

# HUKUKUN EKONOMİK TEORİSİ

Dr. Felix MÜLLER\*

Çeviren: Dr. Ahmet M. GÜNEŞ\*\*

## 1. Giriş

Hukukun ekonomik teorisi, köken itibariyle Amerika Birleşik Devletleri'ne dayanan ve hukuki düzenlemeler ile mahkeme kararlarının genel sosyal refah üzerindeki etkilerini ekonomik bir perspektiften incelemeyi ve değerlendirmeyi amaçlayan bir araştırma yönelimidir. Hukuki bir teori olan hukukun ekonomik teorisi, kaynağını ekonomiden alan diğer araştırma yönelimlerinden açıkça ayrılabilen bir özel disiplin değildir. Hukukun ekonomik teorisi daha ziyade, aralarında yeni kurumsal ekonomi, politik ekonomi (Public Choice) ve ekonomik anayasal teorinin yer aldığı geniş bir akıma dâhil edilmektedir.<sup>1</sup> Hukukun ekonomik teorisi ABD'de "Economic Analysis of Law" veya "Law and Economics" olarak adlandırılmaktadır.<sup>2</sup> Alman hukuk dilinin kullanıldığı coğrafyada ise, bunun yerine "Ökonomische Theorie des Rechts" (*hukukun ekonomik teorisi, ç.n.*), "Ökonomische Analyse des Rechts" (*hukukun ekonomik analizi, ç.n.*) ve "Rechtsökonomik" (*hukuk ekonomisi, ç.n.*) gibi kavramların kullanıldığı göze çarpmaktadır.<sup>3</sup>

1

\* Dr. Felix Müller, Cleary Gottlieb adlı uluslararası hukuk ortaklığının Frankfurt a.M. kentinde bulunan bürosunda avukat olarak çalışmaktadır. Tercümesini yaptığımız bu makale, "Ökonomische Theorie des Rechts" başlığıyla 2008 yılında Lucius & Lucius yayınevi tarafından Sonja Buckel, Ralph Christensen ve Andreas Fischer-Lescano'nun editörlüğünde yayınlanan "Neue Theorien des Rechts" adlı kitapta yer almaktadır. Tercümesini yaptığımız bu makalenin telif haklarını elinde bulunduran Mohr Siebeck (Tübingen) yayınevine bu makalenin çevirisine onay vermiş olmasından dolayı teşekkür ederiz.

\*\* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-guneslaw@hotmail.com

1 Wolfgang Weigel, Rechtsökonomik, München 2003, 10 vd.; Hans-Peter Schwintowski, Ökonomische Theorie des Rechts, in: JZ 1998, 581, 583; Stefan Voigt, Institutionenökonomik, München 2002, 26 vd.; Rudolf Richter / Eirik G. Furubotn, Neue Institutionenökonomik, Tübingen 2003; Guy Kirsch, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl., Stuttgart 2004; Elisabeth Göbel, Neue Institutionenökonomik, Stuttgart 2002.

2 Bu konudaki meşhur ders kitapları için bkz. Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, New York 2003; Robert Cooter, Law and Economics, Boston 2004; A. Mitchell Polinsky, An Introduction to Law and Economics, Boston 1989.

3 Michael Adams, Ökonomische Theorie des Rechts, Frankfurt am Main 2004 ve Schwintowski (dn. 1) gibi yazarlar »Ökonomische Theorie des Rechts« terimini kullanırken; Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2005, Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip - Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen

Hukukun ekonomik teorisinin kökleri, Guido Calabresi, Ronald H. Coase, Gary S. Becker ve Harold Demsetz<sup>4</sup> gibi 1960'lı yıllarda hukuki meselelerin ekonomik açıdan ele alınmasına günümüzde transaksyonel analiz olarak genel kabul gören tarzda<sup>5</sup> yol gösterici katkılar sunmuş olan<sup>6</sup> kişilere dayanmaktadır. Bu kişiler arasında, Richard A. Posner ve A. Mitchell Polinsky gibi 1970'li ve 1980'li yıllarda geliştirilen temel tezleri genelleştiren ve böylece ekonomik analizin uygulama alanını tüm hukuk düzenini kapsayacak şekilde genişleten şahıslar da bulunmaktadır.<sup>7</sup> Hukukun ekonomik teorisinin, bilhassa anglo-amerikan hukuk coğrafyasında önemli bir zafer elde ettiğini belirtmek mümkündür<sup>8</sup> ki bu zafer sayesinde hukukun ekonomik teorisi hukuk pratiğinin önemli bir parçası haline gelmiş ve hukuk fakültelerinde müfredatının bir parçası olmuştur.<sup>9</sup> Buna karşın, Alman dilinin kullanıldığı coğrafyada bu teorisinin iktisabı konusunda çekingen tavırların göze çarptığını ifade etmek gerekir.

Hukuka ekonomik bakış açısıyla yaklaşılması esasen yeni değildir. Zira kartel ve rekabet hukuku da, öteden beri ekonomik bakış açısıyla

Analyse des Rechts, Tübingen 1995, gibi bazı yazarlar »ökonomische Analyse des Rechts« kavramını tercih etmektedir. Buna karşın Weigel (dn. 1), »Rechtsökonomik« kavramını kullanmaktadır.

<sup>4</sup> Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), 499; ders., The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), 713; Ronald H. Coase, The Problem of Social Cost, in: Journal of Law & Economics 3 (1960), 1 vd. Almanca tercüme için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 129 vd. Ayrıca bkz. Ronald H. Coase, The Firm, The Market and the Law, Chicago 1988, 95 vd., 157 vd.; Gary Becker, The Economic Approach to Human Behavior, Chicago 1976; dt.: Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, Tübingen 1993; Harold Demsetz, Towards a Theory of Property Rights, in: American Economic Review 57 (1967), 347 vd.

<sup>5</sup> Hukukun ekonomik teorisinin gelişimi konusunda karşı. Erich Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts in den USA, in: Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 1 – 16, 2 vd.

<sup>6</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 53 vd.

<sup>7</sup> Bu bağlamda öncelikle Posner'in (dn. 2) 1973 yılında çıkan ders kitabına değinmek gerekir. Ayrıca bkz. A. Mitchell Polinsky, Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review 87 (1974), 1655 vd.; Eserin Almanca çevirisi için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 99 vd.

<sup>8</sup> Bu konuda ayrıca şu dergilerde yer alan eserlere bakılabilir: »Journal of Law and Economics«, »Journal of Law, Economics and Organization«, »European Journal of Law and Economics«, »Journal of Legal Studies«, »American Law and Economics Review«, »Journal of Institutional and Theoretical Economics«.

<sup>9</sup> Markus Englerth, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, Bonn 2004, 3; Schanze (dn. 5), 4 vd.

belirlenen hedef ve meseleler üzerine kurulmuştur.<sup>10</sup> Hukuk ve ekonomi arasında bir köprü kurulması, hukukun ekonomik teorisinin ortaya çıkardığı avantaj değildir. Bu teorinin yenilikçi tarafı bilhassa, mikro ekonomik bilgilerin hukuk disiplini için bütünüyle kullanılması ve bunların tüm hukuk sistemi üzerinde uygulanacak şekilde genişletilmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>11</sup> Bu nedenle sadece ekonomik yön ve bağlama sahip olan hukuk dalları değil, aksine bir bütün olarak hukuk düzeni bu kapsamda ele alınmaktadır. Hukukun ekonomik teorisinin uygulama alanı bu bakımdan geniş olup, gerek özel hukuk<sup>12</sup> gerek kamu hukuku<sup>13</sup> gerekse de ceza hukuku<sup>14</sup> bu kapsama dahildir. Bununla birlikte, disipline yabancı yöntemlerin hukuk bilimine eklenmesinin çeşitli uyumsuzluklara neden olacağını belirtmek gerekir, bu nedenle hukukun ekonomik teorisi ciddi bazı eleştirilere konu olmuştur.<sup>15</sup>

## 2. Teorik Temeller

Hukukun ekonomik analizinin teorik temelleri, yöntemleri hukuki düzenlemelere ve mahkeme kararlarına aktarılan mikro ekonomiye dayanmaktadır.<sup>16</sup> Analiz istikameti, kaynakların optimal dağılımının hukuk üzerindeki etkileri bağlamında belirlenecek ve norm muhataplarının rasyonel, faydayı maksimize eden davranışları vasıtasıyla

<sup>10</sup> Frank Laudenklos, Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts, in: Joachim Rückert (Hrsg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden, 1997, 291 – 313, 293.

