

HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

The Aim of Tort Law

Günhan GÖNÜL KOŞAR*

ÖZ

Haksız fiil hukukunun amacı hâkim görüşe göre, zarar görenin zararının telafi edilmesi olup önleme, telafi amacına nazaran ikincil niteliktedir ve zararın telafisinin olumlu yan etkisidir. Bununla beraber, özellikle hukuk ve ekonomi öğretisi tarafından haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının önleme olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının zararın telafisi mi yoksa zararın önlenmesi mi olduğu tartışması teorik öneminin yanı sıra pratikte beraberinde getirdiği sonuçlar nedeniyle de önemlidir. Bu çalışmada, haksız fiil hukukunun amacına öncelikle karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakılarak Kıta Avrupası hukukunda, Anglo-Amerikan hukukunda ve Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nde tercih edilen yaklaşım açıklanmıştır. Ardından telafi görüşü, temelinde yatan düzeltici adalet teorisi çerçevesinde ayrıntılandırılarak; görüşe yöneltilen eleştiriler incelenmiştir. Daha sonra ise önleme görüşü, dayandığı hukuk ve ekonomi (*law&economics*) öğretisi çerçevesinde ele alınmış ve bu görüşe yöneltilen eleştiriler etraflıca işlenmiştir. Nihayet, çalışma bu iki görüş arasındaki en belirgin pratik sonuç olarak karşımıza çıkan cezalandırıcı tazminat kurumunun değerlendirilmesi ile sonuçlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haksız fiil, zararın telafisi, zararın önlenmesi, hukuk ve ekonomi, cezalandırıcı tazminat

ABSTRACT

According to the prevailing opinion, the aim of tort law is to compensate the victim's harm whereas the prevention of harm is secondary to the

Makalenin Geliş Tarihi: 08.08.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 04.09.2020

* Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, E-posta: gunhangonul@hacettepe.edu.tr, ORCID:0000-0002-2695-6954

compensation function and prevention is a positive side effect of compensation. On the other hand, the law&economics approach argues that the prevention of harm should be the primary aim of tort law. The discussion whether the main aim of tort law should be the compensation or the prevention of harm is important not only theoretically but also due to the practical results it leads to. In this study, first, from a comparative tort law perspective the aim of tort law under Continental European law, Anglo-American law and Principles European of Tort law is examined. Afterwards, the compensation view and its underlying theory, namely corrective justice theory and the criticism thereof is detailed. Later, the prevention view, its underlying doctrine, namely law&economics and the criticism thereof is examined. Finally, the main practical result between these views, punitive damages, is evaluated and concluding remarks are provided.

Keywords: Tort, compensation of harm, prevention of harm, law&economics, punitive damages

HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

I. GİRİŞ

Haksız fiil hukuku, bir kişinin bir başkasının zarara uğramasına sebebiyet vermesi hâlinde, bu zararın, tazmin edilip edilmeyeceğini ve eğer tazmin edilecekse, tazmin yükümlülüğünün doğumu için hangi şartların aranacağını, tazminatın, kim tarafından, hangi biçimde ve ölçüde gerçekleştirileceğini düzenleyen kurallar bütünüdür.

Türk Borçlar Kanununun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin 49. maddesi¹ ve devamında yer alan hükümler, “çerçeve norm” niteliğindedir. Hükümde haksız fiilin koşulları fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı olarak sayılmıştır. Bununla birlikte hukuka aykırılıktan ne anlaşılacağı, kusurun nasıl belirleneceği, hangi zararların tazmin edileceği veya nedensellik bağının nasıl kurulacağına ilişkin bir açıklamada bulunulmamış olup bu unsurların içeriğini belirleme görevi doktrin ve yargıya bırakılmıştır². Doktrin ve yargının bu unsurların içeriğini bir tanıma kavuşturabilmesi için hukuk

¹ TBK m. 49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

² Kanun maddeleri genel ve soyut oldukları takdirde adaleti sağlamaya yönelik olacaklarından, kanun yapma tekniği açısından bu tip tanımlamaların doktrine bırakılması isabetli olup, böylelikle kanunun gelişmelere açık olması sağlanacaktır.

politikasının, bu kapsamda haksız fiil hukukunun amacının belirlenmesi gerekir. Haksız fiil sorumluluğunun doğmasının ve bunun neticesinde hükmedilecek olan tazminatın tam olarak neyi amaçladığı, özellikle haksız fiil hukuku gibi çerçeve normlardan ibaret olan bir hukuk dalının doğru ve tutarlı yorumu için gereklidir. Haksız fiil hukukunun amacı ayrıca haksız fiil hukukundaki genel nitelikteki normların yorumu, kıyas yoluyla boşlukların doldurulması, normun koruma amacının belirlenmesi, haksız fiil hukukuna komşu alanlarla arasındaki sınırın çizilmesi ve farklı hukuki araçlar arasındaki etkileşim bakımından önem taşır³.

Doktrin ve yargı kararlarında haksız fiil sorumluluğunun üç amaca hizmet ettiği ifade edilmektedir⁴. Bunlar, "zararın telafisi", "ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi" ve "zararı önleme"dir⁵. Buna göre, tazminat zarar

³ **Koziol**, Helmut, "Introductory Remarks", The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017, N. 1; **Atamer**, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 98; **Sanlı**, Kerem Cem, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukuku", Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2017, (s. 3-22) s. 8; **Baş Süzel**, Ece, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015, s. 146; **Baysal**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 12: "Hukukun her alanında olduğu gibi herhangi bir hukuk politikası tercihinde bulunulmaksızın sonuçlara varmaya çalışmak hukukçuyu şekli bir hukukçuluktan ileri götürmeyecektir."

⁴ Bu üç amaç Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında da şu şekilde açıklanmıştır:

"Sorumluluk Hukukunun Amaçları:

A-Zararı denkleştirme (giderme karşılama) amacı; Bu amaç zararın zarar gören üzerinde kalmayıp ondan alınarak başkasına ve özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır. Bu suretle zarar görenin zararının giderilmesi, mal yarlığı veya şahıs varlığında uğradığı eksilmenin karşılanması amacı güdülmektedir.

B-Zararı önleme amacı; zararı önleme amacı, aynı zamanda bir yaptırım görevi de görür. Öncelikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonuçlarına tazminat sorumluluğunu bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli iradi çabayı harcamaya sevk eder. Kişinin zarar verici bir davranışta bulunma girişimini de önler.

C-Tazminat talebinde ihlal edilen hakkın devamı (takibi) amacı; hukukça korunan bir hakkın ihlali sonucunda, ihlal edilen bu hakkın yerine, zarar görenin, zarar verene karşı talep olduğu tazminat talebi geçmektedir. Böylece, hakkın takibi veya devamı fikriyle ihlal edilen hak, taşıdığı değere karşılık bir tazminat talebine dönüşmekte ya da onun yerine geçmektedir." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 2017/5, K. 2018/7 T. 6.7.2018. www.kazanci.com.tr E.T. 09.07.2020.

⁵ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 535; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.:II, İstanbul 2018, s. 3; **Nomer**, Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33-36; **Abik**, Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2010,

gören kişinin zararını giderir/telafi eder (zararın telafisi), ihlal edilen hak konusu menfaatin yerine geçer (ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi) ve ayrıca potansiyel sorumluları daha tedbirli davranmaya sevk etmek suretiyle meydana gelmesi muhtemel zararları önler (zararı önleme).

İhlal edilen hakkın devam ettirilmesi, ihlal edilen bu hakkın yerine, zarar görenin zarar verene karşı sahip olduğu “tazminat talebi”nin geçmesi, ihlal edilen hakkın konusunun tazminat alacağına içinde bir ekonomik değer olarak varlığını sürdürmesi anlamına gelir⁶. Tazminat talebi zararın doğması hâlinde söz konusu olacağından, hakkın devam ettirilmesi esasen haksız fiilin amacı değil, tazminatın olumlu bir sonucudur.

Telafi ve önleme amaçlarını eş zamanlı olarak yerine getiren haksız fiil hukukunun temel amacı, doktrindeki hâkim görüşe göre, zarar görenin zararının telafi edilmesi olup önleme, telafi amacına nazaran ikincil niteliktedir ve zararın telafisinin olumlu yan etkisidir. Her ne kadar hâkim görüş, haksız fiil sorumluluğunun amacının telafi olduğu yönünde ve hukukumuzda tazminata ilişkin ilkeler bu yaklaşım uyarınca benimsenmiş ise de, doktrinde özellikle hukukun ekonomik analizi yaklaşımını benimseyen bir grup yazar haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının önleme olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağını savunmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının zararın telafi edilmesi olduğu yönündeki hâkim anlayışın sarsılması üzerine haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının zararın telafisi mi yoksa zararın önlenmesi mi olduğu yönünde bir tartışma başlamıştır⁷. Haksız fiil sorumluluğunun amacının ne olduğu teorik tartışmanın ötesinde pratikte beraberinde getirdiği sonuçlar nedeniyle oldukça önemlidir. Zira zararın, tazminatın üst sınırını teşkil etmesine ilişkin en temel sorumluluk hukuku ilkesi kaynağını haksız fiil hukukunun amacının zararın telafi edilmesi olmasından almaktadır. Buna göre, haksız fiil hukukunun amacının telafi değil de önleme olduğu kabul edilecek olursa, haksız fiilin

C.: 59, S.: 3, (s. 345-448) s. 417-418. **Çekin**, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 273.

⁶ **Eren**, s. 537; **Nomer**, s. 34; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 154.

⁷ **Sanlı**, haksız fiil hukukunun hangi amaca (veya amaçlara) hizmet ettiğinin de Türk hukukunda pek tartışılmadığını, bu konudaki genel eserlerde haksız fiil hukukunun hangi amaca hizmet ettiği hususunda çeşitli amaçların olabileceği belirtilmekle beraber çatışmanın varlığında bunlardan hangisinin üstün tutulacağı ve bu amaçların normlar ve kuramlar ile ilişkisinin kurulmadığını ifade etmektedir. **Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi, s. 6. **Baysal**'a göre ise, “*Türk hukukunda hiçbir normatif değerlendirme yapılmadığı söylenemez...Türk hukukunda genelde hukuk kuralının, özeld haksız fiil kurallarının normatif temellerinin açıklanması için adalet felsefesinden yola çıkıldığı, özellikle denkleştirici adalet teorisine dayandığı rahatlıkla söylenebilir.*” **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 16.

unsurlarının içeriğine ilişkin değerlendirmeler değişkenlik gösterebilecek olup bu sonuçlardan en önemlisi telafi görüşünce tazminine olanak tanınmayan cezalandırıcı tazminatın önünün açılacak olmasıdır.

Haksız fiil sorumluluğunun asıl amacının telafi mi yoksa önleme mi olduğu tartışmalı olmakla beraber, modern hukukta haksız fiil sorumluluğunun amacının cezalandırma olmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁸. Cezalandırma, ceza hukukunu ilgilendiren bir sorun olup ceza, suçu işleyen kişiye verilir ve failin mağdur lehine bir edimde bulunmasına hükmedilmez⁹. Haksız fiil hukukunda ise, tazminat yükümlülüğünden söz edebilmek için zararın doğması gereklidir ve haksız fiil hukukunun çözümlenmesi gereken sorun zarar görenin uğradığı bu zararın bir başkasına yükletilip yükletilemeyeceğidir.

Çalışmada, haksız fiil sorumluluğunun amacına ilişkin görüşler aktararak bu yaklaşımlardan hangisinin üstün tutulması gerektiği incelenmektedir.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

A. GENEL OLARAK

Toplumda hâkim olan adalet ve hakkaniyet düşüncesine göre, günlük yaşamda zararın meydana geldiği pek çok olayın hangilerinde, zarar görenin zararını zarar verene aktarabileceğini düzenleyen haksız fiil hukukunda bu amaca ulaşmak için başvuru hukuki yöntemler oldukça çeşitlidir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde belirli menfaatler hukuken korunmaya değer addedilerek belirli davranışlara karşı belirli haksız fiil tipleri belirlenerek korunmaya alınırken; Kıta Avrupası hukuk sisteminde genel bir haksız fiil hükmüne başvurulur.

⁸ **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016, N. 49.04; **Roberto**, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, §2 N. 24; **Fellmann**, Walter/**Kottmann**, Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012, N. 3; **Hager**, Johannes, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 A-D (Unerlaubte Handlungen 1 - Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb), Berlin 2017, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 10; **Tandoğan**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010, s. 316; **Keskin**, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016, s. 92; **Atamer**, s. 98; **Nomer**, s. 35, **Antalya**, s. 3; **Abik**, s. 417-418.

⁹ **Nomer**, s. 35.

B. KITA AVRUPASI HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

Kıta Avrupası'nda çok uzun zamandır hâkim olan anlayışa göre, düzeltici ve dağıtıcı adalet ile eşit muamele ilkesi tazminat hukukunun temelidir¹⁰. Buna göre, Kıta Avrupası hukukunda ve bu geleneği takip eden Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş, haksız fiil hukukunun amacının zararın telafisi olduğu yönündedir¹¹. Nitekim Kıta Avrupası ülkelerinde zararın tazminine ilişkin hukuki düzenleme ihtiyacının haksız fiil hukuku kuralları ile karşılanması haksız fiil hukukunun amacının telafî olduğunu gösterir¹². Kıta Avrupası ülkelerinin kodifikasyonlarında haksız fiil hukukuna ilişkin hükümler telafî amacı düşüncesiyle kaleme alınmıştır.

