Prof. Dr.

Belgin Erdoğmuş

ARMAĞAN

Derleyen : Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU

DER YAYINLARI
İSTANBUL - 2012

İÇİNDEKİLER

ÖNYAZILAR

- Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş 1
- Profesör Belgin Erdoğmuş, Bir Romanist - **Turgut TARHANLI** 3
- Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Sevgi ve Saygı ile - **Aysel ÇELİKEL** 9
- Belgin Erdoğmuş İçin "Laudatio" - **Rona SEROZAN** 11
- Laudatio - **Bülent TAHİROĞLU** 13
- Sevgili Belgin (Prof. Dr. Erdoğmuş) İçin - **Hüseyin ÜLGEN** 15

ROMA HUKUKU

- Consortium Ercto Non Cito - **Ali Selkor Atak** 19
- Roma Hukukunda Klasik Hukuk Dönemi - **Seldağ Güneş Ceylan** 39
- Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış - **Kübra Doğan Yenisey** 51
- Roma Hukuku'nda Hak Ehliyeti Çerçevesinde Çocuk - **Çağla Elal** 77
- Justinianus Döneminde Müsadere Uygulamaları - **Tolga Ersoy** 93
- Toplumsal Cinsiyet ve Roma Hukukunda Kadın - **Fulya İlçin Gönenç** 105

- Roma Hukukunda Nişanlanma *(Sponsalia)* -
  Nurcan İpek 113
- Digesta'nın Hazırlanma Şekli ve Sistematiği Hakkında Düşünceler -
  Havva Karagöz 135
- Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri -
  Sevgi Kayak 155
- Roma Hukukunda Origo Kavramının Değişimi -
  Ayşe Öncül 187
- Forderungspfändung im Römischen Recht und Forderungspfändung bei der *'Actio Funeraria'* -
  Erdal Özsunar 197
- Roma Hukukunun Günümüz Hukukuna Tuttuğu Işık -
  Rona Serozan 209
- Roma Hukukunda Özel Kusursuz Sorumluluk Halleri -
  Elvan Sütken 221
- Hexabiblos -
  Diler Tamer 243
- Roma Hukukunda *Censor*'lar -
  Gökçe Türkoğlu 255
- Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt (BK md.110/TBK md.128) Müessesesinin Tarihsel Arka Planı ve Roma Hukukundaki Yeri -
  Göktürk Uyan 269
- Klasik Roma Hukukunda Teamül -
  A. Artur Schiller (Çev. Yiğit Sayın) 285
- Roma Hukukunda Çevrenin Korunması -
  Andreas Wacke (Çev. İpek Sevda Söğüt) 299

HUKUKUN DİĞER DALLARI

- Hukukun Kaynağı Hakkında Çalışma Notları -
  Cemal Bali Akal 323
- Bir Turnusol Kağıdı: Türkiye'de İnternet Yasakları -
  Kerem Altıparmak / Yaman Akdeniz 363

- Regional Economic Integration Models And What Trade Economists Tell Us About Them - **Pınar Artıran** 377
- "Donatan, Donatma İştiraki ve Yapı Ortaklığı" Hükümlerinin Yasama Tarihçesi ile Kaynakları - **Kerim Atamer** 401
- Oydan Yoksun Paylar - **Ece Baş** 465
- Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık - **Başak Başoğlu** 489
- Soykırım Suçu - **Köksal Bayraktar** 519
- 5651 Sayılı Kanun Model Değişiklik Taslağı - **Levent Berber / Bedii Kaya / Leyla Keser Berber** 535
- Merger and Acquisition Practices at USA and EU: Different Approaches and Possible Remedies - **Banu Bozkurt Bozabalı** 553
- Walter Benjamin'in *Şiddetin Eleştirisi* Metni: Bir Tarihin Felsefesi - **Gökçe Çataloluk** 571
- İpotekli Geminin Mülkiyetinin Devri - **Duygu Damar** 589
- Alışılmadık Bir Mekânda Hukuk Eğitimi: İstanbul Cezaevleri - **İdil Elveriş** 627
- Goethe ve Spinoza: Panteizm Tartışması ve Özgürlük Kavramı - **Reyda Ergün** 641
- TTK'nun 1524. Maddesi İle Sermaye Şirketleri İçin Getirilen İnternet Sitesi Açma Zorunluluğu, Uygulama Alanı ve Yaptırımlar - **Mete Özgür Falcıoğlu** 653
- Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı (TBK. m.346) - **M. Murat İnceoğlu** 671
- Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü - **K. Berk Kapancı** 689
- Türkiye'de Ayrımcılıkla Yasağı ile İlgili Mevcut Yargısal ve Yargısal Olmayan Başvuru Yolları - **Ulaş Karan** 707

- Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi - **Burak Özen** 747
- Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme - **Kerem Cem Sanlı / Yeşim M. Atamer** 769
- Sağlık Yöneticisi - **Pervin Somer** 815
- Türkiye ve Avrupa Birliği Arasında Mülteci Paylaşımı Oyunları - **Lami Bertan Tokuzlu** 835
- Sermaye Piyasası Hukukunda Hisse Senedine Dönüştürülebilir Tahviller - **Veliye Yanlı** 875
- Eşcinsellerin Evlât Edinmesi - **Candan Yasan** 895
- Ulusal Mevzuat ve Yargıtay İçtihatları Işığında Türk Ceza Kanunu'ndaki "Bilişim Alanında Suçlar" - **Pınar Yazıcı** 909
- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Değişen Yapısının Yargı Mensuplarının Performans Değerlendirmesi Üzerindeki Etkisi - **Serap Yazıcı** 929
- İnsan Hakları İhlali Olarak Yoksulluk: İhlalin Niteliği Üzerine Bir İnceleme - **Zülfiye Yılmaz** 947
- Sosyal İçselleştirme / Dışlama Ölçütü Olarak "*factum loquendi*" Gönüllü Kölelik Olarak "Efendi" Sözcüğünün Kullanımı - **Marcela Rosales (Çev. Cemal Bâli Akal)** 975
- Frankfurt Okulu'nda Spinoza - **Günther Mensching (Çev. Çiçek Eken)** 983

Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme

Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı*
Doç. Dr. Yeşim M. Atamer**

I. Giriş

Hatalı olarak imal edilen bir malın piyasaya sürülmesi nedeniyle zarar gören kişilerin kime/kimlere karşı, hangi şartlar altında bir tazminat talebinin olacağı sorusu kuşkusuz büyük önem taşımaktadır. Bu konuda dünyada genel eğilim bir kusursuz sorumluluk hali öngörmek yönündedir.[1] Türk hukukuna bakıldığında bu yönde bir adımın 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4'de yapılan değişiklik ve ona dayanılarak çıkarılan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ile atılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak bugüne kadar ihdas edilen sorumluluk rejiminin kusursuz sorumluluk esasına dayanıp dayanmadığı son derece tartışmalı kalmıştır.

Bu çalışma, imalatçının hatalı ürünlerden doğan sorumluluğunu ekonomik açıdan ele almaktadır. Amacımız, imalatçının sorumluluğuna dair düzenlemelerin hangi hukuki esasa dayanmasının ekonomik açıdan daha isabetli olduğunun belirlenmesidir. Bu amaçla, hukuk ve ekonomi öğretisinin[2] ilke ve yöntemlerinden yararlanarak, kusur ve kusursuz sorumluluk

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, cem.sanli@bilgi.edu.tr
** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, yesima@bilgi.edu.tr

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Reimann, Mathias**, Liability for Defective Products at the Beginning of The Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?, 51 American Journal of Comparative Law 2003, s.751 vd.).

2 Hukuk ve ekonomi öğretisi hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Sanlı, Kerem Cem**, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007, s.9-92; **Richard, A. Posner**, "Economic Analysis of Law", Aspen Publishers, 6th Edition, New York 2003; **Shavell, Steven**, "Economic Foundations of Law", Harvard University Press, 2004; **Cooter, Robert/ Ulen, Thomas**, "Law and Economics", Pearson, 4th Edition, 2004; **Schafer, Hans Bernd / Ott, Claus**, "Economic Analysis of Civil Law", Edward Elgar, 2004; **Miceli Thomas J**, "The Economic Approach to Law", Stanford University

kuralları çeşitli senaryolarda ekonomik etkinlik[3] (*economic efficiency*) ölçütü açısından mukayese edilmiştir. Kurguladığımız basit modeller bağlamında yaptığımız mukayese, kusursuz sorumluluk esasının ekonomik açıdan daha iyi sonuçlar verdiğine, yani "etkin" *(efficient)* olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla çalışmamız, kusursuz sorumluluğun kabülü yönünde ilave ekonomik gerekçeler sunmaktadır.[4]

Çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle kusura dayanan sorumluluk rejimlerinin zararın tazmini açısından neden yetersiz kaldığı mukayeseli veriler ışığında ele alınacak ve daha sonra Türk hukuk literatüründe bu konuda ileri sürülen görüşler üzerinde durulacaktır. İkinci bölüm, sorumluluk kurallarının ekonomik açıdan varlık nedenini ele almakta ve hangi "*piyasa aksaklığını*"[5] *(market failure)* düzenlediğini incelemektedir. Çalışmamızın özünü teşkil eden üçüncü bölümde, çeşitli senaryolar tahtında, kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının ekonomi etkileri ve bu etkilerin ekonomik etkinlik açısından sonuçları analiz edilmiştir. Burada, zarar görenin alıcı olduğu ve olmadığı kurgular ayrı ayrı incelenmiştir. Dördüncü ve son bölümde ise, etkinlik açısından önem taşıyan ikincil maliyetler ve yargılama maliyetleri açısından kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları mukayese edilmiştir.

Press, Stanford 2004; **Cole, H. Daniel/ Grossman, Z. Peter**, "Principles of Law and Economics", Pearson Education, 2005; **Friedman, David D.**, "What Economics Has to do with Law and Why it Matters ? Law's Order", Princeton University Press, 2000; **Hirsch, Werner**, "Law and Economics", Academic Press 3rd Edition, 1999.

3 Ekonomik etkinlik kavramı hakkında bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.43 vd.; **Cole/ Grossman**, s.10 vd.; **Cooter/ Ulen**, s.16,17.

4 Önemle belirtelim ki burada ürün hatalarından kaynaklanan sorumluluğun ekonomik açıdan gerekli olup olmadığı, daha doğru bir deyimle sorumluluk hukukunun maliyetlerinin, ekonomik yararlarını meşru kılıp kılmadığı ele alınmamıştır. Biz sorumluluk hukukunun varlığını bir veri olarak alıyor ve sorumluluğun dayandığı esası inceliyoruz. Her ne kadar hukuk ve ekonomi literatüründe sorumluluk hukukunun ekonomik açıdan meşru olduğu kabul edilse de, bu konuda aksi görüşler de bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz. **Shavell, Steven/ Polinsky, A. Mitchell**, "The Uneasy Case for Product Liability", 123 Harvard Law Review, (2010), s.1437-1491; **Goldberg, C.P. John/ Benjamin, Zipursky**, "The Easy Case for Product Liability Law: A Response to Professors Polinsky and Shavell", 123 Harvard Law Review, (2010), s.1919-1948; **Shavell, Steven/ Polinsky, A. Mitchell**, "A Skeptical Attitude About Product Liability is Justified: A Reply to Professors Goldberg and Zipurksy", 123 Harvard Law Review, (2010), s.1949-1968.

5 Piyasa aksaklığı kavramı ve türleri için bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.51 vd.; **Cooter/ Ulen**, s.44 vd.; **Miceli**, s.31; **Seidenfeld, Mark**, "Microeconomic Predicates to Law and Economics", Anderson Publishing Co, Cincinati, 1996, s.61 vd.; **Cole/ Grossman**, s.13 vd.

II. İmalat Hatasının Doğurduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Hatalı olarak imal edilen bir malın piyasaya sürülmesi nedeniyle doğan zararın hangi esaslara dayanarak tazmin edileceği sorusunu özel kılan nokta, diğer bazı tazminat taleplerine nazaran bu ihtimalde sorumluluğun temelinde iki farklı kurgunun yatabilecek olmasıdır. Birinci kurguda, zarar görenin doğrudan hatalı malın satıcısına karşı sözleşmeye dayanan bir tazminat talebi ileri sürmesi; ikinci kurguda ise, tazminat talebini haksız fiil temeline dayandırarak hatalı ürünü üreten imalatçıya başvurması düşünülebilir. Örneğin, marketten satın aldığı konserve ton balığını yedikten sonra zehirlenen kişinin hem satıcıya ayıptan doğan sorumluluk kuralları uyarınca hem de konserve imalatçısına haksız fiil kuralları uyarınca bir talep yöneltmesi söz konusu olabilir.

Ancak iki talebin de başarıya ulaşması açısından engeller vardır. Sözleşme sorumluluğu ihtimalinde sorun, satıcının kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmesidir. Zira Borçlar Kanunu (BK) m. 96 (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 112) uyarınca ancak kusurlu olan borçlu tazminat ödemekle yükümlüdür. Her ne kadar BK m.205 (TBK m.229) ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde doğrudan zararlar için satıcının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağını öngörmüşse de bugün ağır basan görüş, ayıp nedeniyle doğan ölüm, yaralanma veya malvarlığı zararlarının doğrudan zarar kapsamında değerlendirilmeyeceği yönündedir.[6] Dolayısıyla BK m. 205, f.3'e tabi olacak bu tür talepler açısından imalatçı olmayan satıcı, kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Asıl kusur atfedebileceğimiz imalatçı ise sözleşme tarafı olmadığı için nispilik ilkesi[7] gereği sözleşmeye dayalı bir talebe muhatap olmayacaktır.

---

[6] Doğrudan zarar/dolaylı zarar ayırımı hakkında yaşanan tartışmalar için bkz. **Kırca, Çiğdem**, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s.8-11 ve 17 vd.; Doğrudan zarar/dolaylı zarar ayırımı hakkında yaşanan tartışmalar için bkz. **Kırca, Çiğdem**, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s.8-11 ve 17 vd. BK m.205'deki bu ayırımın kaynağı, beraberinde getirdiği uygulama sorunları ve bunların nasıl aşılabileceği konusunda bkz. **Fischer, Willie**, Der unmittelbare Schaden und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zürich 1985. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda çok tartışma yaratan son kararı hakkında bkz. BGE 133 III 257 vd.; **Coendet, Thomas**, Schadenszurechnung im Kaufrecht, recht 2008, s.15 vd.; **Zellweger-Gutknecht, Corinne**, Gewährleistung, Mangelfolgeschaden und Verjährung - Stellung und Wirkung der Gewähr im Leistungsstörungsrecht Anmerkungen zu BGE 133 III 257, BGE 133 III 335 und zur Risikoverantwortlichkeit, ZBJV 2007, s.763 vd.; **Honsell, Heinrich**, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff., recht 2007, s.154 vd.

[7] Bu konuda bkz. YHGK 6.5.1992, YKD 1992, s.1176 ve **Atamer, Yeşim M.**, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay

Öte yandan zarar görenin hatalı malı satın alan kişi değil de bir üçüncü kişi, örneğin ton balığını yiyen ailenin diğer bireyleri olması durumunda sözleşmeye bağlı talepler iyiden iyiye boşa dönecektir.

Haksız fiile dayanan talepte ise sorun, zarar görenin BK m. 41 hükümleri gereği imalatçının üretim sürecinde kusurlu bir davranış içinde olduğunu ispat etmesinin gerekmesidir. Oysa bu türden bir ispatı getirmenin neredeyse imkansız olduğu açıktır.[8] Dolayısıyla tazminat talebinin iki kurguda da reddedilmesi ihtimali yüksektir.

Nitekim bu sebepledir ki, BK'daki düzenlemelere paralel düzenlemeler içeren birçok ülkede zarar görenin tazminat talebini başarıya ulaştırmak için muhtelif yollar denenmiştir.[9] Bunlardan bir kısmı sözleşmesel talebe yoğunlaşmış ve zarar gören alıcının ve hatta üçüncü kişilerin satım zincirindeki herkese ve dolayısıyla imalatçıya karşı da sözleşmeden doğan bir tazminat talebinin olacağını kabul etmiştir. Diğer bir kısım teklifler ise haksız fiil hukukunda var olan sebep sorumlulukları hükümlerinin (mesela BK m. 55 veya m. 58) uygulama alanını genişletmek suretiyle kusursuz sorumluluk ilkesine ulaşmaya çalışmıştır.[10]

Ancak bütün bu çabaların tatmin edici bir sonuca ulaşamaması yasa koyucuları bu konuda açık düzenleme yapmaya itmiştir. Özellikle Avrupa ülkelerinde bu konuda belirleyici metin Avrupa Birliği'nin 1985 yılında kabul etmiş olduğu imalatçının sorumluluğuna ilişkin Yönerge olmuştur.[11]

Dergisi 1996, cilt 22, s.99 vd

8 Nitekim bu adaletsiz sonuç karşısında Yargıtay sık sık çözüm arayışı içine girmiş ve imalatçının kusurunun ispatlanması açısından zarar görenlere kolaylık sağladığı gibi, üçüncü kişilerin de sözleşme ilişkisinin koruma alanına girdiğine hükmedip sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmaları imkanını yaratmıştır (Bkz.; Y.11.HD, 6.5.1974, 1603/1537, YKD 1976/1, s.59; Y.4HD 5.7.1977, 2921/7745, YKD 1978/11, s.1801).

