku açısından ilgili mevzuatın öngördüğü davranış standardının ihlal edilmesi, kişinin kusurlu olduğuna dair karinedir. Fakat bunun için de somut olayda zararın nedeninin, kurallarda belirlenen özenli davranış modeline uygun davranılmamasından kaynaklanmamış olması (*nedensellik*) ve ayrıca somut olayın özelliklerinin kişinin farklı bir özen standardına uygun davranmayı gerektirmemesi gerekir.

Fakat bazı hallerde regülasyon, hukuka aykırılık açısından önem taşır. Bunun tipik örneği, olumsuz davranışlar açısından sorumluluğun atfedilmesinde ortaya çıkar. Kural koyucu, hareket tarzı kuralı ile birlikte, hareketsiz kalan kişinin ne şekilde davranması gerektiğini belirlediği gibi, aynı zamanda kişiye belirli bir şekilde davranma ödevi yüklemiş olmaktadır. Bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §5/I/B ve §5/II/D

<sup>124</sup> Bkz. KOLSTAD/ULEN/JOHNSON, s.889

<sup>125</sup> Fakat regülasyon kusur faraziyesi de getirmez. Regülasyon düzenleme konusu risk açısından “*genel*” bir kural koyarken, kusur, somut olayın özel koşullarını dikkate alır. Bu durumda kuralda belirlenen davranış özenli modeli, *kural koyucunun bilgisinin eksikliği* ve daha önemlisi ortalama risk değeri ve beklenen maliyetinin farklılaşması nedeniyle, somut olay açısından etkin/özenli davranıştan sapabilir. Hal böyle olunca, regülasyonun ihlal edilmesi ve bunun yaptırımının uygulanmasına rağmen kişinin somut olayda kusursuz olması ve tazminat sorumluluğunun doğması olasıdır.

kazuistik olarak genel düzenleyici işlemlerle etkin bir şekilde düzenlemesi mümkün değildir. Dolayısıyla, ancak toplumun riske muhatap olduğu, belirli seviyede tecrübe ve bilgi birikiminin olduğu hallerde düzenleme yapılabilir<sup>126</sup>. Ama tabiatıyla bu hallerde davranışı hukuka aykırı kılan bir norm olmasa bile, haksız fiil hukuku anlamında hukuka aykırılık zararlı sonuç nedeniyle gerçekleşecektir.

## **§ 2. Dar Anlamda Hukuki Kurumsal Yapı: Kusur-Kusursuz Sorumluluk Kurallarının Ekonomik Açıdan Mukayesesi**

### **I. Giriş ve Temel Varsayımlar**

Ekonomik açıdan haksız fiil hukuku riskli davranışları düzenlemektedir. Dolayısıyla *ex post* uygulanmakla birlikte, temel işlevi tazminat riski vasıtasıyla kişilerin (*zarar verenin ve zarar görenin*) saik ve seçimlerini etkileyerek, onları özenli davranmaya sevk etmektir. Yukarıda haksız fiil hukukunun bu işlevi hangi hallerde daha etkin olarak yerine getirebileceğine dair bazı çıkarımlara yer verdik. Bu bağlamda haksız fiil hukukunun tipik uygulama alanı; zarar gören ile zarar veren arasında işlem maliyetinin yüksek olduğu ve zararın kasıtlı davranışlardan kaynaklanmadığı hallerdir. Ayrıca zararın doğru değerlendirilebildiği, ölçeğinin çok büyük veya küçük olmadığı, zarar verenin ve zarar görenin risk hakkında yeterli bilgisinin olduğu hallerde, haksız fiil hukuku görece etkin bir hukuki kurumsal yapıdır<sup>127</sup>.

Bu başlık altında bu varsayımları temel alarak, haksız fiil hukukunun bu işlevi nasıl yerine getirdiğini daha kapsamlı olarak inceleyeceğiz. Bu incelemenin temel konusu, kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının, kişilerin özen göstermeye dair seçim ve

---

<sup>126</sup> İdeal olan, kural koyucunun davranışın risk seviyesi ve bu riski etkin bir şekilde azaltan davranış modelleri konusunda bilgisinin olması ve genel olarak bu iki parametredeki standart sapmanın çok fazla olmadığı hallerin düzenlenmesidir. Haksız fiil hukuku, özellikle yeni, bilinmeyen, tecrübe edilmemiş riskler açısından mukayeseli olarak üstün bir kurumsal yapıdır.

<sup>127</sup> Bkz. yukarıda §1/III

davranışları (*birincil maliyetler*) ile idari (*üçüncül*) maliyetler üzerindeki etkileri olacaktır<sup>128</sup>. Sorunu basitleştirmek adına, yukarıda haksız fiil hukukunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı varsayılmıştı. Oysa Türk hukukunda temel ilke kusur sorumluluğudur ve bu iki sorumluluk kuralının ekonomik etkileri son derece farklıdır. Bu etkilerin mukayese edilmesi, düşüncemize göre hukuk politikası açısından hangi şartlar altında kusur veya kusursuz sorumluluğun tatbik edilmesinin etkin olduğu hakkında çıkarımlar yapmaya imkân verecektir. Ayrıca bu şekilde mevcut normların etkinliği hakkında da (*pozitif*) değerlendirme yapılabilir. Mamafih analizin daha ziyade normatif özellikler taşıdığını önemle vurgulayalım.

Açıklamalara geçmeden önce, analize temel olan diğer bazı varsayımları belirtelim. Analiz risk altındaki seçimleri konu aldığı için, kişinin beklenen faydasını maksimize ettiğini<sup>129</sup> ve (*çalışmanın genelinde olduğu üzere*) risk karşısında kayıtsız (*risk nötr*) olduğunu varsayacağız<sup>130</sup>. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun ikincil maliyetler üzerindeki olumlu etkisini prensip olarak göz ardı edeceğiz<sup>131</sup>. Diğer varsayım, her türlü değerın YTL cinsinden ifade edileceği ve değerın herkes için aynı olduğudur<sup>132</sup>. Mesela %10 olasılıkla 1000 YTL zarara neden olan davranışın beklenen maliyeti zarar gören için neyi ifade ediyorsa, zarar veren için de aynıdır. Bir başka varsayım, zarar görenin herhangi bir maliyete katlanmadan dava açtığı ve zararın ortaya çıktığı her kurguda davanın açıldığıdır. Bu yapay bir varsayım olmakla birlikte, ilk aşamada bu varsayıma yer vermek şarttır<sup>133</sup>. Bunların yanı sıra, kişinin davranışın riskleri ve bunları azaltan özenli davranışı hakkında bilgilerinin tam olduğunu, keza mahkemelerin de somut olayın gerektirdiği

---

<sup>128</sup> Haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaç ve bu kavramlar hakkında bkz. İkinci Bölüm §3/II, özellikle §3/II/B ve §3/II/D

<sup>129</sup> Beklenen fayda teorisi hakkında bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/2

<sup>130</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/E

<sup>131</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/C ve ayrıca aşağıda §2/III/E

<sup>132</sup> Yani herkes para birimi ile ifade edilen değerden aynı faydayı sağlayacaktır. 100 YTL zarar gören için de zarar veren için de aynı faydayı sağlar. Bu varsayım kaynak transferi yolu ile sosyal refahın artırılmasının mümkün olmadığı anlamına gelir. Fakat son başlıklar altında, bu varsayımı gevşetilmesi durumunda sorumluluk kurallarının etkileri ayrıca değerlendirilmiştir. Bkz. aşağıda §2/III/E

<sup>133</sup> Bu varsayımın geçerli olmaması halinde bunun sonuçları hakkında bkz. SHAVELL, s.265 vd.



etkin/özenli davranış modelini<sup>134</sup> ve zararı doğru belirleyebildiğini varsayacağız. Fakat akabinde bu varsayımların bazılarının geçerli olmadığı, yani kişilerin ve/veya mahkemelerin hata yaptıkları olasılıklarda, sorumluluk kurallarının görece üstünlüklerine dair değerlendirmeler yapacağız<sup>135</sup>. Nihayet diğer bir önemli varsayım, takdir edilen tazminatın zarara eşit olduğudur. Dolayısıyla aksini belirtmediğimiz sürece kural olarak tazminatın tenkis edilmediğini kabul ediyoruz.

Analizin planına gelince, burada sadece zarar gören ile zarar veren arasında herhangi bir ilişkinin olmadığı, işlem maliyetinin yüksek olduğu tipik haksız fiil hukuku kurgusu incelenmektedir. Dolayısıyla işlem maliyetinin düşük olduğu, taraflar arasında piyasa ilişkisinin bulunduğu kurgu (*örneğin imalatçının sorumluluğu*) incelenmeyecektir<sup>136</sup>. Kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının sosyal refah üzerindeki etkisi somut olayın kurgusundan etkilendiğine göre, analizin farklı kurgularda yapılması şarttır. Aşağıda dört kurgu temel alınmıştır. Önce niteliksel, akabinde niceliksel özen incelenecek; her ikisinde de zararın, ilk olarak zarar veren daha sonra da her iki tarafın davranışları ile kontrol edilebildiği ihtimaller analiz edilecektir. Her başlık altında, basit bir aritmetik bir model oluşturulmuş ve sorumluluk kurallarının kişilerin özen göstermeye dair saikleri üzerindeki etkisi, bu model tahtında analiz edilmiştir. Bundan elde edilen sonuçlar ışığında, kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları mukayese edilmiş ve üçüncül maliyetler dikkate alınarak bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

Fakat analize geçmeden önce, ekonomik açıdan kusur ve kusursuz sorumluluk kavramlarına verdiğimiz anlamı netleştirmek gerekir. Aşağıda Türk hukukundaki bazı pozitif düzenlemeleri de dikkate alarak, kusur ve kusursuz sorumluluk ile neyin kastedildiği açıklanmaktadır.

---

<sup>134</sup> Dolayısıyla özenli davranışın, etkin davranışa eşit olduğunu ve mahkemelerin ekonomik prensiplere uygun davrandığını varsayıyoruz.

<sup>135</sup> Bkz. aşağıda §2/III/D

<sup>136</sup> Bkz. bu konuda SCHAFFER/OTT, s. 221 vd.; SHAVELL, s.47 vd.

## II. Ekonomik Açıdan Kusur ve Kusursuz Sorumluluk: Türk Hukukuna Eleştirisel Bir Bakış

### A. Temel Ayırım ve Kusursuz Sorumluluk Halleri

Ekonomik teori açısından kusur kavramından ne anlaşıldığını yukarıda açıkladık<sup>137</sup>. Kısaca tekrarlamak gerekirse, kişinin kusurundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, hukuk düzeninin kendisinden beklediği özenli davranışı sergilememiş olması gerekir. Bu çerçevede, yargılamada somut olayda zarara neden olan davranışın sosyal açıdan sergilenmesi beklenen özenli davranış modeline uygun olup olmadığı araştırılır. Bu hususta ispat yükü de kural olarak davacıdadır. Davacı, davalının somut olayın gerektirdiği özeni göstermediği hususunu ikna edici delillerle ortaya koymalıdır. Eğer hâkim kişinin *özenli davranış modeline* uygun davranmadığını tespit ederse, kişi kusurlu ve sorumlu olur. Aksi halde, yani kişi özenli davranmışsa, fiili zarara neden olsa bile sorumluluk doğmaz. Zarara, zarar gören katlanır. Kusursuz sorumlulukta ise, herhangi bir şekilde *özenli davranış modeli* araştırması yapılmaz. Burada zarar verenin davranışı, sadece zarar ile arasındaki nedensellik ilişkisi açısından değerlendirilir. Kişinin özenli davranıp davranmadığı, örneğin zararı azaltmak için elinden gelen tüm tedbirleri alması önemsizdir. Bizatihi zarara sebebiyet, başka faktörler devreye girmediği<sup>138</sup>, sürece her zaman sorumluluğa neden olur. Nitekim doktrinde sebep sorumluluğu olarak da adlandırılır<sup>139</sup>.

Türk hukukunda sorumluluk kusur esasına dayanmaktaysa da, gerek BK. ve MK.'da gerekse özel bazı kanunlarda<sup>140</sup> kusursuz sorumluluk öngördüğü kabul edilen çeşitli hükümler mevcuttur<sup>141</sup>. Ayrıca, yargı kararlarıyla da bazı kusursuz sorumluluk

---

<sup>137</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II

<sup>138</sup> Başka faktörler ile kastedilen, mücbir neden ya da zarar görenin kusurunun nedensellik bağıını kesmesidir.

<sup>139</sup> EREN, s.573; İŞGÜZAR, s.26; krş. TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.22

<sup>140</sup> Yukarıda da yer verildiği üzere, Karayolları Trafik Kanunu, Çevre Kanunu, Petrol Kanunu ve Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu gibi çeşitli kanunlarda kusursuz sorumluluk öngören hükümler mevcuttur.

<sup>141</sup> Kusursuz sorumluluk öngördüğü kabul edilen kuralların listesi için bkz. KARAHASAN, s.599

halleri ihdas edilmiştir<sup>142</sup>. Doktrin, bu hükümler çerçevesinde kusursuz sorumluluğun, “tehlike” ve “olağan sebep sorumluluğu” olmak üzere iki ayrı türünün olduğunu kabul etmektedir<sup>143</sup>. Tehlike kapsamında zikredilen haller incelendiği zaman, bu hükümlerin, yukarıda belirttiğimiz anlamda bir kusursuz sorumluluk öngördüğünde şüphe yoktur. KTK. m.85/1<sup>144</sup>, ÇK.m.28<sup>145</sup>, MMMK.m.62<sup>146</sup>, PK.m.86/2<sup>147</sup> veya TSHK. m.134<sup>148</sup> hükümleri buna örnek olarak gösterilebilir. Sorumluluğu kuran bu hükümlerin hiç biri, zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için herhangi bir şekilde davranışın normatif bir ölçüte göre değerlendirileceğine dair ifade içermemektedir<sup>149</sup>. Keza zarar verenin somut olayın

---

<sup>142</sup> İşverenin iş kazaları ve meslek hastalarından doğan zarardan sorumluluğu, Yargıtay kararları ile kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmiştir (bkz. Yarg. 9. HD. 3.11.1967 T. 80507/10174; Yarg. 9. HD. 6.12.1973 T. 11803/34681; OĞUZMAN/ÖZ, s.670,671, dpt.269, ayrıca bkz. KARAHAN, s.1027 vd.).

<sup>143</sup> TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.22 vd.; EREN, s.449 vd.; krş. İŞGÜZAR, s.26-31.

Belirtelim ki doktrinde farklı tasnifler de yapılmaktadır. Örneğin OĞUZMAN ve ÖZ, sorumluluğun “tehlike” (2198 sy. KTK, m.85/1, 2872 sy. ÇK. m.28, 6326 sy. PK. m.86), “hâkimiyet ve yararlanma” (BK.m.55, 56, 58, MK.m.369,730) ve “hakkaniyet” (BK.m.54) olmak üzere üç ayrı türünün olduğunu kabul etmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.488-490). Keza benzer bir tasnif için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.498,499. (Yazarlar, hâkimiyet ve yararlanma sorumluluğu yerine, nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden doğan sorumluluk tabirini kullanmaktadır).

Tasniflerin farklılaşmasının temel nedeni, (farklı tabirlerin kullanılmasının yanı sıra) BK.m.54’de yer alan sorumluluk nedeninin, olağan sebep ve tehlike başlığı altında zikredilmeyip, ayrı bir başlık altında ele alınmasıdır. Tasnifler arasında önemli bir fark olduğunu düşünmüyoruz.

Yeri gelmişken belirtelim ki, hukuka uygun müdahaleden sorumluluk olarak nitelendirebileceğimiz fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan sorumluluk halinde de zarar verenin kusuru aranmaz. Dolayısıyla bu hal de bir kusursuz sorumluluk halidir. Fakat burada hukuka aykırılık unsuru olmadığı için, kural olarak bunu haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirmiyoruz.

<sup>144</sup> KTK.m.85/1 (Değişik: T. 17.10.1996 sy.4199/28 m.): “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar” hükmünü öngörmekte ve hareket halindeki araç işleteninin kusursuz da olsa sorumlu olacağını belirtmektedir.

<sup>145</sup> ÇK. (sy. 2872, RG. 9.8.1983 T.) m.28 (Değişik: 3416 - 3.3.1988 / m.8) son derece açık bir şekilde: “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar” hükmünü öngörmektedir.

<sup>146</sup> MMMK. (sy. 3634, RG. 16.6.1939 T.)m.62’ye göre: “Manevralar sebebiyle vukua gelen zarar ve hasarlar devlet tarafından tazmin edilir” (ayrıca bkz. m.63/1).

<sup>147</sup> PK. (sy.6326, RG. 16.3.1954 T.), m.86/2’ye göre: “Petrol hakkı sahibi, petrol ameliyeleri dolayısıyla kullanma hakkının taalluk ettiği gayrimenkule veya bunun üzerindeki tesisler ve civarındaki gayrimenkul veya tesislere yaptığı zararı, kusur olup olmamasına veya yapılan zararın önceden tahmini mümkün bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, tam olarak tazmin etmekle mükelleftir”.

<sup>148</sup> TSHK. (sy. 2920, RG. 19.10.1983 T.) m. 134’e göre: “Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan, sivil hava aracının işleteni sorumludur”.

<sup>149</sup> MK.m.1007’de düzenlenen devletin tapu sicilinin tutulmasından zararlardan sorumluluğunun da, kusursuz sorumluluk hali olduğu kabul edilmektedir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.126 vd). Madde: “Tapu sicilinin

gerektirdiği özeni göstermiş olması da sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Hatta çoğunda olumlu bir davranışın varlığına dahi ihtiyaç yoktur. Zarara bir başkasının fiili neden olsa dahi, tamamen hareketsiz olan kişi (*mesela işleten*) bu zarardan sorumlu tutulabilmektedir.

## B. Olağan Sebep Sorumlulukları: Gerçekten Kusursuz Sorumluluk mu?

Olağan sebep sorumluluğu kapsamında zikredilen bazı hükümler açısından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Örneğin objektif özen ödevi yükleyen BK. M.55<sup>150</sup>, 56<sup>151</sup> ve MK.m.369<sup>152</sup> hükümleri, en azından lâfzen, kişinin sorumlu tutulabilmesi

---

*tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere riucu edebilir...*” hükmünü öngörmektedir. Madde memurun özensiz davranışına dair araştırma yapılmayacağını belirtmekle birlikte, uygulamada sorumluluğun doğması için hukuka aykırı davranışın varlığı aranmaktadır. Hukuka aykırı davranışın belirlenmesinde ise, her zaman olmamakla birlikte, bir özen araştırmasının yapıldığı söylenebilir (bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.129). Bu durumda hükmün tipik bir kusursuz sorumluluk olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Buna son derece benzer bir norm da MK.m.468’de yer almaktadır. Buna göre: “Devlet, vesayet dairelerinden görevli olanların hukuka aykırı olarak sebebiyet verdikleri zararlardan doğrudan doğruya sorumlu olduğu gibi, vasi, kayyım ve yasal danışmanlara tazmin ettirilemeyen zararlardan da sorumludur.”

<sup>150</sup> BK.m.55 hükmüne göre, “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olmayacağını ispat ederse sorumlu olmaz.” Burada istihdam eden, olumlu bir davranış olmasa bile, başkasının eylemlerinden sorumlu tutulmuştur. Dolayısıyla hükmün hukuka aykırılık açısından asıl işlevi, hareketsiz olan kişiye zarara azaltma ödevi öngörmesi açısından karşımıza çıkar (bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/B ve §5/II/D). Ekonomik açıdan bakıldığında zaman, gerek faaliyetin neden olabileceği risklerin varlığı ve gerekse bunların azaltılmasında, istihdam edenin çoğu kez müstahdeme (*ve tabi ki bunun dışındaki üçüncü kişilere*) kıyasla daha iyi bilgiye sahip olduğunu ve dolayısıyla riskin azaltılmasında uygun konumda olduğunu düşünebiliriz. Bu olumlu davranış ödevi yüklenmesinin önemli gerekçesidir. Hükmün bir diğer gerekçesi, yukarıda belirtilen *aciz sorununu* hafifletmesidir (bkz. yukarıda §1/II/B/3).

Bu çerçevede istihdam eden, işletmesinin faaliyeti nedeniyle, emrinde çalışanların davranışlarının neden olabileceği riskleri azaltmak için özenli davranmak zorundadır. Bu özen yükümü, hal ve maslahatın, yani somut olayın gerektirdiği özendir. Doktrinde bunun, müstahdemi seçmede, talimat vermede ve nezaret etmede özen olmak üzere üç ayrı boyutunun olduğu kabul edilmektedir. İstihdam edenin, çalışanlarının davranışlarının başkalarına vereceği zararları azaltmak için, başka bir özen boyutu da düşünmek güçtür. Dolayısıyla her aşamada özenli davranmalıdır. Ama son tahlilde, gösterilmesi gereken özen, zararlı sonuç açısından nedensellik filtresinden geçirileceğine göre, her olayda bunların birlikte araştırılacağını söylemek anlam taşımaz. Bu ifade edilenler çerçevesinde BK.m.55 normunun, ispat yükünün istihdam edene yükletildiği bir kusur sorumluluğu olduğunu kabul etmek uygun düşer.

<sup>151</sup> BK.m.56 hükmüne göre: “Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur”. Söz konusu hükmün lafzı açık bir şekilde hayvanın başkalarına zarar vermemesi için, hayvanı idare eden kimseye özen ödevi yüklemektedir. Tabiatıyla burada hayvan idare edenin olumlu bir davranışının olması şart değildir. Hayvanı idare edenin,

için aynı zamanda kişiye yükletilen özen ödevinin yerine getirmemiş olması şartını arar. Dolayısıyla kişinin özenli davranıp davranmadığı dikkate alınır. Davalı, kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenen özen davranış ödevine uygun davranmışsa sorumluluktan sıyrılmaktadır. Bu ise, düşüncemize göre mahiyeti itibarıyla kusur analizinden başka bir şey değildir. Hâkim, riski özenli davranarak azaltma ödevi yüklenen davalının, bu ödevi yerine getirip getirmediğini, yani kusurlu olup olmadığını değerlendirir<sup>153</sup>.

Hükümlerin lafzı açısından yegâne fark ise, kusur karinesinin öngörülmesi olmasıdır. Özenli davranışın sergilendiği davacı değil, davalı tarafından ispat edilmelidir.

---

*hayvan idare etmek ya da beslemek* olarak adlandırabileceğimiz bir faaliyeti vardır ve bu faaliyet, (*hayvanın hareket halinde olduğu ve rasyonel davranmadığı düşünülürse*), başkaları için çeşitli riskler yaratmaktadır. İşte hukuk düzeni, olumlu bir davranışı olmasa bile, hayvan idare edenin bu risklerin kontrol edilmesinde en etkin konumda olduğunu varsayarak, sorumluluğu bu kişiye yüklemiştir. Hayvanı idare eden kişi bu riski etkin bir şekilde azaltan özenli davranışları sergilemeli, örneğin onu bağlamalı, aşısını yapmalıdır. Hatta dikkat edilirse, hukuk düzeni hayvan idare edeni tüm dikkat ve itina yapmayı değil (*yani sınırsız bir özen maliyeti*), durumun gerektirdiği (*riskin haklı kıldığı*) itina göstermekle mükellef tutmuştur. Bu açıdan *Hand formülünü* tatbik etmek mümkündür. Nitekim BK.'na paralel olarak 5199 sy. 24.6.2004 tarihli Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5/2. maddesi de, *sadece hayvan sahipleri açısından (bu kişiler açısından HKK. uygulama alanı bulacaktır)* benzer bir hüküm öngörmüştür. BK.m.56 hükmünün alelade kusur sorumluluğundan yegâne farkı, açılan bir davada özenli davrandığını davalı hayvan idare edenin ispat etmekle yükümlü olmasıdır. Her ne kadar bu davacının işini kolaylaştırıyorsa da, kusur sorumluluğunun vasfını değiştirmemektedir. Eğer kusursuz sorumluluk öngörülseydi, hüküm: "*Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse tazmine mecburdur*" şeklinde kaleme alınabilirdi.

<sup>152</sup> MK.m.369 hükmüne göre: "*Ev başkanı ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur*". Görüldüğü üzere söz konusu hüküm, açık bir şekilde, ev başkanının sorumlu tutulabilmesi için, *somut olayın gerektirdiği özeni göstermemiş olması* şartını aramakta ve "özen" araştırması yapılacağını belirtmektedir. Hukuk düzeni, ev başkanını başkasının davranışından sorumlu tutmuş ve ev halkından olup da rasyonel davranma yeteneği olmayan kişilerin neden olabileceği riskleri azaltma ödevi yüklemiştir. Bu kişiler rasyonel seçimler yapamadığına göre, bu tür riskler ya zarar gören ya da bu kişilerin davranışlarını kontrol etme konumunda olan kişiler tarafından azaltılabilir. İşte kanun koyucu, ikinci yolu tercih etmiş ve bu risklerin azaltılmasında etkin konumda olduğu varsayılan ev başkanına özenli davranma ödevi yüklemiştir. Dikkat edilirse, BK.m.55 ve 56'da olduğu gibi, tüm özen ve itina değil, olayın gerektirdiği özeni gösterme ödevi yüklenmiştir. Bu nedenle ev sahibinin özenli davranıp davranmadığının belirlenmesinde *Hand formülü* uygulanabilir. Hükmün basit bir kusur sorumluluğundan yegâne farkı, ispat yükünün ters çevrilmiş olmasıdır. Eğer söz konusu hüküm kusursuz sorumluluk öngörseydi: "*Ev başkanı ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan sorumludur*" şeklinde bir ifadenin yer alması gerekirdi.

<sup>153</sup> Şüphesiz burada hukuk politikası tercihi olarak (*KTK.'da ya da TSHK.'da işleyen açısından öngörüldüğü üzere*) kanun koyucu davalıyı (*ev başkanına, istihdam edene ya da hayvan tutucusuna*) özenli davranmaksızın da sorumlu tutabilirdi. Kanun koyucu bunu yapmamış, onun yerine ispat yükünü davalıya yıkararak, özenli davranması halinde onu sorumluluktan kurtarmayı tercih etmiştir. Bu durumda zarara zarar gören katlanacaktır. Şüphesiz bunun kusur sorumluluğundan farkı yoktur.

Bu zarar veren davalı için bir risk, zarar gören davacı açısından ise bir avantajdır. Fakat kanımızca hükmü kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez<sup>154</sup>. Belki diğer bir fark, özen ödevinin sübjektif değil objektif olmasıdır<sup>155</sup>. Gerçi Türk hukukunda kusur objektif teoriye göre belirlenmektedir<sup>156</sup>. Fakat bir olasılık bu gibi hükümler açısından, pratik uygulamada davalının sübjektif durumunun hiç dikkate alınmadığı ve daha ağır bir özen standardının benimsendiği iddia edilebilir (*mesela BK.m.55 açısından*). Bu durumda davalı, alelade kusur sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk altına girer. Fakat yine de bu faktörler, kanımızca belirtilen normları kusursuz sorumluluk haline getirmez. Bu hükümler için kusursuz sorumluluk yerine, “*ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu*” tabirini kullanmak daha uygun olabilir<sup>157</sup>.

Borçlar Kanunu’ndaki (*tartışmalı olmakla birlikte*)<sup>158</sup> bir diğer objektif özen ödevi yüklediği kabul edilen BK.m.58 hükmü de<sup>159</sup>, yukarıdaki açıklamalar ışığında tam

---

<sup>154</sup> İspat yükünün ters çevrilmesinin, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa dönüştürebileceği hakkında bkz. FAURE, s.364

<sup>155</sup> Belirtelim ki özenli davranışın objektif ölçüte göre belirlenmesi gerektiğine dair Borçlar Kanunu’nda açık bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla objektif özen şartı, doktrin ve uygulamada benimsenmiş bir yorum tarzıdır.