Fransız haksız fiil hukukunda telafî amacının kanunda açıkça zikredildiği kabul edilmektedir¹³. Fransız Medeni Kanunu m. 1240'a göre, kişinin kusuru ile başkasına zarar veren her davranışı, onu bu zararı tazmin etmekle yükümlü kılar¹⁴. Bu çerçevede, Fransız hukukunda, zararın önlenmesinin haksız fiil hukukunun ikincil amacı olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Avusturya Medeni Kanunu ("ABGB") §1295'e göre zarar gören, zarar verenden sözleşme ya da sözleşme dışı bir ilişkide kusuruyla sebep olduğu zararın tazminini talep hakkına sahiptir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, kişinin kasten ahlaka aykırı şekilde verdiği zararlardan sorumlu tutulacağı öngörülmüştür¹⁶. Avusturya haksız fiil hukukunun da asıl amacının telafî olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

¹⁰ **Koziol**, Helmut, "Conclusion", The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017, N. 19. Kusur sorumluluğu düzeltici adalete dayanırken; kusursuz sorumluluk dağıtıcı adalete dayanır. **Koziol**, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012, N. 1/3; **Karner**, Ernst, "Prevention, Deterrence, Punishment", The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017, N. 3.

¹¹ **Koziol**, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015, N. 8/146; **Moréteau**, Olivier, "Basic Questions of Tort Law from a French Perspective", Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015, N. 1/64; **Karner**, N. 2.

¹² **Koziol**, Germanic, N. 3/1.

¹³ **Moréteau**, N. 1/64.

¹⁴ Art. 1240 "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer." <https://www.legifrance.gouv.fr> E.T. 09.07.2020.

¹⁵ **Moréteau**, N. 1/68.

¹⁶ ABGB § 1295 (1) "Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen." <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/1295> E.T. 09.07.2020.

¹⁷ **Koziol**, Gabriele/**Koziol**, Helmut, Austrian Private Law, Viyana 2017, N. 111.

Alman haksız fiil hukukunda da telafi amacı kabul edilmektedir. Alman Medeni Kanunu (“BGB”) §823 (1)’e göre, kasten veya ihmalle bir başkasının hayatını, vücudunu, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal eden kişi, o şahsa karşı, bundan doğan zararı tazminle yükümlüdür”. “*Tazminatın Türü ve Kapsamı*” başlıklı BGB §249 (1)’e göre ise, tazminat yükümlüsü, zarar görenin uğradığı zararın tümünü tazmin etmek zorunda olup zarar göreni tazminat yükümlülüğünü doğuran olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı duruma getirmekle yükümlüdür¹⁸. Telafi amacının kabulü, BGB §249’un gerekçesinde özel hukuk sonuçlarının belirlenmesinde ahlaki ya da ceza hukukuna ilişkin hususlara yer verilmemesi gerektiği, zararın kapsamının tazminatın kapsamını da belirleyeceği ve bu durumun tazminata hak kazanan kişi bakımından adil olduğu şeklinde açıklanmaktadır¹⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu (“İBK”) m. 41/1’e göre, gerek kasten gerek ihmallen bir başkasına hukuka aykırı olarak zarar veren kimse, bu zararı tazminle yükümlüdür. İBK m. 43/1’e göre hâkim, meydana gelen zarar nedeniyle tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler²⁰.

C. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

1. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNA İLİŞKİN GENEL OLARAK

Anglo-Amerikan hukukunda Kıta Avrupası hukukunun aksine haksız fiilin unsurlarını içeren genel bir hüküm bulunmadığından, söz konusu durumun, bu hukuk sisteminin haksız fiil türü olarak kabul ettiği durumlardan birine tekabül edip etmediği, yani haksız fiil tipleri arasında yer alıp

¹⁸ BGB § 249 (1) “*Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.*” https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_249.html E.T. 09.07.2020.

¹⁹ **Wagner**, Gerhard, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe”, Archiv für die civilistische Praxis, 2006, 206. Bd., H. 2/3, (s. 352-476) s. 456.

²⁰ İBK m. 41/1: “*Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet.*” İBK m. 43/1: *Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat*”. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html> E.T. 09.07.2020.

almadığına bakılır²¹. Haksız fiil olarak nitelendirilen her fiil, farklı türde ihlal teşkil eden farklı davranışlar olup değişik hukuki menfaatleri koruyan ve kendi kurucu unsur ve hukuka uygunluk nedenlerine sahip fiillerdir²². Anglo-Amerikan hukukunun bu yapısı, teknik açıdan birtakım zorluklara yol açma riski taşımakla beraber, her bir haksız fiil tipinin özelliklerinin dikkatli bir şekilde incelenerek değerlendirilmesi sonucunu da beraberinde getirmesi nedeniyle Anglo-Amerikan haksız fiil hukukunun güçlü yönü olarak gösterilmektedir²³.

Zararın telafisine yönelik tazminat taleplerinin koşullarını ve sorumluluğun kapsamını düzenleyen Kıta Avrupası haksız fiil hukuku, kurucu unsurlar ve hukuki sonuçlar perspektifinden bakıldığında homojen bir yapıdadır²⁴. Anglo-Amerikan haksız fiil hukuku ise, farklı kurucu unsurlar aranan çok sayıda haksız fiil tipinin bulunduğu çeşitli amaçlara hizmet eden heterojen yapıda bir hukuk dalıdır. Bütün haksız fiil tipleri için zararın doğması aranmadığı gibi, tek bir “zarar” kavramından da bahsedilemez. Her bir haksız fiil tipi için aranan koşullar ve buna bağlanan hukuki sonuçlar incelenmelidir, zira hukuki sonuçlar birbirinden farklılık arz edebilir.

2. ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

Anglo-Amerikan hukukunda yaklaşık yetmiş tipte haksız fiil sayılmış olup haksız fiil tiplerinin bunlardan ibaret olmadığı belirtilmektedir²⁵. Her ne kadar bunların çoğu için zarar aranmakta ise de (“telafi edici tazminatlar”) Anglo-Amerikan hukukunda haksız fiillerin hepsi için zararın meydana gelmiş olması aranmadığından hepsinin amacının telafî olduğu söylenemez²⁶. Hakaret (*libel*), şeref ve haysiyetin ihlali (*defamation*), taşınmaz mala tecavüz (*trespass to goods*) ve taşınır mala tecavüz (*trespass to land*), zararın

²¹ **von Bar**, Christian, *The Common European Law of Torts Volume One*, Oxford 1996, N. 254; **Gordley James/von Mehren**, Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*, Cambridge 2006, s. 240.

²² **Zweigert**, Konrad/**Kötz**, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, s. 605, 623. İngiliz hukukunda “haksız fiil” kavramından özel hukuk anlamında tazmin ettirici müeyyideye bağlanmış olan hukuka aykırı fiiller anlaşılabilir. **Akipek**, Şebnem/**Küçükgüngör**, Erkan, “İngiliz Hukukunda Haksız Fiil Ehliyeti”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, (s. 47-55) s. 47.

²³ **Zweigert/Kötz**, s. 610.

²⁴ **Koziol**, Aims-Conclusion, N. 3.

²⁵ Bu haksız fiillerin listesi için bkz. **Rudden**, Bernard, “Torticles”, *Tulane Civil Law Forum*, 1991-1992, Vol.: 6/7, (s. 105-129) s. 110-120.

²⁶ **Koziol**, Aims-Introductory, N. 26; **Koziol**, *Comparative*, N. 8/152.

doğduğunun ispatlanmasına gerek olmaksızın dava açılabilen (*actionable per se*) haksız fiillerdir.

İngiliz haksız fiil hukukunda²⁷, Anglo-Amerikan hukukunun bu yapısı nedeniyle birkaç amacın bir arada bulunduğu kabul edilmektedir²⁸. Amerikan hukukunda ise haksız fiil hukukunun amacını açıklamada öne çıkan iki yaklaşım vardır: Bunlardan ilki; adaleti, hakkaniyeti ve zararın paylaşılmasını esas alan düzeltici adalet yaklaşımıdır. Diğeri ise önleyiciliği, kaynakların etkin paylaşımını ve sosyal refahın maksimize edilmesini esas alan hukuk ve ekonomi yaklaşımıdır.

Kıta Avrupası yaklaşımının aksine Anglo-Amerikan hukukunda önleme, daha büyük ve özerk bir rol oynar²⁹. Her ne kadar genel önleyici etki vurgulansa da önlemeden ziyade “sosyal kontrol”den bahsedilir³⁰.

Sonuç olarak, Anglo-Amerikan hukukunda haksız fiil hukukunun genel bir amacı olduğu söylenemez. Her bir haksız fiil tipi için aranan şartlar ve buna bağlanan sonuçlara bakılarak amaca karar verilir, cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği haksız fiil tiplerinde önleme ve cezalandırma amaçları öne çıkar³¹.

D. AVRUPA HAKSIZ FİİL HUKUKU UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI'NDA HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACI

Avrupa Haksız Fiil Hukuku Grubu tarafından haksız fiil hukukunun gelecekteki gelişiminde ulusal mahkemelerde de rol oynaması hedefiyle 2005 yılında “Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri” (Principles of European Tort Law- “PETL”) yayınlanmıştır. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri’nde tazminatın asıl amacının zararın telafisi olduğu, zararın önlenmesinin ise ikincil amaç teşkil ettiği kabul edilmiştir. “Temel Norm” başlıklı olan ve İlkeler’in ilk maddesi olan m. 1:101 (1)’e göre, hukuken yüklenebilir bir zarara sebebiyet veren kimse bu zararı tazminle yükümlüdür. “Tazminatın Niteliği ve Amacı” başlıklı m. 10:101’e göre ise tazminat, zararın giderilmesi

²⁷ İngiliz hukukunda çeşitli haksız fiil tipleri bulunduğundan Türk doktrininde “İngiliz Haksız Fiiller Hukuku” ifadesi de kullanılmıştır. Bu yönde bkz. **Özcan Büyüktanır**, Burcu G., “Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini”, AÜHFD, Y.: 2017, C.: 66, S.:1, (s. 49-72) s. 51 vd.

²⁸ **Oliphant**, Ken, “Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth”, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015, N. 5/60.

²⁹ **Karner**, N. 12.

³⁰ **Koziol**, Comparative, N. 8/153.

³¹ **Koziol**, Aims-Introductory, N. 26; **Koziol**, Comparative, N. 8/154.

için zarar görene ödenen bir miktar para olup zarar doğuran eylem gerçekleşmemiş olsa idi zarar görenin içinde bulunacağı durumu sağlama amacı gütmektedir. Tazminat ayrıca zararın önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Avrupa Haksız Fiil Hukuku Grubu bu iki maddeyle cezalandırıcı tazminatı açıkça engellemek istemiştir³².

Avrupa hukuku uyumlaştırma çalışmalarından bir diğeri, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu ve Mevcut Avrupa Topluluğu Özel Hukuku Araştırma Grubu tarafından hazırlanan Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları - Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'dır (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference- "DCFR")³³. DCFR'nin amacı Avrupa Birliği nezdinde ve ulusal kanun yapma faaliyetlerinde esas alınabilecek bir referans metin işlevi görmektir.

DCFR'de de tazminatın asıl amacının zararın telafisi olduğu, kabul edilmiştir. DCFR'nin Sözleşme Dışı Sorumluluk Esasının düzenlendiği 6. kitabında haksız fiile ilişkin temel norm olan m. VI-1:101 hükmüne göre, hukuken tazmini uygun görülen bir zarara (*legally relevant damage*) uğrayan kişi, kasten ya da özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle ya da zararın kendisine yüklenebileceği diğer herhangi bir şekilde kendisine zarar veren kişiden zararın tazminini talep edebilir.

III. HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Haksız fiil sorumluluğu, pek çok tartışmalı konu içeren, hukuk politikası bakımından farklı görüşlerin ileri sürüldüğü bir alandır³⁴. Şunu belirtmek gerekir ki, haksız fiil hukukunun hem zararın telafisine hem de zararın önlenmesine yönelik bir amacı olduğu konusunda esas itibarıyla bir görüş ayrılığı yoktur. Burada asıl ayrılık, söz konusu amaçlardan hangisinin önceliklendirileceğidir. Zira haksız fiil hukukunun bu amaçlardan hangisi doğrultusunda düzenleneceği ve ilgili kuralların hangi amaç temelinde yorumlanacağı bu önceliklendirme çerçevesinde belirlenmiş olacaktır.

³² **Magnus**, Ulrich, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005, Art. 10:101, N. 4; **Koziol**, Helmut, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005, N.2.

³³ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, (ed. von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans), Münih 2009.

³⁴ **Atamer**, s. 99; **Abik**, s. 418.

A. TELAFİ GÖRÜŞÜ

1. TELAFİ GÖRÜŞÜNÜN DAYANDIĞI DÜZELTİCİ ADALET TEORİSİ

Kişinin fiillerinin sonuçlarından sorumlu tutulmasını gerektiren adalet idesine göre, zarar verenin, zarar görenin zararını gidermesi olağan bir sonuçtur³⁵. Kıta Avrupası hukukunun da dayandığı düzeltici adalet, bireyler arasındaki ilişkilerdeki eşitliği ve menfaat dengesini esas alır³⁶. İki taraf arasındaki eşitlik ve dengeyi haksız yere bozan taraf, dengeyi tahsis etmelidir. Bir başkasına haksız yere zarar veren taraf tazminat ödemek suretiyle bu haksızlığı gidermelidir. Dolayısıyla haksız fiil hukuku kuralları ile, tarafların sorumluluğu doğuran olaydan önceki durumlarına getirilmesi sağlanmalıdır. Bu yaklaşımda, sorumluluğun temeli kusura ve sebep olma esaslarına dayanır. Türk hukukunda genelde hukuk kuralının, özelde haksız fiil kurallarının normatif temellerinin açıklanması için adalet felsefesinden yola çıkıldığı, özellikle düzeltici adalet teorisine dayanıldığı belirtilmektedir³⁷.