9 Ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. **Reimann**, s.751 vd. Ayrıca bkz. **Akçura Karaman, Tuba**, İmalatçının Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.53 vd.; **Kırca**, s.11 vd.; **Öztan, Bilge**, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.33 vd.

10 Yargıtay da sık sık benzer bir çözüm arayışı içine girmiş, kah imalatçının kusurunun ispatlanması açısından zarar görenlere kolaylık sağlamış kah üçüncü kişilerin de sözleşme ilişkisinin koruma alanına girdiğine hükmedip sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmaları imkanını yaratmıştır (Örn. bkz. Y.4HD 25.9.1997, E. 1997/4787, K. 1997/8679 (kazanci.com.tr); YHGK, 13.2.2002, E. 2002/4-114, K. 2002/84 (kazanci.com.tr)).

11 Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal (OJ) 1985, L210/29. Bu Yönerge hakkında bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, Tüketicinin Korunması Semineri (ed. Ebru Ceylan), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s.73 vd.; **Havutçu, Ayşe**, Tüketici Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 2005, s.67 vd.; **Whittaker, Simon** (ed.), The development of product liability, Cambridge

Bu Yönerge'yi takiben bugün AB üyesi 27 ülkede *imalatçının haksız fiil sorumluluğu* kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiştir.[12] Hatta AB üyesi olmamasına rağmen İsviçre de büyük ölçüde bu Yönerge'yi esas alarak 1993 yılında bir yasa çıkarmıştır.[13] Dolayısıyla sözleşme hukuku üzerinden geliştirilmiş olan çözümler bugün artık arka plana itilmiş ve gerek malın alıcısının gerekse üçüncü kişilerin hatalı ürün nedeniyle uğradıkları zararlardan dolayı imalatçıya haksız fiil esasları çerçevesinde başvurması tercih edilen yöntem olmuştur.

Türkiye'de imalatçının sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme uzun yıllar eksik kalmış; 2003'de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) tüketici satım sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül sorununu düzenleyen 4. maddesinde bir değişiklik yapılmış ve yayınlanan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)" ile ilgili AB Yönergesi Türk iç hukukuna aktarılmaya çalışılmıştır. Ancak bu düzenlemeler yukarıda bahsedilen, satıcının sözleşmesel sorumluluğu ile imalatçının haksız fiil sorumluluğu kurgularını ayırmaksızın yapıldığı için; haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen AB Yönergesi, sözleşmesel sorumluluğu düzenleyen TKHK m. 4'ün içine entegre edilmeye çalışılmış ve düzenleme ister istemez ciddi zaaflarla çıkmıştır. Özellikle, sorumluluğun kusurdan bağımsız olduğu, kanunda açıkça ifade edilmek yerine bu husus sadece Yönetmelik'te yer almış; imalatçıya karşı sadece alıcının, yani sözleşme tarafının bir tazminat talebi olduğu intibaı uyandırılmış, zarar gören 'tüketicinin' talebinden bahsedilmiş; 'imalat hatası'[14] terimi 'ayıp' terimi ile

---

2010; **Fairgrieve, Duncan** (ed.), Product Liability in Comparative Perspective, Cambridge 2005.

12 Üye ülkelerde bu Yönergenin nasıl iç hukuka aktarıldığı ve düzenlemelerin ne gibi farklılıklar arz ettiği konusunda bkz. AB Komisyonu tarafından hazırlatılan rapor: Lovells, Product Liability In the European Union: A Report For the European Commission, MARKT/2001/11/D, 2003. Ayrıca bkz. Komisyon tarafından Konseye, Avrupa Parlamentosu'na ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye sunulmak üzere hazırlanmış olan "Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products", Brüksel, 14.9.2006, COM (2006) 496 final.

13 Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktehaftpflicht (PrHG), SR 221.112.944 = RO 1993, 3122. Bu yasa hakkında bkz. **Fellmann, Walter**, Honsell/Vogt/Wiegand (ed.), Obligationenrecht I içinde: Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht, 4. bası, Basel 2007, s.2961-3004.

14 Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, "*imalat hatası*" kavramı, sorumluluğun kusur esasına dayandırıldığı çağrışımını uyandırmaktadır. Zira "*hata*", ürün riskleri bakımından, ürünün gereken vasıflara sahip olmadığı, imalatçının tedbir alarak hataları ve riskleri bertaraf edebilecek iken, bunu yapmadığı bir durumu ifade etmektedir. Dolayısıyla imalatçı ürünün kendisi riske ya da kazaya yol açtığı için değil, ürünü hatalı olduğu için sorumlu tutulmaktadır. Bu ise aslında hukuk düzeninin imalatçıdan belirli bir şekilde davranmasını (daha güvenli ürün üretmesi, alıcıları uyarması vs.) beklediği ve fakat imalatçının bu nor-

karşılanmak istenmiş ve gereksiz bir kavram kargaşası yaratılmış[15] ve son olarak Yönerge'deki bütün ayrıntılar yasada düzenlenmek yerine Yönetmeliğe atılmıştır.

Ancak düzenlemenin bu zaaflarına rağmen, kanun koyucunun 2003 yılında m. 4'de ilgili değişiklikleri yaparken ve Yönetmeliği çıkarırken amacının açık bir şekilde imalatçının sorumluluğuna ilişkin AB Yönergesi'ni iç hukuka aktarmak olduğu anlaşılmaktadır.[16] Her ne kadar Türk doktrininde imalatçının kusursuz sorumluluğunun bu şekilde ihdas edilmiş sayılamayacağı yönünde azımsanmayacak sayıda görüş varsa da,[17] zarar görenleri bu

---

matif davranış standardına uygun davranmadığı için sorumlu tutulduğu anlamına gelir. Bu ise, kusur sorumluluğunu çağrıştırmaktadır. Öte yandan, bu basit mantıksal silsile ışığında, "*imalatçı piyasaya sürdüğü ürünlerin yol açtığı her türlü zararlardan sorumludur*" tarzında bir düzenleme olsaydı, sorumluluğun kusursuzluk esasına dayandığı kabul edilebilirdi. Fakat hemen belirtelim ki ekonomik açıdan yaptığımız bu yalın çıkarım, hukuk tatbikatında "hata" kavramına verilen anlam dikkate alındığı zaman, son derece tartışmalı hale gelmektedir. Nitekim sorumluluğun ekonomik açıdan hangi esasa dayandığı doktrinde münakaşalıdır (**Shavell**, s.58 vd.; **Posner**, s.182,183) Başka bir çalışmanın konusu olabilecek bu tartışmalara girmeksizin, bu çalışmada sorumluluğun farklı esaslara tabi tutulmasının iktisadi sonuçlarına değiniyoruz.

15 TKHK m. 4 ile Yönetmelik m. 5 bu yüzden birbirinden tamamen farklı iki 'ayıp' tanımı içermektedir. Oysa m. 4'de satım hukuku anlamında ayıp, Yönetmelik'te ise 'imalat hatası' tanımlanmak istenmiştir. Zira imalatçının sorumluluğu, ürünün 'hatalı' olmasından, satıcının sorumluluğu ise satılan malın 'ayıplı' olmasından kaynaklanır. Bu iki kavram birbiri ile örtüşmez. Ayıp kavramı temelinde sübjektif bir kavramdır ve malın, tarafların sözleşmede belirlediği özelliklere (renk, ebat, hız, işlev vs.) sahip olup olmaması ile alakalıdır. Buna karşılık hata kavramı objektif bir kavramdır ve sadece ilgili ürünün zarar verme potansiyelinin olup olmaması ile ilgilidir. Bu açıdan 'imalat hatası', 'ayıp' kavramına göre çok daha dar bir kavramdır. Her imalat hatası aynı zamanda ilgili ürünün satımına ilişkin sözleşme açısından bir ayıp oluştururken, her ayıp bir imalat hatası sayılmaz. Güvenlik zaafı arz etmeyen her türlü eksiklik, bozukluk, nitelik ve nicelik sapmaları ayıp teşkil eder ama asla bir imalat hatası değildir. Nitekim bir ürünün hatalı olup olmadığı onun piyasaya sürüldüğü ana göre saptanır. Buna karşılık satılan malın ayıbı, mala ilişkin hasarın alıcıya intikal ettiği ana göre belirlenir; dolayısıyla da çok daha sonraki bir andır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Havutçu**, s. 24 vd. Kulaklı'nın çalışmasının tamamında imalatçının sorumluluğuna ilişkin AB Yönergesi'ndeki imalat hatası kavramı ile TKHK m.4'deki sözleşmesel ayıp kavramını karşılaştırması ise kanımızca doğru bir tercih değildir. Zira açıktır ki, karşılaştırılması gereken kavramlar AB Yönergesi ile Yönetmelik m. 5'de yer alan 'ayıp' tanımlarıdır. Yönetmeliği yok sayarak alış-veriş menfaatine ilişkin olarak geliştirilmiş olan 'ayıp' kavramı ile bütünlük menfaatini korumaya yönelik 'imalat hatası' kavramını karşılaştırmanın gerekçesi anlaşılamamaktadır. Karş. **Kulaklı, Emrah**, Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009.

16 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Madde Gerekçeleri, Dönem: 21, Yasama Yılı: 4, TBMM., S. Sayısı: 842: "Tüketiciye tanınan bu tazminat hakkı 85/374 sayılı Avrupa Birliği Direktifi esas alınarak düzenlenmiştir. Bu şekilde maddenin yaptırım gücü artırılmak istenmiştir."

17 Bkz. **Akçura Karaman**, s.130 vd.; **Petek, Hasan**, İlaç İmalatçısının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, s.112; **Havutçu**, s.114 vd.; **Tiryaki, Betül**, Ayıplı Hizmetten Doğan

elverişli hükümler aracılığı ile koruma düşüncesinin ağır bastığı yazarlar yasal düzenlemeyi eleştirmekle birlikte kusursuz sorumluluğun Türk hukukuna girdiğini kabul etmektedir.[18]

Bu çalışmanın yazarları da BK m. 41/TBK m. 49'dan saparak özel bir kusursuz sorumluluk hali ihdas eden kuralın TKHK m. 4 ve Yönetmelik'te eksik bir şekilde düzenlenmesinin yanlış olduğu ve kanun koyucunun en kısa sürede bu hatayı düzeltmesi gerekliliği konusunda bütün müelliflerin paylaştığı görüşe katılmaktadırlar. Fakat bu değişiklik gerçekleşene kadar, kusursuz sorumluluk ilkesini bu aksak hükümlere dayanarak da olsa işletmenin yararına inanmaktadırlar. Zarar görenlerin elinden bu imkanın alınmasının onlar aleyhine sonuçlar doğurması riski taşıması bir yana, aşağıda ayrıntıları ile ele alınacağı üzere kusursuz sorumluluk ilkesi, imalatçının sorumluluğunun düzenlenmesinde ekonomik açıdan daha arzu edilir sonuçlar sağlamaktadır. Dolayısıyla hukuk ve ekonomi perspektifinden de, kusursuz sorumluluğun benimsenmesi isabetli görünmektedir.

III. İmalatçının Sorumluluğuna Ekonomik Yaklaşım: Müdahale Etmeyi Gerektiren Bir Piyasa Aksaklığı Var Mı?

Hukuk ve ekonomi öğretisine göre bir yasal düzenlemenin haklılığı daha fazla sosyal refah *(social welfare)* yaratmasına bağlıdır. Diğer bir anlatımla, hukuk kuralları ancak sosyal refahı arttırdığı ölçüde ekonomik açıdan arzu edilir. Aksi takdirde ilgili alanda düzenleme yapılmasına (veya yapıldığı şekliyle yapılmasına) ihtiyaç yoktur. Hukuk ve ekonomi öğretisi, bir yasal düzenlemenin refahı arttırdığını ancak, düzenlemenin yapılmadığı bir ihtimalde bir piyasa aksaklığının doğacak olması durumunda kabul etmektedir. Yani bir piyasa aksaklığı olmalıdır ki, piyasalara hukuki müdahaleye ihtiyaç duyulsun. Yasal müdahale, aksaklığın sebep olduğu sosyal maliyeti *(social costs)*[19] azaltarak refahı artırmayı hedefler. Dolayısıyla somut inceleme konusu açısından soruyu şu şekilde formüle etmek gerekir: "*imalatçının sorumluluğunun düzenlenmediği kurguda bir piyasa aksaklığı var mıdır*?" Eğer bu

---

Sorumluluk, Ankara 2007, s.98.

[18] Bkz. **Kırca**, s.100 101; **Aydos, Oğuz Sadık**, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009, s.90 vd.; **Yıldırım, Mustafa Fadıl**, Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2008, s.165 166; **Serozan, Rona**, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliklerinin Artıları ve Eksileri, İÜHFM 2003/1-2, s.339 (348).

[19] Sosyal maliyet, kabaca sosyal refah kaybı anlamına gelir. Refah kaybı ise, bir politika değişikliği veya kaynakların yeniden tahsis edilmesi ile sosyal refahın arttırılmasının mümkün olduğu hallerde söz konusudur. Dolayısıyla refah kaybı, ekonomi biliminin maliyet (*opportunity cost*) kavramına verdiği anlam ile doğrudan ilişkilidir. Sosyal refah ve maliyet kavramları hakkında açıklamalar için bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.39 vd.

sorunun cevabı olumluysa o zaman ikinci olarak sosyal refahı en fazla artıran yasal düzenleme modeli hangisi olurdu (kusura dayanan veya kusursuz sorumluluk) sorusu cevaplanmak gerekir.[20]

İktisadi açıdan bakıldığı zaman, imalatçının sorumluluğu kuralları ürün risklerini ve ürün kullanımından doğan kazaları düzenlemektedir. Fakat kazaları ve riskleri düzenleyen tipik bir haksız fiil kurgusundan farklı olarak,[21] burada zarar veren ile zarar gören arasında ayrıca *geniş anlamıyla* bir piyasa ilişkisi mevcuttur.[22] Zira haksız fiilden farklı olarak zarar veren ve zarar görenin tesadüfi bir karşılaşması değil, ürünlere ilişkin bilinçli bir seçime dayalı etkileşimleri söz konusudur. Piyasa ilişkisinin (geniş anlamda bile) var olduğu bu hallerde, ürün risklerinin, ürün fiyatlarına yansıması beklenir. Zira alıcılar, ürün risklerini birer kalite parametresi olarak algılayarak yaptıkları işlemlerde dikkate alırlar. Ürünlerin daha güvenli olmalarını arzu ettikleri bir durumda, bu imalatçılar tarafından göz önünde tutulur. Rekabetçi piyasada imalatçılar güvenlik yatırımı yaparlar ve muhtemelen daha pahalı ve fakat daha güvenli ürünler piyasaya sunulur. Öte yandan alıcıların güvenlik konusunda farklı tercihlere sahip oldukları kabul edilirse, güvenliğe

---

[20] Tabi buradaki yasal düzenlemenin mutlaka haksız fiil esasına dayalı bir tazminat sorumluluğu olması da gerekli değildir. Her tür yasal düzenleme ve bu arada regülasyon veya vergilendirme gibi kamu hukuku kuralları da dikkate alınır. Zira ekonomik açıdan, belirli bir hukuk kuralının mutlaka (bir dogma olarak) tatbik edilmesi gerekliliği yoktur. Kurallar (hukuki kurumsal yapılar) diğerlerine göre refahı daha çok arttırıyorsa mukayeseli açıdan daha üstün kabul edilir ve uygulanır (mukayeseli kurumsal analiz).

[21] Tipik bir haksız fiil kurgusunda, zarar veren ile zarar gören arasında bir piyasa ilişkisi, örneğin bir sözleşme yoktur. Bu nedenle hukuk ve ekonomi literatüründe haksız fiil kurgusunda taraflar arasında işlem maliyetinin yüksek olduğu kabul edilir (**Posner**, s.67; **Cole/ Grossman**, s.84; **Cooter/ Ulen**, s.104,105). Yani zarar veren ve zarar gören, haksız fiilin yol açtığı riskleri önceden müzakere ederek sözleşmeler aracılığı ile düzenleme yani içselleştirme imkanına sahip değildirler. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.142-146.