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. Posner (dn. 2); Polinsky (dn. 2); Cooter (dn. 2).

<sup>12</sup> Bu alandaki eserler için karşı. Steven Shavell, Economic Analysis of Accident Law, Cambridge 1987; ders., Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge 2004; Schäfer / Ott (dn. 3), 121 vd., 395 vd., 633 vd.; Adams (dn. 3), 73 vd., 239 vd., 417 vd.; Weigel (dn. 1), 40 vd. Ayrıca bkz. Hein Kötz / Hans-Bernd Schäfer, Judex oeconomicus, Tübingen 2003; Ernst-Joachim Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz: über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2., erg. Aufl., Baden-Baden 1984.

<sup>13</sup> Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübber (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003; Anne van Aaken, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht – Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Marc Bungenberg (Hrsg.), Recht und Ökonomik, Tagungsband der 44. Assistententagung Öffentliches Recht, München 2004, 1 vd.; Weigel (dn. 1), 94 vd.; Christoph Engel / Martin Morlok (Hrsg.), Das öffentliche Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung – Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Tübingen 1997.

<sup>14</sup> Stefan Werner, Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht, in: KritV 1992, 433 vd.; Adams (dn. 3), 495 vd.

<sup>15</sup> Karl-Heinz Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: JZ 1986, 817; Karl-Heinz Fezer, Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: JZ 1988, 223.

<sup>16</sup> Bu konuda bkz. Robert Pindyck / Daniel L. Rubinfeld, Mikroökonomie, München 2005.

ortaya çıkacaktır.<sup>17</sup> Hukukun etkilerinin değerlendirilmesine yönelik olarak burada esas alınan ölçüt, etkinliğe ilişkin ekonomik ilkedir.

## 2.1 Köken

Ekonomi bilimlerinden doğan bir teori olarak hukukun ekonomik analizi de, Adam Smith'e (1723-1790) dayanan ve ekonomi için temel bir kabul niteliğinde şu teze dayanmaktadır: Kişilerin kendi şahsi menfaatlerine erişim çabaları tüm eylemlerin motor gücüdür, bu çabalar görünmez bir el tarafından yönlendirilmekte ve kişiler kendi şahsi menfaatleri için çabalarırken farkında olmadan aynı zamanda kamusal refahın artırılmasına hizmet etmektedir.<sup>18</sup> Bu görüş varlığını, kendi şahsi menfaatini artırmaya yönelik çabaları ile her bireyin kamusal refahı artıracaklarını ve kamusal refah artışının ise mümkün olan büyük mutluluğu ortaya çıkaracağını savunan faydacılıkta (*utilitarizm, ç.n.*) sürdürmektedir (Maximum-Happiness-Principle).<sup>19</sup> Bütün bireysel menfaatlerin artırılmasının ifadesi olarak toplumun genel mutluluğunun maksimize edilmesi, bu bağlamda liberal ekonomik düşünüşün en temel dayanaklarından birini oluşturmaktadır. 19. yüzyılın erken Laissez-Faire (*bırakınız yapınlar, ç.n.*) liberalizmi kamusal refahın bütünüyle tezahür etmesi bakımından devletin piyasadaki düzenleyici müdahalelerden kaçınmasını gerekli görürken, 20. yüzyılın ortasından itibaren şekillenen neoliberalizmin farklı akımları devletsel bir düzen çerçevesini talep etmiştir, zira piyasanın işlevselliği artık doğal görülmemiş ve refahı teşvik eden piyasanın devletsel tedbirlerle güvence altına alınacağı düşünülmüştür. Milton Friedman'ın etkisinde kalan Chicago Okulu, özel sektörün istikrarını esas alıp, ekonomik istikrarsızlığın nedenlerini bilhassa kamusal para, kredi ve maliye politikalarında aramakta iken;<sup>20</sup> Freiburg Okulu'nun ordoliberalizmi (*bu akım Alman neoliberalizmi olarak da bilinir, ç.n.*) piyasanın kendi düzenleme kabiliyetine şüpheyile yaklaşmakta ve bireylerin kendi şahsi menfaatlerini takip edeceği bir devletsel düzen çerçevesinin gerekliliğini dile getirmektedir.<sup>21</sup> Farklı

<sup>17</sup> Anne van Aaken, »Rational choice« in der Rechtswissenschaft: zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003.  
<sup>18</sup> Adam Smith, Untersuchungen über Wesen und Ursachen des Reichtums der Völker, Duesseldorf 1999, 467.  
<sup>19</sup> Jeremy Bentham (1748 - 1832), Introduction to the Principles of Morals and Legislation; John Stuart Mill (1806 - 1873), Utilitarianism; Eidenmüller (dn. 3), 22 vd.  
<sup>20</sup> Milton Friedman, Kapitalismus und Freiheit, München 2004.  
<sup>21</sup> Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952; Franz Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950; Friedrich August von Hayek, Die

yaklaşımların ortak yönü, piyasada yer alan her aktörün her ekonomik hadisenin hareket noktası olarak kendi bireysel amaçlarının değerini en iyi şekilde değerlendirme yeteneğine sahip olduğudur, ki bu yüzden önceliklerin devletçe öngörülmesi bir bilgi gaspı anlamına geleceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, kişisel menfaat üzerine kurulu devlet müdahalesine ilişkin merkezi olmayan piyasa mekanizmalarının önceliği sonucuna varılmıştır.

## 2.2 Referans Ölçütü Olarak Etkinlik

Hukukun ekonomik teorisi, refah ekonomisinin toplumun genel iyiliğinin maksimizasyonunu mevcut kaynakların faydayı artırıcı bir dağılımı ile sağlamaya yönelik hedefini gerçekleştirmek istemektedir.<sup>22</sup> Bu hedefin ardında, kaynakların kıt ve sınırlı olduğuna ilişkin kabul bulunmaktadır, ki kaynakların kullanılmasıyla tüm ihtiyaçların aynı anda karşılanması mümkün değildir. Dolayısıyla, kullanımları sonucunda kıt kaynakların ihtiyaçların maksimum düzeyde karşılanmasını mümkün kılması toplumsal açıdan arzulan durum olarak görülmektedir. Mevcut kaynaklardan mümkün olan en büyük faydaların elde edilmesinin söz konusu olduğu durumlar, ise etkin olarak nitelendirilmektedir. Mevcut kaynakların etkin olmayan şekilde kullanılması durumunda, mevcut ihtiyaçlar tatmin edilemeyecek, olası potansiyel fayda artışından istifade edilmeyecek ve böylelikle bir tür israf söz konusu olacaktır. Bu tarz israfların önlenmesi, normatif ekonominin temel unsurunu oluşturan genel sosyal hedef olarak tanımlanmaktadır.<sup>23</sup>

### 2.2.1 Pareto Verimliliği

İsrafın söz konusu olmadığı sosyal bir durum, pareto verimliliği veya pareto etkinliği (*Pareto-Optimum*, ç.n.) kavramı ile tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> Teknik açıdan ifade edildiğinde, başka bir kişinin durumunu kötüleştirmeden bir bireyin başka bir bölüşüm ile daha iyi bir konuma gelmesinin olanaksız olduğu hallerde kaynakların dağılımı pareto etkinliği olarak görülebilir. Tersinden ifade edecek olursak, bir kişinin refahının yükseltilmesinin en azından başka birinin refahını azaltmadan

---

Verfassung der Freiheit, Tübingen 1991; Arnold Bergstraesser, Nation und Wirtschaft. Hamburg 1933.

<sup>22</sup> Refah ekonomisi bağlamında karşı. Posner (dn. 2), 12 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 23 vd.

<sup>23</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 1.