<sup>156</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/I/B/2

<sup>157</sup> Doktrindeki yazarlar, bunların kusursuz sorumluluğu olduğunu belirttikten sonra, “*özenin gösterilmesinde kusurunun olmaması*” (OĞUZMAN/ÖZ, s.590), “*tedbirlerin alınmasında gerekli özenin gösterilmemesi kusur aranmaksızın sorumluluğa yol açar*” (OĞUZMAN/ÖZ, s.602), gibi ifadeler kullanmaktadır. Her şeyden önce kusurun türü olan ihmal kavramının tanımı çerçevesinde bu ifadeleri yorumlamak güçtür. İhmal, Türk hukukunda “*hukuka aykırı sonucun gerçekleşmemesi için iradesini yeterli derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemek*” olarak tanımlanır (OĞUZMAN/ÖZ, s.529). Şimdi hal böyle iken özen göstermemede kusurunun olmaması, acaba “*özen göstermemede özen göstermeme*” anlamına mı gelmektedir? Ya da özen ödevinin yerine getirilmemesinde kişinin kusursuzluğundan bahsedebilir miyiz?

Bu anomali, düşüncemize göre kusur kavramının değerlendirilmesinde, davranış yerine iradeye fazlaca önem verilmesinden ve özenli davranışın zamansal boyutunun yanlış anlaşılmasından kaynaklanır. Kanımızca kusur, irade ile ilgili olmakla birlikte (*rasyonel davranarak riski en etkin bir şekilde azaltan tedbiri belirlenmesi son tahlilde düşünsel bir faaliyettir*), hukuk uygulaması mahiyeti itibarıyla düşünceler ile değil, davranışlar ile ilgilenir. Kişi önce ayırtım gücüne sahip olmalı, riskler hakkında ve özenli davranış (*önleyici tedbir ya da faaliyet seviyesi*) hakkında bilgi toplamalı, akabinde bu bilgiye dayanarak seçim yapmalı ve son olarak da uygulamaya koymalıdır. Bu açıdan özen göstermede kusursuz ya da kusurlu olmak anlamlı ifadeler değildir. Keza sorumlu olan kişinin sadece zararın doğduğu anda değil, genel olarak özenli davranma ödevi vardır dolayısıyla sübjektif nedenlerle o anda özen gösteremeyecek durumda olması, onun kusursuz sayılmasına yol açmaz.

<sup>158</sup> Aksi görüş OĞUZMAN/ÖZ, s.614 (*Yazarlar, BK.m.58 hükmünü tehlike ya da özen gösterme yükümlülüğüne değil, en üst düzeyde yararlanan kimsenin sorumlu olması esasına dayandırmaktadır.*)

anlamıyla bir kusursuz sorumluluk hali öngörmemektedir. Bu hüküm açısından sınırlı hallerde kusursuz sorumluluk söz konusu olabilirse de<sup>160</sup>, yapım ve bakım eksikliğinin belirlenmesi son tahlilde bir özen araştırmasıdır. Örneğin bakım eksikliğinin varlığı, malikin, binanın neden olabileceği riskleri azaltmak için alması gereken tedbirleri alıp almadığına göre belirlenir<sup>161</sup>. Eğer malikin ortaya çıkabilecek riskler açısından, malikin aldığı tedbirden daha etkin bir başka tedbir yok ise, malikin bakım eksikliğinden sorumlu tutulması söz konusu olmaz. Bu durumda BK.m.58 normunun kusursuz sorumluluk olduğunu söylemek güçtür.

Tabiatıyla bu başlık altında kusursuz sorumluluk öngördüğü kabul edilen tüm normlar hakkında bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bu faaliyet, bu çalışmanın kapsamını aşar. Fakat aradaki farkı ortaya koyan ölçüt, düşüncemize göre son derece basittir. Eğer sorumluluk kurulurken, kişinin olumlu veya olumsuz davranışı herhangi bir şekilde normatif ölçüte göre değerlendirilmiyorsa, örneğin özenli, özensiz, yanlış ya da doğru denmiyorsa, kusursuz sorumluluk vardır. Tehlike sorumluluğu kapsamındaki hükümler buna örnektir. Buna karşılık, kişiye (*kendisinin ya da bir başkasının*) davranışlarının neden olabileceği riskleri azaltmak üzere özenli veya ihtimamlı davranma ödevi yüklenmişse ve kişi özenli davrandığı bir kurguda sorumluluktan kurtuluyorsa, burada kusur sorumluluğu ya da türevi söz konusudur. Bu çerçevede doktrinde kusursuz sorumluluk türü olarak kabul

---

<sup>159</sup> Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre: “*Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olur*”. Eğer maddede kusursuz sorumluluk öngörülseydi, hüküm şu şekilde kaleme alınabilirdi: “*Bir bina veya imal olunan bir şeyin maliki, o şeyin bir başkasına verdiği zararlardan sorumludur*”.

<sup>160</sup> Doktrinde, bina malikinin kendisinden önceki dönemden kaynaklanan eksikliklerden de sorumlu olduğu kabul edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.614). Eğer yapım eksikliği, mevcut bina sahibinin mülkiyeti devralmasından önceki bir dönemden kaynaklanmış ve bina malikinin herhangi bir şekilde bu eksikliği giderecek bir zamanı olmaksızın zarar gerçekleşmişse, o zaman kişi kusursuz olsa bile sorumlu tutulmaktadır. Keza, bakım eksikliğinde de aynı durumda kusursuz sorumluluğun gerçekleştiği söylenebilir. Fakat bu yorumun da bir hukuk politikası tercihini içerdiğini ve aksi yönde yorum yapılabileceğini belirtelim.

<sup>161</sup> Yapı malikinin sorumluluğuna dair Yargıtay ve ilk derece mahkemelerinin yaptığı hukuki analiz, kusur analizinden farklı olmadığına dair pek çok karar bulmak mümkündür. Mesela bkz. 4. HD. 13.6.1989 T., 2027 E. 5357 K.; 4. HD. 25.2.1986 T., 9831 E., 1731 K.; 4. HD. 18.4.1987 T., 642 E., 3368 K.; 4. HD. 14.3.1967 T., 1265 E., 2340 K.; 4. HD. 31.1.1944, 510 E., 270 K. (KARAHASAN, 1129 vd.). Ayrıca bu konuda verilen bir kararın *Hand formülüne* göre analizi için bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bd Karar sy. I

edilen bu hükümlerin, ekonomik açıdan (*ve hatta hukuken*) kusursuz sorumluluk olmadığını düşünüyoruz<sup>162</sup>. Dolayısıyla aşağıdaki analiz, bu açıklamalar ışığında değerlendirilmelidir.

### **C. Olası Tereddütler: Özellikle Ayırtım Gücü Mülahazası**

Bu hükümler, burada iddia edildiği üzere kusursuz sorumluluk esasını getirmiyorsa neden ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Yani madem kanun koyucu bu hallerde genel ilke olan kusur sorumluluğu esasından ayrılmamıştır, o halde özen düzenlemenin sebebi ne olabilir? Bu sorunun en azından iki cevabı vardır. İlk olarak kanun koyucu kusur karinesi öngörerek ispat yükünü ters çevirmiştir. Bu tercihin açık bir hükme dayanması, düzenlemenin bir nedeni olabilir. Diğer bir neden ise, söz konusu normlarda sorumlu olan kişinin olumlu bir davranışı olmaksızın (*BK.m.56, 58*) sorumlu tutulmasıdır. Hatta bazılarında (*mesela BK.m.55, MK.m.369*) bir başkasının fiilinden dolayı sorumluluk öngörülmüştür. Bu tür sorumluluk kurallarının ise, olası tartışmaların önüne geçmek adına, açıkça düzenlenmesi son derece anlamlıdır<sup>163</sup>.

Öte yandan burada tartışılmaya değer son bir nokta, bu normların kusursuz sorumluluk esasına dayandığına gerekçe olarak, kişinin (*ev başkanının, istihdam edenin ya da bina malikinin*) ayırtım gücüne sahip olmasa bile sorumlu tutulabileceğinin ileri sürülmesidir<sup>164</sup>. Ayırtım gücüne sahip olmayan kişi verdiği zararlardan sorumlu tutulduğuna göre, bu hükümler kusursuz sorumluluk ihdas etmiş olmalıdır. Hemen belirtelim ki, kusursuz sorumluluğu düzenlediği kabul edilen kanun hükümlerinde ayırtım gücüne ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Bu gerekçe, doktrin ve uygulamada ortaya atılmıştır. Ayrıca bu mülahaza, söz konusu normların kusursuz sorumluluk olarak yorumlanmasının bir gerekçesi değil, ancak sonucu olabilir<sup>165</sup>. Zira bir normun kusur veya

---

<sup>162</sup> Alman Hukukundaki görüş hakkında bkz. FEDTKE/MAGNUS, s.149

<sup>163</sup> Bu konudaki görüşümüz hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §5/I/B ve ayrıca §5/II/D

<sup>164</sup> TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.53,54,124; EREN, s.575,584,598,600,608, OĞUZMAN/ÖZ; s.599,609; KARAHASAN, s.641

<sup>165</sup> Dolayısıyla bu iddianın gerekçe olarak ileri sürülmesi totolojiye yol açmaktadır.



kusursuz sorumluluk olduğunun kabulünde, ayırtım gücü herhangi bir şekilde normatif bir ölçüt ya da dayanak olmaktan uzaktır.

Ayrıca bir an için teorik olarak bu faktörün hukuk politikası tercihinde önemli olduğunu düşünsek bile, istihdam edenin ya da bina malikinin ya da (*genellikle ayırtım gücü olmayan kişilerden sorumlu olan*) ev başkanının ayırtım gücüne sahip olmaması, *gerçekçi olmak gerekirse*, pratikte herhangi bir sonuç çıkarmaya elverişli olmayacak kadar düşük bir olasılıktır<sup>166</sup>. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman ise ayırtım gücü ile kusur ve kusursuz sorumluluk prensipleri arasında kurulan bu ilişki iyiden iyiye ilgi çekicidir. Zira kişinin ayırtım gücü yoksa tazminat riskinin davranışlarını sosyal açıdan arzu edilen şekilde değiştirmesi mümkün değildir. Sorumluluğun kusur veya kusursuzluk esasına dayanması ise, herhangi bir fark yaratmaz. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk açısından ayırtım gücünün önemli bir gerekçe olarak kabulü ekonomik teori ile uyuşmamaktadır<sup>167</sup>. Bu nedenle, Türk hukukundaki bu uygulama ve yaklaşımın ekonomik açıdan mantıklı bir açıklamasını bulmak güçtür<sup>168</sup>.

Son olarak, normatif açıdan bu hükümlerin kusur sorumluluğu olması gerektiğini ya da kusursuz sorumluluğun uygun olmadığını ileri sürmediğimizi belirtelim. Buradaki açıklamalar, kavramlara yüklediğimiz anlam ışığında, bazı normların doktrinde belirtildiğinin aksine kusur sorumluluğuna daha yakın olduğudur. Pekâlâ, hukuk politikası açısından kusursuz sorumluluk esasının bu hallerde daha isabetli olduğu iddia edilebilir. Fakat Kanun hükümlerinin lafzı karşısında, bu pozitif olmaktan ziyade, normatif bir

---

<sup>166</sup> Farz edelim ki, ayırtım gücü bir sorumluluk esasının tercih edilmesinde teorik olarak son derece önemli olsun. Örneğin istihdam edenin ayırtım gücüne sahip olmaması, bir şekilde, sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak yorumlamamızın temel gerekçesi olsun. Eğer pratikte bu hiç karşılaşılmayacak bir durum ise, istihdam edenin (*ya da aile başkanının*) ayırtım gücüne sahip olmadığı hallerde, müstahdem (*ya da akıl zayıflığı olanın*) zarara neden olma olasılığı yok denecek kadar az ise, sorumluluğu bu faktöre dayanarak yorumlamak ne derece isabetlidir?

<sup>167</sup> Bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm §2/II/B/3

<sup>168</sup> Nitekim BK.'da ayırtım gücü olmayan kişiyi hukuken sorumlu tutan açık düzenleme BK.m.54 hükmüdür ve bu norm sorumluluğun "*hakkaniyet*" gerekçesine dayandığını belirtmektedir. Ekonomik teoriyi esas alırsak, ayırtım gücüne sahip olmayan bir kimseyi, sorumluluğun, ne kusur, ne de kusursuzluk esasına dayandığı bir kurguda sorumlu tutmamak ve ancak hakkaniyet gerektiriyorsa sorumluluğuna gitmek isabetli olur.

yaklaşım olabilir. Zira normlar açık bir şekilde özen borcu yüklemektedir ve kişinin özen gösterdiği bir durumda sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Hatta uygulamada bir yönüyle bu şekilde seyretmektedir. Bu durumda ise, ancak kusur sorumluluğu söz konusu olabilir. Nitekim bu hükümlerin önceleri kusur esasına dayandığı kabul edilirken, yorum yolu ile kusursuz sorumluluk olduğu benimsenmiştir<sup>169</sup>. Fakat düşüncemize göre, bir an

---

<sup>169</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.488; İsviçre hukuku için bkz. WIDMER, s.324. Türk hukukundaki baskın görüşe rağmen, bu hükümlerin kusur sorumluluğu olabileceğine dair tereddütler bazı yazarlarca dile getirilmiştir. Örneğin TANDOĞAN, BK.m.55,56 ve 369 açısından bu olasılıklara yer vermiş (TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.53,123,139,140) ve hatta kurtuluş karinesi getirilmesinin genellikle kusur analizi ile eşdeğer olacağını da belirtmiştir (TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.54,124). Keza BK.m.55 hükmünün uygulanmasına dair verilen ve hükmün kusursuz sorumluluk olduğunu hükme bağlayan 1957 tarihli İBK.'nda da (27/3/1957 T., 1 E., 3 K.) kusur sorumluluğu ihtimali tartışılmıştır.

Bu tartışmalara rağmen, kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Bunun nedenleri ise, İBK. ve doktrinde benzer gerekçeler ile izah edilmektedir. Örneğin BK.m.55 açısından bu gerekçeleri dile getirmek gerekirse, ayırtım gücünün aranmaması ya da ansızın ortaya çıkan bir hastalık veya işletmenin büyüklüğü nedeniyle, istihdam eden özenli davranma imkânı olmasa bile sorumlu olması, kusursuz sorumluluğun kabulünün temel nedenleri olarak zikredilmektedir.

Her şeyden önce bu gerekçelerin, son tahlilde hukuk politikası tercihine dayandığını, Kanun'da bu şekilde yoruma müsait bir ifadenin olmadığı, maddenin değiştirici bir şekilde ve hatta kanun boşluğu varmış gibi yorumlanmasından kaynaklandığını belirtelim. Yani pekâlâ aksi yorumu yapmak da mümkündür. Fakat daha da önemlisi, sayılan bu nedenlerden hiçbiri, kişinin kusursuz ya da özensiz davrandığına işaret etmez. Ayırtım gücüne ilişkin gerekçeyi yukarıda ele aldık. Diğer iki gerekçeyi de değerlendirelim.

Ani bir hastalık, kişinin ayırtım gücünü kaybetmesi veya kişinin işinin başından ayrılmasına yol açabilir. İlk hal üzerinde durmaya gerek yoktur. İkinci hal açısından bakmak gerekirse, istihdam edene yükletilen nezaret ya da talimat vermede özen, kişinin her zaman iş organizasyonunun başında olmasını gerektirmez. Kendisinin yokluğu halinde talimat ve nezaret ödevini kendisi adına yerine getirecek bir kişi her zaman olabilir. Bugünün iş dünyasında (1950'li yıllardan farklı olarak) istihdam edenin hastalanması halinde işyerindeki ekonomik faaliyetin tamamen başıboş olduğu, başkaları risk olabilecek davranışların yönetim tarafından denetlenemeyeceğini kabul etmek anlamsızdır. İstihdam edenin hastalanması öngörülebilir bir risktir ve bu riski ekonomik faaliyet açısından neden olabileceği tüm olumsuz sonuçların hafifletilmesi ya da bertaraf edilmesine yarayan araçlar vardır. Eğer kişi bu araçlardan yararlanmamışsa, hasta olmasına rağmen, somut olayın gerektirdiği özeni göstermemiştir ve pekâlâ kusurlu sayılabilir. Bugün artık bu mülhazanın geçerliliği yoktur. Ayrıca istihdam edenin, ekonomik faaliyetin neden olabileceği riskleri azaltan özenli davranışlar sergilemesi, salt zarar anına münhasır değildir. Sanırız ki hukuk doktrini, burada olumlu davranış varmışçasına zarar anında özenli davranma iktidarını değerlendirmekte ve özenin zamansal boyutunu yanlış algılamaktadır. Burada hukuk düzeni istihdam edene belirli bir şekilde davranma ödevi yüklediğine göre, bunun davranışın mutlaka zarar anında olması gerekli değildir. İstihdam eden, riskleri öngörmeli, bunu azaltan özenli davranışları düşünmeli ve bunu zamanında uygulamaya koymalıdır. Hastalık anında, kişinin sadece o anda özenli davranarak azaltabileceği bir risk var ise, ancak bu durumda belki kişinin kusursuzluğundan bahsedilebilir. Burada kişinin özen maliyeti bir ölçüde yükselir ve özenli davranışın, risk değerinde sağladığı azalma düşük ise, kişinin kusursuz olması mümkündür. Ama bu olasılığın çok düşük olduğu söylenebilir.

Keza yapılan ekonomik faaliyet ölçeğinin büyümesi de, neden kusursuz sorumluluğun uygulanmasını gerektirdiği belirsizdir. Faaliyet büyüdükçe, organizasyon yapısının buna göre uyarlanması ve özenli davranış anlamına gelecek tedbirler alınması mümkündür. Bugün modern ekonomik yaşamda, "iş idaresi" (*business administration*) adı altında ayrı bir bilim dalı vardır. Buradaki zorluk, davalının özenli davranıp

için (*örtülü kanun boşluğu kabul ederek*) yorum yoluyla bu kuralların kusursuz sorumluluk öngördüğünü kabul etsek dahi, bu durumda da buna temel teşkil eden hukuk politikası tercihinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. Oysa Türk hukuk doktrininde bu hükümlerin kusursuz sorumluluk olması, herhangi bir politik tercihe dayanmayıp, adeta bir “veri” olarak kabul edilmektedir. Nitekim burada esas eleştiri konusu olan da bu yaklaşımdır.

### III. Kusur ve Kusursuz Sorumluluk Kurallarının Ekonomik Analizi

#### A. Niteliksel Özen (Önleyici Tedbir)

Kişinin davranışının neden olabileceği riskleri, niteliksel ve niceliksel özen olmak üzere iki farklı seçim yaparak azaltabildiğini belirtmiştik<sup>170</sup>. Bu başlık altında risk üzerinde sadece tek bir parametrenin, niteliksel özenin etkili olduğunu varsayacağız. Mesela gece araba sürerken far yakılması veya karlı yolda zincir takılması ya da hız limitlerine uyulması gibi davranışlar buna örnek gösterilebilir. Dikkat edilirse bu davranışlar, faaliyetin niteliği ile ilgili olup, riski azaltan özenli davranış modelleridir. Aşağıda farazi bir örnek model çerçevesinde, kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının kişilerin (*niteliksel*) özen göstermeye dair seçimlerini nasıl etkilediği analiz edilecektir<sup>171</sup>. Analiz, risk üzerinde sadece zarar verenin etkili olduğu tek yönlü kaza kurgusunu, sonrasında da riskin her iki tarafın davranışlarından etkilendiği iki yönlü kaza kurgusunu içerecektir. Riski etkileyen bir diğer faktör olan “*niceliksel özen*” (*faaliyet seviyesi*) ise aşağıdaki başlıkta değerlendirilecektir<sup>172</sup>.

---

davranmadığını ispatlamasına ilişkindir. Kanun koyucu ispat yükünü istihdam edene yıkararak bu sorunları bir ölçüde hafifletmiştir (krş. TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.53, 54).

<sup>170</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/B/2 ve ayrıca Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b

<sup>171</sup> Bkz. aşağıda §2/III/A

<sup>172</sup> Bkz. aşağıda §2/III/B

## 1. Risk Üzerinde Zarar Veren Etkili Olduğu Kurgu (*Unilateral Accidents*)

### a. Model

Günlük yaşamda karşılaşılan riskler, zarar veren, zarar gören ya da üçüncü kişinin davranışlarından etkilenebilir<sup>173</sup>. Fakat çoğu kez riskin kontrolünde zarar veren diğerlerine kıyasla daha uygun konumdadır<sup>174</sup>. Hatta çeşitli riskler açısından sadece zarar verenin etkili olduğunu söyleyebiliriz. Mesela patlayıcı madde deposunun infilak etmesi sonucu çevredeki binaların zarar görmesi veya boğazdan geçen geminin yalılara çarpması ya da uçağın binaların üzerine düşmesi yahut sürücünün kontrolden çıkarak kaldırımda bekleyen yayalara çarpması gibi kazalar bakımından, zarar görenler tamamen pasif konumdadır. Olasılık ve zararın ölçeğini etkileyen temel faktör zarar verenin davranışlarıdır. Bu kurguda, haksız fiil hukukunun zarar vereni (*niteliksel*) özenli davranmaya teşvik etmesi yeterlidir. Kabaca belirtmek gerekirse, tazminat riski, zarar vereni (*zarar ve özen maliyetlerini optimize ederek*), sosyal maliyeti asgariye indiren davranışı yapmaya teşvik ettiği takdirde bu amaç gerçekleşir. Bir örnek ile somutlaştıralım.

**Tablo I**

Niteliksel Özen Seviyesi	Niteliksel Özen Maliyeti	Zarar Olasılığı	Zarar Miktarı	Beklenen Zarar Maliyeti	Sosyal Maliyet
Özensiz	0	%20	100	20	20 YTL
<i>Ortalama Özen</i>	2	<i>%10</i>	<i>100</i>	<i>10</i>	<i>12 YTL</i>
Yüksek Özen	7	%7	100	7	14 YTL

<sup>173</sup> Burada davranış tabirini olumlu ve olumsuz davranışları kapsayacak şekilde kullanıyoruz, bu nedenle riskin sadece arttırıldığı haller değil, riskin azaltılmasının mümkün olduğu haller de bu kapsamdadır.

<sup>174</sup> Aslında zarar üzerindeki etkili olan kişinin zarar veren olarak tanımlanması da, özellikle zararın karşılıklı olduğu (*nedensellik ilişkisinin sessiz olduğu*) ve hukukun “*apriori*” bir tarafı hak sahibi olarak belirtmediği bazı hallerde, hangi tarafın zararı daha etkin kontrol edebildiğine göre belirlenir. Bkz. bu konuda İkinci Bölüm §2/III/C/2

Tabloda da görüldüğü üzere, zarar veren özen seviyesini arttırdıkça, zarar olasılığı ve dolayısıyla da davranışın beklenen maliyeti azalmaktadır. Fakat bu, ekonomik açıdan zarar verenin her zaman en yüksek özeni sergilemesi gerektiği anlamına gelmez. Özen göstermenin maliyeti olduğuna göre, bu iki maliyet kaleminin dengelenmesi (*optimize edilmesi*) gerekir. Nitekim bu nokta sosyal maliyetin asgariye indiği nokta olmaktadır. Bu örnekte sosyal maliyetler ortalama özenin gösterildiği durumda asgariye inmekte, zarar verenin bu aşamadan sonra gösterdiği özenin sağlayacağı fayda (+3), neden olacağı maliyetler nedeniyle (-5) kaynakların israf edilmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla etkin davranış, *ortalama özenin gösterilmesidir*. Şimdi farklı sorumluluk kurallarının, zarar vereni etkin davranmaya sevk edip etmediğine bakalım.

### **b. Sorumluluğun Uygulanmadığı Olasılık**

İlk olarak haksız fiil hukukunun uygulanmadığı bir kurguyu tasavvur edelim. Bu, dışsal maliyetin zarar olarak nitelendirilmediği<sup>175</sup> ya da davranışın salt ekonomik zarara neden olduğu hallerde<sup>176</sup> karşımıza çıkabilir. Ekonomik açıdan bakıldığında zaman bu hallerde bir sorumluluk kuralı mevcuttur<sup>177</sup>. Zira sorumluluğun olmaması da tarafların saiklerini etkiler<sup>178</sup>. Kişi başkasına verdiği zarardan sorumlu tutulmuyorsa, doğal olarak özen gösterme yönünde bir saiki olmaz. Bu durumda zarar veren beklenen faydasını maksimize eden seçim olan özensiz davranışı sergiler ve toplam maliyet 20 YTL olur. Oysa zarar veren, davranışını değiştirmek suretiyle, sosyal maliyeti azaltmak imkânına sahiptir. Bu

---

<sup>175</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/I/C, Üçüncü Bölüm §4/II/A ve ayrıca Üçüncü Bölüm §4/II/C/1

<sup>176</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/II/B/2/d/da

<sup>177</sup> Kişinin verdiği zararlardan sorumlu tutulmaması, son tahlilde hukuk düzeninin zarar verenin, zarar görenin menfaatlerine müdahale etme yetkisi vermesinden kaynaklanmıştır. Aksi halde, hukuk düzeninin zarar görenin ya da yakınlarının zarar verene karşı zor kullanmasına müdahale etmemesi beklenir (CALABRESI/MELAMED, s.1091).

<sup>178</sup> LANDES/POSNER, s.62

nedenle haksız fiil sorumluluğunun uygulanmadığı bu kurgu, zarar vereni etkin özeni göstermeye sevk etmez. Nitekim bu dışsallık sorununun kendisini ifade etmektedir<sup>179</sup>.

### c. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk halinde, zarar veren somut olayın gerektirdiği etkin özeni sergilese veya riski önleme imkânına sahip olmasa bile, zarardan sorumlu tutulur. Fakat bu durum, sorumluluğun kişiyi özensiz davranmaya sevk edeceği anlamına gelmez. “*Ex ante*” açıdan bakıldığında tazminat riski, zarar veren için davranışın beklenen maliyetini sosyal maliyete eşitleyerek, özel ve sosyal maliyetler arasındaki farkı kapatır. Kişi muhatap olacağı maliyeti asgariye indirme eğiliminde olacağına göre, sosyal maliyeti en aza indirecek şekilde davranır. Bu ise, dışsal maliyetin içselleştirilmesi anlamına gelir ve kişinin etkin özeni göstermesi için yeterlidir<sup>180</sup>. Nitekim dışsallık sorunun çözümünde temel alınan sorumluluk kuralı da kusursuzluk esasına dayanmaktadır<sup>181</sup>. Örnek tahtında belirtmek gerekirse, zarar veren özensiz davranırsa davranışın beklenen maliyeti 20 YTL, ortalama özen gösterirse 12 YTL ve yüksek özen halinde ise 14 YTL olmaktadır. Bu durumda doğal olarak kişi etkin olan ortalama özeni sergiler.

### d. Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğunun tatbik edildiği kurguda, zarar veren ancak *somut olayın gerektirdiği özeni* göstermezse kusurlu ve sorumlu olur. Bu özen standardı, zararın gerçekleşmesinden sonra mahkeme tarafından belirlenir. Eğer mahkeme, özenli davranış modelini ekonomik prensiplere uygun olarak (*örneğin Hand formülüünden yararlanarak*), yani sosyal maliyeti asgariye indiren özenin gösterilmesi şeklinde belirlerse (*ortalama*

---

<sup>179</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/II/A

<sup>180</sup> MICELI, s.43,44; POLINSKY, s.41; SCHAFER/OTT, s.167; FRIEDMAN, s.198; FAURE, s.364; BROWN, s.338

<sup>181</sup> Yukarıda yer verilen “*sorumluluk kuralı*” (*liability rule*) bunu esas aldığı gibi, dışsallık sorunun klasik çözümü olarak adlandırabileceğimiz *Pigocu vergilendirme* de aynı mantığa dayanır.

*özen*)<sup>182</sup>, tazminat riski zarar vereni etkin davranmaya sevk eder<sup>183</sup>. Kusur sorumluluğunun uygulandığı bir olasılıkta, zarar verenin tazminat riski nedeniyle karşı karşıya kaldığı seçenekler, aşağıdaki tabloda net bir şekilde görülebilir.