[22] Geniş anlamıyla piyasa ilişkisi ile kastedilen, ilişkinin taraflarının doğrudan sözleşme tarafları olmasa da (mesela alıcı-satıcı), aynı ürünün/hizmetin dağıtım veya tedarik zinciri içerisinde yer almaları ve dolayısıyla sözleşmesel ilişkiler ile en azından dolaylı olarak birbirlerinin davranışlarını etkileme iktidarlarının bulunmasıdır. Somutlaştırmak gerekirse, imalatçı mallarını genellikle, toptancı, perakendeciden oluşan bir dağıtım zinciri ile tüketicilere ulaştırır. Bu tür bir dağıtım zincirinde nihai tüketici ile imalatçı arasında doğrudan bir sözleşmesel ilişki yoktur. Fakat hatalı ürünlerden (ya ürün kalitesi veya fiyatından) ötürü, tüketicinin doğrudan perakendeciye yönelttiği talepler (ki bazı hallerde hukuken tüketiciler bu konuda hukuki güçlükler ile karşılaşabilirler) dağıtım sözleşmeleri aracılığı ile (genellikle sözleşmesel rücu mekanizmaları ile) İmalatçıya kadar yansıtılır. Bu şekilde, dolaylı bile olsa, burada geniş anlamıyla piyasa ilişkisi mevcuttur. Dar anlamıyla piyasa ilişkisi ise, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığıdır. Aradaki fark, ilkinde işlem maliyetinin, diğerine göre daha yüksek olmasıdır. Öte yandan tipik bir haksız fiil kurgusunda, "*ex ante*" tarafların kimliği belli olmadığı için (trafik kazaları gibi) işlem maliyetleri çok yüksektir.

daha az önem veren alıcılar daha az güvenli ve fakat ucuz ürünlere yönelirler. İmalatçılar, alıcıların bu tercihlerine karşılık verirler ve piyasa, alıcıların tercihlerine uygun (farklı güvenlik standartları içeren) ürünlerin üretilmesini ve sunulmasını sağlar. Nitekim günümüzde piyasalarda farklı fiyatlarda, farklı güvenlik standartlarına sahip çok çeşitli mal ve hizmet bulunmaktadır.

Dikkat edilirse bu yaklaşıma göre, ürünlerin tamamen güvenli olması ya da "0" risk içermesi zaruri değildir. Önemli olan alıcıların tercihleridir. Alıcılar güvenli ve bu bağlamda tamamen risksiz bir ürün talep ettiği (ve bu taleplerini ödeme güçleri ile destekledikleri) ölçüde, ürünün sosyal açıdan güvenli olması arzu edilir. Piyasalar da bu tercihleri, imalatçı davranışlarına, ürün kalitesi/ güvenliğine ve fiyatlara yansıtabildiği ölçüde, herhangi bir aksaklıktan ya da sorundan bahsedilemez.

Peki, bu durumda neden imalatçı ürün risklerinden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulmaktadır? Bu çalışmada bu soruya verilen yanıt, imalatçının sorumlu tutulmasının *"ekonomik etkinlik"* açısından meşru bir temelinin olduğudur. Bu ekonomik temel ise en basit olarak şu şekilde ifade edilebilir: Piyasa fiyatının ürün risklerini yansıtması ancak alıcıların (ve hatta imalatçıların) bu riskler konusunda bilgi sahibi olmaları ve bu riskleri değerlemeleri ihtimalinde söz konusu olabilir. Eğer alıcı riskleri bilmiyor ve/veya bunlara "gereken" değeri atfedemiyorsa, imalatçıların riskleri azaltması ya da ürün fiyatının, riskleri yansıtması tesadüflere kalır. Bu durumda ise, tüketicilerin etkin olmayan seçimler yapması, yani zarar vermesi ihtimali olan (ve fakat kendisinin bunu tam olarak bilmediği) ürünleri satın alması riski vardır *(tahsis etkinsizliği)*.[23] Alıcılar, riskleri dikkate almadan seçim yaptıkları için piyasaların gereğinden fazla ürün sağlaması gibi bir etkinsizlik söz konusu olur.

Daha da ötesinde ürünlerin güvenli olması da beklenmemelidir. Zira imalatçıların ürün güvenliğine yatırım yaparak katlandıkları maliyetlerin karşılığını almaları, ancak alıcıların riskleri algılamaları halinde mümkün

[23] Tahsis etkinliği (*allocative efficiency*) ile kastedilen (en azından bu bağlamda), toplumun arzu ettiği ürünlerin, yine toplumun arzu ettiği bileşimde üretilmesi ve onların seçimlerine göre tahsis edilerek refahın maksimize edilmesidir. Etkinsizlik ise, kaynakların daha fazla refah yaratacak şekilde kullanılması ve toplumda tahsis edilmesi imkanı varken bunun yapılmamış olması halinde söz konusu olur (ayrıca bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.43, dn.180; **Seidenfeld**, s.52 vd.). Modern ekonomik düzende bu, piyasa ve piyasa fiyatı aracılığı ile sağlanır. İnceleme konumuz bağlamında tahsis etkinsizliği terimi, ürünlerin, bu ürünlerin üretim/dağıtım maliyetini haklı kılacak değeri atfetmeyen alıcılara tahsis edilmesidir. Daha doğru bir ifadeyle, alıcılar aslında almaması gereken ürün ve hizmetleri satın almakta ve dolayısıyla bu ürün ve hizmetleri ikame eden daha az tehlikeli aynı ürünleri ya da başka ürünleri alacak iken, yanlış seçimler yapmaktadırlar. Bunun sonucu olarak ikame ürünler daha az, satın alınan tehlikeli ürünler daha fazla tüketilmektedir (yani optimum ölçeğin üzerinde). Tabiatıyla ürün riskler içerdiği için daha fazla kazaya da yol açmaktadır.

olur. Alıcıların bilgisi yoksa, imalatçı açısından güvenlik yatırımı anlamsız hale gelir. Alıcılar sadece fiyatın daha yüksek olduğunu anlayacak ama bunun daha güvenli bir mal temin ediyor olmalarından kaynaklandığını anlamayacaklardır. Bu durumda da, talep edildiği halde, imalatçılar ürün güvenliğine yatırım yapmazlar ve serbest piyasa, ancak güvenli olmayan ürünlerin üretilmesine ve pazarlanmasına vesile olur *(üretim etkinsizliği)*.[24]

Dolayısıyla, alıcıların ürün risklerine ilişkin "*bilgi sorunu*" *(information problem)*[25] nedeniyle, piyasaların aksadığı (ürün risklerinin dışsallaştırıldığı) ve bu durumun da müdahaleyi haklı kıldığı söylenebilir. Fakat bu teorik saptama, hemen beraberinde iki soruyu getirmektedir: 1- Bilgi sorunu ne ölçüde yaygındır? 2- Kusursuz sorumluluk esasına dayanan imalatçının sorumluluğu kuralları bu aksaklığı düzeltmede ne ölçüde uygun hukuki kurumsal yapıdır? Zira bilgi sorununu çözmek için herhalde ilk akla gelen, sorumluluk kuralını değiştirmek değildir.[26] Zaten kusur sorumluluğu kuralları uygulanıyorken, sorumluluğu kusursuzluk esasına dayandırma ne ölçüde uygundur? Aşağıda bu soruların yanıtını, soyut bir model bağlamında, kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarını mukayese eden aritmetik bazı örnekler eşliğinde bulmaya çalışacağız.

Ekonomik analizde esas aldığımız normatif ölçüte göre imalatçının sorumluluğuna dair doğru kuralın refahı (en azından) iki şekilde arttırma potansiyeli vardır. Bunlardan ilki, daha güvenli ürünlerin üretilmesi ve piyasaya sunulmasıdır. Tazminat ödeme riski, imalatçıları tedbir alarak ürün hatalarını azaltmaya güdüler. Tedbir almanın kuşkusuz bir maliyeti vardır, ama ödenmesi muhtemel tazminat meblağından daha düşük olduğu sürece bu maliyetlere katlanmak ekonomik etkinliği arttırır *(üretim etkinliği)*. Hemen belirtelim ki, bu tür etkinlik, sadece imalatçının aldığı tedbirler değil, aynı zamanda alıcıların ve üçüncü kişilerin aldığı tedbirlerle de sağlanabilir. Örneğin malı daha dikkatli kullanmak veya işlevine yabancılaştırmamak gibi bazı davranış değişiklikleri ile kullanıcıların riskleri azaltması mümkündür.

---

[24] Üretim etkinliği ya da verimlilik (*productive efficiency*), bir diğer etkinlik kavramıdır. Verimlilik ile kastedilen, aynı çıktı miktarını daha az kaynak kullanarak üretme imkanının olmaması veya aynı kaynakla daha fazla çıktı üretilememesidir. Eğer bu iki koşul birden sağlanıyorsa, üretim süreci verimlidir. Buna karşılık bu iki koşuldan biri sağlanmamışsa, verimsizlik söz konusudur. İmalatçının sorumluluğu açısından da, eğer daha az bir yatırım yapmak suretiyle maliyeti (kaza risklerini) azaltmak mümkün ve bu yapılmıyorsa, verimsizlik bulunmaktadır. Kavram için bkz. **Sanlı,** Ekonomik Analiz, s.43; **Seidenfeld,** s.51 vd.

[25] Kavram için bkz. **Sanlı, Ekonomik Analiz,** s.52, 77 vd. ve ayrıca **Atamer, Yeşim M./ Sanlı, Kerem Cem,** "Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXVI/4, 2010, s.17-60 (28 vd.).

[26] Mesela ilk akla gelen, imalatçıya ürün risklerinin neler olduğu hususunda alıcılara bilgi vermesini şart koşan kurallar getirilmesidir.

Dolayısıyla etkinlik açısından sadece imalatçının değil, alıcı ve üçüncü kişilerin davranışlarının da dikkat alınması gerekir.

İmalatçının sorumluluğuna ilişkin doğru kuralın refahı artırıcı diğer bir etkisi ise, piyasaların talebe uygun miktarda ürün üretimi ve tüketimini sağlamasıdır. *Tahsis etkinsizliğini* giderecek bu etki, alıcıların, ancak maliyetinden daha fazla değer atfettikleri ürünleri satın alması halinde gerçekleşir. Ürün hatalarından kaynaklanan riskler de esasen ürün maliyetinin bir parçasıdır. İlke olarak sorumluluk hukuku kurallarının bu etkinsizliği bertaraf etmesi mümkündür.

IV. İmalatçının Sorumluluğuna İlişkin Teorik Ekonomik Analiz

1. Analize Başlarken: Ekonomik Analize İlişkin Yöntem ve Varsayımlar

Herhangi bir kuralın ekonomik etkilerinin belirlenmesi, ilk aşamada, düzenlemenin kişilerin güdüleri (saikleri) üzerinde yarattığı etkileri dikkate almayı gerektirir. Basit varsayımlara dayalı bir model oluşturulur ve bu modelde, temel değişken olarak alınan kuralın, rasyonel olan kişilerin davranışlarını nasıl yönlendirdiği incelenir. Tabiatıyla bu inceleme, hukuki analizin aksine *ex post* değil, *ex ante* bir yaklaşımı temel alır. Yani önemli olan zararın doğumundan sonra, bunun tazmin edilip edilmeyeceği ya da tazminatın nasıl belirleneceği değil, olası tazminat sorumluluğunun (riskinin), kişinin davranışları üzerinde etkileridir. Bu etkilerin genelleştirilmesi, hukuk kuralının ekonomik etkileri hakkında fikir yürütmeye imkân verir.

Aşağıda imalatçının sorumluluğunun ekonomik etkilerini basit bir modelde ele alacağız. Bu modelin temel varsayımları, ilgili piyasanın rekabetçi,[27] tarafların rasyonel,[28] risk nötr[29] olduğu ve tazminat hukuku sistemi-

---

[27] Piyasanın rekabetçi olması ile kastedilen, çok sayıda alıcı ve sağlayıcının bulunması, giriş ve çıkışların serbest olması ve taraflardan hiç birinin fiyatı etkileyecek durumda olmamasıdır. Bu varsayımın doğal sonucu ise, imalatçının marjinal maliyetlerde faaliyette bulunması ve tazminat ya da ürün güvenliği gibi her türlü fiyat artışını, fiyata yansıtmak durumunda olmasıdır.

[28] Rasyonalite hakkında bkz. **Sanlı, Ekonomik Analiz,** s.26 vd. Bunun eleştirisi hakkında, **Sanlı, Ekonomik Analiz,** s.82 vd.

[29] Risk nötr (risk kayıtsız) ile kastedilen, riskin beklenen değerinin, kişinin sübjektif olarak riske atfettiği değer ile aynı olmasıdır. Yani % 10 olasılıkla 1.000 TL'lik zarara neden olabilecek bir riskin değeri, 100 TL'dir. Kişi risk nötr ise, bu riskin kişi için değeri beklenen değer ile aynıdır. Oysa kişi risk sakınan olduğu bir durumda, riskin kişi için değeri 100 TL'nin üzerinde mesela 102 TL olur. Buna karşılık risk sever kişiler için riskin değeri, riskin beklenen değerinden daha düşük mesela 98 TL olur. Önemli bir nokta, kişilerin riski bu şekilde değerlemeleri, onların hatalı ya da yanlış bir algı içerisinde olduğu şeklin-

nin mükemmel bir şekilde işlediğidir. Bu bağlamda alıcıların her türlü zarar nedeniyle talep yönelttikleri ve imalatçıların de gerçekleşen her zararı tazminat ödemek suretiyle tam ve eksiksiz bir şekilde karşıladıkları varsayılmaktadır.[30] Dolayısıyla taraflar risk hesaplarını bu varsayıma göre yapmaktadırlar. Ayrıca modelde, tarafların davranışlarını etkileyen temel parametre, tazminat riskidir (basit nedensellik ilişkisi). Bu çerçevede diğer yasal düzenlemelerin (ürün güvenliğine dair idari düzenlemeler) veya diğer kısıtların (itibar kaybı kaygısı, sosyal sorumluluk vs.) ya da sigorta ihtimalinin kural olarak seçim ve davranışları etkilemediğini varsayacağız. Bu varsayımlar, her ne kadar gerçekçi olmayacak derecede basitse de, (en azından ilk aşamada) gerçek hayattaki karmaşık kurguları model tahtında izah etmek ve hukuki düzenlemenin etkisini öngörmek açısından zaruridir. Tabiatıyla yaptığımız bu analizin teorik olduğunu ve imalatçının sorumluluğuna dair düzenlemelerin imalatçıların, alıcıların ve üçüncü kişilerin davranışlarını "gerçekten" modelimizin öngördüğü şekilde değiştirip değiştirmediğini incelemediğimizi belirtelim.[31] Fakat bu türden bir ampirik analiz, hiç şüphe yok ki ekonomik analizin bilimselliği açısından son derece önemlidir.

Analize geçmeden önce modelimize dair bazı açıklamalar vermekte yarar vardır. Ekonomik analizde (en azından ilk aşamada) tarafların rasyonel ve bilgili oldukları standart varsayımdır. Oysa yukarıda belirttiğimiz üzere, imalatçının sorumluluğuna dair düzenleme açısından, imalatçı ve alıcıların konumları arasında bir asimetri olması muhtemeldir. İmalatçılar ürün riskleri ve sorumluluk rejimi hakkında, alıcılar karşısında daha bilgilidir.[32] Fakat bu

---

de yorumlanmamaktadır. Risk karşısındaki bu farklı tavırlar, ekonomi biliminde rasyonel görülmektedir. Kişilerin risk karşısındaki tavırları, refah analizi açısından önemlidir. Buna karşılık analizi karmaşık hale getirmemek adına ilk aşamada kişilerin risk nötr olduklarını varsayıyoruz. Fakat çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde kişilerin risk sakınan olması durumunda bunun beraberinde getireceği bazı sonuçları ele alacağız. Bkz. aşağıda V/1

30 Tazminat sisteminin mükemmel bir şekilde işlemesi ile kastedilen, hata yapmaması ve maliyetsiz olmasıdır. Çalışmamızın son bölümünde, bu varsayımı kısmen değiştireceğiz ve yargılama maliyetlerini dikkate alacağız. Bkz. aşağıda V/2

31 Örneğin hukuk ve ekonomi alanında (bilhassa hakksız fiil hukukunda) önemli çalışmalarıyla tanınan Shavell ve Polinsky, imalatçının sorumluluğuna dair sorumluluk hukuku düzenlemelerinin ürün güvenliği üzerinde çok da etkili olmadığını; ayrıca çoğu kez ürün fiyatlarının gereğinden fazla yükselmesine neden olduğunu (ampirik çalışmalara da atıf yapmak suretiyle) ileri sürmektedirler. Dolayısıyla yazarlara göre, pek çok ürün açısından sorumluluk hukukuna gereksinim yoktur. Yazarlar, sorumluluğun üçüncü kişilerin uğradığı zararlar ve ayrıca sıklıkla kullanılmayan bazı ürün tipleri açısından faydalı olduğunu ileri sürmektedirler (bkz. **Shavell/ Polinsky,** s.1437-1491). Öte yandan yazarlar, pek çok ürün açısından güvenlik regülasyonları ve piyasadaki rekabetin, imalatçının sorumluluğu hukukuna kıyasla daha etkili olduğunu belirtmektedirler (**Shavell/ Polinsky,** s.1458, 1459).