<sup>24</sup> Eidenmüller (dn. 3), 48 vd.

mümkün olduğu hallerde pareto etkinliğinden söz edilemeyecektir.<sup>25</sup> Etkinlik bu bağlamda görüşü, kaynakların bölüşümü suretiyle mevcut bir durumdan en büyük faydanın nasıl elde edilebileceği hususuna indirgeyen saf teknik bir kavramdır. Bununla birlikte, faydanın maksimizasyonunu aşacak tarzda kaynakların bölüşümünün neticesinin bir değerlendirmesi gerçekleşmemektedir. Bu nedenle etkinlik ölçütü, ne kaynakların bölüşümünün adil olup olmadığı ne de etkin bir dağılımın etik ve sosyal tasavvurlara uyup uymadığı hususlarını değerlendirir ve yanıtlar.<sup>26</sup> Bir kişinin durumunun başka bir kişi aleyhine iyileştirildiği haller artık pareto verimliliği ölçütü kapsamında ele alınmamaktadır. Ancak birçok sosyal ve ekonomik hadise, birçok kişinin bu hadiselerden etkilendiğini ve bunların sonucunda bazı kişilerin durumunun iyileşirken bazılarının durumunun ise kötüleştiğini göstermektedir. Bununla birlikte pareto etkinliği söz konusu olmasa da, bu tür bir durum genel sosyal refahı artırabilecektir. Bu mesele, ekonomi teorisinde Kaldor-Hicks denkleştirme kriteri altında ele alınmaktadır.

### 2.2.2 Kaldor-Hicks Denkleştirmesi

6 Hukukun ekonomik teorisi, hukuki düzenlemeleri ele alırken bir fayda maliyet mukayesesini uygulamaktadır.<sup>27</sup> Bu mukayese, Britanyalı ekonomistler Kaldor ve Hicks'in ismini taşımakta ve pareto etkinliği kavramının genişletilmiş bir biçimi içermektedir. Bu kriter, toplumsal faydanın maksimize edilmesi perspektifi altında yalnızca bir bireyin aleyhine fayda artışı hedefleyebilecek değişiklikleri meşrulaştırmaya yöneliktir. Kaldor-Hicks denkleştirme kriterine göre, pareto etkinliğinin gerçekleşmemesine rağmen kaynakların dağılımına (*Ressourcenallokation, ç.n.*) ilişkin bir değişiklik fayda artışının sosyal bir halini teşkil edebilir.<sup>28</sup> Ancak bunun için, bir değişiklikten yarar

<sup>25</sup> Karşılıklı olarak faydayı artırıcı transaksiyona kaynakların dağılımının bir değişikliğinin tüm taraflar nezdinde refahı artırdığı satım muamelesini örnek verebiliriz. Bu bağlamda, alıcı yalnızca malı elde etmenin maldan vazgeçmeden daha yüksek bir fayda sağlayacağı hallerde talep edilen satım fiyatını ödemeye hazırdır. Diğer tarafta, satıcı yalnızca fayda artışının satıma konu malın elden çıkmasının neden olacağı zarardan daha baskın olduğu hallerde malını belirlenen fiyata satacaktır. Alıcı ve satıcı b nedenle satım sözleşmesinin gerçekleştirilmesinden sonra daha iyi bir duruma gelmiş ve faydalarını artırmıştır. Schäfer / Ott (dn. 3), 26 vd.

<sup>26</sup> O halde bir kişinin payına her şeyin ve birçok kişinin payına ise hiçbir şeyin düşmediği bir dağılım etkin olabilir. Bu sonucun toplumsal adalet tasavvurlarına uygun olup olmadığı hususu ise, ekonominin değerlendirme yetkisine kalmaktadır Gebhard Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre ?, in: JZ 1991, 104, 109 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 30 vd.

<sup>27</sup> Laudenklos (dn. 10), 293.

<sup>28</sup> Eidenmüller (dn. 3), 51 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 31 vd.

sağlayan kişilerin bundan zarar gören kişileri denkleştirebilmesi ve yarar sağlayanlar bakımından gerçekleşen bu denkleştirmeye rağmen artık bir faydanın varlığı şarttır. Değerlendirme için belirleyici olan nokta bu bağlamda, kaynakların dağılımının değişikliğinden kaynaklanan toplam fayda artışı ve toplam zarar arasındaki ilişkidir.<sup>29</sup> Bir kişinin fayda artışının diğer bir kişinin fayda azalışından daha çok olması ve denkleştirmenin gerçekleştirilmesinin ardından bile fayda sağlayana bir artık faydanın kalması halinde, kaynakların dağılımının değişmesi genel sosyal faydanın artışına neden olacaktır.<sup>30</sup> Ancak Kaldor-Hicks kriteri, fayda sağlayanı gerçekte bir denkleştirmeyi yerine getirmekle yükümlü kılmamaktadır. Belirleyici olan tek husus, artık faydanın muhafazası ile bir denkleştirmenin hesapsal açıdan mümkün olmasıdır.<sup>31</sup>

### 2.3 Homo Economicus, Mülkiyet Hakları, Transaksiyon Maliyetleri

Homo economicus modeli, hukukun ekonomik teorisinin esas aldığı piyasa aktörü tipidir. Bu model, etkin bir durumun piyasa koşullarında kendiliğinden vuku bulacağı kabulüne dayanmaktadır.<sup>32</sup> Arz ve talebin oluşturduğu piyasa mekanizması, kaynakların kendilerinden elde edilecek faydanın azami olduğu yerde kullanılmasını sağlamaktadır.<sup>33</sup> Bu nedenle piyasa mekanizmasına uygun çözümlere, diğer tüm kullanım biçimleri ve bilhassa devletsel güdüm karşısında esasen öncelik tanınmaktadır.<sup>34</sup> Homo economicus, piyasa aktörlerinin davranışlarının izah edilmesine yönelik bir referans model işlevi görmektedir.<sup>35</sup> Buna göre her birey, önceliklerin kıtlığı görüşünden hareket etmekte ve elinde bulundurduğu malları bunların kullanımından kendisi açısından en önemli olan ve en

<sup>29</sup> Bununla birlikte, ilgili fayda ve zararların niceliğinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi aşamasında ciddi bazı zorlukların söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Eidenmüller (dn. 3), 54; Polinsky (dn. 2), 7; Englerth (dn. 9), 4 vd.

<sup>30</sup> Buna uygun olarak refahın maksimize edilmesi ilkesinden (wealth maximization principle) söz edilmektedir. Posner (dn. 2), 13 vd.

<sup>31</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.; Laudenklos (dn. 10), 299.

<sup>32</sup> Piyasa başarısızlığının bir türü söz konusu olduğunda, piyasa şartlarının eski haline getirilmesi veya bu hale yaklaştırılması gerekir. Karş. Michael Fritsch / Thomas Wein / Hans-Jürgen Ewers, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, München 2003.

<sup>33</sup> Gebhard Kirchgässner, Homo Oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 2000, 46 vd.; Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 419 vd., 804 vd.

<sup>34</sup> Ancak, piyasa şartlarının mevcut olmaması halinde devlet müdahalesine ihtiyaç duyulacaktır. Fritsch / Wein / Ewers (dn. 32).

<sup>35</sup> Homo economicus esasen bir model olduğundan, bu model basitçe işlenmektedir, ancak gerçekte durum böyle değildir. Bununla birlikte, bu model gerçek toplumsal kurumların mukayesesine yönelik bir referans modeli işlevi görmektedir. Karş. Eidenmüller (dn. 3), 28 vd.; Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, in: JZ 2005, 216, 217 vd.; Englerth (dn. 9), 4 vd.



büyük fayda artışına sahip gereksinimleri karşılamak amacıyla kullanılmaktadır. Homo economicus, bu nedenle rasyonel hareket etmekte ve birçok davranış olanağı arasından kendi şahsi önceliklerine uygun olarak kendisi için en faydalı olan ve en büyük fayda artışını sağlayacak olanı seçmektedir.<sup>36</sup> Bu durumun bir sonucu olarak, kaynaklar kendilerinden en çok faydanın sağlanacağı yere geçer, böylece piyasa koşulları altında kaynakların etkin bir dağılımı sağlanmış olur.<sup>37</sup> Homo economicus modeli her ne kadar katı nitelikteki soyutlayıcı kabullerinden dolayı eleştirilere konu olmuşsa da,<sup>38</sup> netice analizinin (*Folgenanalyse*, ç.n.) aracı olarak kendini kabul ettirmiştir.