2. TELAFİ GÖRÜŞÜNÜN AÇIKLANMASI

Doktrindeki hâkim görüş olan telafi görüşüne göre, haksız fiil hukukunun amacı, zarar görenin zararını telafi etmektir³⁸. Zararın telafisi, zarara

³⁵ **Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi, s. 6.

³⁶ **Sanlı**, Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, s. 166.

³⁷ **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 16. *Sanlı*'ya göre, “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.” **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 167. *Sanlı*'nın bu ifadelerini değerlendiren **Baysal**'a göre ise, “Oysa ki, daha tartışmalı ve kavramsal bakımdan anlaşılması daha güç olsa da haksız fiil hukukunda adaleti sağlama amacı da yeterli bir normatif değerlendirme içerir. Bir kuramın daha zor anlaşılması veya daha fazla tartışma soğurması onu daha zayıf kılmaz, sadece uygulanabilirlik açısından tereddüte düşürür.” **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 22.

³⁸ **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, §1 N. 9 vd.; **Werro**, Franz, Commentaire romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition 2012, Intro. art. 41-61, N. 2; **Honsell** Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013, §1 N. 63; **Müller**, Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, Handkommentar, Art 41 N. 4; **Fellmann/Kottmann**, N. 3; **Deschenaux**, Henri/**Tercier**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, (çev. Salim Özdemir), s. 23; **İmre**, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul 1949, s. 10; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 479; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II, İstanbul 2014,

uğrayanın kaybının zarar verene yüklenmesi ile tazmin edilmesi anlamına gelir. “Telafi”, “denkleştirme” ve “giderme” ifadeleri aynı kavrama işaret etmekte olup bu çalışmada “telafi” ifadesi tercih olunmuştur.

Zararın telafisi amacına göre, haksız fiil hukuku ile öngörülen tazminat yükümlülüğünün amacı, zarar görenin uğramış olduğu zararın giderilmesi ve bu suretle düzeltici adaletin sağlanmasıdır. Düzeltici adaletin sağlanması için zararın zarara sebebiyet veren kişiye yükletilmesi gerekir. Bir zararın doğumuna sebebiyet veren kişi, zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Haksız fiil sorumluluğunun öncelikli amacı zarar görenin, uğradığı “zararın giderilmesi”ni sorumlu kişiden talep edebilmesini sağlamak olduğu için hukuk düzeni, zarar gören lehine alacak hakkı tanır ve bu suretle sorumlu kişi, zarar görenin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulur³⁹. Buna göre, zarar veren zararın telafisi uyarınca ya eski hâle getirme ile ya da bunun sağlanması için gerekli parayı ödemekle yükümlü tutulacaktır. Zararın telafisi amacına göre, haksız fiilin olumsuz sonuçları ortadan kaldırılarak, zarar, zarar görenden alınarak sorumlu kişiye yüklenir. Görüldüğü üzere, telafi amacıyla, odak noktası, zarar gören olup, zarar görenin, zarar doğuran fiil gerçekleşme idi içinde bulunacağı duruma döndürülmesi hedeflenmektedir.

Haksız fiil hukukunun amacının telafi olduğunun kabulü tam tazmin ilkesi ve zenginleşme yasağını beraberinde getirir. Tam tazmin ilkesi uyarınca sorumluluğun doğumu için gereken koşulların mevcudiyeti hâlinde meydana gelen tüm zararların tazmin edilmesi esastır⁴⁰. Haksız fiil hukukunun amacı

s. 111; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 545; **Tiftik**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 61; **Özden Merhacı**, Selin, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013, s. 159; **Gül**, İbrahim, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015, s. 87; **Baçoğlu**, Başak, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yapıtırımı ve Bu Yapıtırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.:II, İstanbul 2016, (s. 617-637) s. 629; **Tandoğan**, s. 251, 315; **Eren**, s. 535; **Atamer**, s. 98-99; **Nomer**, s. 34; **Abik**, s. 418; **Çekin**, s. 275; **Keskin**, s. 91.

³⁹ **Oftinger/Stark**, §1 N. 9 vd.; **Werro**, Commentaire romand, Intro. art. 41-61, N. 2; **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N. 63; **Fellmann/Kottmann**, N. 3; **Müller**, Handkommentar, Art 41 N. 4; **Deschenaux/Tercier**, s. 23; **İmre**, s. 10; **Tandoğan**, s. 251, 315; **Tunçomağ**, s. 479; **Eren**, s. 535; **Oğuzman/Öz**, s. 111; **Kılıçoğlu**, s. 545; **Tiftik**, s. 61; **Atamer**, s. 98-99; **Nomer**, s. 34; **Abik**, s. 418; **Özden Merhacı**, s. 159; **Çekin**, s. 275; **Keskin**, s. 91.

⁴⁰ TBK m. 49/İBK m. 41’de tam tazmin ilkesinin kabul edildiği yönünde bkz. YHGK E. 2012/4-107, K. 2012/326, T. 30.5.2012 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. **Brehm**, Roland, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage 2013, Art. 43, N. 76; **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K. /**Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische

zararın telafisi olduğuna göre ancak tüm zararlar tazmin edilirse bu amaca ulaşılır. Ancak Türk Borçlar Kanununun (“TBK”) m. 50-52 hükümlerinde zarar verenin ya da zarar görenin kusuru ve somut olayın şartları gibi tam tazmin ilkesinden ayrılmaya izin veren durumlara yer verilmek suretiyle bu ilke yumuşatılmıştır⁴¹.

Telafi amacının bir diğer sonucu olan zenginleşme yasağı ilkesine göre, sorumlu kişinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı, zararın kapsamına göre belirlenir ve zarardan daha fazla tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Buna göre, zenginleşme yasağı uyarınca, zararın miktarı tazminatın üst sınırını teşkil eder⁴². Tazminat ile zarar görenin zararı tamamen telafi edilmeli ancak zarar gören tazminat ile olması gerektiğinden daha iyi bir duruma getirilmemelidir⁴³. Zenginleşme yasağının altında yatan düşünce şudur: Haksız fiil sorumluluğu sistemi statükoyu korumaya hizmet eder nitelikte olup amacı, bireylerin ekonomik geleceklerini garantiye almak değil –ki, bu daha çok sözleşme hukukunda mevzu bahis olur- bireylerin mevcut şahsi ve maddi varlıklarını korumaktır⁴⁴.

Kısaca, telafi kavramı, haksız fiil hukukunun amacını açıkça zikreder, tazminatın kapsamını belirlemede bir kılavuz teşkil eder ve haksız fiil hukukunda cezalandırıcı tazminata izin vermez.

Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, Zürich 2000, §10 N. 72; **Gönül Koşar**, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020, s. 218; **Werro**, Commentaire romand, art. 43, n. 11; **Eren**, s. 784; **Nomer**, s. 63; **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 326; **Özden Merhacı**, s. 159.

⁴¹ Tam tazmin ilkesine ilişkin olarak Türk/İsviçre hukuku ve Alman hukuku arasındaki bir fark bulunmaktadır. Kusurun ağırlığının tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasına ya da tazminat miktarının olayın şartlarına göre indirilmesine izin vererek tam tazmin ilkesini yumuşatan TBK m. 51 hükmüne paralel bir hüküm alacaklının menfaatinin ön planda tutulması, tazminat hukukunun ahlaki değerlerden uzak tutulması düşüncesi ve hâkimin takdir yetkisine duyulan güvensizlik nedeniyle Alman Medeni Kanununda yer almamaktadır. **Atamer**, s. 24.

⁴² **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 25; **Werro**, Commentaire romand, Intro. art. 41-61, N. 2; **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N. 64; **Tandoğan**, s. 261; **Tunçomağ**, s. 477; **Deschenaux/Tercier**, s. 202; **Kılıçoğlu**, s. 545; **Nomer**, s. 63; **Antalya**, s. 454; **Oğuzman/Öz**, s. 111; **Gül**, s. 89; **Baçoğlu**, s. 629; **Gönül Koşar**, s. 218.

⁴³ **Özden Merhacı**, s. 160.

⁴⁴ **Akçura Karaman**, Tuba, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2004, S.: 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, (s. 553-583) s. 576.

3. TELAFİ GÖRÜŞÜ SAVUNUCULARINA GÖRE HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN İKİNCİL AMAÇLARI

Telafi görüşü savunucularına göre, haksız fiil hukukunun öncelikli amacı zararın telafisi olup haksız fiil hukukuna hâkim olan ilkeler bu amaç uyarınca belirlenir. Bununla beraber, haksız fiil hukukunun ikincil amaçları da bulunmaktadır. Haksız fiil hukukunda kişi, sebebiyet verdiği zararı tazminle yükümlü kılınacağı için, tazminat yükümlülüğüyle karşılaşma riski, kişiyi önleyici tedbirler almaya sevk eder ve caydırıcı etki doğurur. Böylelikle, zararın önlenmesi amacı sorumluluk hukukun ikincil nitelikteki amacı olup zararın giderilmesi amacını tamamlar⁴⁵. Önleme amacının ikincil bir amaç olması, tazmin yükümlülüğünün önleme amacını önceliklendirecek şekilde kurgulanarak; doğrudan telafi amacına yönelik bir biçimde öngörülemezliği anlamına gelir⁴⁶.

Hem kusur sorumluluğunun hem de kusursuz sorumluluğun önleme işlevi bulunmaktadır⁴⁷. Özellikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın zararlı sonuçlarına yaptırım öngörmek; herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli özeni göstermeye sevk eder. Önleme düşüncesi, kusur sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumlulukta da etki gösterir. Sorumlu tutulma tehdidi, gerek özen sorumluluğunda gerekse tehlike sorumluluğunda zararın doğmaması için gerekli özen tedbirlerini eksiksiz olarak yerine getirme yönünde teşvik edici bir etki gösterir.

Zararın önlenmesinin yanı sıra, toplumun yönlendirilmesi, bireylerin kendilerine ait alanlarının çizilmesi ve muhtemel mağdurların sigortalanması haksız fiil hukukunun ikincil işlevleri olarak sayılmaktadır⁴⁸.

⁴⁵ **Oftinger/Stark**, §1 N. 15; **Werro**, Commentaire romand, Intro. art. 41-61, N. 2; **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N. 63; **Fellmann/Kottmann**, N. 3; **Karner**, N. 4; **Tiftik**, s. 62; **Atamer**, s. 98; **Nomer**, s. 36; **Antalya**, s. 4; **Keskin**, s. 91. *İmre*'ye göre, "Mesuliyet ve tazminat hukukunun gayesi bakımından zararların telafisi kadar bunların önlenmesi de ehemmiyeti haizdir...Tazminat hukukunun gayesi bunların meydana gelmesini mümkün olduğu kadar önlemek, bir kere de meydana gelince bunu en müsait vaziyette olana en az külfetli bir şekilde yüklemek ve tazmin ettirmektir." **İmre**, s. 10. *Eren*'e göre, "Zararı giderme veya denkleştirme amacı, istenmeyen kötü sonuç meydana geldikten sonra, bunun doğurduğu kayıpları giderme fikrinde gerçekleşmektedir. Oysa önleme amacında kötü sonuç daha meydana gelmeden, bunun nasıl önleneceği fikri hâkim bulunmaktadır. Bu nedenle bu iki amaç birbirini tamamlamaktadır." **Eren**, s. 536.

⁴⁶ Önleme ve cezalandırma amacına yer veren Çin hukuku ve Anglo-Amerikan hukukunda bu nedenle zarar görenin zararını telafi amacını aşan miktarlarda tazminatlara hükmedilebilir. **Koziol**, Aims-Introductory, N. 19-20.

⁴⁷ **Fellmann/Kottmann**, N. 3; **Koziol**, Germanic, N. 3/6; **Karner**, N. 7; **Eren**, s. 536.

⁴⁸ **Özden Merhacı**, s. 163.

4. TELAFİ GÖRÜŞÜNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Haksız fiil hukukuna dayanan tazminat talepleri meydana gelen zararın giderilmesine ilişkindir ve telafi görüşü çerçevesinde zararın üçüncü kişiye ne zaman ve hangi şartlar altında yükleneceği sorusuna cevap aranmaktadır. Haksız fiil hukuku, bir hukuk süjesinin uğradığı her zararın tazminine olanak tanımaz. Haksız fiil hukukunun amacı sadece ne zaman tazminat talebinin kabul edileceğini değil, aynı zamanda tazminat talebinin ne zaman reddedileceğini de belirlemektir⁴⁹. Buna göre, haksız fiil hukuku, *casum sentit dominus* (zarara zarar gören katlanır) ilkesi ile zarara üçüncü kişilerin katlanması arasındaki sınırı çizmelidir. Ancak telafi görüşünü eleştiren yazarlara göre, telafi görüşü bu sınırı kusur ve tehlike gibi üçüncü kişilere zararın normatif olarak yüklenmesini haklı gösteren isnat ilkeleri yardımıyla çizmeye çalışmaktadır fakat başaramamaktadır⁵⁰.