32 Dikkat edilirse imalatçının tam bilgili olduğu varsayılmaktadır. Bu çoğu kez makul bir varsayım olmakla birlikte, imalatçının de ürettiği ürünün risklerini bilmemesi ihtimali olabilir. Özellikle yeni üretilen, değişken teknolojilerin kullanıldığı ürünler açısından pe-

çalışmada alıcıların bilgili olduğu ve olmadığı ihtimaller, bunun hukuki düzenlemelere etkisini görmek açısından iki ayrı senaryoda dikkate alınmıştır. Dolayısıyla alıcıların önce bilgili olduğu, ardından eksik bilgi altında davrandıkları varsayılacaktır.[33]

İkinci bir husus ise zarar görenlerin kimliğine dairdir. Her ne kadar yukarıdaki açıklamalarda zarar görenin alıcılar olduğu varsayılmışsa da, hatalı ürünlerin kullanımı ile ilgili risk alanı içerisinde bulunan üçüncü kişiler de zarar görebilirler. İmalatçının sorumluluğuna dair kurallar, sorumluluk rejimi açısından herhangi bir fark gözetmemiş; her iki tip zarar görene de aynı hakları tanımıştır. Fakat ekonomik açıdan, bu iki tip zarar göreni ayrı ele almak için makul gerekçeler vardır. Alıcılar, (geniş anlamda) piyasa ilişkisi içerisinde olduklarından ötürü yaptıkları seçimler ile imalatçıların davranışlarını etkileyebilirler. Oysa üçüncü kişilerin bu imkânı (genellikle) yoktur. Onlar tipik bir haksız fiil kurgusundaki 'tesadüfi' zarar görenden farklı konumda değildirler. Dolayısıyla burada zarar görenleri, iki grup altında ele alıyoruz. Önce üçüncü kişilerin zarar gördüğü[34] kurguyu ardından alıcıların zarar gördüğü kurguyu ele alacağız.[35] Alıcı ile sadece nihai tüketicilerin kastedilmediğini, burada her türlü alıcının (yeniden satıcılar, ticari kullanıcılar ve ara mal alıcıları) analiz konusu olduğunu belirtelim.

Refah analizinde dikkate alınması gereken son bir husus, hukuk kurallarının uygulanması ile ortaya çıkabilecek maliyetledir. *Yargılama maliyetleri*[36] piyasa aksaklığının hukuken düzenlenmesinde (hukuki kurumsal yapı tercihinde) önemli rol oynayabilir. Nitekim imalatçının sorumluluğunun nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair aşağıda ele alacağımız tartışmalar da bunun çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır.[37] Nihayet ürün hataları, başlı başına yarattıkları risk/tehlike itibarıyla refah kaybına neden olurlar. *İkincil maliyetler*[38] *(secondary costs)* olarak adlandırılan bu maliyetlerin azaltılması amacı da normatif ekonomik analizin parçasıdır. Her iki unsuru da, farklı sorumluluk kurallarının imalatçı, alıcı ve üçüncü kişilerin davranışları üzerindeki olası etkilerini ele aldıktan sonra, çalışmamızın son kısmında ele alacağız.

---

kala imalatçılar de riskler konusunda tam bilgiye sahip olmayabilirler. Fakat aşağıda bu senaryonun dikkate alınmadığını belirtelim.

33 Bkz. aşağıda IV/3/a ve b

34 Bkz. aşağıda IV/2

35 Bkz. aşağıda IV/3

36 Bu kavramı "idari maliyetler" (*administrative costs*) tabiri ile eşanlamlı olarak kullanıyoruz. Kavram için bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.184; **Shavell**, s.262 vd.

37 Bkz. aşağıda V/2

38 İkincil maliyetler bizatihi risk olgusunun neden olduğu ve kişilerin risk sakınan (*risk averse*) olmalarına bağlı olarak ortaya çıkan sosyal maliyetlerdir. Bu maliyetler, risk sakınan tarafın ekonomik açıdan sigorta edilmesi ile veya zararın taraflar arasında paylaştırılması ya da topluma yayılması ile azaltılabilir. İkincil maliyetler hakkında bkz. aşağıda V/1

2. Zarar Görenlerin Sözleşme Tarafı Olmadığı Kurgu

İmalat hataları bazı kurgularda bu ürünü satın alan kişileri değil, üçüncü kişileri olumsuz etkileyebilir. Mesela hatalı fren sistemi nedeniyle kaza yapan bir araç, en az ürün alıcısı kadar, üçüncü kişileri de olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Bu kişilerin, alıcılardan farkı, yaptıkları tüketim seçimleri ile hatalı ürünü üreten imalatçıların davranışlarını etkileme imkânının çok sınırlı olmasıdır.[39] Nitekim bu yüzden bu kurgu, hukukun ekonomik analizinde *(işlem maliyetinin[40] yüksek olduğu)* standart haksız fiil kurgusu olarak kabul edilir.[41]

Standart bir haksız fiil kurgusunda, zarar verenin (yani imalatçının) sorumlu tutulmasının ekonomik etkisini öngörmek pek de zor değildir. Zarar veren, üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmazsa, doğal olarak ürün risklerini (hatalarını) azaltma ya da ortadan kaldırma güdüsü olmaz.[42] Fakat haksız fiil, yani tazminat sorumluluğu, zarar verenin tedbir alarak riskleri azaltması yönünde güdü sağlayacaktır. Zira hatalı ürünlerden zarar görenler, zararlarının giderilmesi için dava açacaklar ve tazminat talep edeceklerdir. Bu tazminat maliyetleri, imalatçılar açısından *ex ante* değerlendirecekleri bir risk ve dolayısıyla maliyet teşkil edecektir. Rasyonel imalatçılar bu riski azaltmanın yolunu arayacak örneğin, ürün güvenliğine yatırım yapacaklardır. Ürün güvenliğine yapılacak yatırım, ürün risklerini/ hatalarını azaltacak ve dolayısıyla daha az kaza ve sorumluluk söz konusu olacaktır.

Ürün güvenliğine ve tedbirlere yapılacak yatırımın seviyesi ise, bunun sağlayacağı fayda; yani beklenen tazminat maliyetlerindeki azalma ile mukayese edilerek belirlenecektir. İmalatçı daha fazla fayda/kâr sağladığı ölçü-

---

[39] Bir kebap ya da hamburger lokantasının, bozuk ürün nedeniyle müşterilerini zehirlemesi ile bu lokantanın eve servis yapan motorsikletli kuryesinin yayaya çarparak ona zarar vermesi arasındaki fark, tam bu noktada çarpıcı bir örnek olarak görülebilir. İlkinde piyasadaki rekabet üretici lokantayı daha güvenli ürünler üretme konusunda güdülerken, ikincisinde piyasanın herhangi bir etkisi olmaz.

[40] İşlem maliyeti kavramı hakkında bkz. yukarıda dn.21,22 ve **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.127 vd. **Cooter/ Ulen**, s.91 vd.

[41] Her ne kadar bazı senaryolarda bu kişilerin daha sonra yaptığı tüketim seçimleri ile ya da bu ürün ya da hizmetlerin alıcılarını (aktardıkları bilgi ile) etkiledikleri söylenebilirse, bu etkiyi analizde dikkate almıyoruz. Nitekim bu haller yukarıda belirttiğimiz reputasyon etkisi kapsamında mütalaa edilebilir. Standart haksız fiil kurgusunda, sorumluluk kurallarının ekonomik analizi hakkında bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.486-528; **Miceli**, s.42 vd.

[42] Tekrar belirtmekte yarar var: buradaki modelde imalatçının itibarını yitirme kaygısı olmadığı gibi, idari düzenlemeler veya ceza hukuku kısıtları da imalatçının davranışlarını etkilememektedir. Oysa gerçek hayatta, imalatçılar pekala marka imajını koruma kaygısı ile ürün hatalarından kaynaklanan riskleri, sorumluluk mekanizması olmasa bile, azaltma güdüsüne sahip olurlar.

de (tazminat riskinde azalma ölçeğinde) ürün güvenliğine yatırım yapacak, buna karşılık sağladığı kâr açısından yapılacak yatırımları haklı kılmayan maliyetteki tedbirleri almaktan imtina edecektir. Nitekim bu güdülenme de, verimliliği teşvik ettiği ölçüde ekonomik açıdan arzu edilen durumdur. Bu şekilde daha az hatalı ürün piyasaya sürülecek ve daha az kaza ve zarar olacaktır. Ama sorumluluk, muhtemelen, katlanılacak tedbir maliyetini haklı kılmaması nedeniyle, tamamen güvenli ve "0" riskli ürün üretmeye teşvik etmeyecektir.

Sorumluluk kuralı, sadece imalatçıları değil, zarar görenleri ve hatta ürün alıcılarını da etkileyecektir. Sorumluluk nedeniyle ürün maliyetleri ve dolayısıyla fiyatları artacak, piyasada daha güvenli ve fakat daha pahalı ürünler satılacaktır. Diğer taraftan, tazminat sorumluluğu, benimsenecek sorumluluk esasına göre (kusur veya kusursuz sorumluluk) zarar görenlerin davranışlarının da değişmesine neden olur. Tüm bu etkileri incelemenin en uygun yöntemi ise, basit bir aritmetik örnek tahtında, farklı sorumluluk kurallarını değerlendirmektir. Aşağıda bunu yapmaya çalışacağız.

a. İmalatçının Hiç Sorumlu Tutulmadığı Kurgu

Çeşitli yangın riskleri içeren elektrikli ısıtıcının fiyatının 100 TL olduğunu ve bu ürünün, (hata nedeniyle) üçüncü kişiler üzerinde % 5 olasılıkla 100 TL değerinde zarara sebebiyet verebileceğini varsayalım. Diğer bir ifadeyle ürün, 5 TL risk maliyeti içermektedir (100 x % 5). Bu durumda ürünün toplumsal (sosyal) maliyeti aslında 100 TL değil; 105 TL'dir.[43] Bu ürün hatasından kaynaklanan riskin çeşitli tedbirler alınarak (örneğin bir rezistans eklemek suretiyle) azaltılabileceğini varsayalım.

Tablo I

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Kaza Olasılığı	Beklenen Kazanın Maliyeti (Risk)	Sosyal Maliyet
Tedbirsiz	0	% 5	5	5
Tedbirli	1	% 1	1	2

Yukarıdaki tablo, ürün risklerini azaltma imkanına sahip imalatçının önündeki seçenekleri göstermektedir. Buna göre imalatçı, 1 TL'lik güvenlik yatırımı yaparak, kaza riskini % 5'ten, % 1'e indirebilmektedir (2. satır).

[43] Ürün hatalarından kaynaklanan riskler, aynen ürünün üretiminde kullanılan diğer maliyet kalemleri gibi değerlendirilirler. Dolayısıyla tüm bu maliyetlerin, yapılan tüketim ve üretim seçimlerinde dikkate alınması (ekonomik etkinlik açısından) zaruridir.

Dolayısıyla her ürün açısından söz konusu olan 5 TL'lik risk maliyeti, imalatçının ürün başına 1 TL'lik güvenlik maliyetine katlanarak 1 TL'ye kadar inmektedir. Hiç şüphe yok ki, yukarıdaki kurguda, imalatçıların güvenlik maliyetine katlanarak, ürünü güvenli hale getirmeleri ekonomik açıdan arzu edilen bir sonuçtur. Zira 1 TL'lik özen maliyeti, 4 TL'lik bir fayda sağlamakta (beklenen kazanın maliyeti düşmekte), güvenlik yatırımı 3 TL tutarında bir artı değer yaratmaktadır (üretim etkinliği = sosyal maliyetteki azalma).

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, ürün hatalarından doğan zararlardan sorumlu tutulmadığı kurguda, imalatçının bu tedbiri alması için herhangi bir neden yoktur. Zira imalatçının katlandığı 1 TL'lik maliyet, kendisine bir fayda/kâr sağlamamaktadır. Bu durumda rasyonel imalatçı, riski dışsallaştırmayı ("başkalarına taşıtmayı") tercih edecektir.[44] Dışsallaştırmanın sonucu ise, kaynakların israf edilmesidir ki yukarıda örnek bunu net bir şekilde göstermektedir.[45]

Sorumluluğun varlığı ya da yokluğu, sadece imalatçıların güdülerini değil, aynı zamanda zarar tehlikesi altında bulunanların davranışlarını da etkileyebilir. İmalatçının sorumlu tutulmadığı kurguda, doğal olarak ürün risklerine üçüncü kişiler katlanır. Eğer kişiler, ürün kullanımının neden olabileceği riskler konusunda bilgi sahibiyseler, bu riski azaltmaya güdülenirler. Bu ise, iki şekilde tezahür edebilir. Eğer kişi, riski tedbir alarak azaltabilecek

---

[44] Dışsallaştırma *(externalise)*, bir (ekonomik) faaliyetin piyasa işlemleri tarafından fiyatlandırılmayan yararlara ve/veya maliyetlere yol açmasıdır. Klasik örnek, bir fabrikanın kirliliğe yol açmasıdır. Kirlilik, toplumsal kaynakların tüketilmesine neden olmakta, fakat üretim maliyetlerine yansımadığı zaman, ürün fiyatında bu maliyetler yer almamaktadır. Dolayısıyla ürün fiyatı olması gereken fiyatın (ki bu ürünün tüm maliyetini içeren fiyattır) altında seyretmekte ve söz konusu ürün tüketilmesi gerekenden daha fazla tüketilmektedir. Dışsallaştırmak bu örnekte olduğu gibi negatif, ya da bazı hallerde pozitif olabilir. Pozitif dışsallığa verilebilecek örnek ise, kahve ya da çiçek satan mağazaların faaliyetleridir. Her iki ekonomik faaliyet de, çevredeki kişilerin değer verdiği bazı etkiler yayar. Örneğin çiçek dükkanı, çiçeklerin güzel kokusu ve görüntüsü nedeniyle, çiçekleri satın almasalar bile mağazanın civarından geçenler açısından olumlu bir etki bırakır. Oysa çiçek mağazası bu olumlu etkiyi fiyatlarına yansıtamaz. Varsayalım ki çiçek mağazasının civarından geçen herkes, bu mağazanın varlığına 1 kuruş değer atfetsin. Yani mağazanın çiçek satmaması ya da işini durdurması aslında civardan geçenler açısından bir maliyet kalemidir. Fakat mağazanın civarından geçenler, burada bir piyasa oluşmadığı için, çiçek kokusu ya da görüntüsü için herhangi bir bedel ödemezler. Dolayısıyla mağazanın yarattığı bu olumlu değer dışsallaştırılmış olur *(olumlu dışsallık)*. Oysa burada bir piyasa oluşsa, aslında çiçek mağazacılığının belki de gerçek ekonomik değeri ortaya çıkacaktır. Bu kavram hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Sanlı,** Ekonomik Analiz, s.97 vd.; **Cole/ Grossman,** s.14 vd.; **Cooter/ Ulen,** s.44-46, 167, 168.

[45] Sorumluluğun olmaması durumunda, tedbir alınarak sağlanabilecek olan 3 TL değer, israfa (sosyal maliyete) dönüşmektedir.

bir konumda ise, mesela elektrikli ısıtıcıyı tehlike yaratmayacak şekilde konumlandırabiliyorsa, bu tedbirleri alır. Kişi bu konumda değilse, sadece risk kaynağından uzaklaşmayı, örneğin elektrikli ısıtıcıdan yararlanmamayı, tercih eder.

Peki, üçüncü kişilerin bu davranışları ekonomik açıdan arzu edilir mi (*etkin midir*)? Tabiatıyla bunun ekonomik açıdan arzu edilebilir olup olmadığı, alternatif senaryo veya yöntem ile ilgilidir.[46] Burada ise alternatifin, imalatçının ürün hatalarını azaltma imkânı olduğu dikkate alınırsa, olayların neredeyse tamamında üçüncü kişilerin tedbir alması ya da davranış değişikliğine gitmesi yerine imalatçının farklı davranmasının daha etkin olacağı söylenebilir.[47] Zira imalatçı, ürün hataları/riskleri konusunda daha üstün bilgiye sahip olduğu gibi, bunları daha etkin bir şekilde önleyebilecek durumdadır. Dolayısıyla, sorumluluğun olmadığı kurgu, üçüncü kişilere riski azaltma konusunda bir güdüleme sağlasa da, bu kişilerin imalatçılar ile kıyaslandığı zaman riskin kontrolünde iyi bir konumda olmaması, bu güdülenmenin çoğu kez etkin olmadığına işaret eder.[48]

---

[46] Bu kişilerin davranış değişiklikleri (alacakları tedbirler ya da risk kaynağından uzaklaşmak), tek başına bakıldığı zaman ekonomik açıdan etkin olacaktır. Zira kişi karşılaştığı risk ile bu riski azaltmanın maliyetini mukayese edecek ve net fayda sağlıyorsa bu tedbiri alacaktır. Benzer şekilde risk kaynağından uzaklaşmak da aynı fayda denklemine tabi olacaktır. Ama bu davranış değişikliklerinin sosyal açıdan etkin olup olmadığı, bu riski azaltmanın alternatif tüm yöntemlerinin mukayese edilmesi ile belirlenir. Bu sadece ürün hatalarından kaynaklanan riskler değil, her türlü risk açısından geçerli olan bir prensiptir.