Bununla birlikte, transaksyonların yürütülmesi için bireylere hukuk düzeni tarafından mülkiyet haklarının tahsisi şarttır. Piyasa aktörlerinin mallar üzerinde tasarruflarda bulunabilmesi, ancak mülkiyet haklarının tahsisi ile mümkündür. Mülkiyet hakları (property rights), bireyler arasında yaptırım erteleyici davranış esaslı ilişkiler olup, bir malın varlığına bağlı olup ve bu malın kullanımını konu edinmektedir.<sup>39</sup> Bir mülkiyet hakkı vasıtasıyla gerçekleşen bir tasarruf yetkisi (*Dispositionsbefugnis*, ç.n.) tahsisatının üçüncü bir kişi tarafından dikkate alınmaması bir maliyete katlanma mükellefiyeti doğurmaktadır.<sup>40</sup> Bunun haricinde, transaksyonların gerçekleştirilmesinin engelleyici yüksek maliyetlerle piyasada zorlaştırılmaması veya engellenmemesi gerekir. Mülkiyet haklarını kullanması nedeniyle bir kişinin karşı karşıya kaldığı maliyetler, transaksyon maliyetler kavramı ile tanımlanmaktadır.<sup>41</sup> Coase kuramı kapsamında izah edileceği üzere, etkin bir durumun hedeflenmesine yönelik mevcut transaksyonların göz önünde

<sup>36</sup> Mal ve hizmetler için bireysel değer tahmininin nasıl yapılacağı sorusunun cevaplandırılması hem ekonomi hem de hukukun ekonomik teorisi bakımından önem arz eden bir meseledir. Toplumsal refahın değerlendirilmesine ilişkin ölçüt olan bireysel fayda, genellikle bireysel ödeme gücü ile belirlenmektedir. Posner (dn. 2), 16 vd.; Schwintowski (dn. 1), 584; Kirchgässner (dn. 26), 106 vd.

<sup>37</sup> Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 804 vd.

<sup>38</sup> Eleştiri, bilhassa insan davranışının birçok faktör tarafından belirlenebileceği hususunun homo economicus modeli kapsamında ele alınmadığı konusundadır. Bu bağlamda, insan davranışının yalnızca sınırlı olarak rasyonel olduğu bunun bir nedeninin bilgi eksikliği veya özgeci davranışın eylem ilkesi olarak belirleyici olabileceği yönünde itirazlarda bulunulmuştur. Karş. Eidenmüller (dn. 35), 217 vd.

<sup>39</sup> Mülkiyet hakları, bir malı kullanma hakkı (usus), bir malın semerelerinden faydalanma hakkı (usus fructus) ve bir malı değiştirme hakkıdır (abusus). Weigel (dn. 1), 25 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 98 vd.

<sup>40</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 98 vd.

<sup>41</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 65 vd., 79 vd.; Voigt (dn. 1), 30 vd.



bulundurulması bağlamında mülkiyet haklarının tahsisatı önemli bir işleve sahiptir.

### 3. Araştırma Konusu Olarak Hukuk

Hukukun ekonomik teorisinin konusu bizzat hukuktur. Hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararları, bu bağlamda şu soruların yanıtlanması bağlamında araştırma konusu olacaktır: Hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararları, piyasa aktörlerinin davranışını nasıl etkiler? Kullanımlarından maksimal sosyal faydayı sağlayacak şekilde mevcut malların kullanılmasına yönelik teşviklerin sağlanması, var olan hukuki durumla mümkün müdür? Hukukun etkin olmayan bir kaynak dağılımını teşvik ettiği durumlarda ise, hukukun ekonomik teorisi etkin bir durum elde edebilmesi için hukukun nasıl tasarlanması gerektiği sorusunu cevaplamaktadır. Burada hukukun ekonomik teorisi bakımından temel nitelikte olan iki unsur söz konusu olmaktadır: Bunlar netice esaslı ve normatif niteliktedir.<sup>42</sup> Netice esaslılık, hukuki düzenlemelerin ve mahkeme kararlarının bireylerin davranışları üzerindeki etkilerinin tanımlanması ve değerlendirilmesini ifade eder.<sup>43</sup> Neticelerin değerlendirilmesi ise, normatif unsuru oluşturmaktadır. Normatif unsur, hukukun etkilerinin etkinliğin hedefleri üzerinde belirlenmesi ve gerektiğinde hukukun bu hedeflerle uyumlu hale getirilmesidir.

Hukukun ekonomik teorisi, hukuk sistemini bir kurum olarak görmektedir.<sup>44</sup> Kurumlardan kasıt, insanların davranışlarını yönlendiren düzenleme sistemleridir. Bununla birlikte, düzenlemelerin ilgililerce ilkesel kabulünün yanı sıra bunların çiğnenmesi durumunda yaptırımların öngörüleceği ve kabul edileceği beklentisi ortaya çıkmaktadır.<sup>45</sup> Hukukun ekonomik teorisinin yeni hedefi olan yeni kurumsal ekonominin şekillendirilmesi, sosyal refahı artıracak veya her halükarda azaltmayacak kurumların öngörülmesini ifade etmektedir.<sup>46</sup> Hukukun ekonomik teorisi, hukukun kaynakların israfını ne ölçüde engelleyeceği ve böylece etkinliği nasıl artıracığına ilişkin değerlendirmeyi meşru ve gerekli bir ödev olarak görmektedir.<sup>47</sup> Buna göre hukukun ekonomik teorisi

<sup>42</sup> Claus Ott / Hans-Bernhard Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts, in: JZ 1988, 213 vd.; Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, Einleitung.

<sup>43</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 11 vd.; ders., in: JZ 1988, 213, 217 vd.; Eidenmüller (dn. 3), 2.

<sup>44</sup> Hans-Peter Schwintowski (dn. 1), 583 vd.; Voigt (dn. 1), 32 vd.

<sup>45</sup> Kurum kavramı bağlamında karşı Richter / Furubotn (dn. 1), 7 vd.; Voigt (dn. 1), 32 vd.

<sup>46</sup> Eidenmüller (dn. 3), 68 vd.

<sup>47</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 1.

perspektifinden bir hukuki düzenlemenin haklılığı, yalnızca bu düzenlemenin anayasaya uygun olarak oluşturulmuş olmasını değil, aynı zamanda bu düzenlemenin etkin bir kaynak dağılımına katkı sunmasını da ifade etmektedir. Etkin olmayan bir normun yasallığına değil, meşruiyetine şüpheyle yaklaşılabacaktır.<sup>48</sup> Bu perspektiften bakıldığında, bir kurum olarak hukukun etkin bir kaynak kullanımına katkı sunacak tarzda tasarlanması gerekecektir. Hukuk kural olarak değişebilen bir değişken olarak algılandığından, etkin olmayan hukuki bir düzenlemenin dağılım etkinliğinin (*Allokationseffizienz, ç.n.*) normatif hedeflerine yönlendirilmesi ve gerektiğinde buna uygun bir şekilde değiştirilmesi gerekecektir. Ekonomik teori, bu bağlamda şu soruları yanıtlamaya çalışır: Bir hukuk sisteminde mülkiyet yetkilerinin (property rights) nasıl bölüşülmesi gerekir ve bu durum genel sosyal faydanın maksimizasyonu hedefi üzerinde hangi etkilere sahiptir? Ancak bu soruların cevaplandırılmasından sonra, dağılım etkinliği hedefinin erişimi bakımından hukuki yapının nasıl oluşturulacağına ilişkin görüşler beyan edilebilir.<sup>49</sup> Burada esas alınan yönetsel yaklaşım, mikro ekonomide piyasanın başarısızlığı halinde incelenen yaklaşım ile aynıdır.<sup>50</sup>

#### 4. Coase Kuramı

Britanyalı ekonomist Ronald H. Coase'nin ismiyle adlandırılan Coase kuramı, hukukun ekonomik teorisinin temel tezlerini açıklığa kavuşturmuştur.<sup>51</sup> Coase kuramı, hayat gerçeklerinin karmaşıklığını ciddi bir şekilde azaltan basitleştirilmiş bir model varsayımı ile çalışmaktadır. Bu kuram, piyasadaki ticari çözümlerin ve takas sürecinin transaksionlar olmadan mümkün olduğu sürece, hukuk düzeninin biçimlendirilmesi yoluyla mülkiyet haklarının tahsisatının önemsiz olduğunu kabul etmektedir. Transaksion maliyetlerinin etkin bir durumun oluşumunu engellemesi halinde ise, hukukun transaksionlar olmadan işleyen bir piyasanın varlığı için gerekli durumu yeniden yapılandırması gerekir.<sup>52</sup> Kaynakların kullanımının etkinliği, transaksionların olmadığı hallerde mülkiyet haklarının tahsisatından bağımsız bir şekilde bizzat piyasa tarafından sağlanacaktır. Ancak sıkça

<sup>48</sup> Ott / Schäfer (dn. 42), 215.