Telafi amacını eleştiren görüşe göre, telafi yaklaşımı ile haksız fiil hukukunun normatif amacına ilişkin bir sonuca varılamaz⁵¹. Üstelik, sigorta sisteminin yaygınlaşmasıyla, haksız fiil hukuku ile sigorta hukuku arasındaki çakışma nedeniyle çoğunlukla çözümlenmesi gereken sorun, zarar görenin zararının tazminini talep edip edemeyeceği değil; zarar görenin zararını tazmin eden sigortacının ödediği zarar için bir başka sigortacıya ya da üçüncü kişiye rücuda bulunup bulunamayacağıdır⁵². Sigorta sisteminin gelişmesi ile haksız fiil hukukunun telafi amacı arka planda kalmış, hatta haksız fiil hukuku esasen farklı sigortacılar arasındaki rücu ilişkilerini düzenler hâle gelmiştir⁵³. *Wagner*'e göre, telafi görüşünün aksine ekonomik analiz sayesinde önleme görüşü, sosyal sigorta ve özel sigorta hukuku ile kısmi etkileşimine rağmen, haksız fiil hukukunun normatif bütünlüğünü sağlar⁵⁴.

Türk hukukunda *Sanlı* da, zararın telafisinin uygun bir normatif amaç vasfına sahip olmadığını ve telafinin, ancak izlenen başka amaca hizmet ettiği

⁴⁹ **Kötz**, Hein/**Wagner**, Gerhard, *Deliktsrecht*, Münih 2016, s. 29, N. 54.

⁵⁰ **Wagner**, Gerhard, *Münchener Kommentar zum BGB*, Münih 2017, Vorbemerkungen §823, N. 43; **Kötz/Wagner**, s. 29, N. 58; **Wagner** *Prävention*, s. 454; **Staudinger/Hager**, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 9.

⁵¹ **Wagner**, *Münchener Kommentar zum BGB*, Vorbemerkungen §823, N. 43.

⁵² **Wagner**, *Münchener Kommentar zum BGB*, Vorbemerkungen §823, N. 44.

⁵³ **Schwenzer**, N. 49.04-49.05; **Roberto**, §2 N. 25. Haksız fiil sorumluluğu sisteminin nasıl belirleneceğinde sigorta sistemi de önem arz eder. Sigorta şirketleri ve sosyal sigorta kurumlarının rolleri de haksız fiil hukuku ile beraber değerlendirilmelidir. Öte yandan haksız fiil hukukunun ilkeleri yorumlanırken, sigorta hukuku ile haksız fiil hukukunun fazla iç içe geçmesinden kaçınılmalıdır. **Baysal**, Başak, *Haksız Fiil Hukuku*, İstanbul 2019, s. 10, dn. 27.

⁵⁴ **Wagner**, *Münchener Kommentar zum BGB*, Vorbemerkungen §823, N. 47.

ölçüde anlam taşıdığını savunmaktadır. Telafi görüşünün yorum faaliyeti açısından herhangi bir şekilde yol gösterici olmadığını ve ayrıca pozitif olarak, haksız fiil hukuku kural ve teorilerini yeterince izah edemediğini ve hatta bu amacın mevcut uygulamaya ters düştüğünün dahi iddia edilebileceğini ifade etmektedir⁵⁵. Yazar, zararın telafi edilmesinin asli amaç olamayacağı yönündeki görüşünü sigorta kurumuna ve bazı haksız fiil hukuku kurallarına dayandırmaktadır. Zarar görenin zararını çok daha etkin bir şekilde telafi eden sigorta kurumunun bu işlevi karşısında, haksız fiil hukukunun zarar görenin zararının telafi edilmesindeki işlevini hızla yitirdiği kanaatindedir. Ayrıca son yıllarda kabul edilen bazı yasal düzenlemelerin (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun “RKHK” m. 58, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu “FSEK” m.68), zararın telafisi amacı ile açık bir şekilde çelişen kurallar içerdiğini savunmaktadır.

Rekabet hukukundan yola çıkarak haksız fiil hukukunun amacına ilişkin bu görüşe yönelik olarak öncelikle rekabet hukukunun, idare hukuku ve özel hukukun bir arada olduğu hibrit yapıda bir hukuk dalı olduğunun altını çizmek gerekir. Rekabet hukukuna yaptırımlar açısından bakıldığında idari yaptırım asli rol, haksız fiil sorumluluğu (özel hukuk yaptırımı) tamamlayıcı rol oynamaktadır. Rekabet hukukunda tamamlayıcı rol oynayan haksız fiil yaptırımları *ex-post* biçimde gerçekleştirilirken, asli rol oynayan idari yaptırımlar rekabeti ihlal etmeyi planlayan teşebbüsler üzerindeki caydırıcı etki doğurmayı hedefler. Ayrıca rekabet hukuku hibrit yapısı nedeniyle, klasik haksız fiil sorumluluğu sisteminden sapmalar göstermektedir. Rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğuna dair hükümlerin asli amacı cezalandırıcı tazminat kurumunun ruhuna uygun olarak caydırıcılığın tesisidir⁵⁶. RKHK m. 58’de kabul edilen üç kat tazminat, telafi amacının kabul edildiği haksız fiil hukukumuzun kabul ettiği zenginleşme yasağı ilkesinden ayrılarak cezalandırıcı tazminata *ayrıkısı*- bir örnektir⁵⁷. Hibrit bir alan olarak kamu hukuku boyutu da olan rekabet hukukundaki haksız fiil sorumluluğunda caydırıcılığı tesis etmeyi amaçlayan bu ayrıkısı düzenleme, haksız fiil sorumluluğunun tamamına teşmil edilip

⁵⁵ Sanlı, Haksız Fiil, s. 151-152.

⁵⁶ Kesici, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 34, 284.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Gülerüz M. Tarık/Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2019 (141), (s. 325-362) s. 352; Özden Merhacı, s. 193; Baş Süzel, s. 179; Kesici, s. 289. Belirtelim ki, zararın miktarını aşan ölçüde tazminata izin veren FSEK m. 68 gibi diğer düzenlemeler de hukukumuzda ayrıkısı niteliktedir.

genelleştirilerek haksız fiil hukukunun amacının önleme olduğunun kabulü konusunda pozitif bir dayanak olarak gösterilemez.

B. ÖNLEME GÖRÜŞÜ

1. GENEL OLARAK

Haksız fiil hukukunun asıl amacının telafi olduğunu savunan hâkim görüşün aksine doktrindeki yeni bir görüş, haksız fiil hukukunun esas amacının, zararın önlenmesi olduğunu vurgulamakta ve zararın telafisi amacının, uygun bir normatif amaç vasfına sahip olmadığını savunmaktadır. Bu yazarlar haksız fiil hukukunun amacını belirlemede hukukun ekonomik analizinden yararlanılması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, haksız fiil hukukunun asıl amacı, üçüncü kişilerin bir zarara uğramasının önlenmesidir⁵⁸. Haksız fiil hukuku gelecekte bu ihlali gerçekleştirmesi muhtemel diğer kişilerin ihlal teşkil eden davranışı sergilemeyerek zararın doğmasının önlenmesi biçiminde önleme amacına yönelik olmalıdır. Önleme, failin gelecekte benzer davranışları sergilemeyecek olması biçiminde özel önleme şeklinde de olabilir.

2. HUKUK VE EKONOMİ YAKLAŞIMI

a) HUKUK VE EKONOMİ YAKLAŞIMINA İLİŞKİN GENEL OLARAK

Hukuk ve ekonominin (*law&economics*) (hukukun ekonomik analizinin) bir öğretisi olarak 1960'lı yılların başında Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde rekabet hukuku ve ekonomik regülasyon gibi ekonomik faaliyete ilişkin hukuk kurallarının ekonomik analiziyle ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁵⁹. Hukukun ekonomik analizi, hukuk kurallarının kişilerin seçim

⁵⁸ **Wagner**, Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkungen §823, N. 47; **Schwenzer**, N. 49.04; **Roberto**, §2 N. 33; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 151 vd.

⁵⁹ **Oğuz**, Fuat, "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", Piyasa, 2002/2, (s. 3-23) s. 6; **Ardıyok**, Şahin, Regülasyon Hukuku, İstanbul 2019, s. 61, 82; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 63. **Koziol**, hukukun ekonomik analizine ilişkin fikirlerin 19. yüzyıl sonunda Viyana'da *Mataja* tarafından filizlendirildiğini, daha sonra ABD'de geliştirilip Amerikan versiyonunun 20. yüzyıl sonunda tekrar Avrupa'ya geldiğini ifade etmektedir. **Koziol**, Aims-Conclusion, N. 14. Hukuk ve ekonomi öğretisinin Anglo-Amerikan hukukunda geliştirildiği, haksız fiil hukukunun işlevine yönelik tartışmaların Anglo-Amerikan hukukunda hararetle yaşandığı ve bu durumun Kıta Avrupası hukuk eserlerinde haksız fiilin normatif değerlendirilmesine ilişkin tartışmaların varlığına yakın zamana kadar rastlanmamasının tarihsel nedeni olduğuna ilişkin olarak bkz. **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 23.

ve davranışları üzerindeki etkilerinin ve bunların toplumsal yansımalarının (sosyal refah) incelenmesidir⁶⁰. Bir diğer deyişle, hukuk kurallarının ve hukuki kurumların oluşumu, yapısı, işleyişi ve etkisinin incelenmesinde ekonomik teori ve yöntemlerden yararlanılır⁶¹. Bu öğretiyeye göre, kanunların yapımında, yorumlanmasında ve uygulanmasında ortaya çıkacak ekonomik maliyet nazara alınmalı ve mevcut çözümler arasında ekonomik maliyeti en düşük olanı tercih edilmelidir⁶².

Hukukun ekonomik analizi, hukuk kurum ve kurallarını ekonomi biliminin yaklaşımlarıyla ele almaktadır. Kişilerin rasyonel olarak faydalarını maksimize etme eğiliminde oldukları yönündeki ekonomik varsayım, hukuk alanında tatbik edilmekte ve hukuk kurallarına karşı kişilerin verdiği tepkilerden hareketle bazı çıkarımlar yapılmaktadır⁶³.

Ekonomik analizde esas alınan normatif ölçüt, ekonomik etkinlik veya refah maksimizasyonudur⁶⁴. Haksız fiil hukuku, zararları tazmin etmekle, olumsuz dışsallık (*negative externality*) nedeniyle ortaya çıkan refah kaybını (*welfare loss*) azaltarak, ekonomik açıdan bir aksaklığın (*market failure*) düzeltilmesine hizmet eder. Hukukun ekonomik analizi, hukuk kurallarının kaynakların boşa harcanmasını önlemek ya da en aza indirmek suretiyle etkinliği artırıp artırmadığını inceler. Haksız fiil hukuku bakımından sosyal refah artışından ziyade, karşıt kavram olan “sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi” amacından bahsedilir⁶⁵.

Ekonomik analiz taraftarlarınca haksız fiil hukuku kuralları sosyal olarak etkin davranışı teşvik etmede hukuki bir araç olarak kullanılabilir⁶⁶. Zarar verenin faydası da zarar gören ile aynı ağırlıkta refah denklemi içerisinde yer almaktadır. Tazminatın ödenmesi sosyal refahta “*net*” bir artış sağlamadığı için hem zarar verenin hem zarar görenin hem de haksız fiilin muhatabı olmayan kişilerin faydasının refah denklemine yer alması gerekir⁶⁷. Marjinal önleme maliyetleri, kazanın önlenmesine ilişkin marjinal faydadan yüksek ise, bu durumda sosyal refah azalır. Amaç, zarar görenler için adaletin tesisi

⁶⁰ Sanlı, Haksız Fiil, s. 13.

⁶¹ Savaş, Vural Fuat, “Hukuk ve İktisat”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.:2004, C.: I, S.:2, (s. 3-13) s. 4.

⁶² Savaş, s. 7.

⁶³ Sanlı, Hukuk ve Ekonomi, s. 3.

⁶⁴ Oğuz’a göre, “Her ne kadar ekonomik etkinliğin hukuki düzenlemelerin nihai amacı olması değişik nedenlerle eleştirilebilse de, etkinliğin diğer sosyal amaçlara ulaşmadaki aracı rolü nedeniyle etkinlik yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.” Oğuz, s. 7

⁶⁵ Sanlı, Haksız Fiil, s. 171.

⁶⁶ Posner, Richard A., Economics Analysis of Law, New York 2007, s. 192.

⁶⁷ Sanlı, Haksız Fiil, s. 170.

olmayıp “*cheapest cost avoider- zararı en az maliyetle önleyen taraf*” modeline dayanarak kazaların toplumdaki toplam maliyetinin azaltılması ve bu yolla sosyal refahın artırılmasıdır⁶⁸.

Ekonomik analiz yaklaşımı, haksız fiil hukukunu zarar doğuran bir fiilin gerçekleşmesi ihtimalinde tarafların –hem zarar verenin hem de zarar görenin- ideal önleyici tedbirleri almasını teşvik edecek bir hukuki araç olarak görür. Hukuk ve ekonomi öğretisine göre haksız fiil hukukunun asıl amacı caydırıcılığın tesisi ve bu yolla zararın önlenmesidir. Zararın telafisi, haksız fiilin amacı olmayıp potansiyel zarar verenlerin etkin bir biçimde önlemesi amacına ulaşmada bir araçtır.