**Tablo II**

Niteliksel Özen Seviyesi	Niteliksel Özen Maliyeti	Sorumluluk Beklenen Tazminat Zarar Vereninin Maliyeti	Toplam Maliyeti	
Özensiz	0	Var	20	20YTL
Ortalama Özen	2	Yok	0	2 YTL
Yüksek Özen	7	Yok	0	7 YTL

Zarar veren özensiz davranırsa, özen maliyetinden tasarruf etmekle birlikte kusurlu sayılacağı için 20 YTL'lik bir beklenen zarar maliyetine muhatap olacaktır. Buna karşılık 2 YTL'lik özen maliyetine katlanırsa, kusursuz ve sorumsuz olacaktır. Burada tazminat riskine muhatap olmayacağı için 20 YTL'lik beklenen maliyet söz konusu olmayacaktır. Açıktır ki ikinci seçim, yani ortalama özenin sergilenmesi rasyoneldir. Vurgulanması gereken önemli bir nokta, kusur sorumluluğunda, özenli ile kusurlu davranış arasında beklenen maliyetlerde bir kopukluk ya da sıçrama olmasıdır<sup>184</sup>. Kişi kusurlu olursa 20 YTL (*ve belki de gerekenden daha az özenin maliyeti*), özenli davranış modeline uyarsa sadece özen maliyetine (2 YTL) katlanmaktadır. Özensiz davranması halinde maliyetin bu ölçüde artması, kişide somut olayın gerektirdiği özene uyma yönünde son derece kuvvetli bir saik yaratır. Öte yandan zarar verenin somut olayın gerektirdiği özenli davranış modelinden daha fazla özen göstermeyeceği de söylenebilir. Zira yüksek özen gösterilmesi,

<sup>182</sup> Şüphesiz bu son derece önemli bir varsayımdır ve aşağıdaki başlıklarda bu varsayımın geçerli olmamasının ne gibi sonuçları olabileceği ele alınmaktadır. Bkz. aşağıda §2/III/D/1

<sup>183</sup> MICELI, s.44; FRIEDMAN, s.199; LANDES/POSNER, s.63,64; POLINSKY, s.42; FAURE, s.364; SCHAFFER/OTT, s.144

<sup>184</sup> MICELI, s.45

zarar verene herhangi bir fayda sağlamayacak (*zaten sorumluluk yok*) ve fakat 5 YTL ilave maliyete neden olacaktır. Bu durumda mahkeme özenli davranış modelini doğru tespit ederse, kusur sorumluluğu kişiyi etkin/özenli davranmaya sevk edecektir.

#### e. Değerlendirme

Tek yönlü kaza kurgusunda, kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları birincil maliyetler açısından etkin sonucu sağlarken, sorumluluğun olmadığı kurgu, refah kaybına neden olmaktadır. Bu çerçevede yapılması gereken önemli bir tespit, kusursuz sorumluluğun da (*aynen kusur sorumluluğu gibi*) kişileri özenli davranmaya sevk ettiği<sup>185</sup>. Fakat bu kuralların farklı etkileri vardır. Örneğin kusur sorumluluğu, zarar veren için özenli davranışa uyma yönünde daha kuvvetli bir saik yaratır<sup>186</sup>. Bu niteliksel özen açısından kusur sorumluluğunun önemli bir üstünlüğüdür<sup>187</sup>. Ama diğer taraftan mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni belirlemesi, özenin çok farklı boyutu olduğu ve bunların haricen gözlemlenemediği hallerde son derece güç olabilir<sup>188</sup>. Mesela hava karardığında far yakmak veya arabanın süratini azaltmak gibi özenli davranışlar haricen gözlemlenebilir. Buna karşılık risk, aynı zamanda, kişinin dikkatini ne ölçüde verdiği, dikiz aynasını kontrol edip etmediği ve sürüş esnasında başka şeylerle meşgul olup olmadığı gibi farklı davranışlardan etkilenebilir. İşte gözlemlenmesi zor olan bu özenli davranışların, gösterilmesi gereken özen ölçüsüne dâhil edilmesi de güçtür. Bu durumda zarar veren sadece gözlemlenebilir özenli davranışları sergileyecek, diğer davranışları dışallaştırabilecektir. Kusur sorumluluğu da, kaçınılmaz olarak niteliksel özenin her boyutunu istenildiği ölçüde kontrol edemeyecek ve kişiyi etkin davranmaya sevk

---

<sup>185</sup> Oysa Türk hukukunda bazı yazarlar, sorumluluğun zararı azaltıcı bu işlevinin sadece kusur sorumluluğu açısından söz konusu olduğunu, buna karşılık kusursuz sorumluluk açısından geçerli olmadığını ileri sürmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.484; krş. TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s.26). Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. İkinci Bölüm §3/I/B/1

<sup>186</sup> Mantıki nedensellik kavramının, bazı özenli davranış kurguları açısından bu avantajı ortadan kaldırabileceği hakkında bkz. Üçüncü Bölüm §3/II/B/3

<sup>187</sup> Kusur sorumluluğunun bu özelliği sayesinde, mahkemenin yaptığı hatalara rağmen, tazminat kişileri etkin özeni sergilemeye teşvik eder. Bkz. aşağıda §2/III/D/ ve §2/III/D/2

<sup>188</sup> SHAVELL, s.9; krş. FRIEDMAN, s.199



etmeyecektir<sup>189</sup>. Haricen gözlemlenemeyen özen boyutlarının riski önemli ölçüde etkilediği hallerde, doğal olarak kusursuz sorumluluğun önemli bir avantajı vardır<sup>190</sup>. Zira bu halde kusursuz sorumluluk özen seçimini tamamen kişiye bırakmakta, kişi de kural olarak sahip olduğu bilgi avantajı sayesinde özenin her boyutunu dikkate alarak etkin karar vermektedir.

*Üçüncül (idari) maliyetler* açısından baktığımızda, şüphe yok ki sorumluluğun olmadığı kurgu diğerlerine göre daha avantajlıdır<sup>191</sup>. Kusur ve kusursuz sorumluluğu bu faktör açısından kıyasladığımızda ise, ilk bakışta kusur kuralının daha maliyetli olduğu düşünülebilir. Zira kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir durumda mahkeme sadece zararı değerlendirme külfeti altında iken, kusur sorumluluğunda özenli davranış modelini de belirlemek zorundadır<sup>192</sup>. Bu ise *bilgi maliyetleri* nedeniyle birim başına yargılama maliyetlerini arttıran bir faktördür<sup>193</sup>. Bu maliyetler açısından bakıldığında, kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğundan açık bir şekilde üstündür. Zira özenli davranışın belirlenmesi gerekmez. Fakat kusur sorumluluğunda açılacak toplam dava sayısı, kusursuz sorumluluğa kıyasla daha az olacaktır. Bu durum kusur sorumluluğunda idari maliyetleri

---

<sup>189</sup> Haricen gözlemlenmesi mümkün olmayan bu özenli davranış modellerinin risk üzerindeki etkisi ne kadar fazla ise, kusur sorumluluğunun etkin saik yaratmadaki etkisi o ölçüde azalır. Riskli davranışta bulunanlar, bu tür özenin sergilenmesi kendilerine herhangi bir fayda sağlamayacağı için sadece mahkemenin belirlediği (*olması gereken seviyenin altındaki*) özenli davranış modeline uyacak ve bu da etkisizliğine neden olacaktır.

<sup>190</sup> SHAVELL, s.9; FRIEDMAN, s.199

<sup>191</sup> Birincil maliyetler açısından önemli bir faydanın sağlanamayacağı hallerde, üçüncül maliyetler sorumluluğun uygulanmamasını gerektirebilir. Bilhassa normun uygulanması maliyetli ise (*mesela zararın değerlendirilmesi veya kişinin özenli davranıp davranmadığının tespiti güç ise ya da çok sayıda kişi zarar görüyorsa*), haksız fiil hukukunun uygulanmaması isabetlidir. Bu özellikle şahıs varlığı kapsamında yer almayan manevi dışsal maliyetler (bkz. İkinci Bölüm §2/II/C ve ayrıca Üçüncü Bölüm §1/I/B/2, §1/I/C ve §2/II/C/1) açısından karşımıza çıkar.

<sup>192</sup> Sadece zarar ve nedensellik bağımlı değil, zarar verenin kusurlu davranıp davranmadığı da değerlendirilecektir. Bu ise, olası özenli davranış modelleri, bunların risk üzerindeki etkisi ve en etkin olan davranışın tespit edilerek, zarar verenin fiili ile mukayesesi gerektirir. Bu açıdan değerlendirildiği zaman, kusur sorumluluğunun davranışın riskleri ve özenli davranış modelleri konusunda bilgi birikiminin olduğu hallerde uygulanması daha isabetli gözükmektedir (krş. aşağıda §1/III/B). Nitekim POSNER, yeni ortaya çıkan riskler açısından kusursuz sorumluluğun tatbik edilmesinin daha uygun olacağını, ancak belirli bir zamandan sonra sorumluluğunun kusur esasına dayanmasının daha uygun olduğunu ileri sürmektedir (POSNER, s.195).

<sup>193</sup> MICELI, s.45; COOTER/ULEN, s.343; POLINSKY, s.51; COLE/GROSSMAN, s.242; LANDES/POSNER, s.65; SCHAFER/OTT, s.169; FAURE, s.367; SHAVELL, s.264; FRIEDMAN, s.199; POSNER, s.195

azaltan bir faktördür<sup>194</sup>. Bunun bir nedeni, davacı zarar görenin, davalının ihmali içerisinde davrandığını ispatlamakla yükümlü olmasıdır. Şüphesiz bu (*özellikle davaluların özen gösterme yönünde kuvvetli saiklerinin olduğu düşünülürse*) dava açmayı caydıran bir faktördür. Bunun yanı sıra kusursuz sorumluluk halinde, etkin kazalar<sup>195</sup> da zarar görenin dava açmasına imkân verecektir. Tarafların her zaman özenli davrandığını ve kaza sayısının asgariye indiğini varsaysak dahi, kusursuz sorumluluk halinde daha fazla yargılamanın yapılacağı söylenebilir<sup>196</sup>. Dolayısıyla idari maliyetler açısından iki kuralın birbirleri karşısında teorik bir üstünlükleri yoktur<sup>197</sup>. Özenli davranışı belirlemenin basit; kaza sayısının fazla olmadığı hallerde<sup>198</sup> kusur sorumluluğu, aksi halde kusursuz sorumluluk daha etkin gözükmektedir. Fakat son tahlilde bu konuda ampirik veri olmaksızın yargıya varılamaz.

## 2. Risk Üzerinde Zarar Veren ve Zarar Görenin Etkili Olduğu Kurgu (*Bilateral Accidents*)

### a. Model

---

<sup>194</sup> COOTER/ULEN, s.343; MICELI, s.45; SHAVELL, s.264; LANDES/POSNER, s.65; POLINSKY, s.50; COLE/GROSSMAN, s.242; POSNER, s.195

<sup>195</sup> Etkin kaza ile (bu kurguda) iki ayrı durum kastedilir. İlk olarak, neden olacağı maliyet ve sağladığı fayda mukayese edildiği zaman, zarar verenin önleyici tedbir almasının gerekli olmadığı hallerde gerçekleşen kazalar bu kapsamdadır. Burada mesela 100 YTL'lik bir zararın gerçekleşme olasılığının %5 ve bu zararı azaltan tedbirin de 6 YTL olması halinde, ekonomik açıdan kişinin özen göstermemesi daha etkindir (5YTL<6 YTL). İkinci olasılık, kişinin etkin tedbiri almasına rağmen, riskin tamamen bertaraf edilememesidir. Mesela yukarıdaki örnekte kişinin 1 YTL'lik bir tedbirle zarar olasılığını %2'ye düşürdüğünü varsayalım. Bu durumda kişinin tedbir alması istenir. Ama bu tedbire rağmen halen %2 olasılıkla 100 YTL'lik bir zarar meydana gelebilir. Eğer bu olasılık gerçekleşirse kaza yine etkindir.

<sup>196</sup> Kusursuz sorumluluk halinde, tazminat riski zarar vereni etkin özen göstermeye teşvik edecek ve fakat buna rağmen bazı kazalar gerçekleşecektir. Bu durumda ise zarar gören (*yargılama maliyetleri engel olmadığı sürece*) dava açacaktır. Oysa kusur sorumluluğunda zarar görenin dava açması beklenmez.

<sup>197</sup> MICELI, s.45; FRIEDMAN, s.199; SHAVELL, s.264; krş. SCHAFFER/OTT, s.169,170 (*müellifler kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir olasılıkta, mutlaka daha fazla davanın açılmayabileceğini, zira tarafların uzlaşma olasılığının daha yüksek olduğunu ileri sürmektedir.*)

<sup>198</sup> Bu durum, etkin özenin sergilenmesi halinde, kaza (*zarar*) olasılık değerinin (*residual risk*) ciddi ölçüde düşmesi halinde karşımıza çıkar.

Niteliksel özen açısından değerlendirilmesi gereken ikinci kurgu, riskin zarar görenin davranışlarından da etkilenmesidir. Örneğin sadece sürücünün özen göstermesi değil, yayanın yaya geçidinden geçip geçmediği, trafik ışıklarına riayet edip etmediği veya karanlık havada beyaz ya da parlak bir kıyafet giyip giymediği de riski etkileyebilir. İki yönlü bu kaza kurgusunun farklı görünümü tasavvur edilebilir. Mesela somut olayın özelliklerine göre sadece zarar verenin ya da zarar görenin (*alternatif özen kurgusu*) veya her iki tarafın birlikte özen göstermesinin etkin olduğu farklı ihtimaller tasavvur edilebilir. Bu başlık altında son ihtimali, yani, her iki tarafın birlikte özen göstermesinin etkin olduğunu varsayacağız<sup>199</sup>. Öğretide “*müşterek özen kurgusu*” (*joint care situation*) olarak adlandırılan bu halde, haksız fiil sorumluluğunun sadece zarar vereni değil, zarar göreni de etkin/özenli davranmaya teşvik etmesi gerekir. Aşağıda, örnekte durumu açıklayalım.

Tablo III

Özen Seviyesi		Özen Maliyeti		Zarar	Beklenen Zarar	Toplam
Zarar V.	Zarar G.	Zarar V.	Zarar G	Olasılığı	Maliyeti	Maliyet
Özensiz	Özensiz	0	0	%20	20 YTL	20 YTL
Özensiz	Özenli	0	3	%12	12 YTL	15 YTL
Özenli	Özensiz	4	0	%9	9 YTL	13YTL
Özenli	Özenli	4	3	%5	5 YTL	12 YTL

Görüldüğü üzere bu örnekte, basitlik adına, sadece tek bir özen seviyesi olduğu ve (*diğer tarafın davranışından bağımsız olarak*) her iki taraf için rasyonel stratejinin özenli

<sup>199</sup> Her iki tarafın da riski azaltabildiği ve fakat sadece birisinin özenli davranmasının etkin olduğu haller, “*alternatif özen kurgusu*” (*alternative care situations*) olarak adlandırılır. Burada haksız fiil hukukunun riski en az maliyetle azaltan tarafı özen göstermeye teşvik etmesi yeterlidir. Bu halleri ayrıca ele almamızın temel nedeni, bunların aslında bir önceki başlıktan farklı olmaması, yani *tek yönlü kaza* kurgusunun geçerli olmasıdır. Yukarıda zarar verenin riski daha etkin bir şekilde ortadan kaldırdığı (*ve sadece onun özenli davranmasının arzu edildiği*) kurgu zaten incelenmiştir. Diğer kurgu, yani zarar görenin riski daha etkin ortadan kaldırması meselesine nedensellik bağının kesilmesine ilişkin açıklamalar çerçevesinde kısaca değinilmiştir. Zarar görenin riski daha etkin bir şekilde ortadan kaldırması halinde, zarara onun katlanması etkindir.

davranmak olduğu varsayılmıştır<sup>200</sup>. Sosyal maliyet, sadece zarar veren ve zarar görenin aynı zamanda özenli davrandığı ihtimalde asgariye inmektedir. Bu kurgunun önemli özelliği, tarafların sergileyeceği davranışların genellikle karşı tarafın olası davranışından etkilenecek olmasıdır. Yani yayanın dikkatsiz davrandığı bir kurguda, sürücüler daha dikkatli olacak veya sürücülerin hızlı araba kullandığı bir yolda yayalar karşıdan karşıya geçerken üst geçidi kullanacaklar ya da trafik ışıklarına riayet edecektir. Bu açıdan tarafların, birbirlerinin olası davranışlarını öngöreceklere ve kendi davranışlarını da buna göre uyarlayacağı söylenebilir<sup>201</sup>. Fakat bu öngörünün, aynı esnada özen gösterdikleri için, taraflardan herhangi birinin diğerinin davranışını fiilen gözleme fırsatı olmadan gerçekleştiğini vurgulayalım (*eş zamanlı özen kurgusu*)<sup>202</sup>. *Bağımlılık ilişkisinin* analiz açısından önemi, herhangi bir kuralın taraflardan biri ya da diğerini belirli şekilde davranmaya sevk edeceğini söylemek için, diğerinin nasıl davranacağını da değerlendirmenin gerekli olmasıdır<sup>203</sup>. Aşağıda “*eş zamanlı müsterek özen kurgusunda*” önce haksız fiil hukukunun zarar görenin davranışlarını nasıl düzenlediğini, akabinde de bu kuralların ekonomik etkilerini analiz edelim.

---

<sup>200</sup> Üç ya da daha fazla özen seviyesini içeren bir örnek kurgu, çok fazla olasılığın ortaya çıkması nedeniyle analizi karmaşıktırmakta ve tablo üzerinden anlatımı engellemektedir. Ama daha karmaşık örnekler tasavvur edilebilir (bkz. POLINSKY, s.44).

<sup>201</sup> Bu durum, analize, oyun teorisinin dâhil edilmesi anlamına gelir. Anlatımı daha karmaşık hale getirmemek adına, teorisinin teknik kavramlarına başvurmaksızın sorunu anlattığımızı belirtelim. Aynı kurgunun oyun teorisine göre ele alındığı örnekler için bkz. BAIRD/GERTNER/PICKER, s.6 vd.

<sup>202</sup> Yukarıda incelediğimiz kurguda, zarar veren (*veya zarar gören*) diğerinin davranışının fiilen nasıl gerçekleştiğini görmek ve buna göre davranmak fırsatına sahip değildir. O sadece kuralı dikkate alarak, diğer tarafın olası rasyonel tepkisine göre davranışlarını öngörmeye çalışır. *Eş zamanlı özen kurgusu* olarak adlandırabileceğimiz bu halde davranışlar aynı anda gerçekleşmektedir. Oysa diğer bir ihtimal, tarafların davranışlarının zamansal açıdan ardışık olarak gerçekleşmesidir. Doktrinde “*ardışık özen kazaları*” (*sequential care accidents*) olarak da adlandırılan bu kurguda bir taraf diğer tarafın fiili davranışını gözleme fırsatı olduğu için, vereceği tepkiler farklılaşacaktır. Örneğin kusur sorumluluğunun tatbik edildiği ve sadece zarar görenin tedbir almasının etkin olduğu bir kurguda, zarar gören, zarar verenin rasyonel olarak tedbir alacağını varsayar. Fakat zarar veren irrasyonel davranmış ve tedbir almamışsa, zarar görenin tedbir alması arzu edilebilir. Devam eden başlıklar altında bu olasılığın hangi hallerde önemli olabileceğine dair bazı açıklamalara yer verilmiştir (ayrıca bkz. MICELI, s.55 vd.).

<sup>203</sup> SHAVELL, s.10; SCHAFER/OTT, s.187

## b. Türk Hukukunda Zarar Görenin Kusurunun Ele Alınışı

Türk hukukunda zarar görenin kusurunun iki ayrı sonucu vardır<sup>204</sup>. Hâkim, açılan bir tazminat davasında zarar gören davacının kusuru var ise, tazminatı tenkis edebilir (BK.m.44). Genel hüküm vasfı taşıyan bu kural, sadece kusur değil, kusursuz sorumluluk halinde de uygulama alanı bulur. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi dışında bazı özel kanunlarda mesele ayrıca düzenlenmiştir<sup>205</sup>. Bu kuralın ekonomik açıdan anlamı ise, zarar görenin zararın bir kısmına katlanması ya da zararın taraflar arasında paylaşılmasıdır. Zarar görenin kusurunun ikinci sonucu ise, belirli bir yoğunluğa ulaşması şartıyla nedensellik bağıını kesmesi ve zararın tümüne davacı zarar görenin katlanmasıdır<sup>206</sup>. Dolayısıyla bu halde diğerinden farklı olarak zarar görenin kusuru, tazminat sorumluluğuna engel olur.

Şüphesiz zarar görenin kusurunun ne zaman nedensellik bağıını kesecek yoğunluğa ulaşacağı hususunda kesin bir ölçüt vermek son derece güçtür. Doktrinde verilen örnekler, kişinin intihar etmek amacıyla arabanın önüne atılması gibi, zarar görenin kendisine zarar verme kastıyla hareket ettiği hallere ilişkindir. Bu örneklerden yola çıkarak değerlendirme yapmak gerekirse, kusurun nedensellik bağıını kestiği hallerde kaza kurgusunun değiştiği görülecektir. Burada teorik olarak her iki taraf da riski kontrol etme iktidarına sahip olmakla birlikte, her ikisinin değil, sadece zarar görenin özen göstermesi yeterlidir. Zira zarar görenin nedenselliği kesecek ölçüde kusurlu olması, onun, zarar verene kıyasla riski çok daha etkin bir şekilde önleme imkânına sahip olması anlamına

---

<sup>204</sup> Bkz. bu konuda EREN, Uygun İlliyet, s.189 vd.

<sup>205</sup> Kusursuz sorumluluk açısından zarar görenin kusurunun tazminat üzerindeki etkisi, sorumluluk ihdas eden özel kanunlarda da düzenlenmiştir. Örneğin KTK.m.86/2 (Değişik: 17.10.1996-4199/29 m.) “*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir*” hükmünü öngörmektedir. Benzer bir şekilde, TSHK.’nin müterafik kusur başlığını taşıyan 137. maddesi de: “*İşleten, zararın doğmasına veya artmasına, zarara uğrayanın veya adamlarının kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat ettiği takdirde, tazminat borcundan tamamen veya kısmen kurtulur*. Bu normlar esasen BK.m.44’ün özel görünümüleri olarak nitelendirilebilir.

<sup>206</sup> EREN, Uygun İlliyet, s.187 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.580

gelir<sup>207</sup>. Ekonomik açıdan bu artık “müşterek özen” değil, “alternatif özen kurgusu”dur. Bu kurguda zarar gören riski en az maliyetle önleyecek konumdadır (*cheapest cost avoider*)<sup>208</sup>. Bu şartlar altında zararın tamamına onun katlanması, fakat zarar verenin tazminat riskine muhatap olmaması isabetlidir. Zira bir ölçüde de olsa zarardan sorumluluk, zarar vereni özen göstermeye teşvik eder ki bu sosyal açıdan kaynak israfıdır. Bu çerçevede aşağıda, kural olarak zarar görenin kusurunun nedensellik bağıını kesmediğini varsayıyoruz.

### c. Sorumluluğun Uygulanmadığı Olasılık

Sorumluluk riski yoksa zarar verenin herhangi bir şekilde özen gösterme saiki olmayacak ve zararı dışsallaştıracaktır (*baskın strateji*)<sup>209</sup>. Ama zararın tamamına katlanacak olan zarar gören, beklenen zarar maliyetini azaltmak için özenli davranmayı seçecektir. Bu, bir anlamda, zarar görenin kusursuz sorumluluğudur<sup>210</sup>. Tabloda da görüldüğü üzere zarar gören herhangi bir özen göstermezse 20, özenli davranırsa 15 YTL beklenen maliyete katlanacaktır. Dolayısıyla tazminat sorumluluğunun doğmadığı durum zarar verenin özensiz davranmasına neden olmakta, fakat zarar göreni etkin özeni sergilemeye sevk etmektedir<sup>211</sup>.

### d. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, zarar vereni davranışının tüm sonuçlarından sorumlu tutarak özenli davranmaya sevk eder<sup>212</sup>. Fakat aynı esas zarar gören için geçerli değildir.

---

<sup>207</sup> Kusur (ve kast) bahsinde belirtildiği üzere, kasten zarar veren neredeyse her zaman riski en az maliyetle ortadan kaldıran kişi konumundadır ve zarardan sorumlu tutulması ekonomik açıdan önemli bir sorun değildir (krş. COLE/GROSSMAN, s.209)

<sup>208</sup> Dikkat edilirse alternatif özen kurgusunun bu görünümü, risk üzerinde sadece zarar verenin etkili olduğu kurgunun simetrisidir (bkz. yukarıda §2/III/A/1/a).

<sup>209</sup> Baskın strateji, diğerinin olası davranışları karşısında kişinin en iyi seçimini ifade eder. Yukarıdaki örnekte zarar verenin özensiz davranışı baskın stratejidir.

<sup>210</sup> Zarar gören, kusursuz da olsa tüm zararlara katlanacağı için, bunu ekonomik açıdan kusursuz sorumluluk olarak nitelendirebiliriz.

<sup>211</sup> COOTER/ULEN, s.324; MICELI, s.47; FRIEDMAN, s.201

<sup>212</sup> COOTER/ULEN, s.324; LANDES/POSNER, s.63; MICELI, s.47; POLINSKY, s.44,45

Zarar gören tam olarak telafi ediliyorsa haksız fiile kayıtsız kalacak ve özen göstermesi için herhangi bir neden olmayacaktır<sup>213</sup>. Zira özenli davranış zarar görenin maliyete katlanmasına neden olacak, buna karşılık fayda sağlamayacaktır. Tablo çerçevesinde somutlaştıralım. Zarar gören özen gösterirse 3 YTL maliyete katlanır ama bu herhangi bir fayda sağlamaz. Bu durumda zarar gören herhangi bir şekilde davranışını değiştirmez (*baskın strateji*). Bunu dikkate alan zarar verenin iki seçeneği olduğunu söyleyebiliriz. Özen göstermezse davranışın beklenen maliyeti 20, gösterirse 13 YTL olur. Bu durumda zarar veren özen göstermeyi tercih eder. Dikkat edilirse bu sonuç, hukuki sorumluluğun bulunmadığı olasılığın tam anlamıyla simetrisidir<sup>214</sup>. Dolayısıyla sorumluluğun uygulanmadığı olasılık için, zarar görenin kusursuz sorumluluğu tabiri de kullanılabilir<sup>215</sup>.

Şimdi Türk hukukundaki kuralı dikkate alarak bu sonuca ilişkin önemli bir çekinceye yer verelim. Zarar görenin özenli davranarak riski etkin bir şekilde azaltma ihtimali varken bunu yapmaması, onun kusurlu olduğu anlamına gelir. Örneğin yukarıda zarar gören 3 YTL'lik özen maliyetine katlanarak, kazanın beklenen maliyetini (*zarar verenin özen gösterdiğini varsayarsak*) 4 YTL azaltma imkânına sahiptir. Bu durumda zarar gören hareketsiz kalırsa, *Hand formülü* açısından kusurludur<sup>216</sup>. Müşterek özen kurgusu açısından bunun sonucu, tazminatın tenkis edilmesidir. Yani zararın bir kısmına kusurlu zarar gören katlanır<sup>217</sup>.

---

<sup>213</sup> MICELI, s.47; COLE/GROSSMAN, s.240; COOTER/ULEN, s.323; POLINSKY, s.45; LANDES/POSNER, s.63; FRIEDMAN, s.201; BAIRD/GERTNER/PICKER, s.15,16

<sup>214</sup> MICELI, s.47; COOTER/ULEN, s.324; LANDES/POSNER, s.63; FRIEDMAN, s.202; HIRSCH, s.151

<sup>215</sup> Sorumluluğun olmadığı kurguda zarar gören tüm zarardan kusursuz da olsa sorumlu tutulmakta ve bu sonuç onu etkin özeni göstermeye teşvik etmektedir. Buna karşılık zarar veren haksız fiile kayıtsız kalmakta ve zararı tamamen dışsallaştırmaktadır. Kusursuz sorumluluk halinde ise, roller değişmekte ve bu sefer zarar veren dışsal maliyeti dikkate alarak davranmakta ve tazminat onu özen göstermeye sevk etmektedir.