<sup>49</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 10 vd.

<sup>50</sup> Karş. Pindyck / Rubinfeld (dn. 16), 419 vd.; Fritsch / Wein / Ewers (dn. 32), 89 vd.

<sup>51</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd. Bu eserin Almanca çevirisi için ayrıca bkz. Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen 1993, 129 vd. Ayrıca karşı. Coase (dn. 4), *The Firm*, 95 vd., 157 vd.

<sup>52</sup> Eidenmüller (dn. 3), 59 vd.; Weigel (dn. 1), 48 vd.; Richter / Furubotn (dn. 1), 113 vd.; Schäfer / Ott (dn. 3), 100 vd.

karşılaştığı üzere, transaksyon maliyetlerin oluşması halinde, etkin bir sonuca ulaşmak bakımından piyasa güvenilir bir araç olmayacaktır. Bu durumda kaynak dağılımı doğrudan mülkiyet haklarının tahsisatı vasıtasıyla hukuk düzenince şekillendirilecektir. Dolayısıyla, transaksyonların olmadığı taklidi bir piyasa durumunda hangi müzakere neticesinin ortaya çıkacağına ilişkin soru gündeme gelmektedir. Bunun akabinde mülkiyet haklarının, transaksyonları azaltılacak ve piyasa mekanizmalarını işletecek tarzda düzenlenmesi gerekir. Coase kuramı basit bir örnekle ortaya konabilir.<sup>53</sup>

Bir yerleşim biriminin sınırları içinde yer alan ve yılda 75.000 Euro kar eden bir fabrika, yaptığı imalat sonucunda bulunduğu yerde ciddi bir kirliliğe neden olacak şekilde kurum salmaktadır. Bu durumun bir neticesi olarak, çevrede yaşayan 100 sakinin kurutma amacıyla bahçelerinde astığı çamaşırlar zarar görmektedir.<sup>54</sup> Her bir sakin bu kurum nedeniyle yılda yaklaşık olarak 500 Euro zarara uğramaktadır. Yıllık toplam miktarı 50.000 Euro olan zararlar, fabrikanın kapatılması ile önlenilecektir. Ancak bu tarz bir yaklaşım Kaldor-Hicks kriteri ile uyumlu olmayacaktır, zira üretim nedeniyle oluşan faydalar kurum nedeniyle oluşan maliyetleri aşmaktadır. Fabrikanın işletmecisinin o yerdeki sakinlerin zararını tümünden tazmin etmiş olması halinde ise, işletmeciyeye kardan geriye 25.000 Euro kalacaktır.<sup>55</sup>

Denkleştirmenin yanı sıra zararın oluşumunu engellemek imkanı da söz konusu olabilir. Kurum nedeniyle ortaya çıkan zararlar bu bağlamda, örneğin 30.000 Euro'luk bir filtrenin fabrikaya takılması suretiyle ortadan kaldırılabılır. Bunun haricinde 100 sakinin her birine bir çamaşır kurutma makinesi almak için 350 Euro verilip, bahçede kurutma amacıyla asılan çamaşırların kirlenmesi engellenebilir. Bu örnekte görüleceği üzere, fabrikaya 30.000 Euro'luk bir kurum filtresi takmak etkin olacaktır. Yalnızca 30.000 Euro değerinde bir filtrenin takılması ile yaklaşık olarak yıllık 50.000 Euro'luk zararlar engellenebilir. Her ne kadar 100 sakinden

<sup>53</sup> Bu örnek Polinsky'den alınmıştır, (dn. 2), 11 vd. Özel hukuk, kamu hukuku ve ceza hukukuna ilişkin diğer birçok uygulama örneği için bkz. Posner (dn. 2); Cooter (dn. 2); Adams (dn. 3); Weigel (dn. 1); Schäfer / Ott (dn. 3).

<sup>54</sup> Bu nedenle yukarıda izah edilen Pareto etkinliği kriteri gerçekleşmemiştir. Fabrikanın kullanılması her ne kadar kara neden olmuşsa da, çamaşırların zarar görmesi nedeniyle sakinlerin durumunda bir kötüleşme gerçekleşmiştir.

<sup>55</sup> Ancak ne Kaldor-Hicks kriterine göre ne de refah maksimizasyonu ilkesine göre bir denkleştirmenin yürütülmesinin zorunlu olmadığını ifade etmek gerekir. Bir denkleştirmenin teorik açıdan mümkün olması her halükarda yeterli olacaktır. Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.

her birine bir kurutma makinesi alınması halinde de zararlar ortaya çıkmayacaksa, bu makinelerin alınması 35.000 Euro'ya mal olacak ve bu nedenle filtrenin takılması nedeniyle oluşacak maliyetleri aşacaktır.

Sosyal maliyetler sorununa ilişkin yönlendirici makalesinde Coase, hukuk düzeninin şekillendirilmesinin yukarıda izahı yapılan etkin neticeler üzerinde ne tür etkiler doğurduğu sorusunu sormuştur.<sup>56</sup> Coase bu bağlamda, bu neticenin gerçekleştirilmesine yönelik transaksyonların sıfır olması koşuluyla, etkin bir durumun ve genel refahın buna bağlı maksimizasyonunun hukuki durumun şekillendirmesinden tümüyle bağımsız olarak ortaya çıktığı sonucuna varmıştır.<sup>57</sup> Transaksyonların sıfır olması halinde etkin bir durum, çatışan kullanımlarda mülkiyet haklarının (property rights) hangi tarafa tahsis edildiği hususundan bağımsız bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Yukarıdaki örnekte hukuk düzeninin bir »temiz hava hakkı« öngörmesi halinde, fabrika işletmecisinin kurum salınımı nedeniyle ihlal edilen hakkın ortaya çıkardığı neticelere katlanması gerekecektir. Fabrika işletmecisinin buna uygun olarak üç eylem olanağı söz konusu olacaktır: İşletmeci, fabrikanın işletmesini ya durduracak, ya eskisi gibi havayı kirletecek ve yıllık 50.000 Euro'luk zararı karşılayacaktır. İşletmeci bunun haricinde, o yerdeki sakinlerin her birine bir kurutma makinesi alabilir ve böylece zararın ortaya çıkışını engellemiş olacaktır; ancak bu durumda 35.000 Euro'luk toplam bir maliyet hasıl olacaktır. Son olarak işletmeci, 30.000 Euro'luk bir filtre alıp bunu fabrikasına takabilir. Faydasını maksimize etmek lehine olduğu için, fabrika işletmecisi bu dört olanağın sonuncusu yönünde karar alacaktır ve kurum filtresini fabrikasına monte edecektir. Böylelikle, fabrika işletmecisine hedeflediği kardan arta 45.000 Euro kalacaktır, diğer davranış imkanları ise işletmeciye daha az bir artık fayda bırakacaktır.

Buna karşın hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi durumunda, o yerdeki sakinlerin kurumun salınması nedeniyle ortaya çıkan neticelere katlanması gerekecektir. Davranış imkanları olarak, o yerin sakinleri yıllık 50.000 Euro'luk maliyetleri kabullenebilecektir. Sakinler, kendilerine bir kurutma makinesi satın alabilir (35 000 Euro) veya filtrenin takılması için işletmeciye ortaklaşa 30.000 Euro ödeyebilir. Rasyonel hareket eden bireyler olarak sakinler

<sup>56</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd.