[47] **Barnes, W. David/ Stout, A. Lynn,** The Economic Analysis of Tort Law, American Casebook Series, West Publishing, 1992, s.119; **Cooter/ Ulen,** s.379.

[48] Esasen ilk bakışta üçüncü kişilerin tedbir almalarının ekonomik açıdan etkin olmadığını belirtmek, yadırgatıcı olabilir. Zira tedbir, son tahlilde kendi üzerindeki riski azaltmakta ve daha az kaza/zarar gerçekleşmektedir. Üstelik kişilerin rasyonel olduğu dikkate alınırsa, kişi ancak risk maliyetindeki azalmayı haklı kılan (ondan daha az maliyeti olan) tedbirleri alacaktır. Dolayısıyla tedbir verimlilik ilkesine de uygundur. Ama ekonomik açıdan sorun riskin mahiyeti ile ilgilidir ve riski kontrol edebilecek durumda olan kişilerin mukayeseli konumları verimliliği belirler. Bu açıdan bakıldığı zaman, imalatçı, zarar gören üçüncü kişiler ile karşılaştırıldığında neredeyse her zaman riskin önlenmesinde daha etkin bir konumdadır; yani daha az maliyetle daha fazla riski azaltabilir. Bu nedenle ideal (imalatçının tedbir almaya güdülenebildiği) bir kurguda tek başına üçüncü kişilerin tedbir alması arzu edilmez. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalar bu perspektifle değerlendirilmelidir. Üçüncü kişilerin tedbir alması, ancak imalatçının tedbir aldığı ve halen üçüncü kişiler açısından "artık riskin" var olduğu senaryolarda önem taşır.
Diğer taraftan istisnai bazı hallerde, eğer riskin mahiyeti, imalatçının değil, üçüncü kişilerin riski daha etkin bir şekilde kontrol etmesine imkan veriyorsa, bu durumda bu senaryoda üçüncü kişilerin tedbir almasının etkin olduğu söylenebilir. Mesela elektrikli ısıtıcının banyoda kullanılması, ürün risklerini arttıran bir faktördür. Bu riskler karşısında imalatçının tamamen suya dayanaklı olan bir elektrikli ısıtıcı üretmesi (bunun olası maliyetleri nedeniyle) beklenemez sadece gereken uyarıları vermesi yeterli görülebilir. Bu ihtimalde özen göstermesi gereken kullanıcıdır. O, ısıtıcının yerini seçerken ve kullanırken azami

Sorumluluğun olmadığı kurgunun diğer bir olumsuz neticesi, söz konusu ürünün gereğinden daha fazla üretilmesi ve tüketilmesidir (*tahsis etkinsizliği*). Bunun çok basit bir gerekçesi vardır: İktisadi açıdan optimum seviyede üretim ve tüketim, ancak fiyatın ürünün tüm maliyetlerini yansıtması halinde söz konusu olabilir. Bu anlamda ürün hatalarından kaynaklanan riskler de ürün maliyetinin bir parçasıdır. Dolayısıyla bu maliyetin fiyatın içerisinde yer almaması halinde, ürün fiyatı olması gereken fiyatın altında olur. Bu ise, ürünün gereğinden fazla tüketilmesine ve aynı zamanda daha fazla kazaya neden olur.

Bunu örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse, varsayalım ki bu ürünün üç alıcısı olsun ve her biri ürüne 100 TL'den daha fazla, mesela A, 101, B 103 ve C de 106 TL değer atfetsin.[49] Bu ürünün kaza maliyeti (tedbir alınmadığı kurguda) 5 TL olduğuna göre, aslında ürünün alıcı açısından reel/tam fiyatı (*full price*) 100 değil, 105 TL'dir. Bu durumda sosyal açıdan sadece 105 TL'nin üzerinde değer atfeden alıcının (yani C'nin) ürünü alması beklenir. Oysa imalatçının kaza riskini dışsallaştırması durumunda, ürün fiyatı 100 TL olacaktır ve ürünü sadece C değil, A ve B de tüketecektir[50]. Ürün, 1 birim değil, üç birim olarak üretilecek ve satılacaktır ki bu optimum seviyenin üzerinde üretim yapılması anlamına gelir.[51]

Dolayısıyla imalatçının kaza risklerini dışsallaştırması, (tedbir alarak riskin azaltılması imkânı varken bunu yapmaması) verimsizliğe ve (olması gerekenden daha fazla üretim yapılarak) tahsis etkinsizliğine neden olur. Ayrıca, bu üçüncü kişi zarar görenler açısından arzu edilmeyen davranış değişikliklerine yol açar. İşlem maliyetinin yüksek olduğu bu gibi bir kurguda, ürün hatalarından kaynaklanan bu riskler piyasanın aksamasına (piyasa aksaklığına) neden olmaktadır. Bu nedenle imalatçının kaza risklerinden sorumlu tutulması (yani aksaklığın hukuken düzenlenmesi) ekonomik açıdan

---

özen göstermelidir.

[49] Dolayısıyla bu kurguda, talep eğrisinin en üzerinde C, altında B ve en altta da A yer almaktadır. Söz konusu meblağlar, her birinin ödemeye hazır olduğu en yüksek parasal tutarı (*willingness to pay*) ifade etmektedir. Malın fiyatı, bu değerin altında olduğu sürece, söz konusu işlemin yapılması refahı arttırır ve fiyat ile bu sübjektif değer arasındaki fark da tüketici refahını (artığını *consumer surplus*) oluşturur.

[50] Alıcıların tam bilgi sahibi olması da durumu değiştirmez. Zira bu risklere kendileri değil, üçüncü kişiler muhatap olmaktadırlar. Dolayısıyla onların bu riskleri ürün fiyatına dahil etmesi gibi bir durum söz konusu olmaz.

[51] Aslında burada A ve B'nin elektrikli ısıtıcı değil, başka bir ürün (örneğin soba-kombi) kullanması gerekirken, elektrikli ısıtıcının olması gereken seviyeden daha ucuz olması nedeniyle bu ürünü kullandıkları görülmektedir. Dolayısıyla toplumsal kaynaklar aslında soba ya da kombi gibi alternatif ürünlerin üretimi ve dağıtımı için kullanılacakken, elektrikli soba için kullanılmaktadır.

isabetli olabilir. Aşağıda kusur ve kusursuz sorumluluk ayrımı çerçevesinde bunu ele alıyoruz.

b. Kusur Sorumluluğunun Uygulandığı Kurgu

aa. Ekonomik Açıdan Kusur Kavramı

Kusur sorumluluğu, en basit tabirle, zarar verenin kendisinden beklenen belirli bir davranışı sergilemediği, yani özenli davranmadığı için verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmasıdır. Dolayısıyla, zarara yol açsa bile, gereken özeni sergileyen kişi, kusursuz olduğu için hukuken sorumlu tutulmaz.[52] Zarar gören, ancak zarar verenin özensiz davrandığını ispatladığı zaman tazminat alacağına kavuşur. Türk hukukundaki genel ilke sorumluluğun kusura dayanmasıdır (BK m. 41/TBK m. 49).

Kusur sorumluluğunun imalatçıyı (zarar vereni) ekonomik açıdan etkin güdülemesi ise, özenli davranış kriterinin, ekonomik prensiplere uygun bir şekilde belirlenmesi ile mümkün olur. Ekonomik prensipler ise, kişinin (sınırda) fayda sağladığı ölçüde tedbir almasını öngörmektedir. Tedbirin sağladığı fayda ise, hatalı üründen kaynaklanan riskin azaltılmasıdır. İmalatçı, bu risk değerinde sağladığı azalma açısından, net değer (kâr) sağlayan güvenlik yatırımı yapmalıdır. Net değer sağladığı ölçüde, güvenlik yatırımı yapılmazsa, kişi özensiz kabul edilebilir. Bu yatırımı haklı kılmayan (yani maliyeti sağladığı değerden daha fazla olan) güvenlik yatırımlarının yapılması ise (riski azaltsa bile) tavsiye edilmez.[53]

Bu prensipler etrafında meseleye baktığımız zaman, aslında çözüm son derece basittir. Yukarıdaki örnekte, 1 TL'lik maliyet, risk değerinde 4 TL'lik azalma sağlamaktadır. İktisadi açıdan bu tedbirin alınması arzu edilir, yani *iktisadi özen* bu tedbirin alınması ile sağlanır. Tedbirin alınmaması ise, kişinin özensiz, yani kusurlu sayılmasını gerektirir. Örneğin kişinin hiç tedbir almaması (veya daha verimsiz bir tedbire başvurması), kişinin özensiz ve dolayısıyla da kusurlu sayılmasını gerektirir.

Örneği biraz daha derinleştirelim. Varsayalım ki, riski azaltabilecek (tek değil) üç ayrı tedbir olsun. Bunlardan ilkinin maliyeti 0,5 TL, kaza maliyetini 1 TL azaltıyor, diğerinin maliyeti 1 TL, kaza maliyetini 4 TL azaltı-

---

[52] Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi gereği, zarara katlanacak olan zarar görendir.

[53] Ekonomik açıdan kusur kavramı ve bunun belirlenmesine ilişkin pratik bir ölçütü ifade eden *Hand Formülü* hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. **Sanlı, Kerem Cem**, "İhmal Kavramının Ekonomik Yorumu – Hand Formülü", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II (ed: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2008, s.563 vd.; **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.217 vd.; **Miceli**, s.48 vd.; **Shavell**, s.73 vd.; **Cole/ Grossman**, s.215; **Schafer/ Ott**, s.135 vd.

yor ve nihayet üçüncü tedbirin maliyeti 3 TL, buna karşılık kaza maliyetini 2 TL azaltıyor.

Tablo II

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Kaza Olasılığı	Beklenen Kazanın Maliyeti (Risk)	Toplam Sosyal Maliyet
Tedbirsiz	0	% 5	5	5
Tedbir I	0,5	% 4	4	4,5
Tedbir II	1	% 1	1	2
Tedbir III	3	% 3	3	6

Yukarıdaki II numaralı tabloda somutlaştırdığımız bu örnekte, ilk iki tedbirin toplam sosyal maliyeti düşürdüğü için net fayda/değer sağladığı ve dolayısıyla ekonomik açıdan alınması gereken tedbirler olduğunda şüphe yoktur. Fakat 1 TL maliyeti olan II numaralı tedbir, 3 TL net fayda sağlarken (sosyal maliyet 5'den 2'ye düşmüştür), diğer tedbir sadece 0,5 TL fayda sağlamaktadır (sosyal maliyet sadece 5'den 4,5'a düşmüştür). Dolayısıyla iktisadi açıdan daha fazla fayda sağlaması nedeniyle 1 TL maliyeti olan II numaralı tedbirin alınması istenir. Bu nedenle, 0,5 TL'lik tedbiri alan kişi, daha verimli bir tedbiri almadığı için özensiz ve dolayısıyla da kusurlu sayılacaktır. Diğer taraftan 3 TL'lik üçüncü tedbir, riski 5'den 3'e düşürmesine rağmen, maliyeti haklı kılacak ölçekte fayda sağlamamaktadır. Zira pahalı bir tedbir olması nedeniyle toplam maliyet 6'ya çıkmaktadır. Bu nedenle bu tedbirin alınması (hiçbir şart altında) ekonomik açıdan arzu edilmez. İmalatçı bu tedbiri almadığı için özensiz ve kusurlu sayılmamalıdır.[54]

Kısaca özetlediğimiz bu ilkeler, esasen borçlar hukukundaki teori ve uygulama ile de uyumludur. Türk hukukunda da ihmal, kişinin en maliyetli tedbiri değil, somut olayın haklı kıldığı tedbirleri almaması şeklinde yorum-

[54] Acaba III numaralı tedbir riski tamamen ortadan kaldırsaydı (yani kaza olasılığı % 0, kazanın maliyeti 0), bu tedbirin alınması arzu edilir miydi? Diğer tedbirlerden bağımsız değerlendirdiği zaman, net değer/refah sağladığı için bu tedbirin alınması ekonomik açıdan etkindir. Fakat son tahlilde birden fazla tedbirin varlığı durumunda en fazla değer yaratan tedbirin alınması istenir. Olayımızda da, II numaralı tedbirin toplam sosyal maliyeti 2 TL, oysa III numaralı tedbirin (bu haliyle bile toplam sosyal maliyeti) 3 TL olmaktadır. Böyle bir durumda ise, riski tamamen ortadan kaldırsa bile aslında II numaralı tedbirin alınmamış olması iktisadi açıdan özensizliğe işaret eder zira onun yarattığı değer daha fazladır. Fakat işte bu nokta, kusurun belirlenmesi açısından belki de iktisat ile hukuk arasındaki tek ayrışma noktasıdır. İktisadi açıdan bu, gereğinden fazla kaynak harcanmasıdır ve I numaralı tedbirden farklı bir yönü yoktur. Oysa hukuk düzeni, riski daha fazla azaltan tedbirlerin, daha maliyetli olsa bile alınmasını özensizlik olarak nitelendirmez. Bu olsa olsa, kişinin "gereğinden fazla tedbirli" olması anlamına gelir.

lanmakta ve bu bağlamda, riskin tamamen ortadan kaldırılması zorunlu görülmemektedir. Bu çerçevede herhalde, ancak kaza olasılığını azaltan tedbirlerin alınmasını ve bu tedbirler arasında da riski en verimli şekilde önleyen tedbirin alınmasını salık veren ekonomik teori, *"somut olayın gerektirdiği özen"* ölçütüne aykırı değildir.[55]

bb. Kusur Sorumluğunun Ekonomik Etkisi

Kusur, yukarıda belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde belirlenirse, BK m. 41'den doğan bir tazminat ödeme riski, imalatçıyı söz konusu tedbiri almaya sevk edecektir. Zira imalatçı tedbiri almadığı bir durumda, kusurlu ve sorumlu olacağı için 5 TL'lik riski taşıyacak, tedbiri aldığı bir durumda sorumlu tutulmayacağı için sadece tedbir maliyeti, yani 1 TL maliyete katlanacaktır. Tedbir almak, kendisine 4 TL'lik bir kâr sağladığına göre, doğal olarak bu tedbiri almaya güdülenecektir. Öte yandan imalatçının daha fazla tedbir alması, kendisi için bir yarar sağlamaz. Zira 1 TL'lik maliyeti olan tedbirin alınması, tüm sorumluluğu ortadan kaldırdığı için, herhangi bir ilave maliyet veya riske muhatap olmayacaktır. Örneğin imalatçı, riski tamamen ortadan kaldıran 3 TL'lik bir tedbiri almayacaktır.

Dolayısıyla tazminat sorumluluğu, imalatçılara tedbir almak hususunda etkin güdü sağlayacaktır. Buna bağlı olarak daha az kaza olacak ve üçüncü kişiler daha az zarar göreceklerdir. Tedbirin alınması riski tamamen ortadan kaldırmadığı *(geriye artık risk* kaldığı*)* için, ürün kullanımından ötürü kazalar olmaya devam edecektir. Fakat bu kazalar açısından, etkin tedbir alan imalatçı artık özensiz ve kusurlu sayılmayacaktır. Dolayısıyla bu kazalardan kaynaklanan zararlar, üçüncü kişiler üzerinde kalacaktır. Üçüncü kişiler bu "artık risk"e *(residual risk)* bağlı olarak, riski azaltma eğilimine sahip olacaklar ve muhtelif davranış değişiklikleri sergileyeceklerdir. İmalatçının etkin tedbir aldığı bu ihtimalde, üçüncü kişilerin de riski azaltıcı davranışlar sergilemeleri, ekonomik açıdan etkin kurguya işaret eder.[56]

Diğer taraftan tazminat yükümlülüğü imalatçıları tedbir almaya sevk edeceğinden ötürü, üretim maliyetleri dolayısıyla ürün fiyatı da artacaktır[57]. Örneğin somut kurgu açısından, ürün fiyatı 100 değil, 101 TL olacaktır. Peki, bu yeni fiyat, kaynakların etkin tahsis edilmesini sağlayacak mıdır? Cevap olumsuzdur. Tedbir alınan bu kurguda ürünün sosyal maliyeti 101

---

[55] Hukuk uygulamasında kusurun belirlenmesine ilişkin ilkeler ve bunların Hand Formülü açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. **Sanlı**, İhmal, s.563-567.