<sup>216</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/1

<sup>217</sup> Kusursuz sorumluluk açısından aynı zamanda zarar verenin kusurlu olması ihtimalini kapsam dışı tutuyoruz. Zarar gören kural olarak zarar verenin gereken özeni göstereceğini düşünecek ve aynı zamanda kendisi de özen göstermezse zararın bir kısmına katlanacağı için kendisi de özen gösterecektir. Dolayısıyla zarar verenin kusurlu olması, eş zamanlı özen kurgusunda önemsizdir. Bu ancak *ardışık özen kurgusunda* önem taşır.

Haksız fiil hukukunun zarar görenin kusurunu dikkate alması, ekonomik açıdan isabetli gözükmektedir. Riski etkin bir şekilde azaltma imkânı olmasına rağmen, zarar görenin özensiz davranması, zararın bir kısmına katlanmasına neden olmaktadır. Bu ise onda özenli davranma yönünde saik yaratır. Fakat bu her zaman geçerli olmaz. Zira zarar gören, *ex ante* özenli davranışa ilişkin seçimi yaparken, tenkis sonrası katlanacağı beklenen zarar maliyeti ile kusursuz sayılmak için katlanacağı özen maliyetini mukayese edecektir. Bu durumda ancak beklenen zarar maliyeti (tazminatın tenkis edilen kısmı), özen maliyetinden fazla ise özen gösterir, aksi halde etkin özen göstermez. Mesela yukarıdaki örnekte, tenkis sonrası zarar görenin katlanacağı beklenen maliyet 3 YTL.'nin altında kalırsa, zarar gören etkin özeni sergilemez. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk halinde tazminatın zarar göreni etkin davranmaya sevk edip etmediği, tazminat miktarı ve özenli davranışın doğru tespit edilmesine bağlıdır<sup>218</sup>. Ekonomik açıdan ideal olan, tazminatın önemli ölçüde tenkis edilmesidir<sup>219</sup>.

Son olarak Türk hukukunda yer almayan ve fakat ABD ortak hukukundaki uygulama alanı nedeniyle hukuk ve ekonomi öğretisinde analize konu olan diğer bir olasılığa değinelim. Ortak hukukta kabul edilen prensibe göre, zarar gören kusurluysa, bunun derecesine bakılmaksızın tüm zarardan zarar gören sorumlu olur (*contributory negligence*)<sup>220</sup>. Dolayısıyla zarar görenin kusurunun tazminata engel olması için, nedensellik bağına kesecek yoğunlukta olması şartı aranmaz<sup>221</sup>. Zarar görenin hafif ihmali

---

<sup>218</sup> SHAVELL, s.14

<sup>219</sup> Zarar görenin kusurunun varlığı halinde tazminatın (*zarar göreni özen göstermeye teşvik edecek ölçüde*) tenkis edilecek olması, zarar verenin özen göstermeye dair saikini de olumsuz etkilemeyecektir. Zira zarar veren, zarar görenin zarara katlanacağı için özen göstereceğini ve dolayısıyla kendisinin zararın tüm maliyetine katlanacağını öngörür ve buna göre seçimlerini yapar.

Tazminatın zarar göreni özen göstermeye teşvik etmeyecek ölçüde tenkis edildiği olasılıkta ise, zarar verenin özenli davranma saiki olumsuz etkilenebilir. Zira bu kurgu, tanımı gereği zarar göreni özenli davranmaya sevk etmez, yani zarar gören kusurlu olur. Bu durumda tazminat zarara eşit olmaz yani bir ölçüde tenkis edilir. İşte bu tenkis, sosyal maliyete eşit olmayacağından, kusursuz sorumluluk optimum olandan daha az özen göstermeye sevk edebilir (bkz. aşağıda §2/III/D/2).

<sup>220</sup> Bkz. KEETON/SARGENTICH/KEATING, s.301 vd.

<sup>221</sup> Krş. yukarıda §2/III/A/2/b



dahi yeterlidir. İlk bakışta bu kural adil ya da hakkaniyete uygun gözükme de<sup>222</sup>, ekonomik açıdan her iki tarafa da etkin saik sağlamaktadır<sup>223</sup>. Mahkeme somut olayın gerektirdiği özeni doğru tespit ederse, zarar gören tüm zarardan sorumlu olmamak için doğal olarak özenli davranmayı seçecek, bunu öngören zarar veren de etkin/özenli davranışta bulunacaktır<sup>224</sup>. Aksi halde zarar veren daha fazla maliyete katlanacaktır. Örnekle somutlaştırmak gerekirse, zarar verenin olası davranışı karşısında (*ki her zaman özenli davranış olacaktır*) zarar gören 3 YTL maliyete katlanarak özen gösterirse olası zarar maliyetini 9 YTL'den, 5 YTL'ye indirmektedir. Bu durumda zarar gören özen gösterir. Aynı şekilde, zarar görenin özenli davranacağını öngören zarar veren 4 YTL'lik maliyete katlanarak özen gösterirse, beklenen tazminat maliyetini 12 YTL'den 5 YTL'ye indirmektedir. Dolayısıyla zarar veren de gereken özeni sergiler.

#### e. Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğunda tazminat riskinin zarar görenin davranışları üzerindeki etkisi yukarıda belirtildiği gibidir<sup>225</sup>. Mahkeme gösterilmesi gereken özeni doğru tespit ederse, sorumluluk zarar vereni etkin/özenli davranmaya sevk eder. Sorumluluğun zarar görenin davranışları üzerindeki etkisi ise ilginçtir. Tazminat zarar vereni özenli davranmaya sevk edeceğine göre, kural olarak zarar veren meydana gelecek kazalardan sorumlu olmayacaktır. Bunu öngören zarar gören de, katlanacağı olası zarar maliyetleri asgariye indirmek için özenli davranacaktır<sup>226</sup>. Yukarıdaki örnek çerçevesinde belirtmek gerekirse,

---

<sup>222</sup> Ortak hukukta benimsenen bu kural, zarar gören için çok katı olduğu gerekçesiyle eleştiri konusu olmuş ve ABD hukukunda federe devletlerin önemli bir kısmında, bu kuralın yerine Türk hukukundakine benzer şekilde işleyen “*mukayeseli kusur*” (*comparative negligence*) kuralı benimsenmiştir (bkz. CURRAN Christopher, “The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States”, *International Review of Law and Economics*, Vol.12 (1992) s.317 vd.). Bu kural, zarar görenin kusurunun varlığı halinde zararı tarafların kusuru ölçüsünde paylaşmaktadır.

<sup>223</sup> SHAVELL, s.13; POLINSKY, s.45; MICELI, s.54; FRIEDMAN, s.202; LANDES/POSNER, s.80

<sup>224</sup> Bu kural da esasen “kusur sorumluluğunun” tam anlamıyla bir simetrisidir (HIRSCH, s.151; FRIEDMAN, s.202).

<sup>225</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d

<sup>226</sup> SHAVELL, s.14; MICELI, s.48; FRIEDMAN, s.202; POLINSKY, s.46; SCHAFER/OTT, s.189; LANDES/POSNER, s.74,75; FAURE, s.365

zarar veren özen göstermezse (*zarar görenin özenli davrandığını varsayarsak*) beklenen tazminatın maliyeti 12 YTL olacaktır. Zarar veren 4 YTL maliyete katlanarak bu maliyeti 5 YTL'ye indirdiğine göre, özenli davranmayı tercih edecektir. Diğer taraftan benzer durum zarar gören açısından da söz konusudur. Zarar gören özenli davranmadığı bir kurguda olası zarar maliyeti 9 YTL olurken, 3 YTL özen maliyetine katlanarak bunu 5 YTL'ye indirebilir. Şüphesiz bu durumda zarar gören de özenli davranacaktır<sup>227</sup>. Sonuç olarak kusur sorumluluğu, zarar gören ve zarar vereni aynı anda özenli davranmaya sevk edebilmektedir.

Dolayısıyla bu kurguda zarar görenin etkin/özenli davranması için, hukuk düzeninin ayrıca zarar görenin kusurunu dikkate alması gerekli değildir. Fakat Türk hukukunda Borçlar Kanunu madde 44, burada uygulama alanı bulmaktadır. Yani zarar verenin kusurlu olduğu bir olayda, zarar görenin kusuru, zararın bir kısmına zarar görenin katlanmasına yol açar<sup>228</sup>. *Ex ante* açıdan, bu kural tarafların davranışlarını değiştirmez<sup>229</sup>. Zarar gören, zarar verenin özenli davranacağını varsayarak, zaten katlanacağı beklenen zarar maliyetini azaltacak önlemler alır. Bu durumda zarar görenin kusurunun dikkate alınmasının, özen saiki üzerindeki etkisi açısından herhangi bir fayda sağlamadığı söylenebilir ki bu kurgu açısından bu doğru bir tespittir. Fakat kaza kurgusunu değiştirdiğimiz zaman, bu kuralın olumlu etkisinin olabileceğini söyleyebiliriz.

---

<sup>227</sup> Zarar veren özen göstermezse beklenen tazminat maliyeti 12 YTL iken, özenli davranırsa maliyet sadece 4 YTL olmaktadır. Zira özenli davranırsa sorumlu olmayacak ve tazminat riski de ortadan kalkacaktır. Bu durumda açıktır ki zarar veren özen gösterir. Zarar gören ise, diğer tarafın özen göstereceğini varsayarak, özenli davranırsa 3 YTL maliyete katlanarak beklenen zarar maliyetinde 4 YTL'lik bir azalma sağlamaktadır. Bu durumda zarar görenin özen göstermesi faydasını maksimize eder.

<sup>228</sup> Zarar görenin kusurunun zarar verenin sorumluluğuna tamamen engel olduğu bir ihtimalde de sonuç farklı olmazdı. Zarar görenin gereken özeni sergilemediği bir kurguda zarara tamamen katlanacak olması onu özen göstermeye sevk edecek ve bunu öngören zarar veren de özenli/etkin davranacaktır. Bu durumda ortak hukuktaki bu müterafik kusur kuralı (*contributory negligence*) her iki tarafı da etkin davranmaya sevk edecektir. Bu kuralın bir avantajı, herhangi bir nedenle zarar verenin özenli davranış modeline uymadığı hallerde, zarar göreni etkin davranmaya sevk etmesidir. Eğer bu kural olmazsa, zarar gören, zarar verenin özensiz ve kusurlu olacağını dikkate alarak, zararın ortaya çıktığı bir ihtimalde her nasılsa tazminat elde edeceğini düşünerek özen göstermemeyi tercih edebilir. Bu durumda kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluğa benzemektedir (SHAVELL, s.14,15).

<sup>229</sup> SHAVELL, s.15; krş. SCHAFER/OTT, s.188,189

Burada incelenmemekle birlikte, zarar gören ve zarar verenin davranışları arasında bir sürenin girdiği ve zarar görenin, zarar verenin davranışını gözlemleyebildiği bir kurguda, zarar görenin kusurunun ayrıca dikkate alınması ekonomik açıdan isabetlidir<sup>230</sup>. Doktrinde *ardışık özen kazaları (sequential care accidents)* olarak adlandırılan bu kurguda, zarar verenin herhangi bir nedenden gereken özeni göstermeyerek kusurlu olması halinde, yalın kusur sorumluluğu kuralı zarar göreni özenli davranmaya sevk etmez. Zira zarar verenin kusurlu olduğu gözleyen zarar gören, zarar verenin tüm zarardan sorumlu tutulacağını ve dolayısıyla da zarara katlanmayacağını bilir. Bu durumda özen göstermesi sadece maliyete neden olacak ama herhangi bir fayda sağlamayacaktır<sup>231</sup>. Fakat hukuk düzeni, zarar görenin kusurunu ayrıca dikkate alırsa, zarar gören zarara katlanmak istemeyeceği için özenli davranmayı seçecektir<sup>232</sup>. Görüldüğü üzere BK.m.44 kuralı temel aldığımız müşterek özen kurgusunda herhangi bir işleve sahip olmamakla birlikte, ardışık özen kurgusunda tarafların etkin özeni sergilemesi için gereklidir.

Nihayet zarar görenin kusurunun, nedensellik bağına kesecek yoğunluğa ulaştığı bir ihtimalde, kusursuz sorumluluk bahsindeki esaslar, burada da geçerlidir. Zarar görenin bu ölçüde kusurlu olması, kurguyu müşterek değil, zarar görenin özen göstermesinin etkin olduğu *alternatif özen kurgusu (alternative care situation)* haline getirir ve bu tip bir durumda zarara sadece zarar görenin katlanması isabetlidir.

## f. Değerlendirme

Yukarıda incelediğimiz “eş zamanlı müşterek özen” kurgusunda, kusur ve kusursuz sorumluluğun farklı etkileri olduğu görülmektedir. Buna göre zarar görenin kusurunu dikkate almayan kusursuz sorumluluk kuralı, sadece zarar vereni özen

---

<sup>230</sup> Bu tür kaza kurgusu hakkında bkz. SHAVELL Steven, “Torts in which Victim and Injurer Act Sequentially”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26 (1983), s.589-612; ayrıca bkz. MICELI, s.55; LANDES/POSNER, s.76

<sup>231</sup> Bu durum kusursuz sorumluluk ile aynıdır.

<sup>232</sup> Bu durumun tam anlamıyla bir uygulama alanı olan bir karar için bkz. 4. HD. 11.12.1989 T., 5281 E., 9546 K. (KARAHASAN, s.405,406)

göstermeye sevk etmekte, buna karşılık zarar göreni etkin davranmaya teşvik etmemektedir. Fakat Türk hukukunda, BK.m.44 ve çeşitli özel hükümler, zarar görenin kusurunu tazminatın takdiri aşamasında dikkate aldığı için, bu kurallar zarar göreni özen göstermeye teşvik eder. Ama bu özenin optimum olması, zarar görenin katlanacağı olası zarar miktarının, somut olayın gerektirdiği özen maliyetinden fazla olması halinde mümkün olur ki bu tazminatın önemli ölçüde tenkisini gerektirir.

Kusur sorumluluğu halinde ise, zarar görenin kusuru dikkate alınmasa dahi tazminat riski her iki tarafa da etkin saik sağlar. Dolayısıyla incelediğimiz kurguda BK.m.44 kuralının uygulanması bu sonucu değiştirmez<sup>233</sup>. Niteliksel özenin çeşitli boyutlarının mahkeme tarafından göz ardı edilmesi riski, zarar görenin kusuruna dair değerlendirmede aynı etkilere sahiptir. Yani haricen gözlemlenmesi güç olan özenli davranışlar nedeniyle, mahkeme zarar görenin göstermesi gereken özeni doğru belirleyemeyebilir. Bu durumda zarar gören etkin özen göstermez. Fakat kusur sorumluluğunda, zarar gören son tahlilde zarara (*residual damage*) katlanacak olması nedeniyle, özenin her boyutunu dikkate alır ve etkin özeni gösterir. Bu yönüyle kusur kuralı, kusursuz sorumluluğa kıyasla daha avantajlıdır. Genel bir ilke olarak, zarar görenin risk üzerindeki etkisi ne denli fazla ise, kusur sorumluluğunun uygulanması o derece isabetlidir.

Sorumluluğun olmadığı bir olasılıkta ise, zararın tamamına zarar gören katlanacağı için, zarar veren etkin davranmayacak, buna karşılık zarar gören etkin/özenli davranacaktır. Bu ihtimal, kusursuz sorumluluğun tamamen simetrisidir. Nihayet son olarak, zarar görenin kusurunun nedensellik bağımlı kesecek yoğunlukta olması, *müşterek* değil, *alternatif özen kurgusunun* varlığına işaret eder. Bu durumda sadece zarar verenin özen göstermesi etkindir. Nedensellik kuralı, zararın tamamından zarar göreni sorumlu tutmakla gerek kusur, gerekse kusursuz sorumlulukta etkin sonucu sağlamaktadır.

---

<sup>233</sup> Fakat bu durum, yarattığı saikler açısından zarar görenin dikkate alınmasının tamamen gereksiz olduğu anlamına gelmez. *Ardışık özen kurgusunun* geçerli olduğu bazı kurgularda, zarar görenin etkin özeni göstermesi için bu kurala ihtiyaç vardır (MICELI, s.55).

Kuralları idari maliyetler açısından değerlendirdiğimizde, kusur sorumluluğunun bir ölçüde daha üstün olduğunu söyleyebiliriz. Bunun temel nedeni, kusursuz sorumluluğun bilgi maliyeti avantajının, zarar görenin kusurunun dikkate alınması ortadan kalkmasıdır<sup>234</sup>. Zira mahkeme zarar görenin özenli davranıp davranmadığı değerlendirmek durumundadır ve en azından bazı hallerde bu durum, aynı zamanda zarar verenin göstermesi gereken özeni de dikkate almayı gerektirir<sup>235</sup>. Şüphesiz kusur sorumluluğunda olduğu gibi, bu değerlendirmeler birim başı yargılama maliyetini arttırır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk halinde hem daha fazla dava açılacak, hem de birim başı yargılama maliyeti kusur sorumluluğundan daha az olmayacaktır. Diğer taraftan kusur sorumluluğu, daha az dava açılmasına neden olacağı için idari maliyetler açısından daha üstündür. Bu üstünlük, özen sonrası risk değerlerinin yüksek olduğu davranışlar açısından daha da artmaktadır.

## B. Niceliksel Özen (Faaliyet Seviyesi)

Yukarıda, risk değeri üzerinde sadece *niteliksel özenin* etkili olduğunu varsaydık. Oysa sadece faaliyetin nasıl yapıldığı değil, aynı zamanda ne sıklıkla yapıldığı, yani “*faaliyet seviyesi*” de riski etkiler. Örneğin trafik kazaları sadece sürücünün hız limitlerine veya trafik ışıklarına uyması gibi davranışlardan değil, araba kullanma yoğunluğundan da etkilenir<sup>236</sup>. Kişi arabayı ne kadar dikkatli kullanırsa kullansın, trafikte geçen zaman arttıkça kaza riski artar<sup>237</sup>. Risk değerinin tek parametresi niteliksel özen olmadığına göre, kişinin somut olayın gerektirdiği özeni sergilediğinden bahsetmek için, özenin niceliksel

---

<sup>234</sup> Hatta hukuk ve ekonomi öğretisinde, ABD hukukunu inceleyen yazarlar mukayeseli kusur kuralını (*comparative negligence*) ciddi ölçüde idari maliyetlere neden olması itibarıyla eleştirmekte ve Ortak hukuktaki klasik kuralın (*contributory negligence*) uygulanmasının basitliği nedeniyle daha etkin olduğunu belirtmektedir (FAURE, s.365,366; POSNER, s.188 vd.).

<sup>235</sup> SHAVELL, s.17; SCHAFER/OTT, s.190

<sup>236</sup> Burada bir noktayı açıklığa kavuşturmakta fayda vardır. Fazla araba kullanmak, aynı zamanda yorucu olması nedeniyle kişinin dikkatini kaybetmesine, reflekslerinin zayıflamasına neden olabilir. Bu durum da doğal olarak riski arttırır. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman burada kişinin özen göstermesinin maliyeti artar. Fakat bu durum niteliksel özen ile ilgilidir. Niceliksel özen ile, sadece daha fazla araba kullanmak nedeniyle kaza olasılığının artması kastedilmektedir.

<sup>237</sup> Aynı durum tüm taşıt araçları açısından geçerlidir.

boyutuna ilişkin isabetli seçimleri yapması gerekir. Sürücü yola çıkarken sadece frenleri ve farları kontrol etmemeli, aynı zamanda ne kadar süreyle araba kullanacağını da dikkate almalıdır. Bu nedenle haksız fiil hukukunun özen gösterme güdüsü üzerindeki etkisini incelerken, *niceliksel özen* boyutu da dikkate alınmalıdır. İdeal olan haksız fiil tazminatının kişiyi niceliksel özen açısından da etkin seçimler yapmaya sevk edecek şekilde uygulanmasıdır. Aşağıda tazminat sorumluluğunun, *niceliksel özen* seçimini nasıl etkilediğini analiz ediyoruz. Bu bağlamda önce tek yönlü kaza kurgusu, akabinde her iki tarafın da zarar üzerinde etkili olduğu iki yönlü kaza kurgusu analiz edilecektir. Her ikisinde de kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının birincil ve üçüncül maliyetler üzerindeki etkilerini ayrı ayrı değerlendireceğiz.

## **1. Risk Üzerinde Zarar Veren Etkili Olduğu Kurgu (*Unilateral Accidents*)**

### **a. Model**

Sadece (*veya daha ziyade*) zarar verenin riski kontrol ettiği hallerde, faaliyet seviyesi genellikle önemli bir parametredir. Mesela fabrikanın, çevrede yaşayanlar için yarattığı kirlilik riski<sup>238</sup>, transit geçen gemilerin boğazdaki binalar için teşkil ettiği riskler, inşaat firmasının kullandığı patlayıcıların neden olabileceği risklerin hepsi, zarar verenin faaliyet seviyesini değiştirmesi ile kontrol edilebilir. Üstelik bu hallerde zarar görenin risk üzerindeki etkisi yok denecek kadar azdır. Örneğin boğazdaki bina maliklerinin gemilerin neden olabileceği kaza risklerini azaltması güçtür. Ama armatörün gemilerini daha az sefere çıkarması, inşaat sahibinin patlayıcıyı daha az ya da hiç kullanmaması veya fabrikanın üretimi kısması mümkündür. Bu seçimlerin hepsi, faaliyetin risklerini önemli ölçüde azaltır. İşte burada, haksız fiil hukukunun zarar vereni, bu seçimleri sosyal açıdan istenen şekilde yapmaya sevk edip etmediği incelenecektir. Kabaca belirtmek gerekirse, tazminat riski, zarar vereni davranışının tüm maliyetlerinden sorumlu tuttuğu takdirde bu

---

<sup>238</sup> Çevre zararları, zarar verenin davranışlarının etkili olduğu ve ayrıca faaliyet seviyesinin önem taşıdığı tipik örneklerden biridir.

amaç gerçekleşir. Riskli faaliyetin araba kullanılması olduğu aritmetik bir örnek ile somutlaştırılm.

**Tablo IV**

Faaliyet Seviyesi	Faaliyetin Toplam Faydası	Niteliksel Özen Maliyeti	Beklenen Kaza Maliyeti	Sosyal Refah
0	0	0	0	0
1000 km	30 YTL	2 YTL	12 YTL	16YTL
2000 km	50 YTL	4 YTL	24 YTL	22 YTL
3000 km	58 YTL	6 YTL	36 YTL	16YTL
4000 km	61 YTL	8 YTL	48 YTL	5 YTL
5000 km	60 YTL	10 YTL	60 YTL	-10YTL

Tabloda dikkati çeken nokta, sosyal maliyet yerine, sosyal refahın esas alınmasıdır. Bunun nedeni basittir. Faaliyet seviyesi incelendiğine göre, kişinin ne kadar faaliyet yapacağına (araba süreceğine) dair seçimi, faaliyetin sağladığı faydaya bağlıdır. Faydayı analize dâhil ettiğimize göre, doğrudan sosyal refahı esas almak daha anlamlı hale gelmektedir. Modelin varsayımlarına gelince, belirtilmesi gereken ilk husus, faaliyet seviyesi arttıkça (*araba kullandıkça*) bunun sağladığı faydanın artması, ama artışın azalan bir seyir izlemesidir<sup>239</sup>. Diğer varsayım, faaliyet seviyesi arttıkça kaza ve önleyici tedbir maliyetinin de artması ve bu değişkenler arasında doğrusal bir ilişkinin olmasıdır. Yani her 1000 kilometrede beklenen kaza maliyeti 12 YTL, özen maliyeti de 2 YTL artmaktadır. Ayrıca sürücünün gösterdiği (*niteliksel*) özenin etkin olduğu (*mesela ortalama özeni*

<sup>239</sup> Bu esasen azalan marjinal fayda (*diminishing marginal utility*) prensibinin bir görünümünden ibarettir. Bkz. Birinci Bölüm §2/III/A/1

*sergilediği*) ve bunun her seviyede 2 YTL maliyeti olduğu varsayılmıştır<sup>240</sup>. Açıkça görüldüğü gibi, zarar verenin faaliyet seviyesini 2000 km’de sabitlediği ihtimalde, sosyal refah maksimize olmaktadır (22 YTL). Dolayısıyla haksız fiil hukukunun kişiyi bu seçimi yapmaya sevk etmesi halinde, sonuç ekonomik açıdan etkindir. Şimdi farklı sorumluluk kurallarının, zarar vereni bu seçimi yapmaya sevk edip etmediğini değerlendirelim.

### **b. Sorumluluğun Olmadığı Olasılık**

Zarar veren neden olduğu zararlardan sorumlu tutulmazsa, doğal olarak faaliyetinin risklerini azaltmak yönünde bir saiki olmayacak ve (*ne niteliksel, ne de niceliksel açıdan*) herhangi bir özen göstermeyecektir. Bu durumda faaliyeti de sosyal açıdan istenen seviyeden daha fazla yapacaktır<sup>241</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, zarar veren ilave fayda sağladığı sürece faaliyete devam edecek ve 2000 değil, 4000 km araba kullanacaktır. Bu seviyeden sonra ise, faaliyetin sağladığı marjinal fayda negatife dönüştüğü için, faaliyete devam etmeyecektir. Açıkça görülebileceği üzere bu seviye sosyal açıdan etkin olan seviyenin çok üzerindedir<sup>242</sup>. Dolayısıyla sorumluluğun olmadığı kurgu zarar vereni herhangi bir şekilde etkin davranmaya sevk etmez.

### **c. Kusursuz Sorumluluk**

Kusursuz sorumluluk, zarar verenin faaliyetin tüm dışsal maliyetinden sorumlu olması anlamına gelir. Bu durumda tazminat riskinin zarar vereni önleyici tedbir almaya

---

<sup>240</sup> Bu özen seviyesinin ekonomik açıdan etkin olduğu varsayılmaktadır. Her seviyede bu özen maliyeti aynı ölçekte artmaktadır. Beklenen kaza maliyetine ilişkin değerler de özen gösterilmesinden sonraki durumu ifade etmektedir. Bu durumda örneğin 1000 km.’de özen gösterilmezse, beklenen kaza maliyeti 12 değil, asgari 15 YTL, 2000 km.’de ise 24 değil en az 29 YTL olacaktır.

<sup>241</sup> MICELI, s.67; SHAVELL, s.22,23

<sup>242</sup> Yukarıdaki örnekte, kişinin bu faaliyet seviyesini tercih etmesi net refah sağlıyor gibi gözükse de durum yanıltıcıdır. Zira örnekte beklenen kaza maliyeti, kişinin niteliksel özen gösterdiği (*önleyici tedbir aldığı*) faraziyesine dayanmaktadır. Eğer özenli davranış, beklenen kaza maliyetinde 13 YTL’den fazla bir azalma sağlamsa (*ki alt değer 9 YTL.dir*), bu durumda faaliyet net sosyal maliyete neden olmaktadır.



sevk edeceği şüphesizdir. Nitekim bu yukarıda belirtilmiştir<sup>243</sup>. Niceliksel özen seçimine gelince, zarar veren tüm zararlardan sorumlu olduğu için, her aşamada faaliyetin sağladığı ilave faydayı dikkate alır ve bu faydanın maksimize olduğu seviyeye kadar faaliyete devam eder. Somutlaştırmak gerekirse, 1000 km araba kullanmak tamamen risksiz bir kurguda 30 YTL'lik fayda sağlamaktadır. Fakat kişi davranışının tüm sonuçlarından sorumlu olduğu için, 1000 km araba kullanıp kullanmamaya *beklenen kaza ve özen maliyetini* dikkate alarak karar verecektir. Bu seviyede 16 YTL net fayda sağladığı için araba kullanacaktır (0<16). Kişi 1000 km daha (2000 km) araba kullanmaya karar verirken, bu faaliyetin faydası ve tüm risklerini göz önünde tutar ve ilave net fayda (6 YTL) sağladığı için, faaliyet seviyesini arttırır. Bir sonraki aşamaya geçildiğinde ise, beklenen kaza ve özen maliyetleri, ilave 1000 km araba sürmenin faydasından fazla olur (-6 YTL). Bu durumda kişinin 2000 km.'den daha fazla araba kullanması beklenmemelidir. Görüldüğü üzere bu aynı zamanda sosyal refahı da maksimize eden duruma işaret etmektedir. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk, zarar vereni özenin her iki boyutu açısından da etkin davranmaya sevk ederek birincil maliyetler açısından etkin sonucu sağlamaktadır<sup>244</sup>.