<sup>57</sup> Coase (dn. 4), Social Cost, 1 vd.; ders. (dn. 3), The Firm, 95 vd., 157 vd.

de, faydayı maksimizde eden alternatifi tercih edecektir. Buna göre etkin netice -filtrenin takımı- hukuki durumun şekillendirmesinden ve mülkiyet haklarının tahsisatından tümüyle bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Farklılık yalnızca bir kez işletmecinin münhasıran ve bir kez de sakinlerin filtrenin maliyetlerine katlanması bakımından ortaya çıkmaktadır. Maliyetlere katlanma meselesi ise, ancak münhasıran dağılım etkinliğinin sağlanması bakımından herhangi bir işleve sahip olmayan dağıtıma (*Distribution, ç.n.*) ilişkin bir meseledir.<sup>58</sup> Mülkiyet haklarının şekillendirilmesi bu bağlamda yalnızca maliyetlere katlanmanın distribütif yönünü ilgilendirmektedir, etkin dağılım yönünü ilgilendirmektedir.<sup>59</sup>

Coase, şüphesiz transaksyonlar olmadan müzakerelerin yürütülebildiği bir durumun gerçek olmayan piyasa şartlarına uyduğunun farkına varmıştır.<sup>60</sup> Zira piyasa transaksyonları, daima maliyetlerle bağlıdır.<sup>61</sup> Ancak transaksyonlar olduğu ve dikkate alındığı sürece, mülkiyet haklarının tahsisatı hukuk düzeninin şekillendirilmesi ile kaynak dağılımının refahın maksimizasyonunu sağlaması bağlamında temel bir işleve sahip olacaktır. Yukarıdaki örnek bağlamında, diğer tüm sakinler ile bağlantı kurulması amacıyla hem fabrika işletmecisi hem de her bir sakin bakımından 100'er Euro'luk transaksyon maliyetlerinin olduğu kabul edilirse,<sup>62</sup> hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi durumunda sakinlerin filtrenin ortaklaşa finansmanını organize etmek amacıyla filtre için 30.000 Euro ve transaksyonlar için 10.000 Euro harcaması gerekecektir. Neticede sakinler bakımından toplamda 40.000 Euro'luk bir maliyet ortaya çıkacaktır. Buna karşın, bir kurutma makinesinin edinilmesi bireysel bir karar olup, sakinler arasında bir koordinasyonu gerektirmemektedir ve transaksyon maliyetlerine neden olmamaktadır. 350 Euro'ya bir kurutma makinesi edinme filtrenin montajı için 400 Euro harcamaktan daha uygun olacağından, sakinler fabrikaya ortaklaşa bir filtre takma konusunda müzakere edeceklerine bir çamaşır kurutma makinesi edinecektir. Bu husus, sakinlerin bakış açısından rasyoneldir ve faydayı artırıcıdır. Sakinler, filtrenin takılması

<sup>58</sup> Polinsky (dn. 2), 12; Eidenmüller (dn. 3), 62.

<sup>59</sup> Etkinlik kaynak dağılımına ilişkin bir değişimden ortaya çıkan fayda artışı iken, adalet katılımcılar arasında gelirin dağıtımı ile ilgilidir. Dağıtıcı adaletin tesisi, ekonomik teoriye göre hukukun öncelikli işlevleri arasında yer almaktadır. Polinsky (dn. 2), 7.

<sup>60</sup> Coase (dn. 4), *The Firm*, 95 vd., 157 vd.

<sup>61</sup> Polinsky (dn. 7), 1661 vd.

<sup>62</sup> Posta, telefon, transport ve davranışın koordinasyonuna yönelik müşterek buluşma için gerekli zaman, transaksyon maliyetlerine örnek gösterilebilir.

için 400 Euro ödemek yerine 350 Euroluk bir makine edinerek 500 Euroluk zararı önleyebilirler.

Ancak hukuk düzeninin bir »temiz hava hakkı« öngörmesi halinde, fabrika işletmecisinin 30.000 Euro'yu filtrenin takılması için ayırması söz konusu olacaktır. Bu husus fabrika işletmecisi için transaksyon maliyetleri söz konusu olmadan mümkün olacaktır. Tüm sakinlerle müzakere etmek ise, zarar giderim (50.000 Euro) veya kurutma makinelerinin maliyetlerinin (35.000 Euro) yanı sıra oluşacak tarzda toplamda 10.000 Euro'luk transaksyon maliyetlerine neden olacaktır. Buna göre genel sosyal refahı maksimize edecek netice, hukuk düzeninin »kurumun salınmasına ilişkin bir hak« öngörmesi halinde değil, aksine yalnızca bir »temiz hava hakkı« öngörmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Transaksyon maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda, hukuk düzeninin şekillendirilmesi ve mülkiyet haklarının tahsisatı böylece önem arz edecektir.

Coase kuramına göre kaynak dağılımının etkin bir hali, transaksyonların hukuk düzeninin şekillendirilmesinden bağımsız olmayan bir tarzda mevcudiyeti söz konusu ise ortaya çıkacaktır.<sup>63</sup> Etkinlik bakımından öncelikli hukuk normu, daha ziyade transaksyonların piyasaya zarar veren etkilerini azaltan ve transaksyonların maliyetini azaltma amacı ile seçilmekle birlikte etkin olmayan neticelere neden olan eylemlerin seçimini önleyen normlardır.<sup>64</sup> Engelleyici nitelikte yüksek transaksyon maliyetlerinin söz konusu olduğu bu durumlarda, Coase kuramı çok yararlı görünmektedir. Hukuk burada, mülkiyet haklarının uygun bir tahsisatı vasıtasıyla varsayımsal bir piyasa neticesini oluşturabilir ve böylece başka türlü elde edilemeyecek bir sosyal fayda artışına katkı sunabilir.<sup>65</sup>

## 5. Eleştiri

Hukukun ekonomik teorisi, bilhassa Almanca konuşulan ülkelerde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu bağlamda öncelikle, farklı disiplinlerin bir araya gelmesi ile oluşan gerilimlere dikkat çekilmiştir. Diğer taraftan, ekonominin hukukun netleştirilmesi amacıyla başvuru temel

<sup>63</sup> Bizzat Coase, kendisi tarafından ileri sürülen temel hususların yanlış yorumlandığını ve kendisinin sanki hukuk düzeninin somut şekillendirilmesini kaynak etkinliğinin sağlanması bakımından önemsiz gördüğünün lanse edildiğini ifade etmektedir. Coase (dn. 4), The Firm, 159 vd.

<sup>64</sup> Polinsky (dn. 2), 12 vd.

<sup>65</sup> Laudenklos (dn. 10), 300.

kabullerinin ekonomi tarafından ne ölçüde daha geniş bir determinasyona gereksinim duyduğu sorgulanmıştır.

Hukukun ekonomik teorisi, kavramsal (*konzeptionell, ç.n.*) yaklaşımı nedeniyle hukuki bir teori olmayıp, ekonomik bir disiplindir. Ekonomik açıdan analiz edilecek ve değerlendirilecek olan hukuk, bu disiplinin araştırma konusunu oluşturmaktadır. Bu disiplinin programının, her hukuk normu ve her mahkeme kararının tüm hukuk dallarındaki ekonomik sonuçları bakımından analiz edilmesi ve değerlendirilmesi olduğu ifade edilebilir. Hukukun ekonomik teorisi, hukuki amaçları etkinliğin referans ölçütünün yanı sıra diğer bir değerlendirme ölçütü olarak kapsamadığından hukukun eleştirisine maruz kalmıştır.<sup>66</sup> Ekonomik teorinin yabancı bir perspektiften hukuka yaklaştığı hususu, bu teoriyi gerek siyasal, gerek ahlaksal, gerek sanatsal, gerekse de dinsel kökenli diğer yabancı yaklaşımlarla paylaşmaktadır. Hukukun ekonomik teorisi bu nedenle, hukukun toplum üzerindeki işlev ve etkilerini kendi referans sistemi bakımından tartışmayı amaçlayan farklı çabaların bir parçasıdır. Hukukun ekonomik teorisi sınırsız bir geçerliliğe sahip olduğundan, hukuk ve ekonomi arasındaki disiplinlerarası alanda kısmi uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hukukun ekonomik teorisine yönelik bir iddia, bu teorinin her şeyi kapsayan yaklaşımının hukukun bağımsızlığına aykırılık yarattığı ve büyüyen hukuki yapıları parçaladığı ileri sürmüştür.<sup>67</sup> Bunun dışında, hukukun ekonomik bir yaklaşımının yargısal denetiminin dışına çıktığı ve bunun hukukun uygulanmasında belirsizliklere neden olacağı ifade edilmiştir.<sup>68</sup> Bu itirazlara karşı, bilgi edinmeye ilişkin geleneksel yöntemleri ile yargının kendi sınırlarına dayandığı ve bir »yöntemsel boşlukta« bulunduğu, bu nedenle bir paradigma değişikliği ve çok defa ekonomide kullanılan matematiksel ve doğa bilimsel yöntemlere yönelmesi yargının hukukun daha iyi bir anlayışına ulaşabileceği argümanı ileri sürülmüştür.<sup>69</sup> Yöntemsel bir eksikliğe ilişkin bu itiraza verilecek cevap, öte yandan bu iddiayı iade etmektedir: Hukukun ekonomik teorisi, esasen kusurlu

---

<sup>66</sup> Eidenmüller (dn. 3), 8 vd.; Fezer (dn. 15), Rechtskritik an der economic analysis of law, 817; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse, 223.