Türk hukukunda hukuk ve ekonomi yaklaşımını benimseyen *Sanlı* hukuk doktrininin tazminatın hangi amaca yöneldiğini net bir şekilde ortaya koymadığı; amaç olarak izlenen değerlerin, somut haksız fiil hukuku kuralları ile ilişkisinin kurulmadığı, *ad hoc* çözümler üreten, tutarlılıktan uzak bir hukuk uygulaması riskini beraberinde getirdiği gerekçeleriyle eleştirmektedir⁶⁹. Yazar, Türk doktrininin, pozitivist eğilimler nedeniyle, hukuk politikası tartışmalarını üstü kapalı olarak yaptığı ve bu eğilimin bütünsellikten yoksun, tutarsız önermelere ve sonuçlara yol açtığı kanaatindedir⁷⁰. Yazara göre, ekonomik analiz, normatif değer yargılarını açık ve net bir biçimde ortaya koyar ve bunları somut hukuk kuralları ile ilişkilendirerek, hukuk kurallarını bütünsel bir çerçevede tutarlı bir biçimde yorumlar.

Hukuk ve ekonomi öğretisinin normatif veya pozitif sorunları daha etkin çözmek için ekonominin çağdaş yöntemlerini kullandığını belirten *Ardıyok* da, öğretinin dayandığı ekonomik araçlar ve özellikle ampirik çalışmaların dünyada önemli refah artışlarına neden olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu hususta, havayolu taşımacılığında ekonomik açıdan lüzumsuz regülasyonların kaldırılarak Amerika Birleşik Devletleri’nde elde edilen etkinlik artışını örnek göstermekte ve öğretinin Türk hukukunda da uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁷¹.

⁶⁸ **Calabresi**, Guido, *The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970, s. 17 vd.

⁶⁹ **Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi, s. 13-14.

⁷⁰ **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 185: “*Fikrimizce Türk haksız fiil (hatta özel) 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, kuralları yorumlamanın mümkün olduğu ve mantıklı ve tutarlı çözümler üretilebileceği (zımnen de olsa) düşünülmektedir. Bu nedenle özel hukukta hukuki pozitivismin oldukça etkili olduğu söylenebilir.*”

⁷¹ **Ardıyok**, s. 75, 82. Hukuk ve ekonomi öğretisine yöneltilen eleştirileri ele alan yazar, ekonomik analize yöneltilen günlük hayatta uygulama olanağı sınırlı ütopyik modeller

b) HUKUK VE EKONOMİ YAKLAŞIMINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Ekonomik analiz öğretisini eleştiren yazarlarca haksız fiil hukukunun amacı belirlenirken, düzeltici adalet ve hukuki güvenlik gibi hukukun temel ilkeleri ve anayasal olarak korunan hak ve özgürlükler dikkate alınmalıdır⁷². Hukuk ve ekonomi öğretisince ileri sürüldüğü üzere, potansiyel failerin gelecekte daha dikkatli davranmaları gerektiği yönünde caydırıcılık sağlanmadığından ve önleme amacına hizmet etmediğinden bahisle zarar görenin zararı telafi edilmezse, bu durumda eşit muamele ilkesi ihlal edildiği gibi bin yıldır kabul edilen düzeltici adalete hanel gelir. Ekonomik analiz yaklaşımı, ekonomik etkinlik değil adil tazminat ilkesine dayanan hukuk sistemimiz için uygulanabilir değildir⁷³.

Ekonomik analiz ayrıca gerçek hayattan uzak modellere dayandığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁴. *İnsel* de hukukçu açısından bakınca, ekonominin çoğu zaman ayakları yere basmayan bir kurgu veya spekülasyon bir tasarım olarak görülebileceğine işaret etmektedir⁷⁵.

Ekonomik analizin toplumdaki tüm bireylerin ekonomik saiklerle (*incentive*) hareket ettiği yönündeki çıkış noktası da gerçeklerle bağdaşmaz. Kişilerin kendi becerilerini ve alınan önlemleri olduğundan fazla; buna karşın zararın meydana gelme olasılığını olduğundan az değerlendirdikleri görülmüştür⁷⁶. Bu argümana karşın ekonomik teoremin daha kompleks modellerde bunlara yer vererek davranışsal bu anomalileri değerlendirmeye dâhil ettiği savunulmaktadır⁷⁷.

Hukukun ekonomik analizi yaklaşımı mevzu hukuk ve yasa koyucunun amacıyla da çelişir. Ayrıca haksız fiil hukukunun asıl amacının önleme olarak

kullanıldığı, sosyal bilimlerin genel olarak kesin sonuçlar üretemeyeceği ve bu nedenle hukuk kurallarının ekonomik sonuçları konusundaki argümanların spekülasyonlardan uzak olmayacağı yönündeki eleştirilerin, ekonomi bilminde modellerin rolü ve para dışı değerlerin anlamı gibi konularda yeterince bilgi sahibi olmayan hukukçu akademisyenler tarafından ortaya atıldığını savunmaktadır. **Ardıyok**, s. 69.

⁷² **Koziol**, Germanic, N. 3/16.

⁷³ **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N. 74.

⁷⁴ Detaylar için bkz. **Koziol**, Germanic, N. 3/19; **Koziol**, Aims-Conclusion, N. 27.

⁷⁵ **İnsel**, Ahmet, "İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki", *Güncel Hukuk*, Aralık 2005. <https://www.birikimdergisi.com/guncel/902/iktisat-ve-hukuk-arasindaki-karmasik-iliski>. E.T. 20.07.2020.

⁷⁶ **Koziol**, Germanic, N. 3/19; **Koziol**, Aims-Conclusion, N. 27.

⁷⁷ **Wagner**, Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkungen §823, N. 71. Ayrıca potansiyel failin davranışlarını düzelterek nitelikte ceza hukuku ve kamu hukuku kuralları öngörülmelidir. **Staudinger/Hager**, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 16.

kabul edilmesi düzenleyici boşluğun (*regulatory gap*) oluşmasına sebebiyet verir. Hukuk tarihinin gösterdiği üzere, zararın telafisini (esas olarak) amaçlayan kurallara ihtiyaç vardır. Haksız fiil hukukunun telafi değil de önleme amacına özgülmesi durumunda hukuk düzenince zarar görenlerin korunmaya layık görülen hukuki menfaatlerinin korunması noktasında bir eksiklik söz konusu olur. Dolayısıyla bugüne kadar bu işlevi yerine getiren haksız fiil hukukunu başka bir işleve özgülüyor yine zararın tazmini için başka bir hukuk dalını tayin etmekle uğraşmak pek akıl kârı değildir.⁷⁸

Her ne kadar zararın doğmasına sebebiyet vermek, tazminat yaptırımının doğması için gerek koşul olsa da, ekonomik analiz yaklaşımı kabul edilecek olursa bu durumda yaptırım zarara bağlı olmayacaktır. Önleme işlevini gösterdiği gerekçesiyle tazminat yükümlülüğü zarardan fazla olabilecek böylece cezalandırıcı tazminatın önü açılacaktır. Hâlbuki cezalandırma, kamu hukukuna özellikle de ceza hukuku ve idare hukukuna ilişkindir. Buna göre, tazminatın kapsamı zarar görene değil, zarar verenin elde ettiği menfaate göre belirlenecektir. Öte yandan, hukukun ekonomik analizi yaklaşımı benimsenecek olursa kişilerin önlem almak için gerekli saiklere sahip olduğu durumlarda zarar görenin zararı tazmin edilmeyebilecektir. Üstelik uygulanacak yaptırım içeriğinin meydana gelen zarardan bağımsız olduğu kabul ediliyor iken, önleme amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak yaptırım uygulanması için zararın sorumluluğun kurucu unsuru olarak aranması mantıksızdır.⁷⁹

Haksız fiil hukukunun amacını belirlemede özel hukukun temel ilkeleri dikkate alınmalıdır ve kendisine yabancı olan kamu hukuku görevleri özel hukuka yüklenmemelidir. Her zaman iki veya daha fazla hukuk süjesi arasındaki ilişkiyi doğrudan etkileyen özel hukukun temel ilkelerden birisi, özel hukukun devreye girmesi için sadece failin hukuka aykırı davranışının yeterli olmaması, zarar görenin zarara uğramış olması gibi zarar görene ilişkin bir sebebin de bulunması gerektiği anlamına gelen “karşılıklı gerekçelendirme ilkesi”dir (*Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung*)⁸⁰. Bu ilke uyarınca neden bir tarafın daha avantajlı konuma getirildiğini açıklamak yetmez, tarafların arasındaki ilişkinin hangi özelliğinden ötürü diğer tarafın dezavantajlı konumda bulunduğu da açıklanması gerekir.⁸¹ Önleme amacından bahisle

⁷⁸ Koziol, Germanic, N. 3/28.

⁷⁹ Koziol, Germanic, N. 3/26.

⁸⁰ Koziol, Germanic, N. 2/92.

⁸¹ Bydlinski, Franz, “Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft”, Archiv für die civilistische Praxis, 2004, 204. Bd., H. 3/4, s. 309-395, s. 341 vd.

zarardan fazla tazminata –cezalandırıcı tazminata- hükmetmek karşılıklı gerekçelendirme ilkesi ile bağdaşmaz⁸².

Yürürlükte olan hukuka kıyasla ekonomik analiz bir ilerleme kat etmez, aksine zararın önlenmesi bakımından daha kötü bir duruma sebebiyet verir. Ekonomik analiz, sadece meydana gelen masraflar nedeniyle değil, her şeyden evvel zarar görenin özel alanına müdahale ve bununla bağlantılı olarak ıstıraba sebebiyet vermesi nedeniyle kazaların önlenmesi gerektiğini göz ardı eder⁸³. Bu gerekçelerle ekonomik analizin İsviçre hukuk düzenine kesinlikle girmemesi gerektiğini savunan *Oftinger/Stark*'a göre, bütün bir haksız fiil sistemi sadece refahın maksimize edilmesi bakış açısına terk edilmemelidir⁸⁴.

Dayandığı değerlerin yanı sıra ekonomik analiz pratik sebeplerle de tercih edilmemelidir. Zira ekonomik analiz hem zarar önleme maliyetinin hem önlenen zararların maliyetinin tam anlamıyla belirlenemiyor olması hem de tehlikeli bir faaliyetin faydalarını ölçmenin kolay olmaması nedeniyle sadece küçük bir alanda pratik olarak kullanılabilir niteliktedir⁸⁵. Üstelik, *ex ante* yaklaşım ve önleme amacı, zararın doğup doğmadığından bağımsız olarak, toplam refahın azalmasına büyük ihtimalle sebebiyet vereceğinden tehlikeli fiillerin yasaklanması ve böylece yaptırım uygulanması sonucunu doğurabilecektir⁸⁶.

Hukuk ve ekonomi yaklaşımı Türk doktrininde de eleştirilmiştir:

Serozan'a göre, “*Kapitalist ideolojinin tipik Amerikan ürünü sayılabilecek bir hukukçuluk yöntemi de “hukukun ekonomik analizi” (economic analysis of law) yöntemidir. Bu yöntem ortalama yurttaşın, bencil ve rasyonel davranan “homo oeconomicus”un güdüsüne ve tutumuna dayanarak hukuksal kuralların ve yargıların uygulamadaki etkilerine bakar; bu etkileri de ekonomik etkinlik (efficiency) ve sosyal külfet (social cost) merceğinden değerlendirir. Bu yöntem sosyal yaşam gerçeğine uymayan “homo oeconomicus” paradigmasıyla bilim dışına düştüğü kadar, anti-sosyal yaklaşımıyla çağdaş sosyal devlet ve sosyal adalet anlayışının da dışına düşer.*”⁸⁷

⁸² *Koziol*, Germanic, N. 3/27; *Karner*, N. 11.

⁸³ *Oftinger/Stark*, §1 N. 62.

⁸⁴ *Oftinger/Stark*, §1 N. 66.

⁸⁵ *Oftinger/Stark*, §1 N. 68.

⁸⁶ *Koziol*, Germanic, N. 3/25. Ekonomik analizin ayrıca hem maddi hem de manevi tazminatın belirlenmesinde yetersiz kaldığı ve hatta keyfilğe yol açacağı yönünde eleştiriler için bkz. *Koziol*, Germanic, N. 3/20-N. 3/21.

⁸⁷ *Serozan*, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, I § 5 N. 13.

Hukuk ve ekonomi öğretisine karşı çekimser davranılması gerektiğini savunan *Nomer*, özellikle kişiye gelen zararlar bakımından, ekonomik açıdan bir değerlendirme yapmanın insan onuruyla bağdaşmayacağına dikkat çekmektedir⁸⁸.

Hukukun ve ekonominin amaçlarının birbirinden farklı olduğunu, ekonominin amacının etkinlik, hukukun amacının ise adalet olduğuna işaret eden *Savaş*, etkinlik ve adaletin birbirinin tamamlayıcısı olduğunu ve topluma birlikte yol göstermesi gerektiğini ifade eder⁸⁹. Yazar hukuk ve ekonomi yaklaşımının etkinliği adaletin yerine ikame etmesinin ciddi bir yanılğı olduğunu ve ekonomik kavram ve kuralların yeterince incelenmeden bu yaklaşımın benimsendiğini savunmaktadır⁹⁰.