[56] Tabi bunun olabilmesi için yukarıda da belirttiğimiz üzere, imalatçının, üçüncü kişilere kıyasla tedbir almasının daha etkin olması gerekir.

[57] **Shavell**, s.48.

değil 102 TL'dir. Zira alınan tedbire rağmen halen geriye bir artık risk (beklenen kazanın 1 değerindeki maliyeti) kalmıştır. Bu artık risk de ürün maliyetinin içerisinde olması gerekirken dışsallaştırıldığı için (zira zarar gören bu zarara katlanacaktır), piyasa fiyatına yansımamaktadır. Kusur sorumluluğu, ancak somut olayda alınan tedbirin riski sıfırlaması halinde hem üretim hem de tahsis etkinliğini sağlayabilir. Dolayısıyla 101 TL fiyat, sorumluluğun olmadığı kurguya göre daha etkin olmakla birlikte, halen etkinliği sağlamaz. Ürünü 101 ila 102 TL arasında değerleyen alıcılar, kaynakların etkin tahsisi ilkesi açısından tüketmemeleri gerekirken, bu ürünü tüketmeye devam edeceklerdir.

Dolayısıyla kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda, her ne kadar tazminat riski imalatçıları etkin tedbir almaya sevk edecekse de ekonomik açıdan etkin olandan fazla ürünün piyasaya sunulması engellenemeyecektir.[58] Üçüncü kişilerin davranışları açısından ise, tedbir alınan kurguda dahi risk üçüncü kişiler üzerinde kalacağı için, bu kişiler riski azaltıcı davranışlar sergileyeceklerdir ki bu ekonomik açıdan istenen sonuçtur.

c. Kusursuz Sorumluluğun Uygulandığı Kurgu

Kusursuz sorumluluk, imalatçının hatalı üründen kaynaklanan her türlü zarardan sorumlu tutulmasıdır. Dolayısıyla nedensellik bağı ortaya konduğu sürece, imalatçının somut olayın gerektirdiği özenli davranışı sergileyip sergilemediği ya da belirli bir davranış standardına uygun davranıp davranmadığına bakılmaz. İmalatçı her durumda meydana gelen zararı tazmin etmelidir.[59] Ekonomik açıdan bu durum, imalatçının, hatalı ürünlerden kaynaklanan tüm riskleri taşıması anlamına gelir. Diğer taraftan üçüncü kişi zarar görenler de, *bir anlamda* hukuk sistemi tarafından sigortalanmıştır.[60] Zira uğradıkları her zarar açısından bir tazminat alacağına sahiptirler.

Bu tür sorumluluğun ekonomik sonuçları nelerdir? İlk yapılması gereken tespit, sorumluluğun imalatçı için riski azaltma güdüsü yaratıyor olmasıdır. Zira imalatçı, ürün tehlikelerini azaltmadığı bir durumda, tazminat sorumluluğuna muhatap olmakta ve bu sorumluluk riski, onu tedbir almaya sevk etmektedir. Yukarıdaki örnek bağlamında, imalatçı 1 TL'lik tedbir al-

---

[58] **Shavell**, s.50.

[59] Türk hukukunda kusursuz sorumluluk kavramı ve bunun ekonomik açıdan nasıl yorumlanması gerektiği hakkında bkz. **Sanlı, Ekonomik Analiz,** s.477 vd.

[60] Hukuk ve ekonomi literatüründe bu benzetme yaygın bir şekilde yapılmaktadır (**Miceli**, s.87). Dolayısıyla biz de bu benzetmeye yer vermekte sakınca görmedik. Burada ifade edilmek istenen, hukuk sisteminin aynen sigorta örneğinde olduğu gibi, riskin gerçekleşerek zararın doğması ile zarar görene alacak hakkı tanımasıdır. Burada sözleşmesel talebin yerini, haksız fiil esasına dayalı talep almıştır.

dığı bir durumda, kaza ve dolayısıyla bu kazalardan doğabilecek tazminat riskini 4 TL azaltmaktadır. İmalatçı rasyonel olarak bu riski azaltmak isteyeceğinden, tedbir maliyetine katlanacaktır ki zaten ekonomik açıdan arzu edilen de budur.

Peki, her halükarda sorumlu olacağını düşünerek, tedbir almamak gibi bir senaryo söz konusu olabilir mi? Kusursuz sorumluluğun incelendiği bazı eserlerde[61] yer verilen bu mülahaza, imalatçıların rasyonel olduğu kabul edilirse, geçerli değildir. Her durumda tazminat riskini taşıyor olmak, riski azaltma güdüsünü ortadan kaldırmaz. İmalatçı (sınırda) net fayda yani kâr sağladığı ölçüde tedbir maliyetine katlanır. Zira tedbir aldığı bir durumda bile "artık risk" dolayısıyla tazminat sorumluluğu baki kalsa da bunun ölçeği (tedbir maliyetine kıyasla) azalmıştır.

Tam tersi bir durum, yani gereğinden fazla tedbir alınması söz konusu olabilir mi? Bunu III numaralı Tablo ile somutlaştıralım.

Tablo III

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Kaza Olasılığı	Beklenen Kazanın Maliyeti (Risk)	Toplam Sosyal Maliyet
Tedbirsiz	0	% 5	5	5
Tedbir I	0,5	% 4	4	4,5
Tedbir II	1	% 1	1	2
Tedbir III	3	% 3	3	6

İmalatçı ilk tedbiri alarak, 0,5 TL maliyete katlanmakta, buna karşılık riski 1 TL azaltmaktadır. Dolayısıyla tedbir net 0,5 TL kâr sağlamıştır. İlk tedbiri alan imalatçı, ikinci tedbiri alırsa, 1 TL değerindeki tedbir, kaza ve dolayısıyla tazminat riskini 3 TL azaltır. Bu nedenle rasyonel imalatçı ikinci tedbiri de alır. Buna karşılık 3 TL'lik özen maliyetine katlanmak tazminat riskini sadece 2 TL azaltmaktadır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir kurguda da tazminat riski imalatçıları etkin (optimum) tedbir almaya sevk eder.[62]

---

[61] **Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul 2009, s.484; **Tandoğan, Haluk**, "Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku", Ankara 1981, s.1; krş. **Eren, Fikret**, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul 2010 s.467 (Yazar, objektif özen ödevi yükleyen kusursuz sorumluluk hallerinin önleme işlevine sahip olduğunu – zaten bunların daha ziyade kusur sorumluluğuna daha yakın olduğunu kabul ederek - belirtmekte, buna karşılık tehlike sorumluluğu halinde bunun kusur sorumluluğu ölçüsünde önem taşımadığını belirtmektedir.).

[62] **Shavell**, s.48.

Kusursuz sorumluluk, zarar gören üçüncü kişilerin davranışlarını nasıl etkiler? Zarar görenler, imalatçının kusurundan bağımsız olarak, her durumda uğradıkları zararları tazmin etme imkânına sahip oldukları için, ürün riskleri (teorik olarak)[63] onların davranışlarını etkilemez. Zira tedbir almak veya davranış değişikliğine gitmek, muhatap oldukları riski değiştirmeyeceği (yani her hâlükârda zararlarını tazmin edebilecekleri) için, rasyonel değildir. Hukuk sistemi bir anlamda bu riskleri (kusursuz sorumluluk kuralları ile) sigorta etmiştir. Dolayısıyla zarar görenin özeni, tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmadığı sürece, kusursuz sorumluluk zarar gören üçüncü kişileri özenli davranma konusunda güdülemez.

Nihayet kusursuz sorumluluğun tatbikinin bir başka sonucu, ürün fiyatının yükselmesidir. Kusur sorumluluğunda ürün fiyatı, tedbir maliyeti ölçeğinde yükselmişti.[64] Burada ise, imalatçı tedbir aldığı bir kurguda dahi artık riskten (ve dolayısıyla tazminat taleplerinden) sorumlu olacağı için, ürün fiyatı bu maliyet unsurunu da yansıtacaktır. Yani fiyat, 101 değil, 102 TL olacaktır. Bu itibarla ürün fiyatını en fazla arttıran sorumluluk rejimi, tahmin edilebileceği üzere kusursuz sorumluluktur.[65] İlk bakışta olumsuz gibi gözüken bu sonuç, aslında ekonomik açıdan olumludur. Zira bu fiyat, ürünün tüm sosyal maliyetini içermekte ve kaynakların etkin tahsis edilmesine imkân vermektedir.[66]

d. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, sorumluluğun hiç olmadığı bir kurguda, imalatçının ürün risklerini azaltmak için güdüsü olmadığını ve riskleri dışsallaştırdığını söyleyebiliriz. Buna bağlı olarak, aslında (etkin) tedbirler alınarak azaltılması ve hatta önlenmesi mümkün olan ürün riskleri, toplum açısından tehlike yaratmaya devam eder ve tedbir alınan kurguya nazaran daha fazla kazaya yol açar. Bu refah (verimlilik) kaybı anlamına gelir. Daha da ötesinde, ürün fiyatı, ürünün gerçek değerini (tüm sosyal maliyetini) yansıtmadığı için toplumsal açıdan arzu edilenden daha fazla ürün talep edilir ve üretilir. Bu kaynak tahsisinde etkinsizliğe neden olur.

---

[63] Burada zarar görenlerin tüm zararlarının tam ve eksiksiz olarak telafi edileceğini varsaydığımızı tekrar hatırlatalım.

[64] Bkz. yukarıda IV/2/b/bb

[65] Nitekim bu durum ABD'de yapılan bazı ampirik çalışmalarla da desteklenmektedir. Bkz. Mesela **Manning, Richard**, "Products Liability and Prescription Drug Prices in Canada and the United States", Journal of Law and Economics, Vol.40 no:1, 1997, s.203-244.

[66] **Shavell**, s.50.

Diğer taraftan ürün hatalarından kaynaklanan kaza riskini taşıyan üçüncü kişiler, bu riskleri azaltacak davranışlar sergileyeceklerdir. Fakat bu davranış değişiklikleri, ancak imalatçıya kıyasla üçüncü kişilerin daha etkin bir şekilde riski kontrol edebildikleri nadir ihtimallerde etkili olduğu için, olayların önemli bir kısmında refah kaybı engellenemeyecektir.[67]

Bu saptama çerçevesinde aslında imalatçıları ürün hatalarını ve risklerini azaltmaya güdüleyen sorumluluk hukuku kurallarının ekonomik açıdan isabetli olduğunda şüphe yoktur. Zira bu kurallar, imalatçıyı tazminat riskine muhatap kılarak, olumsuz dışsallığın içselleştirilmesine hizmet etmektedir. İmalatçı, gerek kusur, gerekse kusursuz sorumluluk kurallarının uygulandığı hallerde, tedbir alma yönünde güdülenmekte ve hataları etkin bir şekilde azaltmaktadır. Buna bağlı olarak ürün riskleri ve kaza sayıları da azalmaktadır ki bunun toplumsal açıdan istenen bir sonuç olduğu kuşkusuzdur.

Her iki sorumluluk kuralı da bu sonucu sağlıyorsa da, kusur ve kusursuz sorumluluk kuralları ekonomik etkileri itibarıyla örtüşmezler. Kusur sorumluluğuna dair uygulama güçlüklerini bir kenara bırakırsak,[68] kaynakların etkin tahsisi açısından kuralların etkileri farklıdır. Kusursuz sorumluluk kurgusunda ürün fiyatı kusur sorumluluğuna göre daha da artmaktadır. İlk bakışta olumsuz gözüken bu durum, söz konusu fiyat artışının risk maliyetini yansıttığı dikkate alınırsa, tahsis etkinliği açısından olumludur. Zira fiyat, ürünün tüm maliyet ve risklerini yansıttığı zaman kaynaklar etkin tahsis edilir. Aksi durumda, kusur sorumluluğunda olduğu üzere bazı risk maliyetleri fiyatın içerisinde yer almazsa, ürüne olması gerekenden fazla talep olur ve ürün optimum seviyenin üzerinden üretilir.

Kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarını, üçüncü kişi zarar görenlerin davranışları üzerindeki etkileri açısından ele aldığımızda ise, yine farklı etkilerin olduğu görülmektedir. Kusursuz sorumluluk, hatalı ürün risklerini tamamen imalatçı üzerine yüklediği için, bu riskler üçüncü kişilerin davranış değiştirmeleri yönünde güdü yaratmaz. Buna karşılık kusur sorumluluğunda

---

[67] Sorumluluğun olmadığı kurgunun belki de en net avantajı, yargılama maliyetlerinin bulunmamasıdır. Üçüncü kişilerin uğradığı zararların giderimi imkanı olmadığına göre, bu kurguda yargılama sistemi herhangi bir maliyete katlanmayacaktır.

[68] Kusur sorumluluğunun imalatçıyı etkin özen sergilemesi yönünde güdülemesi, ancak mahkemelerin özen standardını doğru belirlemesi ile mümkün olur. Eğer bu özen standardının tespiti güç ise, yanlış standart belirleme riski nedeniyle, kusur sorumluluğunun etkin güdüleme yaratması da güçleşir. Özen standardını belirleme zorluğunun bir başka sonucu, kusur sorumluluğu açısından birim başı yargılama maliyetinin, kusursuz sorumluluk kurgusuna göre daha fazla olmasıdır. Buradaki özen standardının, üretim teknolojisi, ürün tasarımı ve sınai *know-how* ile yakından ilgili olduğu ve özensizliğin zarar gören tarafından ispatlanması gerektiği dikkate alınırsa, bu standardı belirleme maliyetlerinin önemli ölçekte olabileceği söylenebilir. Bkz. bu konuda aşağıda V/2

durum farklıdır. Zira burada imalatçının özenli davranıyor olması, "artık riske" üçüncü kişilerin katlanması anlamına gelir.[69] Bu durumda ise, üçüncü kişiler riskleri azaltmak için davranışlarını değiştirirler ve çeşitli tedbirler alırlar. Hemen belirtelim ki, bu kişileri ürün risklerinin kontrol edilmesi ve önlenmesi açılarından mukayese ettiğimiz zaman, imalatçının daha üstün konumda olduğunda tereddüt yoktur. Fakat imalatçının tedbir aldığı bir kurguda, aynı zamanda üçüncü kişilerin tedbir alması, riski en aza indireceği için arzu edilen bir sonuçtur. Dolayısıyla kusur sorumluluğu, bu yönüyle kusursuz sorumluluk kurgusuna göre daha etkindir.

Ancak bilindiği üzere Türk hukukunda zarar görenin kusurlu olması tazminatta tenkis nedeni oluşturur. Bu ise, zarar gören açısından zaten özenli davranma güdüsü yaratır. Zira zarar gören, zararı önleyebilecek veya azaltabilecek konumda iken, bu şekilde davranmaması, onun kusurlu sayılmasına neden olur. Bunun sonucunda, gerçekleşen zararın bir kısmına zarar gören katlanır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi (TBK m. 52) hükmü, zarar görenin tedbir almasını sağlayarak, bu iki sorumluluk rejimi arasındaki farkı büyük ölçüde azaltmaktadır. Nitekim Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Hakkında Yönetmelik m. 6, f. 3 de imalatçının sorumluluğu açısından aynı ilkeyi benimsemiştir. Buna göre "... zararın, tüketicinin veya tüketicinin sorumlu olduğu üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanması halinde tüm hal ve şartlar göz önüne alınarak, imalatçı/imalatçının sorumluluğu azaltılabilir veya kaldırılabilir."

3. Zarar Görenlerin Sözleşme Tarafı Olduğu Kurgu

Yukarıda, ürün hatalarının, alıcı olmayan üçüncü kişiler için risk yarattığı kurguyu ele aldık. Bu bağlamda, ürün hatalarının yol açtığı ekonomik sorunu (*olumsuz dışsallık*), bunun farklı sorumluluk kurallarıyla düzenlenmesine bağlı olarak imalatçı ve zarar görenin davranışlarının nasıl değişebileceğini ve bu etkilerin ekonomik etkinlik açısından anlamını değerlendirdik. Bu başlık altında ise, zarar görenin *alıcı* olduğu ihtimali değerlendireceğiz. Hemen belirtelim ki imalatçının sorumluluğu kuralları açısından asıl önem taşıyan kurgu budur. Zira ürün hataları ve bundan doğan riskler, daha sık

[69] Tekrar vurgulamak gerekirse, imalatçının ürün hatalarını tedbir alarak azaltması ve bu konuda gereken özeni göstermesi, çoğu kez ürünün "0" risk içermesi ile sonuçlanmaz. Geriye bir artık risk kalabilir. Bu risk, her iki sorumluluk esası açısından da karşımıza çıkar. Dolayısıyla fark yoktur. Buradaki fark, bu riske kimin katlandığı hususunda karşımıza çıkar. Kusur sorumluluğunda bu riske zarar gören, kusursuz sorumlulukta ise daima imalatçı katlanır.

olarak alıcıları etkiler.[70] Bu nedenle bu başlıktaki açıklamalar, imalatçının sorumluluğuna dair hukuki düzenleme önerileri açısından belirleyicidir.