<sup>67</sup> Fritz Rittner, Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe 1975, 47 vd.; Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomische Analyse.

<sup>68</sup> Rittner (dn. 70), 9.

<sup>69</sup> Richard Posner, The decline of law as an autonomous discipline, in: Harvard Law Review 1987, 761, 772 vd.; Adams (dn. 3), 12 vd., 21; Laudenklos (dn. 10), 308 vd.



olmamakla birlikte her halükarda değiştirilme ihtiyacı olan analiz araçlarını kullanmaktadır.

### 5.1 Kendi Menfaatine Yönelik Olarak Rasyonel Davranan Birey Varsayımı

Hukukun ekonomik teorisi, insan davranışlarının analizinde homo economicus'un referans modelini esas almaktadır. Buradan hareketle, her bireyin kendi menfaatlerini rasyonel bir biçimde ve kendi çıkarına takip ettiği ve bu takibatın faydanın maksimize edilmesi amacına yöneldiği iddia edilmiştir. Homo economicus modeli geçmişte her ne kadar bir tahmin aracı olarak çok defa doğruluğunu ispatlamışsa da, soyutlayıcı ve basitleştirici yapısından dolayı sıkça eleştiriye konu olmuştur. Bu eleştiriler, bilhassa bu modelin analiz aracı olarak işlevini sorgulamıştır.<sup>70</sup> Homo economicus modeli bu bağlamda, insanların gerçek dünyada her zaman doğru olmayan ve davranış bilimlerinin yeni bilgileri ile ampirik olarak çürütülebilecek davranış tahminlerini ortaya koymaktadır.<sup>71</sup>

Bunun haricinde, çok boyutlu bir toplumda var olan heterojen bireysel menfaatlerin değerlendirmesini monopolize eden bir bilgi gaspı olmadan, hukukun müdahaleyi amaçlayan bir analizinin piyasa aktörlerinin gerçek davranış önceliklerini doğru bir biçimde belirlemesinin ne ölçüde mümkün olduğu tartışmalıdır. Bu bağlamda, fayda artırım düzeyinin kişisel öncelikler üzerine kurulan bir karar vasıtasıyla belirlenmesi de ekonominin temel bir sorunu olarak görülmelidir.<sup>72</sup> Genel olarak yalnızca bireylerin arzu edilen bir malı elde etmeye yönelik ödeme gücü (willingness to pay) esas alındığından, çok boyutlu bir fayda kavramına başvurulması mümkün değildir. Bu durum, ödeme gücü göstergesine ilişkin fayda kavramının mali bir boyuta indirgenmesi sonucunu doğuracaktır.<sup>73</sup> Genel sosyal faydanın artırılması hukukun ekonomik teorisinin normatif amacı olduğundan -ki hukuk bu amaca ulaşmada temel araçtır-, kavramın içeriksel kapsamı ve netliği büyük önem taşımaktadır. Mali boyutun tüm davranış biçimlerini rasyonel çıkarıcı

<sup>70</sup> Genel olarak karşı. van Aaken (dn. 17).

<sup>71</sup> Karşı. Englerth (dn. 9).

<sup>72</sup> Bu bağlamda karşı. Anne van Aaken, Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie, in: Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, 89 - 118, 92 vd., 96 vd.

<sup>73</sup> Fayda kavramının çok yönlü olduğu ve etkin olmayan bir halin somut olayda daha yüksek toplumsal faydaya neden olabileceğine, ekonomist Richard Layard popüler bilimsel eserinde dikkat çekmiştir: Die Glückliche Gesellschaft, Frankfurt am Main 2005. Ancak burada, fayda kavramını içeriksel bakımdan netleştirecek ve ölçülebilirlik yöntemlerini geliştirecek diğer araştırmalara gereksinim vardır.

olarak kapsayacak durumda olmaması hususuna, diğerlerinin yanı sıra bilişsel psikolojinin verileri de işaret etmektedir. Buna göre bireyler kararlarını sadece sınırlı bir biçimde rasyonel olarak vermektedir, bu nedenle bireyler homo economicus modeline yalnızca kısmen uymaktadır.<sup>74</sup> Beşeri davranış, bilgilerin oluşturulması ve işlenmesi sürecinde rasyonellik eksikliğinin etkisindedir. Bunun dışında, özgeci ve kooperatif davranışların söz konusu olduğu durumların gözden kaçırılmaması gerekir. Hakikat esaslı bir beşeri davranış modeli, böylece homo economicus'un yalnızca sınırlı olarak rasyonel davranan bir birey anlamında bir değişikliği akla yatkın gelmektedir (bounded rationality).<sup>75</sup> Kendi çıkarına yönelik olarak rasyonel davranan insana ilişkin katı kabullerden azade olan yeni kurumsal ekonomi ise, sınırlı bir rasyonelite modelinin uygulamasının pratik olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>76</sup> Beşeri davranışın referans modeli olarak kendi çıkarına rasyonel davranan kişi varsayımından uzaklaşılması suretiyle, hukukun ekonomik teorisinin uygulanmasında yumuşamalar sağlanmaktadır. Referans model olarak homo economicus'un ödevi bağlamında her ne kadar beşeri davranışa ilişkin masraflı tahminlerin yapılması gerekliliği konusunda bir zorluk mevcut ise de,<sup>77</sup> yalnızca sınırlı olarak rasyonel davranan birey modeli fayda artımından başka faktörlerin analize dâhil olmasını olanaklı kılmaktadır.<sup>78</sup>

## 5.2 Dağılım ve Dağıtım Arasındaki Gerilim İlişkisi

Böylelikle dağılım etkinliği ve bölüşüm adaleti arasındaki gerilim ilişkisi yumuşatılacaktır ki bu gerilim ilişkisi yüzünden hukukun ekonomik teorisi birçok açıdan eleştirilerle karşı karşıya gelmiştir.<sup>79</sup> Hukukun ekonomik teorisi, bölüşüm adaletinin sağlanmasını değil aksine etkin bir kaynak dağılımının teminini hukukun birinci işlevi olarak görmektedir; bu nedenle mülkiyet haklarının etkin bir tahsisatına ilişkin talep olası

<sup>74</sup> Eidenmüller (dn. 32), 218 vd.; Englerth (dn. 9), 4 vd.

<sup>75</sup> Schäfer / Ott (dn. 1), 65 vd.; Englerth (dn. 9), 5 vd.

<sup>76</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 4 vd. Hayek, daha evvel geleneksel ekonomideki bilgilerin edinilmesi yöntemlerini nispileştirmiştir. Karş. Matthias Meyer, Überlegungen zur Rationalität institutionenökonomischer Modelle, in: Anne van Aaken / Stefanie Schmidt-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, 149 -166, 154 vd.

<sup>77</sup> Personel ve maddi donanım ile bu ödevin adalet tarafından yerine getirilebileceğine, haklı olarak şüpheyle yaklaşmıştır. Laudenklos (dn. 10), 309.

<sup>78</sup> Bu faktörlerin hangileri olabileceği, bir değerlendirmenin nasıl gerçekleştirilebileceği ve bu durumun tahmini yapılacak karar üzerinde hangi etkileri doğurabileceği, hukukun ekonomik teorisinin gelecekteki meselelerinden birini teşkil edecektir.