#### **d. Kusur Sorumluluğu**

Somut olayın gerektirdiği özen doğru bir şekilde tespit edilebildiği sürece, kusur sorumluluğu, zarar vereni etkin/özenli davranmaya sevk eder<sup>245</sup>. Yukarıda bunu niteliksel özen açısından incelemiş ve mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni belirlemesinin güç olabileceğinden bahsetmiştik<sup>246</sup>. Özenin niceliksel boyutuna ilişkin değerlendirme ise, çok daha güçtür. Bunun nedeni basittir. Herhangi bir faaliyetin daha az veya daha çok

---

<sup>243</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/1/c

<sup>244</sup> MICELI, s.67; LANDES/POSNER, s.66,67; FAURE, s.366; SCHAFFER/OTT, s.168,169; POLINSKY, s.47,48; COOTER/ULEN, s.332; SHAVELL, Strict Liability, s.3; POSNER, s.193; COLE/GROSSMAN, s.239

<sup>245</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d

<sup>246</sup> Özen maliyetinin neyi içerdiği ve bu maliyetin değerlendirilmesinin güçlüğü, daha önceden incelenmişti (bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2/b). Bunun yanı sıra yukarıda, özenin farklı boyutlarının varlığı nedeniyle mahkemenin tüm özen boyutları hakkında değerlendirme yapamayacağını da vurgulamıştık (Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d).

yapılması, bunun sağladığı fayda ile ilgilidir. Kişinin riskli faaliyetten sağladığı fayda hakkında bir bilgi sahibi olmadan ise, sosyal açıdan optimum seviyeyi belirlemek mümkün olmaz. Örneğin sürücünün 1000 mi yoksa 2000 km mi gitmesinin daha etkin olduğu sorusu, bu seviyelerin sağlayacağı olası fayda bilinmeksizin yanıtlanamaz<sup>247</sup>. Daha da önemlisi, yargılama sürecinde zarar verenin mevcut faaliyet seviyesinin ne olduğunu ve bunun ne ölçüde değiştiğini ortaya çıkarmak son derece güçtür.

Mahkeme, riskli faaliyetin kişiye sağladığı fayda hakkında haricen bilgi sahibi olmadığı için, somut olayın gerektirdiği özen ölçüsünün, niceliksel özen boyutunu içermesi beklenmemelidir<sup>248</sup>. Örneğin mahkeme “zarar verenin hava karardıktan sonra 2000 km.’den daha fazla araba kullanılması halinde (farını yakmış olması ve hız limitlerine uymasına rağmen) kusurlu” olacağını belirtmesi anlamlı dahi değildir<sup>249</sup>. Bu durumda, mahkemenin belirlediği özen standardı, sadece niteliksel özen seçimini içerir. Dolayısıyla niteliksel özen doğru belirlense dahi, kusur sorumluluğunda tazminat riski zarar vereni faaliyet seviyesine ilişkin etkin seçim yapmaya sevk etmez<sup>250</sup>. Kişi somut olayın gerektirdiği önleyici tedbir aldığı sürece kusurlu ve sorumlu sayılmayacak ve faaliyet seviyesinin risk üzerindeki etkisini göz ardı edecektir. Bu faaliyet seviyesine ilişkin özen

---

<sup>247</sup> Belirtelim ki (*niteliksel*) özenli davranışlar, bazı hallerde doğrudan faaliyetin faydası ile ilgilidir. Örneğin bu örnekte, kişinin daha yavaş ya da hızlı araba kullanmasına dair seçimi, doğrudan bunun sağladığı faydaya bağlıdır. Kişinin daha yavaş araba kullanmasının maliyeti, daha hızlı araba kullandığı bir kurguda sağlayacağı faydadan mahrum olmasıdır ki bu standardın somut olayın gerektirdiği özen içerisine dahil edilmesi, mahiyeti itibarıyla niceliksel özenden farklı değildir.

<sup>248</sup> SHAVELL, s.25; MICELI, s.67; POLINSKY, s.49; SHAVELL, *Strict Liability*, s.23; LANDES/POSNER, s.66,67; SCHAFFER/OTT, s.149,150; FRIEDMAN, s.200; FAURE, s.366; POSNER, s.192,193

<sup>249</sup> Mesela iki olasılık tasavvur edelim. İlkinde kazaya karışan kişinin rahatsızlanması nedeniyle hastaneye gitmek üzere trafiğe çıktığını, diğerinde ise evde maç seyrederken sigarası ya da içkisi bittiği için markete kadar gittiğini ya da hava almak için trafiğe çıktığını düşünelim. Şüphesiz her iki faaliyetin de kişiye sağladığı fayda arasında ciddi fark vardır. Fakat mahkemenin bu farkı dikkate alması ve ölçmesi zordur. Yargılama esnasında neden faaliyeti yaptığını ilişkin sorular sorulabilirse de, olası cevapların güvenilir olması ve özenli davranışın fayda/maliyet muhasebesine dahil edilmesi soruludur. Bu nedenle kural olarak mahkemenin özen analizi, faaliyetin ne kadar gerekli ya da ne kadar önemli olduğuna dair değerlendirmeleri içermez.

<sup>250</sup> SHAVELL, s.23,24

seçimlerinin dışsallaştırılması anlamına gelir. Tabiatıyla bu durumda riskli faaliyet optimum seviyenin üzerinde yapılacaktır<sup>251</sup>.

Aşağıdaki tabloda bu net bir şekilde görülmektedir. Zarar veren, aksi durumda tazminat riskine muhatap olacağı için, sadece (*niteliksel*) özen maliyetini dikkate alır<sup>252</sup>. Marjinde fayda sağladığı sürece faaliyetine (*araba kullanmaya*) devam eder. Bu ise 4000 km araba kullanılması, yani faaliyet seviyesinin sosyal açıdan optimum olandan daha fazla olması anlamına gelir. Bu sonuç, kusur sorumluluğunun niceliksel özen seçimini etkin bir şekilde yapmaya teşvik etmediğine işaret etmektedir.

**Tablo V**

Faaliyet Seviyesi	Faaliyetin Faydası	Özen Maliyeti	Net Özel Fayda
0	0	0	0
1000 km	30 YTL	2 YTL	28YTL
2000 km	50 YTL	4 YTL	46YTL
3000 km	58 YTL	6 YTL	52YTL
4000 km	61 YTL	8 YTL	53YTL
5000 km	60 YTL	10 YTL	50YTL

#### **e. Değerlendirme**

Niceliksel özeni de dikkate aldığımızda, kusursuz sorumluluğun mukayeseli olarak üstün olduğu görülmektedir. Kusursuz sorumluluk, tüm sosyal maliyetlerden

<sup>251</sup> SHAVELL, *Strict Liability*, s.2; FRIEDMAN, s.200; POLINSKY, s.49; COLE/GROSSMAN, s.239; FAURE, s.366; SCHAFFER/OTT, s.168,169

<sup>252</sup> Bu ise, kusur sorumluluğunun zarar verenin dışsal maliyetlerden sorumlu tutulmadığı olasılıktan temel farkını oluşturur. Orada kişi herhangi bir tazminat riskine muhatap olmadığı için maliyetleri tamamen dışsallaştırmakta ve önleyici tedbir maliyetine dahi katlanmamaktaydı.

sorumlu tutarak kişiyi özenin her iki boyutu açısından etkin seçimler yapmaya sevk etmektedir. Kusur sorumluluğunda, özenin niceliksel boyutu somut olayın gerektirdiği özen standardına dâhil edilebilirse, teorik olarak tazminat riski zarar vereni etkin/özenli davranmaya sevk edebilir<sup>253</sup>. Fakat pratikte, mahkemenin bilgi sahibi olmaması nedeniyle, kusur kuralı bu parametreyi içermez. Bir anlamda ihmalin olup olmadığı salt niteliksel özen analizine indirgenir<sup>254</sup>. Bunun sonucu olarak, kusur sorumluluğu kişiyi faaliyet seviyesi açısından etkin seçimler yapmaya sevk etmez<sup>255</sup>. Tabiatıyla kusur ve kusursuz sorumluluk arasındaki bu farkın hukuk politikası açısından önemi, somut olaya göre değişir. Örneğin riskin esas itibarla niteliksel özenden etkilendiği ve faaliyet seviyesinin önem taşımadığı hallerde (*günlük olağan yaşam riskleri*), kusursuz sorumluluğun belirgin bir üstünlüğünden bahsedilemez. Buna karşılık, zarar verenin her türlü *önleyici tedbiri* almasına rağmen, faaliyetin yine de önemli ölçüde riske yol açtığı hallerde, kusursuz sorumluluğun uygulanması isabetli olur<sup>256</sup>.

Bu noktada pozitif hukuka dair bazı tespitler yapmak uygun olur. Kişinin ihmal içerisinde davranıp davranmadığını değerlendirirken, sınırlı bazı hallerde mahkemelerin faaliyet seviyesini dikkate almaları mümkün olabilir. Bilhassa faaliyetin (*ne kadar olduğu bilinmemekle birlikte*) çok az fayda sağladığı ve buna rağmen yüksek risk içerdiği hallerde, kişinin doğrudan ihmalinin olduğu söylenebilir<sup>257</sup>. Nitekim Yargıtay'ın buna paralel bazı kararlarına rastlamak mümkündür<sup>258</sup>. Diğer tespit ise, faaliyet seviyesinin risk üzerinde önemli etkisinin olduğu bazı kaza tiplerinin Türk hukukunda kusursuz sorumluluğa tabi olmasıdır (KTK., TSHK., ÇK. ve MMMK.). Bu faaliyetlerin önemli bir kısmında, kişinin

---

<sup>253</sup> Bu görüş için bkz. GILLES G. Stephen, "Rule-Based Negligence and The Regulation of Activity Levels", *Journal of Legal Studies*, Vol. 21 (1992), s.319 vd. (Yazar, mahkemelerin uygulamada geliştirdikleri özenli davranış modellerinin, pek çok aktivite açısından aynı zamanda faaliyet seviyesini de içerdiğini belirtmektedir. Bu iddiasına dayanak olarak ABD mahkeme kararlarını incelemiş ve klasik hukuk ve ekonomi öğretisinin aksine, mahkemelerin genel olarak faaliyetin gerekliliği ve faydası ile ilgilendiğini ve bazen bunu özen standardına dahil ettiğini tespit etmiştir.)

<sup>254</sup> SHAVELL, s.25

<sup>255</sup> MICELI, s.67; COOTER/ULEN, s.332

<sup>256</sup> SHAVELL, s.24; MICELI, s.67

<sup>257</sup> SHAVELL, s.26

<sup>258</sup> 4. HD. 10.7.1958 T., 6571 E. 5745 K. (bkz. KARAHASAN, s.434)

faaliyet seviyesine ilişkin seçimi riski önemli ölçüde etkiler. Hatta bazılarını tehlikeli faaliyet olarak adlandırmak mümkündür. Bu hallerde kusursuz sorumluluğun öngörülmesi, kişinin faaliyet seviyesi açısından da etkin seçimler yapmasını sağlar. Dolayısıyla bu düzenlemelerin ilk bakışta ekonomik teoriye uyumlu olduğu söylenebilir<sup>259</sup>.

İdari maliyetler açısından baktığımızda ise, yukarıda belirtilen ilkeler büyük ölçüde geçerlidir<sup>260</sup>. Sorumluluk kurallarını kıyaslırsak, kusursuz sorumluluğun uygulandığı hallerde daha fazla yargılama olacak, buna karşılık kusur sorumluluğunda birim başı yargılama daha maliyetleri fazla olacaktır. Örneğin tehlikeli faaliyetler açısından kusursuz sorumluluk açık bir mukayeseli üstünlüğe sahip olmakla birlikte, bu hallerde kaza sayısının fazla olması nedeniyle daha fazla dava açılacaktır<sup>261</sup>. Bu şartlar altında teorik olarak herhangi bir sorumluluk kuralının birbiri karşısında üstünlüğünden bahsedilemez.

## **2. Risk Üzerinde Zarar Veren ve Zarar Görenin Etkili Olduğu Kurgu (*Bilateral Accidents*)**

### **a. Model**

Zararın ve riskin iki tarafın davranışlarından etkilendiği hallerde, zarar görenin aldığı önleyici tedbirlerin yanı sıra, faaliyet seviyesi de önem taşıyabilir. Mesela riske muhatap olan yaya veya bisiklet sürücüsü, daha az yola çıkarak riski azaltabilir. Hatta hiç yola çıkmayarak riski tamamen ortadan kaldırabilir. Tabiatıyla bu seçimlerin zarar gören açısından maliyeti, söz konusu faaliyetin sağlayacağı olası faydadan mahrum olmaktır. Riskin, faaliyetin seviyesinden etkilendiği hallerde, ekonomik açıdan ideal olan kişinin bu

---

<sup>259</sup> Bkz. aşağıda §2/III/C/2

<sup>260</sup> Bkz. yukarıda §2/I/A/1/e

<sup>261</sup> Gerçi tehlikeli faaliyetler açısından, kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda (*niceliksel özenin kontrol edilememesi nedeniyle*) daha fazla kazanın yaşanması beklenmelidir. Fakat bu hallerde zarar veren kusurlu sayılmayacağı için, tazminat sorumluluğu doğmayacak ve kaza sayısının fazlalığına rağmen daha az dava olacaktır. Oysa kusursuz sorumluluğun tatbik edildiği bir kurguda görece daha az kaza yaşanacak, buna karşılık zarar görenler uğradıkları zararlar için tazminat talep edebileceklerdir.

faktörü dikkate alması ve ancak (*marjinde*) net fayda sağlaması halinde faaliyete devam etmesidir. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun zarar göreni bu faktörü göz önünde tutmaya sevk etmesi isabetli olur. Aşağıdaki tablo çerçevesinde durumu açıklamaya çalışalım.

**Tablo VI**

		<b>Zarar Veren</b>		
		Faaliyet Yok	Faaliyet I	Faaliyet II
<b>Zarar Gören</b>	Faaliyet Yok	0,0 (0) <b>A</b>	0, 22 (0) <b>B</b>	0, 24, (0) <b>C</b>
	Faaliyet I	18, 0, (0) <b>D</b>	<b>(18-2), (22-3), (-5)</b>	<b>E (18-2) (24-4)(-8)F</b>
	Faaliyet II	21, 0, (0) <b>G</b>	(21-4) (22-3) (-9) <b>H</b>	(21-4)(24-4)(-11) <b>I</b>

Tablodaki kutularda yer alan ilk rakam zarar görenin, ikinci rakam zarar verenin elde ettiği faydayı ve parantez içerisindeki son rakam da *beklenen zarar maliyetini* ifade etmektedir. Her iki taraf açısından da üç ayrı faaliyet seviyesinin bulunduğu ve faaliyet seviyesinin artması ile birlikte beklenen zarar maliyetinin arttığı varsayılmıştır. Sadece her iki tarafın da faaliyet yaptığı kurguda kaza meydana geldiğine göre, sağ alt taraftaki dört kutu (E,F,H,I) içerisinde beklenen zarar maliyeti negatif bir rakam verilmiştir. Ayrıca sadece bu hallerde tarafların önleyici tedbir almaları istendiği için (*müşterek özen kurgusu*), kutularda (*negatif olarak*) önleyici tedbir maliyeti belirtilmiştir. Örneğin E olasılığında, ilk parantez zarar görene aittir ve ilk rakam faaliyetin faydasını, diğeri ise önleyici tedbir maliyetini göstermektedir. Her iki tarafın önleyici tedbir aldığı bu olasılıkta, zarar gören 16, zarar veren 19 YTL fayda sağlamaktadır. Ayrıca bu faaliyet seviyesinde, 5 YTL beklenen zarar maliyet söz konusu olmaktadır. Bu riskin hangi tarafın üzerinde kaldığı hakkında veri olmadığı için, tarafların faydalarından bağımsız olarak belirtilmiştir. Tablonun daha karmaşık hale gelmemesi için, herhangi bir tarafın önleyici tedbir almadığı durumda, beklenen zarar maliyetinin ne olacağı belirtilmemiştir. Fakat taraflardan biri tedbir almazsa,

beklenen zarar maliyetinin, önleyici tedbir almayan tarafın *tedbir maliyeti + 1* artacağı varsayılabilir. Örneğin zarar E olasılığında, zarar görenin özen göstermediğini ve zarar verenin kusursuz sorumlu olacağını varsayarsak, zarar verenin faaliyeti (22-3-5-3) 11 YTL'lik beklenen maliyete yol açar. Burada en son rakam olan “3” ise, zarar görenin önleyici tedbir almaması nedeniyle beklenen zarar maliyetindeki artışı ifade etmektedir<sup>262</sup>. Sosyal refah ( *tarafların toplam faydası-önleyici tedbir maliyetleri-beklenen zarar maliyetleri*) aşağıda da işaret edildiği üzere her iki tarafın da I nolu faaliyet seviyesinde kaldığı bir durumda maksimize olmaktadır. Şimdi bu kurgu çerçevesinde farklı sorumluluk kurallarının tarafların (*niceliksel*) özen gösterme ve idari maliyetler üzerindeki etkilerini değerlendirelim.

**Tablo VII**

		<b>Zarar Veren</b>					
		Faaliyet Yok		Faaliyet I		Faaliyet II	
<b>Zarar Gören</b>	Faaliyet Yok	(0)	<b>A</b>	22 YTL	<b>B</b>	24 YTL	<b>C</b>
	Faaliyet I	18 YTL	<b>D</b>	<b><u>30 YTL</u></b>	<b>E</b>	28 YTL	<b>F</b>
	Faaliyet II	21 YTL	<b>G</b>	27 YTL	<b>H</b>	26 YTL	<b>I</b>

### **b. Sorumluluğun Olmadığı Olasılık**

Sorumluluğun olmadığı durumda zarar verenin başkalarına gelecek olası zararları azaltmak için özen göstermesi beklenmez. Bu durumda zarar veren önleyici tedbir almayacağı gibi, gereğinden fazla faaliyet yapacaktır. Şüphesiz bu durum zarar verenin II

<sup>262</sup> Zarar veren, önleyici tedbir alacak ve yine de beklenen zarar maliyetini dikkate alacaktır. Ama artık bu 5 YTL değildir. Zira 5 YTL, zarar görenin özen gösterdiği bir durumda beklenen zarar maliyetini ifade eder. Oysa burada zarar gören tedbirsiz olduğuna göre, bu maliyet en az tedbir maliyeti kadar artacaktır. Nitekim biz varsayım olarak bunu, tedbir maliyeti +1 olarak belirttik. Bu durumda 5YTL + 3YTL olacaktır.

nolu faaliyet seviyesini tercih etmesi anlamına gelir. Öte yandan bu olasılık, yarattığı saik açısından zarar görenin kusursuz sorumluluğuna eşdeğerdir. Bu durumda zarar görenin hem faaliyet seviyesi, hem de önleyici tedbir açısından etkin davranma yönünde saiki olur. Yukarıdaki tablo ışığında belirtmek gerekirse, zarar veren I nolu faaliyeti seçerse faydası 22, II nolu faaliyeti seçerse 24 olduğu için II nolu faaliyet seviyesini tercih edecektir. Bu durumda zarar görenin üç ayrı seçeneği vardır. Faaliyet yapmayabilir, I nolu veya II nolu faaliyet seviyesini tercih edebilir. Faaliyetin yapılmaması tabiatıyla herhangi bir fayda sağlamaz. I nolu faaliyet seviyesi (16-8-5) 3 YTL, fakat II nolu (17-11-5) 1 YTL fayda sağladığı için, faaliyet seviyesini arttırmaz. Dolayısıyla zarar gören, faaliyet seviyesi ve önleyici tedbire ilişkin etkin seçimler yapar.

### **c. Kusursuz Sorumluluk**

Kusursuz sorumluluğun zarar verenin özenin her iki boyutu açısından da etkin davranmaya teşvik ettiği yukarıda belirtilmişti. Fakat zarar görenin zararı tam olarak telafi edildiği için, davranışının muhtemel zararını ve olasılık değeri üzerindeki etkisini göz ardı edecektir. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre önleyici tedbir almayacağı gibi, optimum olandan daha fazla faaliyet yapacaktır<sup>263</sup>. Öte yandan Türk hukukunda BK.m.44 hükmü zarar göreni (*niteliksel*) özen göstermeye teşvik eder. Eğer mahkeme zarar görenin göstermesi gereken özeni doğru belirler ve tazminatı da yeteri ölçüde tenkis ederse<sup>264</sup>, tazminat riski zarar göreni de etkin özeni göstermeye teşvik edecektir. Fakat bu standart niceliksel özen boyutunu içermeyeceği için, zarar gören, faaliyet seviyesinin risk üzerindeki etkisini göz ardı edecek ve gereğinden fazla faaliyet yapacaktır<sup>265</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, tablodaki kurgu ışığında zarar gören için rasyonel strateji kural olarak II nolu

---

<sup>263</sup> Somutlaştırmak gerekirse, zarar veren bu olasılıkta tüm sosyal maliyete katlanacak diğer taraftan zarar gören hem önleyici tedbir almayacak hem de II nolu faaliyeti yapacaktır. Bu durumda zarar verenin katlanması gereken sosyal maliyet de artacaktır.

<sup>264</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/2/d

<sup>265</sup> SHAVELL, Strict Liability, s.7; LANDES/POSNER, s.69; FAURE, s.366; COLE/GROSSMAN, s.240



faaliyet seviyesidir<sup>266</sup>. Zarar veren ise, zarar görenin II nolu faaliyeti seçtiği durumda üç ayrı olasılıkla karşılaşır. I nolu faaliyeti tercih ederse (22-3-9) 10 YTL, II nolu faaliyeti seçerse (24-4-11) 9 YTL fayda sağlayacaktır. Görüldüğü üzere bu kurguda tazminat riski zarar vereni özenin her iki boyutu açısından da etkin davranmaya sevk etmekte, buna karşılık zarar gören önleyici tedbir almakla birlikte gereğinden fazla faaliyet yapmaktadır.

#### **d. Kusur Sorumluluğu**

Kusur sorumluluğunun uygulandığı bir olasılıkta, mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni doğru tespit etmesi kaydıyla, tazminat riskinin zarar vereni etkin önleyici tedbir almaya sevk ettiğini buna karşılık faaliyet seviyesinin gereğinden fazla olabileceğini yukarıda belirtmiştik<sup>267</sup>. Zarar veren, mahkemenin belirlediği özen modeline uyması nedeniyle, gerçekleşen zararlardan kusurlu olmadığı için sorumlu tutulmayacak ve tüm zarara zarar gören katlanacaktır. Bunun doğal sonucu, zarar görenin özenin her iki boyutunu da dikkate alarak etkin özeni sergilemesidir<sup>268</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, zarar veren kural olarak önleyici tedbir alacak ve fakat daha fazla fayda sağladığı için II nolu faaliyet seviyesini tercih edecektir. Bu durumda zarar gören (*faaliyet yapmayı tercih ederse*), I nolu faaliyeti tercih edecektir. Zira burada faaliyet kendisine (16-8) 8 YTL fayda sağlarken, II nolu olasılıkta (17-11) 6 YTL fayda sağlayacaktır. Diğer taraftan Türk haksız fiil hukukunun zarar görenin kusurunu dikkate alması da esasen bu neticeyi değiştirmeyecektir.

---

<sup>266</sup> Her iki taraf açısından da her durumda faaliyet yapmak etkin olacağına göre, zarar gören mutlaka faaliyet yapacaktır. Öte yandan zarar verenin yaptığı faaliyet seviyesinden bağımsız olarak, faaliyet seviyesinin artırılması aynı ölçüde 1 YTL fayda artışı sağlamaktadır. Bu durumda zarar veren II nolu faaliyet seviyesini tercih edecektir.

<sup>267</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d

<sup>268</sup> SHAVELL, *Strict Liability*, s.7; LANDES/POSNER, s.69; COLE/GROSSMAN, s.240

### e. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar, niceliksel özen açısından tazminat riskinin zarar vereni ve zarar göreni aynı anda etkin davranmaya sevk etmesinin mümkün olmadığına işaret etmektedir<sup>269</sup>. Bunun temel nedeni ise, her iki tarafın eş zamanlı olarak tüm beklenen zarar maliyetlerine katlanmamalarıdır. Mevcut hukuk çerçevesinde, beklenen zarar maliyetine ya zarar veren ya da zarar gören katlanır. Kanun koyucu iki tarafın aynı anda beklenen zarardan sorumlu tutulmasına imkân veren düzenleme yapmadığı sürece (*örneğin beklenen zarara katlanmayan tarafın zarar ölçüğünde idari para cezası ya da vergilendirmeye muhatap olması gibi*), haksız fiil hukuku kurallarının bu iki yönlü kaza kurgusunda faaliyet seviyesini optimum olarak düzenlemesi mümkün değildir<sup>270</sup>. Bu durumda kurallardan biri veya diğerinin tercih edilmesi, kimin faaliyet seviyesinin kontrol edilmesinin kaza maliyetlerinde daha fazla etki göstereceğine bağlıdır<sup>271</sup>. Örneğin zarar verenin faaliyet seviyesinin risk üzerinde daha etkili olduğu hallerde *ki genellikle öyledir*, kusursuz sorumluluk kuralının tatbik edilmesi daha isabetlidir. Buna karşılık zarar görenin faaliyet seviyesi daha önemli ise, kusur sorumluluğunu tatbik etmek daha isabetli gözükmektedir<sup>272</sup>.

Nihayet bu kurguda idari maliyetler açısından, kusur veya kusursuz sorumluluk kuralları arasında önemli bir fark da yoktur. Dolayısıyla bunlardan herhangi birinin tercihi, idari değil, birincil maliyetler açısından yapılmalıdır. Mesela her iki tarafın da önleyici tedbir almasını istediğimiz, ama zarar görenin faaliyet seviyesinin daha önemli olduğu bir ihtimalde, idari maliyetler açısından kusur sorumluluğunun tatbiki etkindir. Buna karşılık sadece zarar verenin faaliyet seviyesinin önemli olduğu, buna karşılık zarar görenin riski etkilemesinin mümkün olmadığı hallerde kusursuz sorumluluğun uygulanması anlamlıdır.

---

<sup>269</sup> MICELI, s.67; COOTER/ULEN, s.333; COLE/GROSSMAN, s.240; SCHAFER/OTT, s.192,193; krş. FRIEDMAN, s.203

<sup>270</sup> SHAVELL, *Strict Liability*, s.7; krş. FRIEDMAN, s.203,204

<sup>271</sup> SHAVELL, *Strict Liability*, s.7; POLINSKY, s.50; krş. POSNER, s.194

<sup>272</sup> Hatta haksız fiil hukukunun uygulanması idari açıdan maliyetli ise ve kusur sorumluluğu beklenen zarar maliyetinin azaltılmasında ciddi bir fayda sağlamıyorsa, sorumluluğun olmaması daha etkin olabilir.

## C. Toplu Değerlendirme

### 1. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde yapılabilecek ilk tespit, herhangi bir sorumluluk kuralının tüm kurgularda etkin sonuçlar sağlamadığıdır. Hangi kuralın üstün olduğu, model kurgusuna dair varsayımların açıkça belirtilmesi ile cevaplanabilir. Yukarıda dört farklı kurgu çerçevesinde bu soruna cevap aramaya çalıştık. Her ne kadar farklı kurguların varlığı nedeniyle genel bir değerlendirme yapmak güçse de, analiz sonucunda vardığımız bazı temel noktaları kısaca belirtmekte yarar vardır. Kusursuz sorumluluk kuralı zarar vereni özenin her iki boyutu açısından etkin davranmaya teşvik etmekte, buna karşılık zarar görenin faaliyet seviyesini gerektiği gibi kontrol edememektedir. Kusur sorumluluğu ise, zarar göreni özenin her iki boyutu açısından da etkin davranmaya teşvik ederken, zarar verenin niceliksel özene ilişkin etkin seçim yapmasını sağlamamaktadır. Dikkat edilirse, bu iki kural arasında bir asimetri vardır. Aşağıdaki tablo, bu analizin birincil maliyetler açısından sonuçlarını özetlemektedir.