Ekonominin yüksek düzeyde matematikleşebilmesi, aynı zamanda kişisel ve toplumsal olayları açıklamadaki başarısının ekonomide bir tür üstünlük saplantısına, kendi alanını aşarak tüm toplumsal olayları açıklama girişimine götürdüğü ifade eden *Türkbağ*, hukukun amacı olarak etkinliğin yer yer adalet ve hakkaniyetle çatıştığına dikkat çekmektedir⁹¹. Yazara göre, ekonomik analizin hedeflediği etkinlik pastanın büyüklüğü, adaletse onun nasıl paylaştırılacağıyla ilgilidir ve pasta büyüdükçe herkese düşen dilimin kalınlaşacağı savı pek de doğru değildir⁹².

Baysal'a göre, hukuk ve ekonomi öğretisinin basit ilkeleri, hukuk sistemine uygulanabilirlik bakımından ilk bakışta ikna edici ve cazip gelse de, bu ilkeler hukukun adalet sağlama işlevini sarsar niteliktedir⁹³. Yazara göre, adaleti sağlamak düşüncesi üzerine inşa olunan Kıta Avrupası hukuk sisteminde faydacı teori temelinde yükselen hukuk ve ekonomi öğretisinin normatif değerlendirme bakımından uygulanabilirliği sorun doğurur⁹⁴.

Yazar, kuralların uygulanması açısından ekonomik analize kuşkuyla yaklaşmakla beraber, kural koyma (yasa yapma) sürecinde yararlı ve önemli olduğu kanaatinde. **Serozan**, I § 5 N. 13, dn. 7.

⁸⁸ **Nomer**, s. 76.

⁸⁹ **Savaş**, s. 12.

⁹⁰ **Savaş**, s. 12. Öte yandan, hukuk ve ekonomi öğretisinin en önemli temsilcilerinden *Posner*, adalet kelimesinin farklı anlamları bulunduğu ve adalet kavramının etkinliği aşan bir anlamı olduğuna işaret etmekte ve ekonomik analizin normatif argümanlarının bu belirlemeler ışığında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. **Posner**, s. 27.

⁹¹ **Türkbağ**, Ahmet Ulvi, Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Y.: 2003, S.:8, (s. 58-68) s. 59, 67.

⁹² **Türkbağ**, s. 67.

⁹³ **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 22. Hukuk ve ekonomi öğretisinin kişisel değerler söz konusu olduğunda çıkmaza düştüğüne ilişkin açıklama için bkz. **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 26.

⁹⁴ **Baysal**, Zarar Görenin Kusuru, s. 24.

3. ÖNLEME GÖRÜŞÜNÜN AÇIKLANMASI

Dayanağını hukukun ekonomik analizinden alan önleme görüşüne göre, haksız fiil hukuku sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesi suretiyle sosyal refahın maksimize edilmesine yönelik olup haksız fiil kurallarının yorumunda, zararın telafisi yoluyla düzeltici adaletin sağlanması değil ekonomik etkinlik ölçütü esas alınmalıdır ve haksız fiil hukukunun amacının önleme olduğu kabul edilmelidir⁹⁵.

Önleme görüşüne göre haksız fiil sorumluluğu tehdidi, zarar doğurma riski taşıyan davranışlar üzerinde caydırıcı etki göstermek suretiyle kişilerin sosyal açıdan arzu edilen biçimde davranmasını teşvik eder⁹⁶. Demek ki, önleme görüşüne göre önemli olan tazminat sorumluluğunun kişinin davranışları üzerindeki etkisidir. Haksız fiil hukuku, sadece zarar görenle zarar veren arasındaki ilişkiyle ilgili değildir, aynı zamanda ileride meydana gelebilecek riskli faaliyetlerden doğabilecek istenmeyen sonuçların azaltılmasıyla da ilgilidir. Karşılaşacakları muhtemel tazminat sorumluluğu, kişileri davranışlarında daha özenli olmaya sevk eder, bu da haksız fiillerden doğan zararın azalması biçimindeki sosyal açıdan arzu edilen sonucun doğmasını sağlamaktadır. Önleme işlevinin önemi özellikle zarar ve zenginleşmeyi ispatlama konusunda büyük zorlukların söz konusu olduğu fikri mülkiyeti hukuku bakımından vurgulanır.

Telafi amacıyla, odak noktası zarar gören olup, zarar görenin, zarar doğuran fiil gerçekleşme idi içinde bulunacağı duruma döndürülmesi hedeflenmektedir. Önleme görüşünde ise odak noktası zarar verendir. Telafi görüşü ile önleme görüşü arasındaki bir diğer fark ise telafi görüşünün *ex post* bakış açısını; önleme görüşününse, *ex ante* bakış açısını esas almasıdır. Tamamen *ex post* bakış açısına dayanan telafi görüşüne göre çözümlenmesi gereken hukuki sorun, meydana gelen zarara kimin ne ölçüde katlanacağını belirlemesidir. Buna karşın, önleme görüşünde tazminat yükümlülüğüyle karşılaşma riskinin kişilerin davranışları üzerindeki etkisi esas alınmaktadır. Önleme görüşüne göre, haksız fiil hukuku, ileride meydana gelebilecek riskli faaliyetlerden doğabilecek istenmeyen sonuçların azaltılmasıyla ilgilidir.

Önleme görüşünün savunucularına göre, rekabet hukukundaki haksız fiil düzenlemesinin amacı da, caydırıcılığın tesisi ve zararın önlenmesidir. Bu görüşe göre, rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan haksız fiil

⁹⁵ **Wagner**, Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkungen §823, N. 47; **Schwenzer**, N. 49.04; **Roberto**, §2 N. 33; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 151 vd.

⁹⁶ **Visscher**, Louis T., "Tort Damages", Tort Law and Economics, Cheltenham 2009, (s. 153-214) s. 153.

sorumluluğunun temel amacı, zararın telafi edilmesi olarak değerlendirilemez. Bunun yerine rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun temel amacı, tazminat ödeme riskinin, rekabet hukukunu ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler (potansiyel failer) üzerinde caydırıcı etki yaratarak gerçekleşmesi muhtemel toplam zararda azalmaya yol açması, kısacası zararın önlenmesidir⁹⁷. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun tazminat miktarının, zarar miktarını aşacak şekilde belirlenmesine ve de zarardan soyutlanarak failerin elde ettikleri menfaate göre tespit edilebilmesine olanak tanıyan “üç katı tazminat”a ilişkin 58. maddesi bu görüşün pozitif dayanağı olarak gösterilmektedir⁹⁸.

Türk hukukunda *Ünlütepe*'ye göre ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66/3 hükmünün öngörülmesiyle haksız fiilin önleme amacının, telafi amacının önüne geçtiği kabul edilmelidir⁹⁹. Yazara göre, TBK m. 66/3 hükmü işletmesel alanda, genel bir sorumluluk –organizasyon sorumluluğu– tayin etmektedir ve bu hükümle, sorumluluk hukukunda zararın önlenmesi, zararın telafisi amacının önüne geçmiştir¹⁰⁰. Buna göre, işletme sahiplerine zararın doğumunu engellemeye yönelik organizasyonun kurulması bakımından gerekli tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü öngören ve buna aykırılık hâlinde, işletene ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü yükleyen TBK m. 66/3 hükmü, öncelikli olarak üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleme amacı güder.

4. ÖNLEME GÖRÜŞÜNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Öncelikle belirtmek gerekir ki, telafi görüşü savunucuları önlemeyi haksız fiil hukukunun ikincil amacı olarak kabul etmektedir. Önleme amacına yöneltilen eleştiriler önlemenin asıl ya da tek amaç olarak görülmesine karşı yöneltilmektedir.

⁹⁷ **Sanlı**, Kerem Cem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, (s. 197- 262) s. 206.

⁹⁸ **Sanlı**, Rekabet, s. 206. RKHK m. 58/2: “*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 kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.*”

⁹⁹ TBK m. 66/3: “*Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.*” Hükümde adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmek için getirmesi gereken kurtuluş kanıtını ağırlaştırıcı bir mahiyet mi taşıdığı yoksa adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız bir hüküm olarak ele alınarak organizasyon sorumluluğuna mı dayanak teşkil ettiği tartışmalıdır.

¹⁰⁰ **Ünlütepe**, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016, s. 160-161.

Önleme görüşünü eleştiren yazarlara göre önleme amacını merkeze alan görüş, haksız fiil sorumluluğunun amacının telafi olduğunu açık ve net biçimde zikreden Kıta Avrupası mevzuatıyla çelişmektedir¹⁰¹. Önleme, sadece ikincil işlemdir ve tazminata yönelik olmayan bir borcun ifasının sebebini teşkil etmek için tek başına yeterli değildir. *Honsell*'e göre, “*Burada rasyonel kelimesinin arkasında katıksız bir irrasyonellik saklıdır. Taraflar arasında adil bir denge kurmaya çalışan özel hukukta önleme amacının yeri yoktur. Tabiri caizse ödünç olarak tazminat gerekçesi kullanılmaktadır.*”¹⁰²

Hem özel hukukun temel ilkelerinden karşılıklı gerekçelendirme ilkesi hem de haksız fiil hukukunun önleme kavramını tutarlı uygulamada yetersiz kalacak olması nedeniyle de haksız fiil sorumluluğunda önleme işlevinin asli amaç olması beklenemez. Haksız fiil sorumluluğunun önleme işlevini yerine getirmede uygun bir araç olması için, yaptırımın yasaklanan davranışla, yani hazırlık hareketiyle veya buna teşebbüsle ilgili olması gerekir ve bir zararın doğmasına bağlı olmaması gerekir¹⁰³. Buna karşın tazmin yükümlülüğünden ancak zarar doğmuşsa söz edilebilir ancak zarar doğmaksızın sırf yasaklanan davranışın gerçekleşmesi nedeniyle bir yaptırım öngörülmesi haksız fiil hukukuna yabancıdır.

Önleme görüşünü savunan yazarlarca telafi ilkesinin boş bir ilkedan ibaret olduğu ve bu ilkeyle tazminat yükümlülüğünün ne zaman doğduğunun belirlenemeyeceği argümanına karşın, telafi görüşünü savunan yazarlara göre bu argüman isabetsiz olup, önleme görüşü taraftarları üstün gördükleri önleme işlevinin de aynı boşluklardan muzdarip olduğunu kabul etmelilerdir¹⁰⁴. Telafi görüşü savunucularına göre hukukun *ex post* uygulanması, önleyicilik işlevine uygun değildir. *Ex ante* bakış açısıyla hareket eden ekonomik analiz, *ex post* değerlendirme yapılan haksız fiil hukukuyla bağdaşmaz. Artık zarar doğduğuna göre, önleme görüşünün savunduğu ölçekte tazminatın önleyici olması güçtür. Ayrıca *Calabresi*'nin “*cheapest cost avoider- zararı en az maliyetle önleyen taraf*” modeli, neredeyse hiç kimsenin fiil esnasında davranışlarının sonuçlarının toplum için toplam maliyetini ve faydalarını hesaplayamayacağından ve özen yükümlülüğü ancak *ex post* olarak belirlenebilecekken belirli davranışlar için saik amaçlanmasında çelişki

¹⁰¹ TBK m. 49/İBK m. 41, Avusturya Medeni Kanunu §1295 ve Alman Medeni Kanunu §823, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri m.1:101, m. 10:101'de ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı m. VI-1:101'de haksız fiil hukukunun amacının telafi olduğu kabul edilmiştir.

¹⁰² **Honsell**, Heinrich, “Amerikan Hukuk Kültürü”, MÜHF – HAD, C. 16, S. 3-4, (s. 355-373) (çev. Ar. Gör. Dr. Murat Topuz), s. 364.

¹⁰³ **Koziol**, Germanic, N. 3/5.

¹⁰⁴ **Koziol**, Germanic, N. 3/5.

bulduğundan bahisle eleştirilmektedir¹⁰⁵. Ek olarak, telafi amacını reddederek önleme amacını odak noktasına koyan yaklaşım mevzu hukukla çeliştiği gibi telafi amacının terk edilmesi durumunda zararın telafisi/tazmini işlevini görecek başka bir hukuki kurum kalmayacağından düzenleyici bir boşluk oluşmasına sebebiyet verir¹⁰⁶.

Önleme görüşüne getirilen bir diğer eleştiri, kazaları önleyici tedbirlerin alınmasını sağlamak suretiyle zararın önlenmesinin özel hukukun değil, esasen kamu hukukunun görevi olduğudur¹⁰⁷. Önleme görüşüne getirilen bir başka eleştiri ise, hukuki sorumluluk sigortasının yaygınlaşmasının, haksız fiil sorumluluğunun önleyici işlevine ket vurduğu yönündedir¹⁰⁸. Sorumluluk sigortası, hem zarar görenler açısından alacakları tazminata kavuşmalarını sağladığı için hem de girişimciler açısından alacakları sorumluluk risklerini hesap edilebilir kıldığı için tercih edilmelidir. Ancak üçüncü şahıslara karşı mali sorumluluk sigortaları, özellikle sigorta primleri konusunda haksız fiil hukukunun önleme amacını baltalamayacak şekilde dizayn edilmelidir¹⁰⁹.

Telafi görüşü savunucularına göre, yukarıda belirtilen gerekçeler ve farklılıklar nedeniyle önleme amacı telafi amacını ikame edemez ancak telafi amacını tamamlayıcı işlev gösterebilir¹¹⁰.