Bu başlıktaki kurgunun temel farkı, imalatçı ile zarar gören alıcı arasında (geniş anlamıyla) bir piyasa ilişkisinin bulunmasıdır.[71] Dolayısıyla (zarar gören üçüncü kişiden farklı olarak) alıcı, belirli bir ürünü almak veya almamak yönündeki tercihleri ile imalatçının davranışlarını etkileme iktidarına sahiptir.[72] Fakat alıcıların riskler konusunda yeterli bilgiye sahip olup olmaması, bu konuda son derece önemlidir. Aşağıda alıcıların tam bilgiye ve eksik bilgiye sahip olduğu iki kurguyu da ele alarak analizimizi derinleştiriyoruz. Her iki kurguda da sorumluluğun olduğu ve olmadığı ihtimalleri değerlendireceğiz. Ayrıca kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının ekonomik etkilerini de inceleyeceğiz.

a. Alıcıların Tam Bilgili Olduğu İhtimal

Alıcıların bilgili olması, ürün risklerini bilmeleri ve aynı zamanda bunu değerleyebilmeleri anlamına gelir. Bu kurguda alıcılar ürün risklerini, bir kalite unsuru olarak algılayarak ürünün sübjektif değerine yansıtırlar. Mesela eğer ürün risk içeriyorsa, alıcı ürünün nominal satış fiyatı üzerine belirli bir risk primi ekler ve kendisi için sübjektif (reel) fiyatı takdir eder[73]. Daha riskli ürünler için risk primi daha fazla, güvenli ürünler için ise risk primi düşük veya "0" TL olur. Burada alıcının üründen sağlayacağı fayda, sübjektif (reel) fiyattan fazla olduğu durumda, alıcının bu ürünü satın alması beklenir. Nitekim etkinlik ilkesi açısından arzu edilen de budur. Yukarıdaki örnek çerçevesinde belirtecek olursak, fiyatı 100 TL olan elektrikli ısıtıcının, yangın riskleri konusunda tam bilgili bir alıcı için sübjektif (reel) fiyatı 105 TL'dir.[74] Alıcının bu üründen sağladığı fayda ancak 105 TL'den fazla ise, bu ürünü satın alması beklenir. Nitekim bu ürünü 101 TL olarak değerleyen A, 103 TL olarak değerleyen B ve 106 TL olarak değerleyen C arasından, sadece C bu ürünü satın alacak, A ve B (ürünü daha az değerledikleri için) bu ürünü tüketmeyecektir.[75]

---

[70] **Schafer/ Ott**, s.225.

[71] İmalatçı ile alıcı arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi olmamakla beraber, alıcı, satım zincirinin son halkası olarak imalatçı ile bir piyasa ilişkisi içindedir. Bkz. yukarıda IV/2

[72] **Shavell**, s.51, 52; **Cooter/ Ulen**, s.346.

[73] **Shavell**, s.52; **Schafer/ Ott**, s.224, 225.

[74] Bu ürünün kaza maliyeti (tedbir alınmadığı kurguda) 5 TL olduğu ve alıcı bu riski bildiği ve kendisi taşıdığı için, ürünün kendisi için fiyatı 105 TL olmaktadır.

[75] Eğer bu risk primi fiyata yansımaz ve ürün 100 TL'den satılırsa, C haricinde A ve B de bu ürünü alır ki, bu durumda kaynaklar bunların toplumsal maliyetinden daha az değer atfeden kişilere tahsis edilmiş olur. Aslında 1 birim üretilmesi (ve tüketilmesi) gereken bir

aa. Sorumluluk Kuralının Olmadığı Kurgu

Yukarıdaki açıklama çerçevesinde, alıcıların bilgili olduğu bir kurguda piyasaya müdahale etmek için bir neden gözükmemektedir. Zira ürün, alıcı için tüm sosyal maliyeti yansıtmakta ve alıcı, ancak bu maliyetten daha fazla fayda sağlayacağı ürünleri satın almaktadır. Piyasa fiyatı, tahsis etkinliği(ni) sağlamaktadır. Daha da önemlisi, ürün güvenliğine yatırım yapmak ekonomik açıdan verimli ise, sorumluluk kurallarına ihtiyaç olmaksızın piyasadaki rekabet imalatçıları bu yatırımları yapmaya sevk edecektir.[76] Örnekle somutlaştıralım.

Tablo IV

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Kaza Olasılığı	Beklenen Kazanın Maliyeti (Risk)	Toplam Sosyal Maliyet
Tedbirsiz	0	%5	5	5
Tedbirli	1	%1	1	2

Herhangi bir imalatçı 1 TL'lik yatırım yaparsa, ürünün nominal fiyatı 101 TL; sübjektif (reel) fiyatı ise (kaza maliyetini de içerdiği için) 102 TL olmaktadır. Her ne kadar güvenlik yatırımı yapmayanlar açısından ürün 100 TL'den piyasaya sunuluyor olsa da, tam bilgiye sahip alıcılar için sübjektif fiyat (kaza maliyeti nedeniyle) 105 TL olacağı için, 3 TL tutarında güvenlik yatırımı yapan imalatçılar rekabet avantajı elde ederler. Bu durum ise, diğer imalatçıları de güvenlik yatırımı yapmaya sevk eder ve ürünün piyasa fiyatı 101 TL'de, reel değeri ise 102 TL'de dengeye gelir.[77]

Görüldüğü üzere bilgili tüketicilerin ve rekabetin var olduğu bir piyasada, sorumluluk olmasa bile imalatçılar ürün güvenliğini bir kalite parametresi olarak algılayıp, yatırım yapacak ve daha güvenli ürünler sunacaklardır. Zira bilgili tüketiciler maliyeti daha yüksek olan riskli ürünleri almayacaktır. Hiç kuşkusuz bu verimlilik sağlar. Bu nedenle alıcıların ürün riskleri konu-

---

ürün, 3 birim üretilmiş ve tüketilmiş olur. Bu kaynakların toplumun arzu etmediği bir şekilde tahsis edilmesi (etkinsizlik) anlamına gelir.

[76] **Shavell**, Foundations, s.213; **Polinsky**, s.99; **Posner, A. Richard/ Landes, M. William**, "The Economic Structure of Tort Law", Harvard University Press, 1987, s.277.

[77] Zira diğer imalatçılar güvenlik yatırımı yapmadıkları takdirde, ürünü 100 TL fiyattan piyasaya sunsalar bile, alıcılar riskleri bildiği için ürünü 105 TL olarak fiyatlandıracaklardır. Güvenlik yatırımı yapıldığında, ürün fiyatı 100 TL'den, 101 TL'ye çıkmakta, fakat sübjektif fiyatı 105 TL'den 102 TL'ye düşmektedir. Dolayısıyla güvenlik yatırımı, imalatçılar açısından caziptir.

sunda tam bilgiye sahip olduğu bir piyasada, ürün güvenliği açısından yasal düzenlemeye gereksinim olmadığı söylenebilir.[78]

Peki, piyasalardaki ürün seviyesi arzu edilen seviyede mi olacaktır? Bu sorunun yanıtı da olumludur. Alıcılar tam bilgiye sahip olduklarına göre, esasen imalatçının güvenlik yatırımı yaptığı kurgudaki riski de değerleyecekler ve bu risk primini satış değeri üzerine ilave edeceklerdir. Ancak bu değerden fazla fayda sağlıyorlarsa bu ürünü tüketeceklerdir. Somut örnek açısından bu kurguda sadece C değil, ürünü 103 TL olarak değerleyen B de reel değeri 102 TL olan ürünü satın alacak, ürünü en fazla 101 TL olarak değerleyen A ise almayacaktır. Bu ise arzu edilen arz ve tüketim seviyesidir.[79] Görüldüğü üzere rekabet, ürün riskinde verimlilik sağladığı için, ürünün reel değeri düşmüş ve refah artmıştır.

Sorumluluğun bulunmaması, alıcı davranışlarını da olumsuz bir şekilde etkilemez. Alıcılar, zararları giderilmese bile, riski bildikleri için, buna göre davranış sergilerler ve artık risk için gereken tedbirleri alılar. Ekonomik açıdan arzu edilen budur.

bb. Kusur Sorumluluğunun Uygulandığı Kurgu

Yukarıdaki analiz, bu basit aritmetik örnekte, etkinlik ilkesi açısından herhangi bir sorumluluk kuralına ihtiyaç duyulmadığını göstermektedir. Peki, kusur sorumluluğunun uygulanması halinde durum ne olur? Mahkemelerin özen standardını doğru belirlediği bir durumda, kusur sorumluluğu imalatçıları etkin tedbirleri almaya sevk eder.[80]

Bunu somut örnekte izah etmek gerekirse, somut olayda optimum/etkin özen seviyesi, imalatçıların birim başına 1 TL'lik maliyete yol açacak tedbiri almalarıdır. Mahkeme tarafından belirlenen özen seviyesi, bu değere eşit olursa, doğal olarak imalatçılar de güvenlik yatırımını yapacaklardır. Zira bu yatırımı yapmaları halinde maliyetleri 1 TL artmakta, buna karşılık 5 TL'lik tazminat riskinden kurtulmaktadırlar. Hal böyle olunca doğal olarak imalatçılar bu maliyete katlanırlar. Kusur sorumluluğunun uygulandığı kurguda ürünün nominal fiyatı 101 TL, tam bilgiye sahip alıcılar için reel fiyatı ise 102 TL olmaktadır. Dolayısıyla özen standardının ekono-

---

78 **Shavell**, s.52; **Cooter/ Ulen**, s.346.

79 **Landes/ Posner**, s.277.

80 Buna karşılık, sergilenmesi gereken özen, bu seviyenin üzerinde belirlenirse, imalatçılar gereğinden fazla güvenlik yatırımı yapmak yönünde güdülenirler ki bu israfa yol açar. Aksi durum, yani alınması gereken özen ölçüsünün, optimum seviyenin altında belirlenmesi ise, herhangi bir etki yaratmaz.

mik teoriye göre belirlendiği ve mükemmel bir şekilde tatbik edildiği ihtimalde üretim etkinliği sağlanmaktadır.

Tahsis etkinliği açısından da istenilen sonuç sağlanır. Ürün fiyatı 101 olmasına rağmen, alıcılar 1 TL'lik artık riski bildikleri için, bunu değerlemelerine yansıtırlar ve ürünün reel fiyatı 102 TL olur. Bu fiyat, piyasada ekonomik açıdan etkin seviyede ürün arzını ve tüketimini sağlar.[81]

cc. Kusursuz Sorumluluğun Uygulandığı Kurgu

Kusursuz sorumluluk nasıl bir etki yapmaktadır? Kusursuz sorumluluğun farkı, alıcılara, ürünle ilgili her türlü zararı tazmin ettirebilme imkânı vermesidir. Bunun doğal sonucu olarak alıcılar, uğradıkları her zarar nedeniyle imalatçıya tazminat talebi yönelteceklerdir. Bunun iki etkisi vardır. İlk olarak tazminat talepleri imalatçılara ürün risklerini azaltmak hususunda güdü yaratır ve imalatçılar güvenlik yatırımı yaparlar. Diğer etkisi, kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir durumda, imalatçıların daha fazla tazminat talebine muhatap olmalarıdır. Sorumluluğun olmadığı veya kusur sorumluluğunun uygulandığı kurguyla mukayese edersek, imalatçıların maliyetleri ve dolayısıyla ürün fiyatı, kusursuz sorumluluk kurgusunda daha yüksek olur.

Bu açıklamalarımızı somutlaştırmak gerekirse, sorumluluğun olmadığı veya kusur sorumluluğu kurgularında, ürünün nominal piyasa fiyatı 101 TL idi. Kusursuz sorumluluğun uygulandığı bir kurguda, alıcılar doğal olarak bu artık riskin gerçekleşmesi halinde imalatçılara tazminat talebi yöneltecekler ve imalatçının özenli davranıp davranmadığına bakılmadığı için, tazminata kavuşacaklardır. Bunun doğal sonucu ise, imalatçının tazminat davaları nedeniyle maliyetlerinin artmasıdır. *Ex ante* açıdan bakıldığı zaman, ürün fiyatı 101 TL değil, bu artık riskin de imalatçı üzerinde kalması nedeniyle 102 TL olacaktır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluğun ilk etkisi, ürünün fiyatını arttırmasıdır. Bu ihtimalde ürün fiyatı, tüm ürün risklerini içerecek seviyededir.

Peki, bunun ekonomik etkinlik açısından etkisi nedir? Öncelikle imalatçının tedbir alma güdüsü (üretim etkinliği) açısından ele alalım. İmalatçının, optimal özeni göstereceği açıktır.[82] Acaba artık riskten sorumlu olması, optimum seviyenin üzerinde güvenlik yatırımı yapmaya sevk eder mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. İmalatçının yapacağı ilave güvenlik yatırımları, pekâlâ ürün risklerini azaltabilir. Ama bunun maliyeti, (olası) tazminat maliyetinden fazla olacaktır. Dolayısıyla imalatçı ilave güvenlik yatırımı yapmayacaktır, nitekim ekonomik açıdan da arzu edilen budur.

---

[81] **Shavell**, s.52, 53; **Polinsky**, s.99.
[82] **Landes/ Posner**, s.277.

Alıcıların seçimleri ve piyasadaki ürün seviyesi açısından da durum farklı değildir. Ürün fiyatı 102 TL'ye çıkmakta ve reel-nominal fiyatlar birbirine eşitlenmektedir. Dolayısıyla bu kurguda da, sadece B ve C ürünü satın almakta, iki birim piyasaya sunulmaktadır. Bu ekonomik açıdan optimum seviyeyi ifade etmektedir.[83] Burada yegâne sorun, alıcıların tedbir alma güdülerinin olumsuz etkilenebilecek olmasıdır. Alıcının tüm zararlarını giderme imkanına sahip olması, tedbir alarak riski azaltması ihtiyacını ortadan kaldırır.[84] Fakat imalatçının tazminat borcunun kapsamı açısından alıcının kusurunun BK m. 44 (TBK m. 49) ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Hakkında Yönetmelik m. 6, f. 3 kapsamında dikkate alınacak olması, onu tedbir almaya güdüleyecektir.[85]

dd. Genel Değerlendirme

Yukarıdaki basit örnek ışığındaki açıklamalardan çıkan en çarpıcı sonuç, alıcının tam bilgiye sahip olduğu kurguda, ekonomik etkinlik açısından sorumluluk kuralına aslında gereksinim olmadığıdır.[86] Diğer ifadeyle burada herhangi bir piyasa aksaklığı yoktur.[87] Ancak sorumluluk kuralı ihdas edilen hallerde bile ekonomik etkinlik açısından ortaya aynı sonuç çıkmaktadır.[88]

Peki, bu kurguda sorumluluk kurallarının ekonomik açıdan olumsuz hiçbir etkisi yok mudur? İlk akla gelen herhalde, sorumluluk hukuku kurallarının uygulanması ile birlikte bir takım yargısal maliyetlerin doğacağıdır. Bu bilhassa (daha fazla dava açılacak olması nedeniyle) kusursuz sorumluluk kurgusunda söz konusu olacaktır. Nitekim bu maliyetler nedeniyle, alıcının tam bilgiye sahip olduğu senaryoda, sorumluluk hukukunun refah kaybına neden olması pek muhtemeldir. Bu refah kaybını telafi edici bir fayda söz konusu olabilir mi? Bir olasılık tüketiciler ile imalatçılar arasında gelirin yeniden dağıtılmasının hedeflendiği ileri sürülebilir. Fakat son tahlilde artan tazminat maliyetlerinin fiyatlara bir ölçüde de olsa yansıtılacağı dikkate alınırsa, bu hedef için sorumluluk kurallarının iyi bir araç olmadığı görülecektir. Dolayısıyla bu kurguda sorumluluk hukuku refah kaybına neden olacaktır.

---

[83] **Polinsky**, s.98, 99; **Landes/ Posner**, s.277.
[84] **Miceli**, s.89.
[85] **Miceli**, s.91.
[86] **Polinsky**, s.99, 100; **Miceli**, s.89.
[87] Esasen bu sonuç Coase teoreminin de bir uygulama alanıdır. Netice itibarıyla piyasalar mükemmel bir şekilde işlediği zaman, hukuk kuralı etkinlik açısından fark yaratmaz. Teorem için bkz. **Coase, H. Ronald**, "The Problem of Social Cost", Journal of Law and Economics (1960), Vol 3, s.1-44; **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.116 vd ; **Miceli**, s.168 vd.; **Cole/ Grossman**, s.74 vd.; **Cooter/ Ulen**, s.85 vd.; **Schafer/ Ott**, s.87 vd.
[88] **Schafer/ Ott**, s.225.