**Tablo VIII**

Hukuk Kuralı	Zarar Veren		Zarar Gören	
	Niteliksel Özen	Niceliksel Özen	Niteliksel Özen	Niceliksel Özen
<b>Yok</b>	Olumsuz	Olumsuz	Olumlu	Olumlu
<b>Kusursuz Sorumluluk</b>	Olumlu	Olumlu	Olumsuz	Olumsuz
<b>Kusur Sorumluluğu</b>	Olumlu	Olumsuz	Olumlu	Olumlu
<b>Kusursuz Sor. BK.m.44</b>	Olumlu	Olumlu	Olumlu	Olumsuz

Bu sonuçları dikkate alarak, karakteristik kazalara ilişkin bazı varsayımlar yürüterek bu iki kuralı mukayese etmek mümkün olabilir. Önce riskin temel olarak zarar

verenin faaliyetlerinden etkilendiğini ve faaliyet seviyesinin önemsiz olduğunu varsayalım. Bu halde kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının birincil ve üçüncül maliyetler açısından birbirleri karşısında açık üstünlükleri yoktur. Mesela günlük yaşamdaki olağan risklerde, genellikle bu varsayımların egemen olduğu söylenebilir. Buna karşılık faaliyet seviyesinin kazaların ortaya çıkmasında önemli etkisinin olduğu hallerde, kusursuz sorumluluk üstün hale gelmektedir<sup>273</sup>. Ayrıca niteliksel özenin her boyutunun mahkeme tarafından gözlemlenmesinin mümkün olmadığını da dikkate alırsak, bu üstünlük belirgin hale gelir<sup>274</sup>. Zarar üzerinde, zarar görenin etkisini dikkate alsak da, bu çıkarımlar önemli ölçüde değişmez. Zarar görenin faaliyet seviyesi kaza kurgusunda önemli bir parametre olmadığı sürece, kusursuz sorumluluk üstündür. Zira bu kural son tahlilde zarar vereni etkin/özenli davranmaya sevk ettiği gibi, zarar göreni de etkin önleyici tedbir almaya sevk etmektedir.

Özetle yukarıdaki analiz, kusursuz sorumluluk kuralının mukayeseli olarak daha üstün olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda Türk hukukunda sorumluluğun kusur esasına dayanmasını ilk bakışta ekonomik açıdan izah etmek güçtür<sup>275</sup>. Fakat bu analiz, üçüncül maliyetleri göz önünde tutmadığı gibi, gerçekçi olmayan varsayımları temel almaktadır. Dolayısıyla yapılan çıkarımların, pozitif hukuk ile bu aşamada mukayese edilmesi ve bir yargıya varılması doğru olmaz. Mesela üçüncül maliyetleri dikkate aldığımız zaman, kusursuz sorumluluğun bu avantajı bir ölçüde zayıflar. Haksız fiilden kaynaklanan her zararın dava konusu olması, yargılama sistemi üzerinde önemli bir yük teşkil eder. Bu durum, sorumluluğun kusur esasına dayanması için ilave bir gerekçe teşkil edebilir.

Aşağıda, analizin dayandığı varsayımları değiştirerek, daha gerçekçi varsayımların varılan sonuçlar üzerindeki etkisini değerlendireceğiz. Ayrıca haksız fiil

---

<sup>273</sup> LANDES/POSNER, s.107

<sup>274</sup> Krş. FAURE, s.367

<sup>275</sup> Üstelik Türk hukukunda objektif özen ödevi yükleyen normların kusur sorumluluğu özelliğini taşıdığını kabul ettiğimiz zaman (bkz. yukarıda §1/II/B), izahat iyice güçleşir.

hukukunda (*gelir dağılımı, ikincil maliyetler gibi*) diğer ekonomik amaçların da rol oynayabileceğini dikkate alarak, takip eden başlıkta, sorumluluk kurallarını bu açılardan değerlendireceğiz. Fakat bu noktada hukuk doktrini ile ekonomik teorinin çıkarımları arasında bazı paralelliklere dikkat çekmek istiyoruz.

## 2. Türk Hukuku ile Bazı Paralellikler: Özellikle Tehlikeli Faaliyetler

Faaliyet seviyesinin risk üzerinde etkili olduğu hallerde, kusursuz sorumluluğun üstün olduğunu belirttik. Türk hukukunda kusursuz sorumluluk öngören bazı düzenlemelerin (*KTK., TSHK. ve ÇK.*) genel olarak buna uyumlu olduğunu belirtelim. Taşıt ya da hava aracı işletilmesinin neden olabileceği riskler, aynı zamanda faaliyet seviyesinden de etkilenir. Kusursuz sorumluluk ise, işletenleri, faaliyet seviyesi seçimlerinin risk üzerindeki etkilerini dikkate almaya teşvik eder. Keza bu hallerde olası zarar görenlerin faaliyet seviyesi risk üzerinde fazla etkili değildir<sup>276</sup>. Bu faktörler ise, basit varsayımlara dayanan bu analiz çerçevesinde, birincil maliyetler açısından söz konusu düzenlemelerin etkin olduğuna işaret etmektedir.

Ekonomik teori ile hukuk doktrini arasındaki diğer paralellik, tehlikeli faaliyetlere ilişkindir. Hukuk doktrininde tehlikeli faaliyetlerin kusursuz sorumluluk kuralına tabi olması gerektiği hususunda yaygın bir görüş vardır<sup>277</sup>. Nitekim Türk hukukunda ve mukayeseli hukuklarda da, bu konuda çeşitli pozitif düzenlemeler mevcuttur<sup>278</sup>. Yukarıda vardığımız sonuçlar bu görüşe tamamen uyumlu olduğu gibi, ekonomik analiz, tehlikeli

---

<sup>276</sup> Bu özellik TSHK. ve ÇK. kapsamına giren kazalar açısından daha belirgindir. Bu hallerde genellikle zarar görenin zararı herhangi bir şekilde etkilemesi güçtür. Oysa KTK. açısından durum bir ölçüde farklıdır. Trafik kazaları genellikle zararın karşılıklı olduğu hallerin (*iki yönlü kazaların*) başında gelir. Fakat burada bir ayırım yapmak gerekir. Trafik kazaları açısından eğer zarar gören bir başka araç sürücüsü ise, bu durumda kusur sorumluluğu fiilen uygulama alanı bulmaktadır. Kusursuz sorumluluk ancak zarar görenin hareket halinde bir araç sürücüsü olmadığı hallerde tatbik edilmektedir.

<sup>277</sup> TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk s.29 vd.; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s.21 vd.; KOCH/KOZIOL, Comparative Conclusions, s.408

<sup>278</sup> Türk hukukunda kusursuz sorumluluk esasına dayanan düzenlemeleri belirttik. Bunların önemli bir kısmı tehlikeli faaliyetlere ilişkindir. ABD hukukunda da ortak hukukun prensiplerini belirten II. Restatement §520, tehlikeli faaliyetleri açıkça kusursuz sorumluluk esasına tabi kılmaktadır. Avrupa hukuk sistemlerinde de durum paraleldir. Bkz. KOCH/KOZIOL, Comparative Conclusions, s.407 vd.

faaliyetlerin neden kusur değil de kusursuz sorumluluk esasına dayanması gerektiğini son derece basit ve kuvvetli iki gerekçe ile açıklamaktadır<sup>279</sup>. Tehlikeli faaliyetleri karakterize eden unsur, risk seviyesinin yüksek olması ve önleyici tedbir alınmasına rağmen riskin önemli ölçüde azalmamasıdır<sup>280</sup>. Bu hallerde ise, riski etkileyen temel faktörün niceliksel özen (*faaliyet seviyesine*) olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zarar verenin özenin bu boyutunu dikkate alması, ancak davranışın tüm sosyal maliyetlerinden sorumlu olmasını gerektirir ki bu durum sorunun kusursuz sorumluluk ile düzenlenmesine işaret etmektedir.

Buna paralel diğer gerekçe ise, bu faaliyetler açısından sorumluluğun kusur esasına dayanması halinde, somut olayın gerektirdiği özen doğru tespit edilse dahi, faaliyetin net sosyal maliyete neden olması olasılığının varlığıdır. Diğer tipik haksız fiillerin aksine tehlikeli faaliyetlerde, beklenen zarar maliyeti yüksektir<sup>281</sup>. Faaliyetin beklenen zarar maliyeti görece yüksek olduğuna göre, bu maliyetin, faydasından daha fazla olması imkân dâhilindedir. Bu durumda faaliyet net sosyal maliyete neden olabilir. İşte kusursuz sorumluluk, tüm maliyeti içselleştirilmesi nedeniyle, zarar vereni faaliyetin sağladığı fayda ile risklerini dengelemeye teşvik ederek, faaliyetin ancak net refah sağlaması halinde yapılmasını teminat altına almaktadır<sup>282</sup>. Oysa kusur sorumluluğunda zarar veren pekala sosyal açıdan istenilen seviyenin üzerinde faaliyet yapabilir ve bu net sosyal maliyete neden olabilir<sup>283</sup>. Her ne kadar yukarıdaki analiz gerçekçi olmayan

---

<sup>279</sup> Krş. SHAVELL, *Strict Liability*, s.24; FRIEDMAN, s.200; FAURE, s.367

<sup>280</sup> Örneğin TİFTİK, tehlikeyi “zarar verme ihtimalinin yüksek olması veya söz konusu faaliyet ve işletmelerin yol açtıkları zararın nicelik ya da nitelik bakımından ağır olması” olarak tanımlamakta (TİFTİK, *Tehlike Sorumlulukları*, s.21) ve takip eden açıklamalarda da diğer faktörün önemini şu şekilde açıklamaktadır. “Kusur ilkesinin kişileri dikkatli davranmaya ve tedbir alarak zararı önlemeye sevk etme düşüncesi de bu alanda önemini büyük ölçüde kaybetmiştir. Zira bir kısım tesis, faaliyet ve işletmeler, her türlü tedbir alınsa dahi önlenemeyecek zararlı sonuçlara yol açabilmektedir.....” (TİFTİK, *Tehlike Sorumlulukları*, s.26). Dikkat edilirse Yazar, aynı zamanda kusursuz sorumluluğun zarar olasılığının azaltılmasında oynayabileceği rolü göz ardı etmekte ve Türk hukukunda yaygın bir şekilde yapılan hatayı tekrarlamaktadır.

<sup>281</sup> Esasen kusur sorumluluğunun uygulandığı hallerde, faaliyetin net sosyal maliyete neden olma ihtimali her zaman olasıdır. Fakat tehlikeli faaliyetler açısından bu olasılık artmaktadır.

<sup>282</sup> SCHAFER/OTT, s.116,117,148,149

<sup>283</sup> Bir örnekle somutlaştıralım, farz edelim zarar verenin yaptığı faaliyet (*inşaat alanında dinamit kullanmak*) 1000 YTL fayda sağlamakla birlikte, 1200 (%40x3000) YTL beklenen zarar maliyetine neden olsun. Etkin önleyici tedbirin maliyetininin 700 YTL olduğunu ve bu tedbirin riski 400 YTL’ye indirdiğini düşünelim (700<1200-400). Bu durumda zarar veren 700 YTL maliyete katlanacak ve faaliyete devam edecektir. Oysa

varsayımları temel almaktaysa da, varılan sonuçlar, tehlikeli faaliyetlerin kusursuz sorumluluk kuralları ile kontrol edilmesinin belirgin bir şekilde daha etkin olduğuna işaret etmektedir.

#### **D. Gerçekçi Varsayımlar Çerçevesinde Varılan Sonuçların Analizi**

Tabiatıyla yukarıdaki modeller ve buna bağlı değerlendirmeler, gerçekçi olmayacak derecede basit bazı varsayımları temel almaktadır. Örneğin zarar miktarının her zaman doğru değerlendirilebildiği, tarafların tam bilgiye sahip olduğu, diğer tarafın olası davranışını dikkate alacak ölçüde rasyonel davrandığı, yargılama sisteminden yararlanmanın maliyetsiz olduğu, somut olayın gerektirdiği özenin doğru belirlenebildiği varsayılmıştı. Şüphesiz haksız fiil hukuku, bu varsayımlar üzerine kurguladığımız dünyada uygulanmamaktadır. Bu nedenle yukarıda kusur ve kusursuz sorumluluğa dair yaptığımız çıkarımların, daha gerçekçi varsayımlar bağlamında gözden geçirilmesi uygun olur. Yaptığımız tüm varsayımların gerçekçi kılınarak yeniden inceleme yapılması, çalışmamızın boyutlarını aşar. Bu sebeple aşağıda önemli gördüğümüz varsayımları yeniden ele alacağız. Analizi basitleştirme adına, tek yanlı kaza kurgusu esas alınacaktır.

#### **1. Kusurun Belirlenmesinde Hata Yapılması**

##### **a. Genel Olarak**

Kusur sorumluluğuna dair yukarıdaki çıkarımlar, mahkemenin özenli davranışı doğru belirleyebildiğini ve sorumluluğunun mükemmel bir şekilde tatbik edildiğini varsaymaktaydı<sup>284</sup>. Eğer kusur sorumluluğu bu şekilde uygulansaydı, pratikte herhangi bir davanın açılmayacağı söylenebilirdi. Zira özensiz davranışın beklenen maliyetinin yüksek

---

zarar veren özenli davranışa dahi, bunun beklenen maliyeti (700+400) 1100 YTL'dir. Kusur sorumluluğu kişiyi etkin önleyici tedbiri almaya sevk etse bile faaliyet net sosyal maliyete neden olmaktadır.

<sup>284</sup> Şüphesiz kusurun değerlendirilmesinde hata yapılması, sadece zarar verenin değil, zarar görenin kusurunu dikkate alan kurallar açısından da önem taşımaktadır.

olması, zarar vereni özenli davranmaya sevk edecek, bu durumda kaza meydana gelse dahi zarar veren kusurlu olmayacağı için tazminat borcu doğmayacaktır<sup>285</sup>. Bunu öngören zarar gören ise, dava açma zahmetine girmeyecektir. Oysa pratikte kusura dayanan pek çok dava açılmaktadır. Peki, o zaman ekonomik açıdan bu durum nasıl izah edilebilir? Doktrinde zarar veren ve/veya zarar görenin bilgi eksikliği, irrasyonel davranışlar ve mahkemenin zararın belirlenmesinde hataya düşmesi gibi çeşitli nedenler ileri sürülmektedir<sup>286</sup>. Nitekim bunların bazıları aşağıda incelenmektedir. Fakat tabiatıyla dava açılmasının önemli bir nedeni, (*bilgi eksikliği nedeniyle*) mahkemenin kusuru belirlerken hata yapmasıdır. Analizin gerçekçi olması adına, bu hatanın vardığımız sonuçlar üzerindeki etkisi analiz edilmelidir.

Ama bundan önce, kusur kuralının pratikteki uygulanış şekline kaynaklanan bir nedeni belirtmek gerekir. Kusur kuralı uygulamada, bünyesinde her zaman bir ölçüde *kusursuzluk* vasfı barındırır<sup>287</sup>. Bunun iki sebebi vardır. Bunlardan ilki Türk hukukunda ihmalin tespitinde objektif teorinin benimsenmesidir<sup>288</sup>. İhmalin objektifleştirilmesine bağlı olarak, sübjektif özellikleri itibarıyla normal ve makul insandan farklı olan kişiler, ekonomik açıdan kusursuz da olsa sorumlu tutulma riski ile karşı karşıyadır<sup>289</sup>. Bir diğer neden ise, kişinin herhangi bir faaliyet veya davranışta bulunurken riski etkileyebilecek tüm faktörleri göz önünde tutmasının ve her daim davranışlarını mükemmel bir şekilde kontrol etmesinin mümkün olmamasıdır (*stochastic care*)<sup>290</sup>. Örneğin sürücü araba kullanırken veya yaya yolda yürürken, yol ve çevre şartlarına sürekli bir dikkat gösteremez, dikkat bazı anlarda dağılılabılır, gözü kamaşabilir veya aksırık tutabilir<sup>291</sup>. Bu hallerde davranışın riski artmakta ve/veya özen maliyeti “*anlık*” yükselmektedir. Fakat mahkeme, kişinin sürekli olarak ihtimamlı olamayacağını bir savunma olarak dikkate almıyorsa ki almadığını

---

<sup>285</sup> Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d

<sup>286</sup> LANDES/POSNER, s.72,73; SHAVELL, s.84; krş. FRIEDMAN, s.204

<sup>287</sup> LANDES/POSNER, s.72,73; FRIEDMAN, s.205

<sup>288</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/B/2

<sup>289</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §2/II/C/3/b/bb/bba

<sup>290</sup> LANDES/POSNER, s.72,73; DIAMOND, s.128,129; SHAVELL, s.81,82

<sup>291</sup> SHAVELL, s.82



söyleyebiliriz<sup>292</sup>, kişi (*ekonomik açıdan özenli olmasına rağmen*) kusurlu sayılacaktır<sup>293</sup>. Dolayısıyla bu iki neden, kusur sorumluluğunun aslında uygulamada kusursuz sorumluluğa yaklaştığına işaret etmektedir.

## b. Sistemik Hatalar

Mahkemenin nasıl bir hata yapabileceği hususunda farklı olasılıklar tasavvur edebilir. Örneğin akla ilk gelen olasılık, mahkemenin sistemik hataya düşmesidir. Hatanın sistemik olmasının önemi, zarar verenin bunu öngörmesi ve davranışlarını buna göre uyarlayabilmesidir. Hata, mahkemenin somut olayın gerektirdiği özeni olması gerekenden daha az (*I. Tip hata*) ya da daha fazla (*II. Tip hata*) belirlemesi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Bir örnek ile somutlaştıralım. Mesela 100 YTL'lik bir beklenen zarar maliyetinin (%10×1000), 40, 25 ve 20 olmak üzere üç ayrı önleyici tedbir ile sırasıyla 10 (%1×1000), 20 (%2×1000) ve 35 YTL (%3.5×1000) YTL beklenen zarar maliyetine azaltılabildiğini varsayalım. Aşağıdaki tablodan açıkça görüldüğü üzere burada etkin özen (*önleyici tedbir*), zarar verenin 25 YTL'lik bir tedbir almasıdır<sup>294</sup>.

**Tablo IX**

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Beklenen Zarar Maliyeti	Sosyal Maliyetler
0	0	100YTL	100 YTL
I	20 YTL	35 YTL	55 YTL
II	25 YTL	20 YTL	45 YTL
III	40 YTL	10 YTL	50 YTL

<sup>292</sup> Örneğin davalı sürücünün, davacı diğer sürücünün tazminat talebi karşısında gözünün kamaştığı ya da aksırdığını iddia ederek özensiz olmadığını iddia etmesi güçtür.

<sup>293</sup> Bunun sonucu ise, aşağıda belirtildiği üzere, kişinin bir anlamda kusurun belirlenmesinde belirsizlikle karşılaşması ve olması gerekenden daha fazla özen sergilemesidir (SHAVELL, s.81,82).

<sup>294</sup> 25 YTL'lik tedbir maliyeti, beklenen zarar maliyetindeki azalma açısından maksimum fayda sağlayarak sosyal maliyeti minimize etmektedir. İlk halde sosyal maliyet (20+35) 55 YTL, üçüncü halde (40+10) 50 YTL iken, ikinci halde (25+20) 45 YTL olmaktadır.

Eğer mahkeme bir nedenden dolayı (*mesela önleyici tedbirin risk üzerinde daha etkili olduğunu düşünmesi nedeniyle*) somut olayın gerektirdiği özenin 20 YTL'lik önleyici tedbirin alınması olduğuna hükmederse, doğal olarak zarar veren 25 değil, 20 YTL'lik önleyici tedbiri alacaktır. Zira zarar veren, özen standardına uyduğu durumda kusurlu bulunmayacaktır. Daha fazla özeni sergilemesi (*mesela etkin özeni göstermesi*) herhangi bir fayda sağlamayacak, buna karşılık net maliyete (5 YTL) katlanmasına neden olacaktır. *İkinci tip hatada*, mahkemenin belirlediği özenli davranış etkin özenden daha maliyetlidir. Bu tip hatalar, kural olarak aksi yönde sonuçlar doğurur. Örneğin bu örnekte, zarar veren özensiz davranırsa 100, I nolu özeni gösterirse 55, II nolu özeni gösterirse 45 ve III nolu özeni gösterirse 40 YTL beklenen maliyet ile karşılaşacak ve doğal olarak III nolu özeni gösterecektir. Bu ise, zarar verenin gereğinden fazla özen göstererek kaynak israf etmesi anlamına gelir.

Ama bu sonucun her zaman ortaya çıkmayacağını belirtelim. Eğer mahkemenin belirlediği özenli davranışın maliyeti, etkin özenden önemli ölçüde yüksek ise, zarar veren mahkemenin öngördüğü özeni değil, etkin özeni sergileyebileceğini belirtelim<sup>295</sup>. Örneğin bu örnekte, III nolu tedbirin 40 değil de 55 YTL maliyeti olduğunu ve mahkemenin bunu somut olayın gerektirdiği özen ölçütü olarak tespit ettiğini varsayalım. Bu durumda zarar veren mahkemenin belirlediği bu tedbiri değil (*zira 55 YTL maliyete katlanması anlamına gelir*), II nolu tedbiri alacağı görülebilir (*45 YTL*).

Özetle mahkeme kusurun belirlenmesinde sistematik hata yapıyorsa, ikili bir ayırım yapılmalıdır. Mahkeme I. tip hata yapıyorsa, zarar veren mahkeme tarafından belirlenen özenli davranışa uygun davranır. Bu ise zarar verenin gereğinden daha az tedbir alması anlamına gelir<sup>296</sup>. Buna karşılık II. tip hatanın yapılması halinde, zarar verenin

---

<sup>295</sup> SCHAFFER/OTT, s.145

<sup>296</sup> COOTER/ULEN, s.339; SCHAFFER/OTT, s.145; SHAVELL, s.83; DARI-MATTIACCI, s.25

mahkemenin belirlediği standarda uygun davranıp davranmayacağı, hatanın büyüklüğüne bağlıdır. Eğer etkin özen ile mahkemenin belirlediği özenli davranışın maliyetleri arasında önemli bir fark var ise, mahkemenin yaptığı hataya rağmen zarar veren etkin özeni sergilemeyi seçer. Buna karşılık hatanın ölçeği bu ölçüde büyük değilse, zarar veren mahkemenin belirlediği standarda uygun davranır ve gereğinden daha fazla özen gösterecektir<sup>297</sup>.

### c. Kusurun Belirlenmesinde Belirsizliğin Olması

Nihayet üzerinde durulması gereken diğer bir olasılık, mahkemenin sistematik olmayan hatalar yapması yani *hatanın yönü ve kapsamı konusunda belirsizliğin bulunmasıdır*. Mahkemenin kişinin özenini tam olarak gözleme imkânının olmaması ya da kişinin her daim özenli davranmaması, belirsizliğe neden olabilir. Kişi özensiz olmasına rağmen, mahkeme kişinin kusursuz olduğuna hükmedebilir (*I. tip hata*). Ya da aksine, kişi özen göstermesine rağmen, mahkeme kişinin ihmalinin olduğuna hükmedebilir (*II. tip hata*). Burada kişi hata olabileceğini bilmekte, fakat bunun yönünü öngöremediği için davranışlarını yukarıdaki gibi uyarlayamamaktadır. Böyle bir belirsizlik halinde ilk bakışta zarar verenin optimum özeni sergilemeyeceği, etkin seviyenin altında özen göstereceği düşünülebilir. Fakat bu intibaa yanıltıcıdır. Zarar veren açısından mahkemenin II. tip hata yapmasının zarar veren için beklenen maliyeti, I. tip hatadan daha fazladır. Bu durumda zarar veren genellikle etkin seviyeden daha fazla özen maliyetine katlanır<sup>298</sup>. Kısaca açıklayalım.

Belirsizlik ile karşı karşıya kalan zarar verenin özen seviyesini arttırması, kural olarak kusurlu bulunma olasılığını azaltır; aksi durumda ise arttırır<sup>299</sup>. Dolayısıyla zarar verenin subjektif öngörüsü çerçevesinde her iki şekilde de davranabileceği söylenebilir. Fakat bu iki davranış arasında, yol açtığı maliyetler itibarıyla bir asimetri vardır. Özensiz

<sup>297</sup> SHAVELL, s.83; SCHAFFER/OTT, s.145

<sup>298</sup> SHAVELL, s.80; DARI-MATTIACCI, s.26

<sup>299</sup> SCHAFFER/OTT, s.146

davranış, özen maliyetinden tasarruf etmesine rağmen, zarar verenin kusurlu sayılma olasılığını artırır. Bunun beklenen maliyeti ise, genellikle sağlanan tasarrufun faydasından daha fazladır<sup>300</sup>. Yani zarar veren için optimum olandan daha fazla özen sergilemenin maliyeti, özensiz ve kusurlu sayılması sonucunda muhatap olacağı tazminatın beklenen maliyetinden daha az olur. Bu durumda doğal olarak belirsizlik zarar vereni gereğinden daha fazla özen göstermeye teşvik eder<sup>301</sup>. Bir örnekle somutlaştıralım<sup>302</sup>.

**Tablo X**

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Zarar Olasılığı	Beklenen Zarar Maliyeti	Sosyal Maliyetler
I	2 YTL	%20	20 YTL	22 YTL
II	3 YTL	%12	12 YTL	15 YTL
III	5 YTL	%11	11 YTL	16 YTL

Bu örnekte II nolu özen seviyesini seçmesinin etkin olduğu açıktır. Fakat farz edelim ki, zarar veren mahkemenin özen seviyesini belirlerken hatalı davranabileceğini düşünsün. Bu hususta ise, 1/3 olasılıkla mahkemenin bir seviye ve %5 de iki seviye birden hata yaptığını varsayalım. Yani, kişinin I nolu özen seviyesini sergilemesine rağmen mahkeme her üç olaydan birinde, onun II nolu seviyede olduğunu ve her yirmi olaydan birinde de III nolu özeni sergilediğini belirlesin. Keza aynı şekilde II nolu özeni sergileyen zarar verenin, mahkeme tarafından 1/3 olasılıkla I nolu ve yine 1/3 olasılıkla III nolu özeni sergilediğini tespit etsin. Nihayet III nolu özen seviyesinde olan zarar verenin, 1/3 II nolu ve %5 olasılık da I nolu özeni sergilediğini belirlesin. Görüldüğü üzere bu örnekte I ve II. tip hata olasılıkları eşittir. Şimdi zarar verenin üç ayrı seçenek karşısında nasıl

<sup>300</sup> SHAVELL, s.80; COOTER/ULEN, s.341

<sup>301</sup> Bu durum, özenli ve özensiz davranış arasındaki beklenen maliyetteki kopukluktan kaynaklanır. Bkz. yukarıda §2/III/A/1/d

<sup>302</sup> Örnek için bkz. SHAVELL, s.80; SHAVELL, Foundations, s.225,226

davranacağına bakalım. Eğer zarar veren, mahkemenin hata yapabileceğini düşünerek I nolu özen seviyesini sergilerse, bunun beklenen maliyeti yaklaşık 14 YTL ( $2 + \%20 \times \%62 \times 100$ ); II nolu özen seviyesinin beklenen maliyeti yaklaşık 7 YTL ( $3 + \%12 \times \%33 \times 100$ ) olacaktır. Buna karşılık III nolu özen seviyesinin maliyeti ise 5.5 YTL ( $5 + \%11 \times \%5 \times 100$ ) olacaktır. Bu şartlar altında zarar verenin III nolu özen seviyesinde önleyici tedbir alacağı söylenebilir.

Son olarak kusurun belirlenmesindeki belirsizliğin, her zaman zarar vereni etkin seviyeden daha fazla özen göstermeye teşvik etmeyeceğini belirtelim<sup>303</sup>. Bu, somut olayda özen maliyeti ile risk seviyesi arasındaki ilişkiye bağlı olduğu kadar<sup>304</sup>, kişinin risk konusundaki algılamasına da bağlıdır. Örneğin zarar veren mahkemenin I. tip hatayı yapma olasılığını daha fazla olarak öngörüyorsa, gereğinden daha az özen sergileyebilir. Fakat genel olarak kusurun belirlenmesindeki belirsizlik, kişileri optimum seviyeden daha fazla özen sergilemeye teşvik eder.