IV. HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMACINA İLİŞKİN TARTIŞMANIN SONUCU-CEZALANDIRICI TAZMİNAT

Haksız fiil hukukunun amacına ilişkin olarak tartışmanın pratik sonucu, haksız fiil hukukunun asıl amacının önleme olduğunun kabulü halinde telafi amacını benimseyen hukuk sistemlerince reddedilen cezalandırıcı tazminatın önünün açılacak olmasıdır.

Kaynağını Anglo-Amerikan hukukundan alan cezalandırıcı tazminat, zarar verenin kasıt ve kötüniyet benzeri hislerle karşısındakine zarar vermesi hâlinde telafi edici tazminata ek olarak hükmedilen bir tazminat türüdür¹¹¹. Cezalandırıcı tazminat, zarara sebep olan kişiyi cezalandırmak suretiyle

¹⁰⁵ Koziol, Germanic, N. 3/18.

¹⁰⁶ Koziol, Germanic, N. 3/1.

¹⁰⁷ Nomer, s. 36.

¹⁰⁸ Honsell/Isenring/Kessler, §1 N. 67; Koziol, Germanic, N. 3/7; Nomer, s. 36. Fransız hukukunda aynı yönde bkz. Moréteau, N. 1/69. Eren, zarar veren, zararlı sonuca kasten veya ağır ihmaliyle sebep olmuşsa, sigortacının zarar verene rücu hakkının mevcut olduğundan bahisle bu eleştiriye katılmamaktadır. Eren, s. 536. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkungen §823, N. 47.

¹⁰⁹ Koziol, Germanic, N. 3/7. Fransız hukukunda aynı yönde bkz. Moréteau, N. 1/69.

¹¹⁰ Eren, s. 536; Nomer, s. 36.

¹¹¹ Özden Merhacı, s. 76.

gelecekte benzer fiillerin gerçekleşmesini engellemeyi amaçlar¹¹². Cezalandırıcı tazminatın, kusurlu bir eylem sonucu zararın doğduğu, tazminatın zarar miktarından bağımsız olarak belirlendiği ve tazminata hükmederken cezalandırma düşüncesinin hâkim olduğu hallerde söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹¹³.

Cezalandırıcı tazminatın en meşhur örneklerinin bulunduğu Amerikan hukukunda bir tazminatın cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilebilmesi için telafi amacına ek olarak cezalandırma ve önleme amacı taşıdığı belirtilerek hükmedilmelidir¹¹⁴. Amerikan hukukunda, davacının kazandığı davaların yaklaşık yüzde altısında cezalandırıcı tazminata hükmedildiği belirtilmektedir¹¹⁵.

Ekonomik analiz taraftarlarınca savunulan cezalandırıcı tazminatın amacı, zarar verenin sorumlu tutulması hâlinde katlanacağı maliyetin hukuka aykırı -ve genellikle kasıtlı- fiiliyle elde ettiği kârdan az olduğu durumlarda meydana gelen caydırıcılık problemlerinden kaçınmaktır¹¹⁶. Böyle bir olasılıkta, önleme amacının gerçekleşmesi için zarar görenin uğradığı zararı aşan ve potansiyel zarar verenleri hukuk kurallarını ihlal etmekten caydıracak meblağda tazminata hükmedilir.

Anglo-Amerikan hukukunda sıkça bahsi geçen cezalandırıcı tazminat Kıta Avrupası hukukuna yabancıdır¹¹⁷. Kıta Avrupası hukukunda cezalandırıcı tazminatın kabulü haksız fiil hukukunun genel ve temel amacı olan telafi amacına açıkça aykırılık teşkil eder. Öte yandan Türk hukukunda *Gül*, kaza sonucu meydana gelen zarara mağdurun katlanması gerektiği anlayışının zayıfladığı ve önleme düşüncesinin önem kazandığı, failin meydana gelen zararı karşılamaya baştan hazır olması halinde telafi tazminatının caydırıcı etkisinin olmayacağı, ispat sorunları nedeniyle zararın tazmin edilmemesinin caydırıcılığı azalttığı, telafi tazminatı tutarı hesaplanırken failin elde ettiği kârların gözetilmediği, değişik nedenlerle telafi

¹¹² Başoğlu, s. 619.

¹¹³ Güteryüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 342.

¹¹⁴ Özden Merhacı, s. 76; Güteryüz/Zorluoğlu Yılmaz, s. 342. Cezalandırıcı tazminatın en meşhur örnekleri Amerika Birleşik Devletleri'ndeki *Grimshaw v. Ford Motor Co.* ve *Liebeck v. McDonald's* davalarıdır.

¹¹⁵ Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven, "Punitive damages", *Tort Law and Economics*, Cheltenham 2009, (s. 228-244) s. 228.

¹¹⁶ Miceli, Thomas J., *Economics of the Law*, New York 1997, s. 35; Posner, s. 207; Schäfer, Hans Bernd/Müller-Langer, Frank, "Strict liability vs. negligence", *Tort Law and Economics*, Cheltenham 2009, (s. 3-45) s. 12; Polinsky/Shavell, s. 228 vd.; Visscher, s. 165 vd.

¹¹⁷ Müller, Handkommentar, Art 41 N. 4; Roberto, §2 N. 25.

tazminatından indirim yapıldığı, mağduru tazminat davası açmaktan caydıran sebeplerin ve küçük tutarlı zararların tazmininde engellerin bulunduğu bahisle Türk Borçlar Kanununa cezalandırıcı tazminata olanak veren genel bir hüküm eklenmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸.

Cezalandırıcı tazminatın haksız fiil hukukunda genel olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak, yerel bir hukuki problemin çözümünde karşılaştırmalı hukuka başvurmada dikkatli olmak gerekir. Bir hukuk sisteminde haksız fiil hukukunun amacı meydana gelen zararın telafisi iken, amacı önleme ve cezalandırma olan bir başka hukuk sistemindeki cezalandırıcı tazminat kurumu benimsenmemelidir¹¹⁹. Benzer şekilde Kıta Avrupası haksız fiil hukuku, Anglo-Amerikan hukukuna doğrudan uygulanamaz ancak Anglo-Amerikan hukukunda sorumluluğun doğması için zararın arandığı ve buna ek olarak zararın telafisine yönelik telafi edici tazminatlar bakımından böyle bir uygulama söz konusu olabilir. Telafi edici tazminatlar dışındaki Anglo-Amerikan haksız fiilleri, Kıta Avrupası haksız fiil hukukuyla kıyaslanabilir nitelikte değildir.

Cezalandırıcı tazminatın haksız fiil hukukunda genel olarak kabulü, modern hukukun bir başarısı olan ceza hukuku ve özel hukuk ayırımına ters düşer. Böyle bir gerileme modern ceza hukukunun da -suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, belirlilik ilkesi ve kıyas yasağı gibi- temel ilkelerine de aykırıdır¹²⁰. Cezalandırıcı tazminat, haksız fiil hukukunun bir parçası olamaz, özel hükümlerle düzenlenmelidir¹²¹.

Cezalandırma ve önleme amacının gerçekleştirilmesi ihtiyacına ilişkin olarak kamu hukuku ve özellikle ceza hukuku, özel hukuka kıyasla daha uygun hukuki araçlardır. Cezalandırıcı tazminat, -tıpkı telafi edici tazminatlar gibi- ancak ihlal gerçekleşip zarar doğduğunda hukuki uyumsuzluğa konu olacağından bahisle önleme amacının gerçekleştirilmesinde yetersiz kalır¹²². Etkili ve önleyici cezalandırma yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesine bağlı olmalıdır¹²³. Ancak bu yolla potansiyel zarar verenlerin caydırılması ve zararın önlenmesi amacına ulaşılabilir.

Önleme amacından bahisle zarardan fazla tazminata –cezalandırıcı tazminata- hükmetmek, karşılıklı gerekçelendirme ilkesi ile de bağdaşmaz¹²⁴. Bu ilke uyarınca özel hukukta iki taraf arasındaki ilişkinin hangi özelliğinden

¹¹⁸ **Gül**, s. 422-442.

¹¹⁹ **Koziol**, Aims-Introductory, N. 3.

¹²⁰ **Koziol**, Aims-Conclusion, N. 28; **Karner**, N. 19.

¹²¹ **Koziol**, Aims- Introductory, N. 14.

¹²² **Karner**, N. 19.

¹²³ **Karner**, N. 19.

¹²⁴ **Koziol**, Germanic, N. 3/27; **Karner**, N. 11.

ötürü bir tarafın avantajlı diğer tarafınsa dezavantajlı konumda bulunduğu açıklanması gerekir¹²⁵.

Telafi amacına yönelik olan ve zarardan daha fazla tazminata hükmedilmesine izin vermeyen haksız fiil hukukumuzda RKHK m. 58'de öngörülen üç kat tazminat gibi cezalandırıcı tazminat öngören düzenlemeler¹²⁶ bulunmakla birlikte bu düzenlemeler ayrıksı nitelikte olup zarardan daha fazla tazminata hükmedilebilmesi için kanun tarafından açıkça öngörülmüş ve unsurları ve sonuçları net biçimde belirlenmiş olmalıdır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bugün, dünyada haksız fiil hukukuna ilişkin iki temel anlayış bulunmaktadır. Bunlardan biri, haksız fiil sorumluluğunu, hukuka aykırı davranışı önleme amaçlı ceza sorumluluğunun adeta kardeşi gibi görürken¹²⁷; diğeri haksız fiil hukukunu sigorta ve sosyal güvenlik sistemlerinin bir paraleli gibi görür. Buna göre her haksız fiil sisteminin kalbinde, önleyicilik ve tazminat olmak üzere, farklı güçte olsalar da, aynı anda atan iki kalp bulunmaktadır¹²⁸.

Yüzyıllar boyunca Kıta Avrupası hukuk sisteminde haksız fiil hukukunun amacının zarar görenin uğradığı zararın telafi edilmesi olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktaydı. TBK m. 49/İBK m. 41, Avusturya Medeni Kanunu §1295 ve Alman Medeni Kanunu §823 bu doğrultuda zararın telafisinden bahsederken; Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri m.1:101'de, m. 10:101'de ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı m. VI-1:101'de haksız fiil hukukunun amacının telafi olduğu kabul edilmiştir.

Haksız fiil hukukunun asıl amacı telafi olmakla birlikte, zararın önlenmesi, telafi amacını tamamlayıcı nitelikte olup haksız fiil hukukunun

¹²⁵ **Bydlinski**, Franz, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privarechtswissenschaft (2004), 204 Archiv für die civilistische Praxis, s. 341 vd.

¹²⁶ Zararın miktarını aşan ölçüde tazminata izin veren ayrıksı nitelikteki düzenlemelerden hangilerinin cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin, FSEK m. 68'de eser sahibine tanınan üç kat tazminatı **Baş Süzel**, cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirirken; **Özden Merhacı** ve **Güleyüz/Zorluoğlu Yılmaz** hükme başvurmak için kusur aranmamasından bahisle aksi görüştedir. **Baş Süzel**, s. 179; **Özden Merhacı**, s. 200; **Güleyüz/Zorluoğlu Yılmaz**, s. 351. RKHK m. 58'de öngörülen üç kat tazminatın hukuki niteliği de oldukça tartışmalı olup bizim de katıldığımız görüşe göre cezalandırıcı tazminat olarak nitelendirilmelidir. Aynı yönde bkz. **Özden Merhacı**, s. 193; **Baş Süzel**, s. 179; **Kesici**, s. 289; **Güleyüz/Zorluoğlu Yılmaz**, s. 352.

¹²⁷ Anglo-Amerikan haksız fiil hukuku Kıta Avrupası hukukçusuna kendi hukuk düzenindeki ceza hukukunu hatırlatabilir. **Özden Merhacı**, s. 47.

¹²⁸ **Wagner**, Gerhard, "Comparative Tort Law", The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, s. 1003-1041, s. 1023.

ikincil amaçlarından biridir. Son yıllarda Amerikan hukukunun etkisiyle Kıta Avrupası'nda ivme kazanan hukuk ve ekonomi öğretisine göre ise haksız fiil hukukunun asıl amacı caydırıcılığın tesisi ve bu yolla zararın önlenmesidir. Zararın telafisi, haksız fiilin amacı olmayıp potansiyel zarar verenlerin etkin bir biçimde önlemesi amacına ulaşmada bir araçtır. Önleme amacının gerçekleşmesi için zarar görenin uğradığı zararı aşan ve potansiyel zarar verenleri hukuk kurallarını ihlal etmekten caydıracak meblağda tazminata - cezalandırıcı tazminata- hükmedilebilir.

Kanaatimizce, haksız fiil hukukunun ana amacı o dönemde toplumda hâkim olan adalet ve hakkaniyet düşüncesine göre, günlük yaşamda zararın meydana geldiği pek çok olayın hangilerinde, zarar görenin zararını zarar verene aktarabileceğini düzenlemektir. Hukukun genel amacı olan sosyal tatminin sağlanması için tazminatın kabul edilebilir, adil ve uygun bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir, bu da tazminat hukukunun ilk amacının telafi çerçevesinde hakkaniyeti sağlamak olduğu anlamına gelir¹²⁹. Meydana gelen zararın telafi edilip edilemeyeceği, kimin tarafından ve hangi şartlar altında telafi edileceğini düzenleyen haksız fiil hukuku, hakların korunması ödevi ve hareket serbestisi arasında makul bir denge kurmalıdır. Zarar görenin koruma altındaki alanı genişledikçe, diğer kişilerin hareket alanı kısıtlanacaktır¹³⁰. Üstelik, haksız fiil hukuku sadece potansiyel zarar verenlerin değil, aynı zamanda potansiyel zarar görenlerin davranışlarını da etkiler.