<sup>79</sup> Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse.

mağdurlara yönelik bir dengeleme yükümlülüğü ile de birleştirilmemektedir.<sup>80</sup> Bölüşüm adaletinin sağlanması, ancak ikincil bir düzeyde ve hukuk dışında gerçekleştirilebilecek politik bir hedef olarak görülmektedir.<sup>81</sup> Hukuk düzeninin şekillendirilmesine yönelik bir hedef olarak bölüşüm adaletinin sağlanmasının dikkate alınmaması, hukukun bir temel işlevine yönelik bir tecavüz olarak yorumlanmaktadır. Hukukun etkinlik ölçütü bağlamındaki katı yönelimi hukuk kültürünü tehdit edecektir, zira hukuk etiği fayda hesabı ile ikame edilecektir. Bu durum, hukukun ekonomik teorisinin bir yandan sosyal açıdan arzu edilmemesi, diğer yandan zayıfları mağdur ettiği ve ekonomik bakımdan kuvvetli olanlar lehine mülkiyet düzenini zımnen değiştirdiği gerekçesi ile reddedilmesi neticesini doğurmaktadır.<sup>82</sup> Ancak neoliberal bir perspektiften ve *laissez-faire*'ye vurgu yapılırca bu itiraz pek dikkat çekmemektedir, zira hür bireylerin oluşturduğu bir toplumda sosyal adaletin devletin müdahaleci tavırlarıyla sağlanmasına pek de önem verilmemektedir.<sup>83</sup> Hukukun ekonomik teorisi bunun haricinde, müşterek beşeri hayatın istenen şekillendirilmesinin kurallarının yalnızca etkin bir kaynak dağılımı hedefini esas almadığını kabul etmektedir.<sup>84</sup> Bu nedenle, daha yüksek bir adalete erişmeye yönelik etkinlik kayıplarının kabulü gerekli olmalıdır.<sup>85</sup> Bununla birlikte hukukun ekonomik teorisi, bölüşüm siyaseti adaleti lehine yüksek nitelikteki etkinlik kayıplarının gerçekleşmesini değil, aksine hukuk sisteminin şekillendirilmesinde etkinliğe öncelik tanınmasını ve bölüşüm adaletinin sonraki aşamada vergi sistemi gibi bağımsız bir kurum vasıtasıyla gerçekleştirilmesini öngörmektedir.<sup>86</sup>

<sup>80</sup> Schäfer / Ott (dn. 3), 35 vd.; Laudenklos (dn. 10), 299.

<sup>81</sup> Laudenklos (dn. 10), 299; Peter Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, Tübingen 1986, 93.

<sup>82</sup> Jürgen Gotthold, *Zur ökonomischen Theorie des Eigentums*, in: ZHR 1980, 545, 557; Fezer (dn. 15), *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law*; Fezer (dn. 15), *Kritik an der ökonomischen Analyse*.

<sup>83</sup> Bu bağlamda karşı Friedrich von Hayek, *Der Atavismus ›sozialer Gerechtigkeit‹*, in: *Drei Vorlesungen über Demokratie, Gerechtigkeit und Sozialismus*, Tübingen 1977, 23 – 46, 23 vd.; Franz Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart 1937; Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft* / Franz Böhm, Baden-Baden 1980; ayrıca bkz. Tamara Zieschang, *Das Staatsbild Franz Böhms*, Stuttgart 2003.

<sup>84</sup> Posner (dn. 2), Kapitel 2; Polinsky (dn. 7), 1655 vd.

<sup>85</sup> Bu nedenle bölüşümde aşırı eşitsizliğin söz konusu olduğu bir durumda, bölüşüm adaleti kriterinin kaynak etkinliği hedefinin yanında gündeme gelmesi gerekmektedir. Ott / Schäfer (dn. 42), 221 vd.; Andreas Suchanek, *Ökonomische Ethik*, Tübingen 2001.

<sup>86</sup> Polinsky (dn. 2), 10; Schäfer / Ott (dn. 3), 30 vd.

### 5.3 Hukukun Ekonomik Teorisinin Avantajları

Ekonomik etkinliğe hukukun normatif temel değerleri karşısında genel bir öncelik tanınması mümkün değildir. Zira, bir taraftan ekonomik analizin normatif ifadelerce yönlendirildiği, diğer taraftan değerlerden arınmış bir disiplin olmadığından dolayı hukukun da etkin neticeler doğurması gerektiği dikkate alınmalıdır. Hukuk da aynı şekilde, etkinlik hedefi ile çatışabilen ve bu hedefle çözülmesi mümkün olmayan ihtilaflara düşecek normatif ifadeler içermektedir. Bilhassa temel haklar ve diğer temel anayasal ilkelere, kayıtsız şartsız biçimde etkinliğe erişim çabasından daha düşük bir değer atfedilmesinin mümkün olmadığını belirtmek gerekir.<sup>87</sup> Ancak bazı çatışmaların gerçekleşme olanağı, temel bir ihtilafın doğmasına neden olmamaktadır. Hukuk ve ekonomi arasındaki ihtilaf potansiyeli de, eleştirel bazı kesimlerin iddia ettiğinden çok daha düşüktür.<sup>88</sup> Bilakis, ekonomik etkinlik hedefine hukuk çerçevesinde daha büyük bir değer atfedilmesi ve gerek hukuk normlarını gerekse hukuki kararları etkinlik ölçütü ile değerlendirmek daha doğru görünmektedir, çünkü sınırlılık her yerde söz konusu olan genel bir sorundur.<sup>89</sup> Etkinlik, toplumsal kurumların inşasına ilişkin temel ilkelerden sayılmakta ve bu bağlamda devletsel hukuk düzenini de kapsamaktadır.<sup>90</sup> Genel sosyal iyiliğin artırılması, bir amaç olarak ne tümenden reddedilebilmekte ne de esaslı olarak eleştirilebilmektedir; bu nedenle hukukun etkinliği bir değerlendirme ölçütü olarak kabul etmesi gerekmektedir.<sup>91</sup> Hukukun dağılım etkinliği hedefi ile uyduğu durumlarda, hukukun uygulanması ve şekillendirilmesi hukukun ekonomik teorisi tarafından öngörülen hedefler vasıtasıyla gerçekleşmelidir.<sup>92</sup> Hukukun etkinlik ilkesine ilişkin bir yöneliminin hukukun temel değerleri ile çatışması ve pratik bir uyum sağlanamaması halinde ise, hukukun ekonominin önüne geçmesi gerekir. Sağladığı fayda maliyetlerinden fazla olan ve genel sosyal refahın artmasına katkıda bulunan bir hukuk sistemi, arzu edilen bir kurumdur. Bu nedenle,

<sup>87</sup> van Aaken (dn. 72), 89 vd.

<sup>88</sup> Fezer (dn. 15), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law, 817; Fezer (dn. 15), Kritik an der ökonomischen Analyse, 223; Ott / Schäfer (dn. 42), 213 vd.

<sup>89</sup> van Aaken (dn. 72), 96 vd.; Laudenklos (dn. 10), 310 vd.; Schwintowski (dn. 1), 588.

<sup>90</sup> Richter / Furubotn (dn. 1), 533 vd.

<sup>91</sup> Yeni Almanca kaynaklarda ise, genel olarak etkinlik ölçütünün dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Eidenmüller (dn. 3); ders. (dn. 35); van Aaken (dn. 72); dies. (dn. 17); Laudenklos (dn. 10); Schwintowski (dn. 1); Kirchgässner (dn. 26).

<sup>92</sup> Bilhassa kanun koyucu, fayda maliyet mukayeselerini yapabilmek için netice esaslı bir modele ihtiyaç duymaktadır. Eidenmüller (dn. 35), 217.

hukukun kendini hukukun ekonomik teorisine açması gerekmektedir; ancak hukukun bu teorinin boyunduruğu altına girmemesi gerekir.

\*\*\*

### Kaynakça

#### Birincil Kaynaklar

**Guido Calabresi:** Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale Law Journal 70 (1961), 499.

**Guido Calabresi:** The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harvard Law Review 78 (1965), 713.

**Ronald H. Coase:** The Firm, The Market and the Law, Chicago 1988.

**Ronald H. Coase:** The Problem of Social Cost, in: Journal of Law & Economics 3 (1960), 1.

**Harold Demsetz:** Towards a Theory of Property Rights, in: American Economic Review 57 (1967), 347.

**A. Mitchell Polinsky:** Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review 87 (1974), 1655.

**Richard A. Posner:** Economic Analysis of Law, 6. Aufl., New York 2003.

#### İkincil Kaynaklar

**Michael Adams:** Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004.

**Heinz-Dieter Assmann / Christian Kirchner / Erich Schanze (Hrsg.):** Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993.

**Robert Cooter:** Law and Economics, 4. Aufl., Boston 2004.

**Horst Eidenmüller:** Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 1995.

**Claus Ott / Hans-Bernd Schäfer:** Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, in: JZ 1988, 213.

**A. Mitchell Polinsky:** An Introduction to Law and Economics, 2. Aufl., Boston 1989.

**Hans-Bernd Schäfer / Klaus Ott:** Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrecht, 4. Aufl., Berlin 2005.

**Wolfgang Weigel:** Rechtsökonomik, München 2003.