## 2. Zararın Belirlenmesinde Hata Yapılması

Zararın tam ve doğru belirlenebileceğine dair varsayım gerçekçi değildir. Piyasada tedavül eden ve tam ikamesi olan malvarlığı değerleri haricinde, değerlendirme önemli bir sorundur. Nitekim manevi zarar ve özellikle haksız fiilin ölüme neden olması halinde bu açık bir şekilde görülebilir<sup>305</sup>. Zararın belirlenmesindeki hata olasılığı karşısında, sorumluluk kurallarına ilişkin yukarıda yaptığımız çıkarımların gözden geçirilmesi gerekir. İlk olarak sistematik olmayan, tesadüfî hatalar üzerinde duralım. Zarar veren, mahkemenin hata yapabileceğini düşünmekle birlikte, bunun yönü ve kapsamı konusunda bilgi sahibi değilse, mesela mahkemenin her iki yönde de hata yapabileceğini düşünüyorsa, kural

<sup>303</sup> SHAVELL, s.80 dpt. 9; SCHAFFER/OTT, s146

<sup>304</sup> Örneğin VIII nolu tabloda yer alan örnekte, aynı hata olasılıklarını tatbik ettiğimizde zarar verenin etkin özeni sergileyeceğini söyleyebiliriz. Yukarıda verilen rakamlar çerçevesinde zarar verenin az özen gösterirse ( $20 + \%3.5 \times \%62 \times 1000$ ) yaklaşık 43 YTL, ortalama özen gösterirse ( $25 + \%2 \times \%33 \times 1000$ ) 32 YTL ve gereğinden fazla özen gösterirse ( $40 + \%1 \times \%5 \times 1000$ ) 40.5 YTL maliyete katlanacaktır.

<sup>305</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm §4/I/B/2, §4/II/A ve §4/II/C/3

olarak davranışları bu hatadan olumsuz bir şekilde etkilenmez. Kişiler hatanın yönünü *ex ante* bilemeyecekleri için, ortalama tazminat riskini esas alırlar. Bu durumda tazminat riski onları etkin ve özenli davranışı sergilemeye teşvik eder<sup>306</sup>.

Buna karşılık hata sistematik ise, örneğin mahkemeler belirli zarar kategorilerini (*örneğin ölüm ya da cismani zarar*) olması gerekenden az (*I. tip hata*) ya da fazla (*II. tip hata*) değerliyorsa, durum farklıdır<sup>307</sup>. Bu ihtimalde, kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının ekonomik etkileri değişkenlik gösterir. Dolayısıyla bunları ayrı değerlendirmek gerekir. Önce kusursuz sorumluluğu ele alalım. I. Tip hatanın yapılması, davranış maliyetinin kısmen dışsallaştırılmasına ve zarar görenin özen saikinın zayıflamasına neden olur<sup>308</sup>. Mesela bir davranışın %10 olasılıkla 10000 YTL zarara neden olduğunu varsayalım. Eğer mahkemeler zarar tutarını 600 YTL olarak belirlerse, kişi doğal olarak davranışın beklenen maliyetini 100 değil, 60 olarak öngörecektir. Bu durumda zarar veren, davranışının dışsal maliyetin bir kısmını içselleştirmez ve özen seçiminde sadece 60 YTL'yi dikkate alır. Örneğin zarar veren, riski tamamen bertaraf eden, buna karşılık 70 YTL maliyeti olan bir önleyici tedbiri almaz. Benzer şekilde faaliyet seviyesi açısından da etkin seçimler yapılmaz.

*II. Tip hata* açısından bakıldığında ise, zarar verenin saiki tam aksi yönde etkilenir. Zarar ve tazminatın gerçek dışsal maliyetten fazla olması, davranışın beklenen maliyetinin artmasına yol açar. Bu maliyeti göz önünde tutan zarar veren ise, optimum olandan daha fazla özen gösterir<sup>309</sup>. Örneğin zarar 1000 değil, 1400 olarak belirlenirse, zarar veren için davranışın beklenen maliyeti 140 YTL olur. Bu durumda, zarar veren,

---

<sup>306</sup> SHAVELL, s.131; COOTER/ULEN, s.340, DARI-MATTIACCI, s.23

<sup>307</sup> Mahkemelerin zarar konusunda sistematik olarak I. tip hata yapması, sonuçları itibarıyla, zarar verenin kimliğinin belirlenememesi (*mesela ½ olasılıkla tazminat riskine muhatap olması*) nedeniyle her zaman kendisi aleyhine dava açılmadığı veya aciz sorunu nedeniyle tam tazminat riskine muhatap olmadığı haller ile eşdeğerdir. Dolayısıyla yukarıdaki çıkarımlar bu haller için de aynen geçerlidir.

<sup>308</sup> POLINSKY, s.41; DARI-MATTIACCI, s.22; COOTER/ULEN, s.337; krş. COLE/GROSSMAN, s.242,243

<sup>309</sup> COOTER/ULEN, s.337; POLINSKY, s.41

faaliyet kendisine daha fazla fayda sağlamıyorsa faaliyetten vazgeçebilir (*crushing liability*) veya potansiyel olarak riskin bedelinden daha fazla özen maliyetine katlanabilir<sup>310</sup>.

Kusur sorumluluğunda ise, bu hataların etkileri farklıdır. Mahkeme somut olayın gerektirdiği özeni doğru belirlerse, kusur sorumluluğu zarar veren üzerinde özenli/etkin davranma yönünde kuvvetli bir saik yaratır. Bu durumda, prensip olarak zararın tespitinde yapılan bu iki tip hatanın saik üzerindeki etkisi daha zayıftır<sup>311</sup>. Zarar miktarında ciddi bir hata yapılmadığı sürece, hatanın zarar verenin davranışları üzerinde olumsuz bir etkisi olmaz. Kişi etkin/özenli davranışları sergiler. Dolayısıyla kusur sorumluluğu açısından zarar miktarında hata yapılmasının olumsuz etkisi daha azdır<sup>312</sup>.

### 3. Zarar Veren Hata Yapması

Gerçek dünyada zarar veren ve zarar görenin, ekonomik modelin öngördüğü üzere, davranışlarının riskleri hakkında bilgi sahibi olması, bunları eksiksiz olarak hesaplaması ve bu riskleri en aza indiren özenli davranışı sergilemesi mümkün değildir. Bu sürecin herhangi bir aşamasında bilgi eksikliği ve/veya hata ile karşılaşılması son derece muhtemeldir. Örneğin kişi davranışının riskinden tamamen bihaber olabilir veya haberi olsa bile, bu riski nasıl azaltabileceğini bilmeyebilir. Şüphesiz bu hallerde haksız fiil hukukunun kişinin davranışını etkin bir şekilde kontrol etmesi güçtür. Fakat bilgi eksikliğinden kaynaklanan bu sorunlar, sadece haksız fiil hukukuna münhasır değildir. Riskli davranışları düzenleyen alternatif hukuki kurumsal yapılar (*regülasyon, vergilendirme*) da, bu tür

---

<sup>310</sup> Örneğin faaliyetin zarar verene 120 YTL fayda sağladığını düşünelim. Bu durumda tazminat riski, faaliyetin faydasından fazla olacağı için zarar veren faaliyeti yapmaktan vazgeçecektir. Keza zarar veren, riski tamamen bertaraf eden ve maliyeti 130 YTL olan bir önleyici tedbir alabilecektir.

<sup>311</sup> COOTER/ULEN, s.338,339; DARI-MATTIACCI, s.22,23

<sup>312</sup> Aciz sorunu açısından bu çıkarım önemlidir. Zararın yanlış değerlendirilmesi ve aciz sorunu, ekonomik açıdan aynı özelliklere sahiptir. Bu durumda kusur sorumluluğunda zararın değerlendirilmesinde hata yapılmasının ekonomik etkisi aciz sorununda da aynıdır. Aciz sorunu kusur sorumluluğunun uygulandığı hallerde her zaman kişinin davranışlarını olumsuz etkilemez. Mahkeme özenli davranış doğru belirlediği sürece, zarar verenin malvarlığı çok düşük olmazsa kişi mahkemenin belirlediği özen standardına uygun davranır.

sorunlardan benzer şekillerde etkilenir<sup>313</sup>. Dolayısıyla burada haksız fiil hukukuna özgü olabilecek bazı hatalar üzerinde durmak daha yerinde olur.

Zarar verenin hata yapması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Burada ilk akla gelen, kişinin davranışının riskini yanlış tahmin etmesidir. Bu zarar miktarı ya da olasılık değerinin yanlış algılanmasından ve/veya beklenen maliyetin yanlış hesaplanmasından kaynaklanabilir. Bilhassa olasılık değeri hususunda hata yapılması son derece muhtemeldir. Hatta yapılan araştırmalar, kişilerin sistematik olarak düşük olasılıklı riskleri göz ardı ettiğini ve bunları dikkate almadığını ortaya koymaktadır<sup>314</sup>. Örneğin böyle bir durumun olağan sonucu, tazminat riskine rağmen kişinin herhangi bir şekilde davranışlarını değiştirmemesi ve özenli davranmamasıdır. Bunun tam aksi bir durum ise, yaygın bir şekilde gündemde olan ve sonuçları yıkıma yol açabilecek risklerin abartılması, olasılık değerlerinin gerçekten fazla algılanmasıdır<sup>315</sup>. Örneğin 100.000 YTL'lik bir zararın gerçekleşme olasılığı 0.0001 değil de, 0.001 olarak algılanırsa, davranışın riski 10 değil 100 YTL olmaktadır. Şüphesiz bu durumda kişi riski fazla algıladığından, gereğinden fazla özen gösterme eğiliminde olur.

Diğer olasılık ise, kusur sorumluluğunda somut olayın gerektirdiği özen konusunda hataya düşülmesidir. Doğal olarak böyle bir durumda zarar veren özenli davranış modeli olduğuna inandığı davranışı gerçekleştirir. Bu davranış optimum özenden az veya çok olabilir. Fakat eğer zarar verenin, somut olayın gerektirdiği özen standardı olduğunu düşündüğü davranışın maliyeti çok yüksekse, zarar veren ihmal içerisinde

---

<sup>313</sup> Nitekim yukarıda hukuk politikası açısından bilgi maliyetinin önemli bir faktör olduğunu ve tercih edilecek hukuki kurumsal yapının mahiyetinde belirleyici olabileceğini belirtmiştik (Bkz. §1/II/B1). Fakat şu tespiti de yapmak gerekir. Kişinin bilgi eksikliği ve irrasyonel davranışları ne kadar fazla ise, haksız fiil hukukunun diğer kurallar karşısında dezavantajı o ölçüde artar. Haksız fiil hukukunun, bilgi maliyeti külfetini zarar veren ve zarar görene yüklemesinden kaynaklanan bu durum, regülasyon gibi, açık ve standart kuralların tercihini gerektirebilir.

<sup>314</sup> JOLLS/SUNSTEIN/THALER, s.14 vd.; ayrıca bkz. genel olarak TVERSKY Amos /KAHNEMAN Daniel (ed.), "Choices, Values and Frames", Cambridge University Press, 2000

<sup>315</sup> Bkz. bu konuda Birinci Bölüm §6/I/B



davranarak tazminat riskine muhatap olmayı tercih edebilir<sup>316</sup>. Öte yandan zarar veren, mahkemenin özenli davranışı belirlerken hataya düşeceğini düşünüyorsa, burada gereğinden fazla tedbir alacaktır. Nitekim bu yukarıda açıklanmıştı<sup>317</sup>.

## **E. Kusur ve Kusursuz Sorumluluğun Diğer Ekonomik Amaçlar Işığında Analizi**

Sorumluluğun kusur veya kusursuzluk esasına dayanmasında çok çeşitli mülahazalar rol oynayabilir. Bunlar ekonomik ve/veya ekonomik olmayan (*denkleştirici adalet, hakkaniyet*) normatif düşüncelere dayanabilir. Örneğin zarar verenin kusursuz olarak tüm zararlardan sorumlu olması gerektiği, zira zarar görenlerin zarar verenler karşısında korunmaya daha muhtaç olduğu (*dağılımsal amaç*) veya zarar verenin sorumlu olduğu tazminat tutarını topluma yayabileceği ve zararın bu şekilde paylaşılmasının (*loss spreading*)<sup>318</sup> sosyal açıdan arzu edilen bir sonuç olduğu iddia edilebilir. Kuralların vazedilmesinde ve yorumunda da bu tür mülahazalar etkili olabilir<sup>319</sup>. Bunların haksız fiil hukukunda rol oynadığını ve/veya oynayabileceğini kabul etmekle birlikte, normatif açıdan benimsediğimiz amaçtan daha üstün tutulmaması gerektiğini düşünüyoruz. Fakat yine de burada kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının, *gelir dağılımı ve ikincil maliyetler* üzerindeki etkilerine kısaca değinmekte fayda vardır.

### **1. İkincil Maliyetler (*Secondary Costs*)**

Yukarıda kazaların yol açtığı sosyal maliyetin önemli bir parçasının, *ikincil maliyetler* olduğunu belirtmiş; fakat bilhassa sigorta kurumunun varlığı nedeniyle, haksız

---

<sup>316</sup> SHAVELL, s.83

<sup>317</sup> Bkz. yukarıda §2/III/D/1c

<sup>318</sup> Bkz. CALABRESI, Risk Distribution, s.517 vd.

<sup>319</sup> Bu amaçlar için bkz. CALABRESI, s.39 vd. Ayrıca kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde rol oynayan amaçların değerlendirilmesi hakkında bkz. KOCH/KOZIOL, Comparative Conclusions, s.407-413; TANDOĞAN, Kusursuz Sorumluluk, s.4-7

fiil sorumluluğunun bu maliyetler üzerindeki etkisini göz ardı etmişik<sup>320</sup>. Burada tarafların riski sigortalama imkânının olmadığını ve birincil maliyetlerin önemsiz olduğunu varsayarak, ikincil maliyetleri dikkate aldığımızda hangi sorumluluk kuralının daha avantajlı olabileceğini inceleyeceğiz. Normatif olarak ikincil maliyetleri göz ardı ediyorsak da, netice itibarıyla riskin etkin bir şekilde tahsis edilmesi refahı artırır. Bu nedenle birincil maliyetlerin azaltılması amacı ile çatışmadığı sürece, *ikincil maliyetler* hukuk kurallarının ihdas edilmesi ve yorumunda dikkate alınması gereken bir amaçtır.

İlk yapılması gereken tespit, sorumluluk kurallarının ikincil maliyetler üzerindeki etkilerinin farklı olduğudur. Kusursuz sorumluluk, zarar göreni daima telafi ettiği için, ekonomik açıdan zarar görenin sigorta edilmesi ile aynı işleve sahiptir<sup>321</sup>. Oysa kusur sorumluluğunda durum aksinedir. Zarar verenin gereken özeni sergileyeceğini ve dolayısıyla kusurlu ve sorumlu olmayacağını varsayarsak, zarara, zarar veren katlanacaktır. Bu ise sorumluluğun olmadığı kurguya paraleldir<sup>322</sup>. Fakat bu kuralların farklı etkileri, örneğin kusursuz sorumluluğun zarar göreni sigortalaması, bunun kusur sorumluluğundan daha üstün olduğu anlamına gelmez. Zira bu halde de zarara zarar veren katlanır. Eğer zarar gören değil, zarar veren risk sakınan ise, tazminatın sigorta işlevi anlamsızdır. Dolayısıyla zarar veren ve zarar görenin risk karşısındaki konumlarını bilmeksizin *apriori* bir yargıya varılamaz.

Riskin tahsisi, kişinin risk sakınan olması halinde özel önem taşır<sup>323</sup>. Bu çerçevede zarar görenin *risk sakınan*, fakat zarar verenin *risk kayıtsız (ya da risk sever)*

---

<sup>320</sup> Bkz. İkinci Bölüm §3/II/C ve §3/II/E

<sup>321</sup> Şüphesiz burada haksız fiil hukukunun eksiksiz işlediğini, zararın değerlendirildiğini, tazminata eşit olduğunu, zarar verenin kimliğinin belirli olduğunu ve tazminatı ödeyebilecek malvarlığına sahip olduğunu varsayıyoruz.

<sup>322</sup> Sorumluluk yok ise, doğal olarak zarar riskini zarar gören taşıyacaktır. Zarar görenin risk sakınan olması halinde bu kural etkin değildir. Zarar görenin risk kayıtsız, zarar verenin risk sakınan olduğu hallerde aksine etkindir.

<sup>323</sup> Riskin etkin tahsis edilmesi için, taraflardan birinin mutlaka risk sakınan diğerinin ise risk kayıtsız ya da risk sever olması şart değildir. Bir tarafın risk sakınan, diğer tarafın daha az risk sakınan olması halinde de, daha az risk sakınan kişinin riski taşıması etkin olabilir.

olduğu hallerde kusursuz sorumluluk, aksi halde kusur sorumluluğu etkin bir kuraldır<sup>324</sup>. Fakat aksi bir durumda, mesela kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kaza kurgusunda, zarar gören risk sakınan ise, riski taşımakla kalmayacak, zararı azaltmak için gereğinden fazla özen maliyetine katlanacaktır<sup>325</sup>. Benzer şekilde zarar verenin risk sakınan olduğu kusursuz sorumluluk kurgusunda, aynı sonuç zarar veren açısından ortaya çıkar<sup>326</sup>. Bu prensipler, somut bir ihtilafta hangi sorumluluk kuralının uygulanmasını isabetli olacağını belirtse de, genel olarak hangi sorumluluk kuralı ile düzenlenmesi gerektiği konusunda yol gösterici olmaktan uzaktır. Zira zarar verenin veya zarar görenin risk karşısındaki konumlarına dair *genel* bir varsayım yapılamaz. Örneğin Türk hukukunda sorumluluğun kusur esasına dayanmasının ikincil maliyetler açısından isabetli olduğu, zira Türkiye’de ortaya çıkan kazalarda zarar verenlerin *risk sakınan*, zarar görenlerin ise *risk kayıtsız* olduğu ileri sürülemez.

Tarafların risk karşısındaki konumları, büyük ölçüde zarar miktarı ile servet arasındaki ilişkiye bağlı olduğu için, genellikle somut olayı değerlendirmek gerekir. Örneğin zarar verenin büyük (*ve özellikle halka açık*) bir şirket ya da kamu kurumu olduğu, buna karşılık zarar görenin bir gerçek kişi (*müstahdem*) olduğu bir durumda, salt ikincil maliyetler açısından kazanın riskine zarar verenin katlanması daha isabetlidir. Öte yandan sınırlı bazı hallerde faaliyetin mahiyeti, en azından zarar verenin risk kimliği konusunda genel çıkarımlar yapmaya müsaittir. Bilhassa hukuk düzeni, faaliyetin yapılabilmesini bazı şartlara tabi kılmışsa (*mesela ruhsat ya da lisans alınması*) ve/veya kişinin asgari koşulları taşımasını (*tüzel kişilik, asgari sermaye vs.*) öngörmüşse, değerlendirme yapmak kolaylaşır. Mesela sivil hava aracı işletenin (TSHK.), petrol hakkı sahibinin (PK.) ve imalatçının (TKHK.) kusursuz sorumluluğunu öngören kurallar açısından, risk kimliğine dair tahmin yapmak güç değildir<sup>327</sup>. Bu hallerde olası sorumlu kişilerin risk kayıtsız ve zarar görenlerin

---

<sup>324</sup> Krş. LANDES/POSNER, s.66; SHAVELL, s.209,210; POLINSKY, s.69

<sup>325</sup> Örneğin faaliyeti daha az yapacak veya daha fazla önleyici tedbir alacaktır.

<sup>326</sup> SHAVELL, s.209

<sup>327</sup> Türk hukukunda içtihat yolu ile kabul edilen kusursuz sorumluluk hali olan (Yarg. HGK. T. 18.3.1987, 9-722/203), işverenin, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlar açısından da, tarafların risk karşısındaki kimlikleri konusunda bir çıkarım yapılabilir. Burada genel olarak işçinin risk sakınan, işverenin risk kayıtsız

de büyük olasılıkla risk sakınan olacağı söylenebilir. Özellikle ilk iki faaliyet açısından bu fark daha belirgindir. Bu hallerde sorumlu kişilerin riski etkin bir şekilde taşıması bir kenara, yaptıkları ekonomik faaliyetin mahiyeti riski topluma yaymalarına olanak sağlayabilir. Örneğin piyasa şartlarının imkân vermesi halinde, risk priminin fiyata yansıtılması mümkündür. Keza bu kişiler riski daha etkin bir şekilde sigortalayabilirler<sup>328</sup>. Dolayısıyla bu hallerde zarar verenin kusursuz sorumlu tutulması, riskin etkin tahsis edilmesi açısından isabetlidir. Fakat mesela başka bir kusursuz sorumluluk öngören Karayolları Trafik Kanunu açısından bu değerlendirmeyi yapmak güçtür. Bir trafik kazasında, zarar görenin<sup>329</sup> araç işletenine kıyasla genel olarak risk nedeniyle daha fazla himayeye ihtiyacı olduğunu varsaymak için bir neden yoktur. Tarafların kimliklerine dair genel çıkarım yapılamadığı hallerde ise, sorumluluk kurallarını ikincil maliyetler açısından mukayese etmek mümkün değildir.

Bu noktada, ikincil maliyetlerin haksız fiil hukukunun tatbikinde başka bir şekilde rol oynayabileceğini belirtelim. Türk hukukunda Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri tazminatın tenkis edilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi vermektedir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, ikincil maliyetler mülhazasını dikkate alırsa, tazminatın tenkis edilmesi bu maliyetleri azaltarak refahı arttırabilir<sup>330</sup>. Üstelik somut olay kurgusunda tarafların risk kimleri hususunda çıkarım yapmak da güç değildir. Örneğin kusursuz sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda, zarar verenin zarar görene kıyasla risk karşısında daha fazla himaye edilmesi gerektiğini düşünüyorsa, tazminatı tenkis edebilir. Üstelik

---

olduğu söylenebilir. Bu durumda salt ikincil maliyetler açısından baktığımız zaman, işverenin kusursuz sorumlu tutulması etkindir. Fakat tabiatıyla ikincil maliyetler açısından yapılacak değerlendirmelerin genelinde olduğu üzere, burada da sigorta kurumunun varlığı haksız fiil hukuku sisteminin bu konuda oynayabileceği rolün önemini zayıflamaktadır. Genel olarak bu tür riskler sosyal sigorta sistemi ile himaye edildiğine göre, aynı zamanda haksız fiil hukukundan yararlanmak (*sadece ikincil maliyetler açısından*) kaynak israfına neden olur.

<sup>328</sup> COOTER/ULEN, s.356

<sup>329</sup> KTK. çerçevesinde kusursuz sorumluluk 85/1. madde çerçevesinde uygulama alanı bulur. Fakat eğer hareket halindeki aracın neden olduğu kazada zarar gören hareket halindeki başka bir araç ise, zaten kusursuz sorumluluk değil, kusur sorumluluğu tatbik edilir. Dolayısıyla burada zarar gören, ya hareket halinde olmayan aracın maliki ya da bu aracı ticari bir şekilde kullanan kişi ya da bir yaya olacaktır. Yayaların ise genel olarak risk sakınan, sürücülerin risk kayıtsız olduğu söylenemez.

<sup>330</sup> Krş. POSNER, s.189

ilginç bir şekilde Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin lafzı, bu türden bir yoruma pozitif dayanak teşkil etmektedir. Maddenin ikinci fıkrası, (*zararın kasten veya ağır ihmâl ile gerçekleştirilmemesi şartıyla*), tazminat borcunun borçluyu müzayaka haline sokmasını bir tenkis nedeni olarak düzenlemiştir. Bu ise, zarar verenin risk sakınan olduğuna ve dolayısıyla tenkisin riski daha etkin bir şekilde tahsis edebileceğine işaret eder. Yine benzer şekilde her iki tarafın eşit derecede risk sakınan olduğu bir durumda da zararın taraflar arasında paylaşılması riskin etkin tahsis edilmesine hizmet eder<sup>331</sup>.

İkincil maliyetlere dair değerlendirmelere son vermeden evvel, tüm bu hallerde sigorta kurumunun varlığının, haksız fiil hukukunun bu hususta oynayabileceği olumlu rolü önemli ölçüde zayıflattığını tekrar belirtelim. Dolayısıyla bu değerlendirmeler, tarafların risk kimliklerine ilişkin değerlendirme yapılabildiği ve serbest piyasanın riski sigortalama imkânı sunmadığı hallerde önem kazanır.

## 2. Refah Dağılımı

*Coase teoremine* ilişkin açıklamalarda da belirttiğimiz üzere<sup>332</sup>, hukuk kuralları refah dağılımını etkiler. Dağılımsal kaygılar ise, hukuk politikasında her zaman önemli bir yer tutar. İşlem maliyetinin yüksek olduğu hallerde, teorik olarak özel hukukun refah dağılımının bir aracı olarak kullanılması mümkündür<sup>333</sup>. Bu bağlamda, haksız fiil hukukundan da yararlanılması düşünülebilir. Tazminat borcu son tahlilde, belirli bir malvarlığı değerinin davalıdan davacıya transfer edilmesine yol açmaktadır. Bu halde, zarar görene tanınan sübjektif hak ve tazminatın kapsamı, refahın yeniden dağıtılmasının temel

---

<sup>331</sup> POLINSKY, s.69; SHAVELL, s.210

<sup>332</sup> Bkz. İkinci Bölüm §2/C/1

<sup>333</sup> Esasen *Coase teoremi* işlem maliyetinin olmadığı bir kurguda dahi hukukun dağılımsal etkileri olduğuna işaret etmektedir. Fakat taraflar arasında sözleşmesel ilişki ya da genel anlamda bir piyasa ilişkisi var ise (*yani işlem maliyetleri düşükse*), hukukun dağılımsal amaçlara hizmet etmesi güçleşir (bkz. POLINSKY, s.121 vd.). Dolayısıyla eğer dağılımsal amaçlar izlenecekse, refah transferinin yapıldığı taraflar arasında işlem maliyetinin olması gerekir.

aracı olmaktadır<sup>334</sup>. Refah dağılımı açısından sorumluluk kurallarını mukayese ettiğimiz zaman, kusursuz sorumluluğun refahı zarar gören lehine, kusur sorumluluğun ise zarar veren lehine yeniden dağıttığı söylenebilir. Bu durumda kanun koyucu refahı kimin lehine dağıtmak istiyorsa, sorumluluk kuralları arasındaki tercihinı buna göre kullanabilir. Örneğin zarar görenin refahı arttırılmak isteniyorsa, kusursuz sorumluluk kuralının benimsenmesi isabetli olur. Buna karşılık refahın zarar veren lehine yeniden dağıtılması uygun görülüyorsa, sorumluluk kuralının olmaması veya en azından kusur sorumluluğunun tatbiki yerindedir.

Refah dağılımı hukuk politikası açısından önemli olsa da, düşüncemize göre bu mülahazanın sorumluluk kurallarının tercihinde rol oynamaması isabetli olur. Her şeyden önce, meydana gelen kazalarda zarar gören ve zarar verenlerin genel olarak kimlikleri hakkında çıkarım yapılamaz. Bu yapılamadığı sürece, refahın neden ve kime transfer edileceğine dair tercih yapılamaz. Örneğin trafik kazalarından doğan zararlar için kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği, zira sürücülerden yayalara refah transferinin sosyal açıdan arzu edildiği ileri sürülemez. Daha da önemlisi, refah transferinin ne zaman sosyal refahı arttırdığı hususu dahi son derece tartışmalıdır. Net ölçütler ortaya konmadığı sürece, haksız fiil hukukunun bu amaca hizmet etmesi güçtür. Nihayet daha önce de belirtildiği üzere özel hukuk, dağılımsal amaçların izlenmesine elverişli bir hukuki kurumsal yapı değildir<sup>335</sup>. Vergi hukuku gibi daha etkin hukuki kurumsal yapılar mevcutken, haksız fiil hukuku gibi son derece maliyetli bir kurumdan yararlanmak anlam taşımamaktadır.

---

<sup>334</sup> Bu hakkın kapsamı ne kadar geniş olursa, yeniden dağıtımın ölçüğü o kadar büyür.