Haksız fiil hukukunun asıl amacının telafi olduğu yönündeki kabulden ayrılmaya yönelik argümanlar genel olarak Kıta Avrupası ve özellikle Türk haksız fiil hukuku açısından geçerli gözükmemektedir; dolayısıyla haksız fiil hukukunun asıl amacının telafi olduğu kabul edilmelidir. Hukukumuzda önleyiciliği ve caydırıcılığı ceza hukuku, idare hukuku yaptırımları, özellikle tedbir kurumu ve kazancın iadesi için kusurun aranmadığı sebepsiz zenginleşme sağlamaktadır. Haksız fiil hukuku ise zarar görenin zararının zarar veren tarafından telafisini düzenler. Telafi amacı zenginleşme yasağını beraberinde getirdiğinden genel hükümler kapsamında cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün olmayıp cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için buna olanak tanıyan özel bir düzenlemenin öngörülmüş olması gerekir. Türk hukukunda cezalandırıcı tazminat öngören düzenlemeler ayrıksı nitelikte olup bu düzenlemelerin varlığı, haksız fiil hukukunda önleme amacının ve cezalandırıcı tazminatın kabulü gibi genel bir sonuca ulaşmak için yeterli değildir.

¹²⁹ Özden Merhacı, s. 159.

¹³⁰ Staudinger/Hager, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 12.

Hukuk ve ekonomi öğretisine ilişkin olarak, her ne kadar bu öğretinin haksız fiil hukukunun amacının önleme olduğuna ilişkin argümanlarına katılmasak da vardığımız bu sonuç, hukuk ve ekonomi öğretisinin tümünden reddedilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Aksine öğretinin hem normatif hem de pozitif olarak yol gösterebilecek bir referans noktası teşkil edebileceği alanlar mevcuttur ve özel hukuk da bu alanlardan biridir ve hatta tarihsel bir perspektiften bakıldığında haksız fiil hukuku bu alanların başında gelmektedir.

Genel olarak, kaynağını ana akım ekonomiden alan, hukuk ve ekonomi öğretisi bakımından da en çok eleştirilen hususlardan biri rasyonel seçim teorisidir (*rational choice theory*). Rasyonel birey varsayımı özellikle ekonomi gibi modellemenin ön planda olduğu bir alanda halen en işlevli varsayımlardan biri olsa da katı tatbik edildiği takdirde hukuk alanında bazı adaletsiz sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu isabetli bir eleştiri olmakla birlikte; belirtmek gerekir ki, genel olarak ekonomiye, özel olarak hukuk ve ekonomi yaklaşımına dair kısıtlı bir bakış açısını yansıtmaktadır. Zira sözgelimi artık yerleşik hale gelmiş ‘davranışsal ekonomi (*behavioral economics*)’ olarak anılan alan tam da rasyonelitenin sınırlılıklarını incelemektedir ve bunu yaparken başta psikoloji olmak üzere çeşitli bilim alanlarından istifade etmektedir. Nitekim, ekonomi alanındaki en prestijli ödül olarak kabul edilen Nobel ekonomi ödülleri yakın zamanda (2002, 2013, 2017) bu alandaki çalışmalara verilmiştir¹³¹. Bunun dışında, örneğin genel olarak doğası itibarıyla kâr amacı güden (*profit-seeking*) ticari işletme ve şirketleri konu alan ticaret hukuku alanında yaygın olan ‘basiretli iş adamı’ gibi davranma yükümü esasen ekonomideki rasyonalite varsayımı ile yakından ilgilidir.

Son olarak, özel hukukun ve kamu hukukunun (özellikle idare hukukunun) bir arada olduğu rekabet hukuku gibi veya piyasa aksaklıklarının (*market failure*) söz konusu olduğu regülasyon hukuku gibi alanlar açısından ekonomi ve dolayısıyla hukuk ve ekonomi sadece analiz aracı (pozitif) olarak değil, kimi zaman normatif olarak da zorunlu olarak başvurulması gereken bir disiplin olarak karşımıza çıkar. Bunlar haricinde yine normatif açıdan, yeni

¹³¹ 2002 yılında, *Daniel Kahneman*, beklenti teorisi (*prospect theory*) çerçevesinde, bireylerin riskli ve belirsiz koşullarda karar ve tercih süreçlerinin ekonomideki rasyonel birey varsayımı temelinde gerçekleşmediğine dikkat çekerek ekonomi dünyasına psikolojiyi entegre etmesiyle; 2013 yılında, *Robert J. Shiller*, davranışsal finans alanında varlık fiyatlarının ampirik analiziyle ve 2017 yılında *Richard H. Thaler*, davranışsal ekonomiye katkılarıyla Nobel ekonomi ödülüne layık görülmüştür. <https://www.nobelprize.org/prizes/lists/all-prizes-in-economic-sciences/> E.T. 07.08.2020.

gelişen teknoloji-yoğun konularda yapılacak hukuki düzenlemeler noktasında bir yandan öngörülebilirlik ve düzen sağlamak isteyen öte yandansa inovasyonun önünü açmayı amaç edinen hukuk için ekonomi vazgeçilmezdir. Güncel bir örnek olarak kripto-varlıkların (*crypto-assets*) veya bilinen popüler örneğiyle *Bitcoin*'in (her ne kadar bazen kripto-para olarak anılsalar da) hukuki açıdan 'para' veya 'elektronik para' teşkil edip etmediği temelde bu varlıkların ekonomik işlevleriyle yakından ilişkilidir. Keza eşya hukuku açısından bu varlıkların vasıflandırılması¹³² ve farklı türlerinin sınıflandırılmasında *Coase* teoreminin¹³³ bir çerçeve sunabileceği tartışılmaktadır¹³⁴. Pozitif bakımdan ise hukuk ve ekonomi öğretisi halihazırda uygulanmakta olan hükümlerin yöneldikleri amaca ne nispette ulaşabildiklerini tespit etmede kullanılacak alternatif ölçülebilir bir yöntemdir.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2010, C.: 59, S.: 3, s. 345-448.
- Akçura Karaman**, Tuba, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.: 2004, S.: 1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, s. 553-583.
- Akipek**, Şebnem/**Küçükgüngör**, Erkan, "İngiliz Hukukunda Haksız Fiil Ehliyeti", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 47-55.
- Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.:II, İstanbul 2018.
- Ardıyok**, Şahin, Regülasyon Hukuku, İstanbul 2019.
- Atamer**, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.
- Baş Süzel**, Ece, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015.

¹³² **Zilioli**, Chiara, "Crypto-Assets: Legal Characterisation and Challenges under Private Law", *European Law Review*, Y.:2020, Vol.: 46 (2), s. 251-266.

¹³³ **Coase**, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Y.: Ekim1960, s. 1-44. *Ronald Coase*, 1991 yılında ekonominin kurumsal yapısı ve işleyişi için işlem maliyetlerinin ve mülkiyet haklarının önemini keşfetmesi ve açıklığa kavuşturması nedeniyle Nobel ekonomi ödülüne layık görülmüştür. <https://www.nobelprize.org/prizes/lists/all-prizes-in-economic-sciences/> E.T. 07.08.2020.

¹³⁴ **Sarel**, Roe, "Your Bitcoin Is Mine: What Does Law and Economics Have to Say about Property Rights in Cryptocurrencies?", *SSRN Electronic Journal*, Y.:2020, s. 1-55.

- Baçoğlu**, Başak, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.:II, İstanbul 2016, s. 617-637.
- Baysal**, Başak, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019. (**Baysal**, Haksız Fiil)
- Baysal**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012. (**Baysal**, Zarar Görenin Kusuru)
- Brehm**, Roland, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage 2013.
- Bydlinski**, Franz, “Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft”, Archiv für die civilistische Praxis, 2004, 204. Bd., H. 3/4, s. 309-395.
- Calabresi**, Guido, The Costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis, New Haven 1970.
- Çekin**, Mesut Serdar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- Coase**, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, Journal of Law and Economics, Vol. 3, Y.: Ekim1960, s. 1-44.
- Deschenaux**, Henri/**Tercier**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983. (çev. Salim Özdemir)
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.
- Fellmann**, Walter/**Kottmann**, Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012.
- Gordley James/von Mehren**, Arthur Taylor, An Introduction to the Comparative Study of Private Law, Cambridge 2006.
- Gönül Koşar**, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020.
- Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton K. /**Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, Zürich 2000.
- Gül**, İbrahim, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015.
- Güleryüz**, M. Tarık/**Zorluoğlu Yılmaz**, Ayça, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın [Punitive Damages] Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2019 (141), s. 325-362.
- Hager**, Johannes, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 A-D

(Unerlaubte Handlungen 1 - Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb), Berlin 2017. (**Staudinger/Hager**)

Honsell, Heinrich, “Amerikan Hukuk Kültürü”, MÜHF – HAD, C. 16, S. 3-4, s. 355-373. (çev. Ar. Gör. Dr. Murat Topuz)

Honsell, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013.

İmre, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul 1949.

İnsel, Ahmet, “İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki”, Güncel Hukuk, Aralık 2005. <https://www.birikimdergisi.com/guncel/902/iktisat-ve-hukuk-arasindaki-karmasik-iliski> E.T. 22.07.2020.

Karner, Ernst, “Prevention, Deterrence, Punishment”, The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017.

Kesici, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, İstanbul 2017.

Keskin, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.

Koziol, Helmut, “Introductory Remarks”, The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017. (**Koziol**, Aims-Introductory)

Koziol, Helmut, “Conclusion”, The Aims of Tort Law Chinese and European Perspectives, Viyana 2017. (**Koziol**, Aims-Conclusion)

Koziol, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective, Viyana 2012. (**Koziol**, Germanic)

Koziol, Helmut, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015. (**Koziol**, Comparative)

Koziol, Helmut, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005. (**Koziol**, Art. 1:101)

Koziol, Gabriele/**Koziol**, Helmut, Austrian Private Law, Viyana 2017.

Kötz, Hein/**Wagner**, Gerhard, Deliktsrecht, Münih 2016.

Magnus, Ulrich, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Viyana 2005.

Miceli, Thomas J., Economics of the Law, New York 1997.

Moréteau, Olivier, “Basic Questions of Tort Law from a French Perspective”, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Viyana 2015.

- Müller**, Christoph, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2012.
- Nomer**, Haluk Nami, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul 1996.
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil*, Zürich 1995.
- Oğuz**, Fuat, “Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme”, *Piyasa*, 2002/2, s. 3-23.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.: II*, İstanbul 2014.
- Oliphant**, Ken, “Basic Questions of Tort Law from the Perspective of England and the Commonwealth”, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Viyana 2015.
- Özcan Büyüktanır**, Burcu G., “Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.: 2017, C.: 66, S.:1, s. 49-72.
- Özden Merhacı**, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)*, Ankara 2013.
- Polinsky**, A. Mitchell/**Shavell**, Steven, “Punitive damages”, *Tort Law and Economics*, Cheltenham 2009, s. 228-244.
- Posner**, Richard A., *Economics Analysis of Law*, New York 2007.
- Roberto**, Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002.
- Rudden**, Bernard, “Tortious”, *Tulane Civil Law Forum*, 1991-1992, Vol. 6/7, s. 105-129.
- Sanlı**, Kerem Cem, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, İstanbul 2007. (**Sanlı**, Haksız Fiil)
- Sanlı**, Kerem Cem, “Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukuku”, *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 2017, s. 3-22. (**Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi)
- Sanlı**, Kerem Cem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s. 197- 262. (**Sanlı**, Rekabet)
- Sarel**, Roe, “Your Bitcoin Is Mine: What Does Law and Economics Have to Say about Property Rights in Cryptocurrencies?”, *SSRN Electronic Journal*, Y.:2020, s. 1-55.
- Savaş**, Vural Fuat, “Hukuk ve İktisat”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.:2004, C.: I, S.:2, s. 3-13.

- Schäfer**, Hans Bernd/**Müller-Langer**, Frank, “Strict liability vs. negligence”, Tort Law and Economics, Cheltenham 2009, s. 3-45.
- Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016.
- Serozan**, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.
- Tandoğan**, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010.
- Tiftik**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976.
- Türkbağ**, Ahmet Ulvi, Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Y.: 2003, S.:8, s. 58-68.
- Ünlütepe**, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016.
- Visscher**, Louis T., “Tort Damages”, Tort Law and Economics, Cheltenham 2009, s. 153-214.
- von Bar**, Christian, The Common European Law of Torts Volume One, Oxford 1996.
- Wagner**, Gerhard, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe”, Archiv für die civilistische Praxis, 2006, 206. Bd., H. 2/3, s. 352-476. (**Wagner**, Prävention)
- Wagner**, Gerhard, Münchener Kommentar zum BGB, Münih 2017. (**Wagner**, Münchener Kommentar zum BGB)
- Wagner**, Gerhard, “Comparative Tort Law”, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, s. 1003-1041. (**Wagner**, Comparative)
- Werro**, Franz, Commentaire romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition 2012.
- Zilioli**, Chiara, “Crypto-Assets: Legal Characterisation and Challenges under Private Law”, European Law Review, Y.:2020, Vol.: 46 (2), s. 251–266.
- Zweigert**, Konrad/**Kötz**, Hein, Introduction to Comparative Law, Oxford 1998.