<sup>335</sup> Özel hukuk kurallarının neden refah dağılımının aracı olarak kullanılmaması gerektiği konusunda bkz. Birinci Bölüm §6/III/B

## SONUÇ

Tezimizde tespit ettiğimiz önemli bazı hususları ve vardığımız temel sonuçları, “*de lege feranda*” gözlemlerimizle birlikte şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Hukuk ve ekonomi öğretisi, hukukun ekonomik analizini konu almaktadır. Ekonomik analiz, davranış teorileri vasıtasıyla, hukukun, kişilerin davranışları üzerindeki etkilerinin incelenmesi olarak tanımlanabilir. Temel yaklaşıma göre, kişiler, kuralın yaptırımını maliyet olarak algılamakta ve buna göre davranışlarını değiştirmektedir. Kişinin rasyonel olarak faydasını maksimize ettiği varsayıldığı takdirde, hukuk kuralının kişinin davranışlarını ne yönde değiştirdiğini öngörmek mümkün olmaktadır. Bu öngörü genelleştirildiği takdirde ise, hukuk kurallarının sosyal ve ekonomik etkileri hakkında çıkarımlar yapılabilmektedir. Hukuk ve ekonomi arasında yadsınamaz bir etkileşim, hatta bağımlılık olduğuna göre, hukuk kurallarının bu etkilerinin analiz edilmesi son derece yararlıdır. Dahası, kaynakların kısıtlı olduğu gerçeği dikkate alınır, hukuk kuralları ile izlenmesi gereken amaçlardan biri, ekonomik etkinlik olmalıdır. Zira toplumdaki kaynakların tahsis edilmesinde, hukukun önemli bir rolü vardır. Etkinlik amacı, mevcut kaynakların israf edilmeksizin, maksimum fayda sağlanacak şekilde kullanılmasını sağlamaya yöneliktir.
2. Hukukun ekonomik analizi doktrinde ciddi tartışmalara yol açmıştır. Hukuk kurallarının kişilerin davranışlarını değiştirdiğinde şüphe yoktur. Fakat ekonomi biliminin davranış teorilerinin, bu değişikliği öngörmeye elverişli olup olmadığı tartışılabilir. Kişinin hukuki ilişkilerde rasyonel davrandığı ya da yaptırımını bir maliyet olarak algılayarak, davranışlarını optimize ettiği, teorik açıdan tereddütle karşılanabilecek bir savdır. Bu, büyük ölçüde somut olaydaki hukuki ilişkiye bağlıdır ve son tahlilde ampirik veriler çerçevesinde çözümlenmelidir. Dahası, ekonomik etkinlik amacının hukuk için uygunluğu da şüphelidir. Her şeyden önce bu kavramın neyi ifade ettiği belirsizdir. Bunun yanı sıra, uygulanmasında ciddi

zorluklar ve teknik problemler vardır. Ama bundan da önemlisi, etkinlik ölçütü, ahlak felsefesi açısından sorunludur ve dolayısıyla hukukun amacı etkinlik değil, adaletin sağlanması olmalıdır.

3. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, haksız fiil teşkil eden davranışlar olumsuz dışsallık teşkil eder. Olumsuz dışsallık bir piyasa aksaklığıdır. Buradaki aksaklık, davranışta bulunan kişinin davranışının tüm maliyetlerini göz önünde tutmaması ve faaliyeti, sosyal açıdan arzu edilen seviyeden fazla yapmasıdır. Bu, kaynak tahsisinde etkinsizliğe neden olmaktadır. Klasik teoriye göre, bu durum, devletin, aksaklığı düzeltmek üzere hukuk kuralları ile müdahale etmesine meşru bir zemin teşkil eder. İşte haksız fiil hukuku da, tazminat aracılığı ile, dışsal maliyetleri *ex post* olarak fiyatlandırmakta ve bunların içselleştirilmesine (*bir anlamda fiyat sistemine dahil olmasına*) hizmet etmektedir. Dolayısıyla, ilk bakışta haksız fiil hukukunu ekonomik açıdan meşru bir temele dayandırmak mümkündür.
4. Bu yaklaşıma göre, tazminat riski kişiler için bir risk ya da beklenen maliyet teşkil eder. Bu risk, rasyonel bireylerde, davranışlarını uyarılma ve örneğin özenli davranma yönünde saik yaratır. Zira özenli davranışlar, davranışın risklerini azaltarak, kişinin muhtemel tazminat sorumluluğunun kapsamını azaltır. Bu bakış açısı çerçevesinde, haksız fiil hukuku, *ex post* uygulanmakla birlikte riskli davranışları düzenlemektedir.
5. Meseleye olumsuz dışsallık perspektifinden bakıldığı zaman, haksız fiil hukukunun dışsallık sorununu düzenleyen hukuki kurumsal yapılardan sadece birisi olduğu görülmektedir. Ekonomik açıdan amaç, dışsallık sorununu en etkin şekilde çözümleyen hukuki kurumsal yapının belirlenmesidir. Bu çerçevede haksız fiil hukukunun ne ölçüde uygulanması gerektiği, bu kurumsal yapının, alternatifleri karşısında mukayeseli üstünlüğüne bağlıdır. Eğer somut olayda alternatif bir hukuk kuralı, sorunu daha etkin bir şekilde düzenliyorsa, normatif olarak haksız fiil hukukunun ikame edilmesi uygun olur. Nitekim mukayeseli kurumsal analiz olarak adlandırılan bu faaliyet, hukuk ve ekonomi öğretisinin temel konularından biridir. Klasik ekonomik yaklaşım, dışsallık sorununun çözümünde vergilendirme ve



regülasyon alternatifleri üzerinde durmaktadır. Örneğin vergilendirmede, dışsallığa yol açan faaliyet sahibi, dışsallığın beklenen maliyeti ölçüsünde vergiye muhatap olmakta, bu şekilde kişi davranışlarını değiştirmektedir. Regülasyonda ise, kural koyucu, doğrudan faaliyet sahibinin nasıl davranması gerektiğini kuralda öngörmektedir.

6. Hukukun ekonomik analizinin başlangıcı ile özdeşleştirilen *Coase teoremi* ise, dışsallığın ele alınışında, farklı bir perspektif sunmuştur. Her şeyden önce dışsallık iki taraflı bir sorundur. Amaç dışsallığın ortaya çıktığı kurguda, maksimum refah yaratan bir üretimi sağlamak ise, bazı hallerde dışsallığa, bundan olumsuz etkilenen tarafın katlanması gerekebilir. Dolayısıyla her durumda, dışsal maliyete yol açan kişinin davranışlarının düzenlenmesi, örneğin vergilendirilmesi ekonomik açıdan etkin olmaz. Ayrıca dışsallık, her zaman devletin kamusal bir müdahale yapmasını gerektirmez. Neo-klasik paradigmanın öngördüğü üzere, kaynaklar üzerinde özel mülkiyet tesis edildiği ve işlem maliyetinin olmadığı varsayılırsa, dışsallığın tarafları, sorunu pazarlık ederek çözebilirler. Hatta bu tür bir kurguda, hukukun yaklaşımı dahi önemsizdir. Sadece hakların tahsis edilmesi, tarafların pazarlıklar ile etkin sonuca ulaşmaları için yeterlidir (*Coase teoremi*).
7. Gerçek Dünya’da, işlem maliyeti hiç bir zaman “0” olmadığı gibi, hukuk düzeni hakları mükemmel bir şekilde tahsis edemez. Bu durumda, dışsallığın neden olduğu uyuşmazlıkta kimin hak sahibi kılındığı, ekonomik açıdan önemli hale gelmektedir. Bu müdahalede *Coase teoremi* referans alınabilir. İki farklı yaklaşım düşünülebilir. Hukuk, işlem maliyetlerini etkilediğine göre, ilki hukukun bu maliyetleri azaltacak şekilde şekillenmesi, örneğin belirlilik ve kesinlik sağlamasıdır (*Normatif Coase teorem*). Böylelikle taraflar pazarlık ederek, sorunları çözebilir. Fakat bu işlem maliyetlerine neden olur. Diğer yaklaşım ise, hakkın, doğrudan buna en fazla değer atfeden kişiye tahsis edilmesidir (*Normatif Hobbes Teoremi*). Böylece pazarlığın neden olacağı işlem maliyetlerinden tasarruf edilir. Fakat bu, bilgi maliyetlerine neden olur (*bilgi-işlem maliyeti ikilemi*). Şüphesiz bu yaklaşımlardan mutlaka biri ya da diğerini benimsemek şart değildir. En isabetli yaklaşım, işlem maliyetinin

görece yüksek, fakat bilgi maliyetinin düşük olduğu hallerde *Normatif Hobbes Teoremi*, aksi halde de *Normatif Coase teoreminin* tatbik edilmesidir.

8. İşlem maliyetinin varlığı kabul edilirse, sadece hakkın kime tahsis edildiği değil, bunun nasıl himaye edildiği de önemlidir. Hukuk ve ekonomi öğretisinde klasik olan tasnife göre, haklar, “*münhasırlık kuralı*” (*property rule*), “*tazminat kuralı*” (*liability rule*) ve “*devredilemezlik kuralı*” (*inalienability rule*) olmak üzere üç ayrı şekilde himaye edilmektedir. Ekonomik etkinlik perspektifinden bakıldığı zaman, işlem maliyetinin düşük olduğu hallerde, hukuk düzeni, hakkın sadece rızaya dayalı işlemler ile el değiştirmesini temin eden himaye vasıtalarından yararlanmalı (*property rule*), bu maliyetin yüksek olduğu hallerde ise, hakkın refah artırıcı şekilde transferini olanaklı kılmalıdır (*liability rule*). Bu prensip çerçevesinde, haksız fiil hukuku, bir himaye vasıtası olarak, işlem maliyetinin yüksek olduğu kurgularda tatbik edilmelidir.
9. Haksız fiil hukuku, işlem maliyetinin yüksek olduğu kurgularda dışsallıkların içselleştirilmesine hizmet etmektedir. Bu çerçevede amacı, refahın artırılması ya da sosyal maliyetlerin azaltılmasıdır. Haksız fiil hukuku bu işlevi, tazminat sorumluluğu vasıtasıyla kişileri özenli davranmaya sevk ederek yerine getirmektedir. Hukuk doktrininde “*önleyicilik*” olarak da adlandırılan bu amaç, ekonomik açıdan haksız fiil hukukunun temel amacıdır (*birincil maliyetlerin azaltılması*). Şüphesiz bu amacın yerine getirilirken, hukuki müdahalenin neden olacağı maliyetler de dikkate alınmalıdır (*idari maliyetler*).
10. Bu amaç, Türk hukukunda haksız fiil hukukunda atfedilen amaçtan farklıdır. Türk hukukunda haksız fiil hukukunun temel amacının zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu kabul edilmektedir. Oysa fikrimizce telafi amacı, normatif bir değer taşımadığı gibi, pozitif hukuku açıklamaktan da uzaktır. Telafi amacı ile çelişkili pek çok kural ve kuram olduğu gibi, bu amaç, çerçeve normlardan oluşan haksız fiil hukuku kurallarının yorumunda bir fayda sağlamaktan uzaktır. Dolayısıyla mevcut hukuk açısından bunun temel amaç olduğunu iddia etmek, gerçekçi gözükmemektedir. Telafi, amaç değil, olsa olsa bir araç ya da sonuç olabilir.

11. Kusur, kişinin toplumun kendisinden beklediği iradi çabayı göstermemesi nedeniyle kınanmasını ifade eder. Türk hukukunda kusur sorumluluğunun uygulanmasına ilişkin iki önemli tespit yapılabilir. İlki, kusur sorumluluğuna dair uygulamadaki sorunların, esas itibarla kusurun türü olan ihmâl kavramına ilişkin olmasıdır. Kasten verilen zararların tazmin edilmesi önemli bir sorun arz etmediği gibi, aslında kusurun bu iki türü hukuken oldukça farklı değerlendirilir. İkinci tespit ise, haksız fiil hukukunun temel kavramlarından biri olmasına rağmen, ihmâlin somut olayda nasıl belirleneceğine dair uygulamada net bir ölçütün bulunmamasıdır. İhmâl, mahiyeti itibarıyla normatif bir karakteri haizdir. Fakat haksız fiil hukukuna atfedilen amaç, bu hususta herhangi bir rol oynayacak vasfa sahip değildir.
12. Ekonomik açıdan bakıldığında, ilk yapılması gereken tespit, kusur sorumluluğunun, kasttan ziyade, ihmâl kavramı ile ilgili olduğudur. Sanıldığı gibi aksine, ekonomik teörinin haksız fiil hukukundaki en çarpıcı uygulama alanı da, ihmâl bakımından ortaya çıkmaktadır. Haksız fiil hukukuna atfedilen amaç dikkate alındığı zaman ekonomik açıdan ihmâl, kişinin etkin özeni göstermemesi olarak tanımlanabilir. Davranışın risklerini, etkin bir şekilde azaltan önleyici tedbirin varlığına rağmen, kişi bu tedbiri almamışsa ihmâl içerisinde davranmıştır. Riskin etkin bir şekilde azalması ise, önleyici tedbirin risk değerinde sağladığı azalmanın (*faydanın*), maliyetinden fazla olmasını ifade eder. Hukuk ve ekonomi öğretisinde *Hand formülü* olarak adlandırılan bu değerlendirme tarzına göre, önemli olan zarar öncesi kişinin özen seçimini doğru yapıp yapmadığıdır. Kişi her türlü tedbiri değil, maliyeti açısından net fayda sağlayan tedbirleri almalıdır. Aksi halde kaynaklar israf edilmiş olur.
13. Düşüncemize göre, *Hand formülü*, özenli davranış ve hatta kusur kavramına ilişkin teorik-analitik bir çerçeve sunmakta, ayrıca ihmâlin tespitinde yol gösterici bir ölçüt öngörmektedir. Türk hukukundaki prensipler dikkate alındığı zaman ise, formülün yorum yoluyla benimsenmesi önünde bir engel olmadığı görülmektedir. Hatta engel bir kenara, Türk hukukunda “boşluk” bulunmaktadır ve formül bu boşluğu

doldurabilir. Dolayısıyla *Hand formülünün* Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir olduğunu düşünüyoruz.

14. Nedensellik hakkında yapılabilecek önemli bir tespit, hukuk teorisinde bu kavramın normatif bir karakter taşımasına rağmen, buna meşruiyet kazandıran bir amaçtan bahsedilmemesidir. Örneğin zarar verenin atipik ve tesadüfi zararlardan sorumlu tutulmasına, uygun nedensellik bağının neden engel teşkil ettiği, telafi amacı izah edilemez. Buna karşılık ekonomik teori, uygun nedensellik bağını tutarlı bir şekilde izah etmektedir. Bu hallerde sorumluluğun sınırlanmasının temel nedeni, kişinin tazminat ile sorumlu tutulmasının davranışlarını değiştirmeyecek olmasıdır. Sorumluluk kaynak israfından başka bir sonuç doğurmayacaktır. Yapılabilecek diğer bir tespit, nedensellik şartının aranmasının, kusur ve kusursuz sorumluluk hallerinde farklı etkilerinin olduğudur. Bu etkilerin incelenmesi, nedenselliğin ekonomik işlevine dikkati çekmektedir.
15. Türk hukukunda zararın ele alınışı ile ilgili olarak üç önemli sorun üzerinde durulabilir. Bunlardan ilki, hukuk doktrinindeki zarar tasnifinin, haksız fiil teorisini gerektiği gibi yansıtmamasıdır. Zarar, hangi hukuki değerlerin, ne ölçüde himaye edileceğine ilişkin hukuk politikası tercihi ile, yani hukuka aykırılık ile yakından ilgilidir. Hukuk düzeni ise, açık bir şekilde fiziksel görünümü olan zararlar ile soyut zararları ayırmaktadır. Bu durumda, bu ayırımı yansıtan bir tasnifin yapılması yerinde olur. Nitekim bu eksiklik, ekonomik zararlar açısından kendini hissettirir. Diğer bir sorun ise, malvarlığı kavramının, maddi zararı yeterince izah edememesidir. Haksız fiil hukukunda, henüz malvarlığında yer almayan menfaatlerin olumsuz etkilenmesi, hukuken zarar olarak tazmin edilebilmektedir. Mesela yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkan zararlar bakımından durum genellikle böyledir. Nihayet son sorun, manevi zarara ilişkindir. Bu zararların para ile değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse, değerlemenin nasıl yapılacağı, büyük ölçüde belirsizdir.
16. Ekonomik açıdan yapılması gereken ilk tespit, zarar ile maliyet arasında fark olduğudur. Hukuk düzeni, kişinin değer atfettiği her türlü menfaatin değil, sadece

kişiyeye özgülenen hukuki değerlerin olumsuz etkilenmesini zarar olarak tanımlamıştır. Pozitif hukuktaki tanımı esas alırsak, ekonomik açıdan zararı, mal ve şahıs varlığı değerlerinin eksilmesi nedeniyle kişinin faydasının azalması olarak tanımlayabiliriz. Bu çerçevede özü itibarıyla maddi ve manevi zarar arasında fark yoktur. Her ikisi de, zarar görenin faydasını olumsuz etkiler. Zararın fayda temelinde tanımlanması, zarar kavramını haksız fiil hukuku içerisinde tutarlı bir teorik temele oturtmakta ve zarar kavramını daha iyi açıklamaktadır.

17. Maddi zararlar açısından haksız fiil hukukundaki temel sorun, ekonomik zararların ne ölçüde tazmin edileceğidir. İlginç bir şekilde, (*büyük ölçüde yapılan hatalı tasnife bağlı olarak*) bu konu Türk hukukunda ciddi bir tartışma konusu değildir. Oysa bu zararların tazmin edilmesinde nasıl bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği, mukayeseli hukuklarda doktrin ve uygulamayı ciddi bir şekilde meşgul etmektedir. Dolayısıyla ekonomik zararın ayrı bir zarar kategorisi olarak ele alınmaması, altı çizilmesi gereken ilk önemli eksikliktir. Bu yaklaşım ekonomik zarar sorununun göz ardı edilmesine yol açtığı gibi, bütünsel ve tutarlı bir değerlendirmeye engel olmaktadır. Ayrıntılarına girmeksizin, bu sorunun çözümünde ekonomik teoriden yararlanılabileceğini belirtelim. Ekonomik teorinin getirdiği açıklama, mevcut hukuk tatbikatı ile büyük ölçüde uyumlu olduğu gibi, sorunun çözümünde basit ölçütler (*sosyal ve idari maliyetler mülahazaları*) öngörmektedir.
18. Hukuk ve ekonomi öğretisinde manevi zararın tazmin edilmesinin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Haksız fiil hukukuna atfettiğimiz amaç çerçevesinde, biz, bu zararların tazmin edilmesi gerektiğini kabul ediyoruz. Fakat manevi zararın tazmin edilmesi, değerlendirme güçlükleri nedeniyle oldukça sorunludur. Bu konuda ekonomik teori, bazı zarar türleri açısından çözüm yöntemi sunmaktadır. Tazminatın amacı kişilere etkin saik sağlamak suretiyle riskli davranışları düzenlemek olduğuna göre, *ex post* yerine *ex ante* telafi yaklaşım tercih edilebilir. Zira hukuk düzeninin kişiyeye etkin saik sağlaması için, davranışının *beklenen maliyetine* eşit bir sorumluluk yeterli olup, zarar görenin *ex post* surette tam olarak telafi edilmesi gerekmez. Dolayısıyla “*manevi zararı*” değil, “*riski*” esas olarak değerlendirilebilir. Kişiler

günlük yaşamda yaptığı seçimler vasıtasıyla çoğu kez, ölçüm, ya da yaralanma gibi risklere değer biçmektedir. İşte bu değerler ortaya çıkarılabilirse, bazı manevi zarar türlerini değerlemek mümkün hale gelmektedir. Bu yöntem, çeşitli sorunlar ihtiva etmekle birlikte, manevi tazminat tutarının belirlenmesine dair objektif bir yöntem öngörmekte ve hukuk tatbikatındaki boşluğu doldurmaktadır.

19. Ekonomik analizin, haksız fiil hukukundaki en yararlı uygulama alanlarından biri, hukuki kurumsal yapı sorunudur. Bu iki alt sorunu ihtiva eder. İlki, hukuki kurumsal yapı olarak haksız fiil hukukunun hangi şartlar altında uygulanmasının etkin olduğunun belirlenmesidir. Diğeri ise, haksız fiil hukukunun uygulandığı bir ihtimalde, sorumluluğun hangi esasa (*kusur sorumluluğu-kusursuz sorumluluk*) dayandırılmasının ekonomik açıdan etkin olduğudur.
20. Yukarıda kast ve ihmal arasında önemli farkların olduğunu belirtmiştik. Ekonomik teori, bu farklara önemli bir sonuç bağlamaktadır. Buna göre, haksız fiil hukuku, kasten verilen zararların düzenlenmesinde elverişli bir hukuki kurumsal yapı değildir. Zarar verenin fiilden fayda sağlaması, sorumluluktan kaçınma eğilimi ve aciz sorunu, kasti davranışların içselleştirmeyi esas alan tazminat sorumluluğu ile etkin bir şekilde düzenlenmesi olasılığını ortadan kaldırır. Üstelik zararın kasti davranıştan kaynaklandığı hallerde, zarar veren ile zarar gören arasında işlem maliyeti düşüktür. Dolayısıyla burada hukuk düzeninin, kişileri birbirleriyle sözleşme yapmaya sevk eden kurallar öngörmesi (*property rule*), yani caydırması gerekir. Nitekim buna paralel olarak, pozitif hukuk, zararın kasti davranışlardan kaynaklandığı hallerde, ağırlıklı olarak ceza hukukundan yararlanmaktadır. Dolayısıyla ekonomik teori açısından haksız fiil hukukunun uygulama alanı, zararın kasti davranışlardan kaynaklanmadığı halleri kapsamaktadır.
21. Ekonomik teorinin yardımıyla, haksız fiil hukukunun hangi hallerde uygulanmasının daha etkin olabileceğine ilişkin bazı değerlendirmeler yapılabilir. Haksız fiil hukukunun karakteristik vasıflarını dikkate alırsak, zarar verenin ve/veya zarar görenin riskin varlığı ve beklenen maliyeti hakkında bilgisinin yeterli olduğu (*günlük olağan riskler*) ve olası zararın çok büyük ya da çok küçük olmadığı ve

kolaylıkla değerlenebildiği hallerde, haksız fiil hukukunun etkin bir hukuki kurumsal yapı olduğu söylenebilir.

22. Hukuki kurumsal yapı tercihinine ilişkin yapılan analizden çıkan diğer önemli bir sonuç, hukuka aykırılık hakkındaki tartışmalarda, sonucun hukuka aykırılığı görüşünün benimsenmesinin daha isabetli olduğudur. Zira haksız fiil hukukunun temel vasfı, herhangi bir davranış standardı öngörmeksizin kişiyi etkin davranmaya sevk etmesidir. Sadece zararlı sonuçtan sorumlu tutmak, kişiye zararı azaltma konusunda yeterli saik sağlamakta, bunun için belirli şekilde davranma ödevi yüklemeye gerek bulunmamaktadır. Nitekim bu haksız fiil hukukunun hukuki kurumsal yapı olarak belirgin üstünlüğünü oluşturmaktadır.
23. Kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının, kişilerin özen saikleri üzerindeki etkisini değerlendirdiğimizde ise, ilginç bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür. İlk belirtilmesi gereken, niceliksel özen ya da faaliyet seviyesi meselesidir. Risk sadece alınan tedbirlerden değil, aynı zamanda o faaliyetin ne yoğunlukta yapıldığından da etkilenir. Bu durumda gösterilen özenin etkin olması için, sadece önleyici tedbir değil, aynı zamanda faaliyet seviyesine dair seçimlerin de etkin olması gerekir. Oysa kusur sorumluluğu, kişileri bu açıdan etkin seçimler yapmaya sevk edemez. Bunun temel nedeni, mahkemenin, faaliyet seviyesine ilişkin herhangi bir parametreyi, somut olayın gerektirdiği özen standardı içerisine dahil edememesidir. Bu durumda kişiler faaliyet seviyesinin risk üzerindeki etkisini dikkate almazlar. Bu kusursuz sorumluluğun önemli bir üstünlüğüdür. Faaliyet seviyesinin risk üzerindeki etkisi arttıkça, kusursuz sorumluluğun üstünlüğü artmaktadır. Kusursuz sorumluluğun bir diğer avantajı ise, yine niteliksel özenin her boyutunun mahkeme tarafından gözlemlenmesinin mümkün olmamasıdır. Eğer somut olayda risk, haricen gözlemlenmesi mümkün olmayan özenli davranışlardan önemli ölçüde etkileniyorsa, kusur sorumluluğu, kişiyi niteliksel özen açısından da etkin seçimler yapmaya sevk edemez. Bu iki faktörü dikkate alırsak, kişilerin özen saiki üzerindeki etkisi açısından, kusursuz sorumluluğun, kusur sorumluluğu karşısında mukayeseli üstünlüğü olduğunu söyleyebiliriz.

24. Yapılan bu analiz, oldukça basit varsayımları temel almaktadır. Dolayısıyla varılan sonuçları ihtiyatla karşılamak gerekir. Bu varsayımları daha gerçekçi kıldığımızda, mesela mahkemenin ya da kişilerin hata yaptıkları olasılığını esas aldığımız zaman, kusur sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk karşısında bir ölçüde daha avantajlı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla hata olasılığının yüksek olduğu hallerde, kusur sorumluluğundan yararlanmak daha isabetlidir. Fakat bu son tahlilde değerlendirmeler, herhangi bir kuralın diğerinden mutlak bir üstünlüğüne işaret etmemektedir.
25. Kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının mukayesesinden çıkan (*ve analizin basit varsayımlarından etkilenmeyen*) önemli bir sonuç, ekonomik açıdan tehlike sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ile düzenlenmesinin yerinde olduğudur. Tehlikeli faaliyetleri karakterize eden unsur, risk seviyesinin yüksek olması ve önleyici tedbir alınmasına rağmen riskin önemli ölçüde azalmamasıdır. Bu hallerde ise, riski etkileyen temel faktörün niceliksel özen (*faaliyet seviyesi*) olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zarar verenin, özenin bu boyutunu dikkate alması, ancak davranışının tüm sosyal maliyetlerinden sorumlu olmasını gerektirir ki bu durum sorunun kusursuz sorumluluk ile düzenlenmesine işaret etmektedir.
26. Vardığımız bir diğer sonuç; Türk hukukunda kusursuz sorumluluk olarak kabul edilen objektif özen ödevi yükleyen kurallar (BK.m.55, 56, 369), düşüncemize göre kusur sorumluluğu öngörmektedir. Zira kusursuz sorumluluk, zarar verenin davranışı hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı, mesela özenli davranıp davranmadığının dikkate alınmadığı hallerde söz konusu olur. Kişinin nedensellik bağı çerçevesinde hukuka aykırı olarak zarara yol açması yeterlidir. Kişi gereken özeni gösterse bile sorumlu tutulur. Oysa sayılan bu hallerde, zarar veren gereken özeni gösterdiğini ispatlarsa, sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu durumda, ispat yükünün ters çevrildiği bir kusur sorumluluğunun var olduğunu kabul etmek uygun düşer.
27. Nihayet vardığımız bir başka sonuç, kusursuz sorumluluk halinde kişinin ayırtım gücünün aranmamasının ekonomik bir temelini olmamasıdır. Ekonomik teori



açısından, hukukun kişilerin davranışlarını istenilen yönde değiştirmesi, mesela haksız fiil tazminatının etkin özen göstermeye teşvik etmesi, kişinin rasyonel rasyonel davranabilmesine bağlıdır. Eğer kişinin ayırtım gücü yoksa, hukuken sorumlu olması da herhangi bir anlam taşımaz. Sorumluluğun kusur ya da kusursuz sorumluluk olması ise, herhangi bir fark yaratmaz. Ayırtım gücünün olmadığı hallerde hukuki sorumluluk, ancak ekonomik etkinlik dışındaki sebeplere (*mesela hakkaniyete, BK.m.54*) dayanabilir. Normatif açıdan Türk hukukundaki yaklaşımın doğru olmadığını, kusursuz sorumluluk halinde de kişinin ayırtım gücünün aranması gerektiğini, ancak hakkaniyet gerekiyorsa, ayırtım gücü olmayan kimsenin sorumlu tutulması gerektiğini düşünöyoruz.