Sorumluluk hukukunun bir başka olumsuz etkisi ise, piyasanın güvenlik konusunda farklı tercihleri olan alıcıların,[89] tercihlerini karşılayamaması ihtimalinin doğmasıdır.[90] Her iki sorumluluk kuralı da, alıcılarda daha az güvenli olan ürünü talep etme tercihi yaratabilir. Bunun sonucunda piyasalar, güvenlik açısından tek tip ürünleri sağlar.[91] Tabiatıyla bu, ekonomik etkinlik açısından arzu edilen bir sonuç değildir.

b. Alıcıların Eksik Bilgili Olduğu İhtimal

Yukarıda açıkladığımız üzere, alıcıların ürün riskleri konusunda tam bilgiye sahip olması, gerçekçi olmayan bir varsayımdır. Alıcılar, ürün hatalarının gizli, hatadan kaynaklanan riskin gerçekleşme olasılığının çok düşük olması, ürünün karmaşık ve/veya yeni olması, kendilerinin tecrübesiz olması gibi nedenlerden dolayı ürün hatalarını ve buna dair riskleri bilmeyebilirler.[92] Benzer şekilde risk hakkındaki algıları çeşitli psikolojik etkenler dolayısıyla hatalı olabilir. Örneğin yaygın bir şekilde kamuoyunun dikkatine sunulan riskleri veya düşük olasılıklı riskleri gereğinden fazla değerleyebilirler ya da iyimserlik ön yargısına kapılarak riski olduğundan daha az değerleyebilirler. Alıcıların ürün riskleri konusunda eksik bilgiye sahip olmasının ekonomik açıdan sonucu nedir? Bu sorunun yanıtını, yine bir aritmetik örnek bağlamında vermek uygun olur.

---

[89] Aynı ürünü kullanan alıcıların bir kısmı, mesela daha özenli kişiler olması nedeniyle daha düşük kaza olasılığına sahip olabilir. Doğal olarak bu alıcılar, daha az güvenli ve fakat daha ucuz ürünü tercih ederler. Buna karşılık daha az dikkatli olan ve bu nedenle daha yüksek kaza olaslığına sahip olan alıcılar da daha güvenli ve fakat daha pahalı ürünü tercih ederler.

[90] **Schafer/ Ott**, s.226.

[91] Örneğin kusursuz sorumluluk, alıcıları ürün riskleri konusunda "sigortaladığı" için yüksek zarar/kaza olasılığına muhatap olan alıcının tercihi, pahalı ve güvenli değil, ucuz aman, daha güvensiz ürünleri tercih edecekler; keza diğer grup alıcılar da aynı tercihte bulunacaklardır. Bunun sonucunda piyasada sadece daha az güvenli ürün kalacaktır.

[92] Hukuk ve ekonomi literatüründe tüketicilerin üründen kaynaklanan riskleri "genellikle" yanlış değerlediği veya bu bilgiye sahip olmasının (bunu edinmenin maliyeti nedeniyle) pratik açıdan mümkün olmadığı konusunda bir mutabakat olduğu söylenebilir (**Miceli**, s.89; **Polinsky**, s.100; **Posner**, s.185; **Landes/ Posner**, s.281; **Jolls, Christine/ Sunstein, Cass R./ Thaler, Richard**, "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 Stanford Law Review 1471 (1998)). Kişilerin genellikle ekonomik teorinin öngördüğü ölçüde rasyonel davranmadığını kabul eden görüşler, hukuk ve ekonomi akımı içerisinde (iktisat bilimine de paralel olarak) davranışsal hukuk ve ekonomi ekolünü benimsemektedirler. Bu konudaki bazı çalışmalar için bkz. **Thaler, H. Richard** (editör), "Quasi Rational Economics", Russel Sage Foundation, NewYork 1994; **Sunstein, R. Cass** (editör), "Behavioral Law and Economics", Cambridge University Press 2000.

Tablo IV

Özen Seviyesi	Özen Maliyeti	Kaza Olasılığı	Beklenen Kazanın Maliyeti (Risk)	Toplam Sosyal Maliyet
Tedbirsiz	0	% 5	5	5
Tedbirli	1	% 1	1	2

Eksik bilgi farklı şekillerde tezahür edebilir[93]. Tabloda belirtilen senaryodan farklı olarak, alıcının riski daha düşük tahmin ettiğini; tedbir alınmayan kurguda olasılığı % 1, tedbir alınan kurguda ise % 0,5 olarak gördüğünü düşünelim. Dolayısıyla alıcı risk seviyesi hakkında (hatalı olarak) iyimser bir tahmine sahiptir. Yukarda belirttiğimiz üzere, olağan şartlar altında sosyal açıdan imalatçının burada tedbir alması beklenir. Zira tedbir, 3 TL net refah yaratmaktadır. Oysa alıcı bu şekilde eksik bilgiye sahipse ve imalatçı, alıcının eksik bilgi ile seçim yaptığını biliyorsa, tedbir almayacaktır. Zira tedbir aldığı bir durumda ürün maliyeti ve fiyatı 101 TL olacaktır. Alıcı ise riski düşük değerlediği için, 101 TL'ye satılan malı almaya yanaşmayacaktır. Güvenliğe yapılan yatırım, alıcılar nezdinde maliyetini haklı kılmayacağına göre, zarar edeceğini düşünen imalatçılar tedbir almaktan imtina edecektir.

aa. Sorumluluk Kuralının Olmadığı Kurgu

Eksik bilginin olağan sonucu, herhangi bir sorumluluk kuralının olmadığı kurguda imalatçıların güvenlik yatırımı yapmaktan kaçınmasıdır. Zira ürünün daha güvenli olması, alıcılar tarafından (kalite parametresi olarak) değerlenemeyeceği için, imalatçıların güvenliğe yatırım yapma güdüleri olmayacaktır. Bu nedenle piyasalar, optimum seviyenin altında güvenlik standartlarına sahip, hatalı ürünlerin üretilmesine neden olacaktır[94]. Bu ise daha fazla kazaya ve ekonomik açıdan israfa yol açacaktır.

Bu kurguda sadece güvenlik yatırımları açısından değil, aynı zamanda piyasadaki arz seviyesi de, olması gerekenin üzerinde olacaktır. Alıcılar hatalı üründen kaynaklanan riskleri gerçekte olduğundan daha az değerlediğine göre, ürünün reel (sübjektif) fiyatı da, ürünün sosyal maliyetinden düşük olacaktır. Mesela yukarıdaki kurguda, ürünün sosyal maliyeti 105 TL

---

[93] Eksik bilgi tüketicilerin riski daha az ya da daha fazla değerlemesi şeklinde tezahür edebilir. Daha az değerleme, riski hiç öngörmeme tarzında olabileceği gibi, küçümseme tarzında da gerçekleşebilir.

[94] **Posner**, s.183; **Shavell**, Foundations, s.214; **Cooter/ Ulen**, s.346; **Polinsky**, s.101.

iken, alıcılar için ürünün fiyatı sadece 101 TL'dir[95]. Zira önlem alınmayan bir kurguda alıcılar riskin sadece %1 olduğunu düşünmektedirler. Buna bağlı olarak ürüne talep olması gerekenden yüksek olur. Örneğimiz açısından, ürünü sadece C'nin alması istenirken, ürünü B de satın alacak; A ise kayıtsızlık konumunda bulunacaktır. Bu durumda piyasalar hatalı ürün sağlamakla kalmayacak, bunu gereğinden fazla arz edeceklerdir. Dolayısıyla alıcıların eksik bilgiye sahip olduğu hallerde, piyasalar kaynakları etkin bir şekilde tahsis edemeyeceklerdir.

Sorumluluk olmadığından ötürü riski üstlenen alıcılar, riski azaltma güdüsüne sahip olacaklardır. Ama riski yanlış değerledikleri için, aldıkları tedbirler de etkin ölçekte olmayacaktır. Mesela verdiğimiz örnek açısından, alıcılar imalatçının tedbir olmadığı kurguda 5 TL'lik riski, 1 TL olarak değerledikleri için, almaları gerekenden daha az tedbir alacaklardır. Alıcılar hiç bir zaman 1 TL'nin üzerinde güvenlik yatırımı yapmayacaklardır ki pekala pek çok senaryoda riskin değeri daha fazla maliyete katlanmalarını haklı kılabilir. Önlem alınmadığı için ortaya çıkan zararlar da kazalara ve sosyal maliyete sebep olacaktır.

bb. Kusur Sorumluluğunun Uygulandığı Kurgu

Kusur sorumluluğunun uygulandığı bir kurguda, mahkeme özen standardını doğru tespit ederse, imalatçıların tedbir alma güdüleri olacaktır. Zira imalatçı tedbir aldığı bir durumda, sorumluluğa muhatap olmayacak, yani 1 TL'lik maliyet, onları (muhtemelen) 5 TL'lik riskten kurtaracaktır. Dolayısıyla kusur sorumluluğu, imalatçıları etkin tedbir almaya sevk edecektir.[96]

Diğer taraftan, alıcının riski olduğundan daha az değerlediği kurguda, gereğinden daha fazla ürün arz ve talep edilecektir.[97] Zira imalatçı tedbir aldığı bir durumda ürünün fiyatı 101 TL, ürünün gerçek fiyatı 102 TL olacaktır. Fakat alıcılar ürün riskinin % 0,5 azaldığını düşünecekleri için, ürünü 101,5 TL olarak değerleyeceklerdir. Dolayısıyla bu ürün daha fazla satılacak ve kaynakların tahsisinde etkinsizliğe neden olacaktır.[98]

Nihayet alıcıların tedbir alma güdüleri açısından baktığımızda da olumsuz bir tablo ortaya çıkacaktır. Zira alıcılar, imalatçının tedbir aldığı bir kurguda, "artık risk"in (% 1 olmasına rağmen) % 0,5 olduğunu düşünerek

---

[95] Tekrar belirtmekte yarar var: ürün fiyatının alıcılar açısından 101 TL olarak değerlenmesinin sebebi, alıcıların (tedbir alınmayan senaryoda) hatalı üründen kaynaklanan riski 5 TL yerine 1 TL olarak algılamalarıdır.

[96] **Polinsky**, s.101.

[97] **Miceli**, s.91.

[98] **Shavell**, Foundations, s.215; **Polinsky**, s.101.

seçim yapacaklar ve bu çerçevede etkin olmayan tedbirler alma yoluna gideceklerdir. Örneğin artık riski tamamen ortadan kaldıran ve 0,6 TL maliyeti olan tedbiri (sosyal açıdan almaları gerekirken) almayacaklardır.

Özetle kusur sorumluluğu alıcının seçim ve davranışlarını etkin bir şekilde güdülemez. Piyasaya olması gerekenden fazla (ya da az) ürün sunulacağı gibi, alıcı etkin tedbirler alamaz. Buna karşılık sorumluluk, özen ölçüsünün doğru belirlendiği bir durumda, imalatçılara etkin tedbir alma güdüsü sağlar.

cc. Kusursuz Sorumluluğun Uygulandığı Kurgu

Kusursuz sorumluluk kurgusunda, imalatçı ürün hatalarından kaynaklanan risklerin tamamını üstleneceği için, alıcının bilgi eksikliğinden bağımsız olarak tedbir almaya güdülenir. Zira tedbir alarak, riski ve dolayısıyla doğrudan tazminat maliyetini azaltmaktadır. Yukarıdaki kurguda 1 TL'lik tedbir alarak, tazminat riskini 5 TL'den 1 TL'ye düşürmektedir. Her ne kadar (artık risk nedeniyle) ürün başına 1 TL'lik tazminat riski taşıyacak da olsa, netice itibarıyla tedbir almadığı kurguya göre bu risk ciddi ölçüde düşmüştür.

İmalatçı, artık risk maliyetini de taşıyacağına göre ürün fiyatı kusursuz sorumluluk kurgusunda artacak ve 102 TL olacaktır. Dikkat edilirse bu, zaten ürünün tüm maliyetini içermektedir. Dolayısıyla alıcılar eksik bilgiye sahip olsa bile, ürün fiyatının sosyal maliyeti yansıtması nedeniyle, yaptıkları seçimler ekonomik açıdan etkin olacaktır. Kusursuz sorumluluk bir anlamda alıcıların eksik bilgisinden kaynaklanan sorunu, risk maliyetini fiyata yansıtarak çözümlemiş olmaktadır.[99]

Alıcıların tedbir alma güdüleri etkin midir? Kusursuz sorumluluk nedeniyle tüm riski imalatçı taşıdığı için, alıcının tedbir alma güdüsü olmayacaktır[100]. Fakat BK m. 44 (TBK m. 49) ve Yönetmelik m. 6, f. 3 kuralı ışığında, alıcının kusurunun dikkate alınacak olması, alıcıları özenli davranmaya güdüler. Ancak alıcının etkin tedbir alması sadece riski ve maliyetini doğru değerlemesi halinde mümkün olabilir. Dolayısıyla tazminatın tenkisine ilişkin kural alıcıların bilebildikleri riskler açısından tedbir almalarını güdülemekte, bu ise ekonomik açıdan etkin bir sonuç doğurmaktadır.

---

[99] **Cooter/ Ulen**, s.346; **Miceli**, s.91.
[100] **Polinsky**, s.105.

dd. Genel Değerlendirme

Alıcının ürün hataları konusunda eksik bilgiye sahip olması halinde, ürün hatalarından kaynaklanan riskler, imalatçılar tarafından dışsallaştırılmaktadır. Piyasalar imalatçıları etkin tedbir almaya güdülemediği gibi, alıcılar da riskleri değerleyemedikleri için etkin tedbir alamamaktadırlar. Piyasaya gereğinden fazla ürün sunulmakta, sunulan ürünler de hatalı ve güvenlik standartlarından yoksun olmaktadır. Bu çerçevede, alıcıların eksik bilgiye sahip olduğu senaryoda ciddi bir piyasa aksaklığı bulunmaktadır.

Bilgi eksikliği ve buna bağlı olarak ortaya çıkan dışsallık sorununun sorumluluk kuralları ile düzenlenmesi, (içselleştirmeye hizmet etmesi açısından) ilk bakışta makul gözükmektedir. Fakat kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının ekonomik etkileri farklıdır. Kusur sorumluluğu, sadece imalatçıların tedbir alması yönünde etkin güdü yaratmaktadır. Buna karşılık alıcıların yaptıkları seçimleri açısından, bilgi eksikliği nedeniyle etkin güdü sağlayamamaktadır. Bunun sonucu olarak, kusur sorumluluğu alıcıları gereğinden fazla ya da az tedbir almaya güdülediği gibi, bu kurguda piyasa kaynakları etkin olmayacak şekilde tahsis etmektedir.

Buna karşılık kusursuz sorumluluk kuralı (BK m. 44/TBK m. 49 ve Yönetmelik m. 6, f.3 kuralları da dikkate alınırsa) hem imalatçı, hem de alıcıları etkin tedbir almaya güdülemekte; aynı zamanda piyasada etkin ölçekte ürün sunulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk kurgusunda, üretim ve tahsis etkinliği aynı anda sağlanmaktadır.[101]

V. İmalatçının Kusursuz Sorumlu Tutulmasına İlave Gerekçeler: Yargılama Maliyetleri ve İkincil Maliyetler

Yukarıda yaptığımız analiz, imalatçı, alıcı ve üçüncü kişilerin davranışları üzerindeki etkileri açısından, kusursuz sorumluluk ilkesinin daha isabetli olduğuna işaret etmektedir. Kusursuz sorumluluk sadece imalatçıları hataları ortadan kaldıracak tedbirler almaya sevk etmemekte, aynı zamanda kaynakların etkin tahsis edilmesine imkân vermektedir. Alıcının uğradığı zararlar açısından ise sorumluluk kuralları, alıcının eksik bilgiyle seçim yaptığı ihtimalde özellikle anlam kazanmaktadır. Bilhassa tüketici işlemlerinde söz konusu olan bu durum açısından, kusursuz sorumluluk sadece üretim değil, aynı zamanda tahsis etkinliğini sağlamaktadır. Alınan tedbirlere rağmen, önemli ölçekte "artık riskin" bulunduğu ürünler açısından, kusursuz sorumluluğun ciddi bir avantajı vardır. Bundan dolayıdır ki, iktisadi açıdan

---

[101] **Polinsky**, s.101.

imalatçının ürün hatalarından, kusursuz sorumlu tutulması, ekonomik açıdan isabetli gözükmektedir.

Fakat bu ölçütlerin dışında, ürün hatalarının hukuken düzenlenmesinde normatif analiz açısından önem taşıyan iki ayrı parametreyi de dikkate almak gerekir. Bunlardan ilki, *ikincil maliyetlerdir*. Yukarıdaki analiz, tarafların *risk kayıtsız* olduğunu varsaymaktadır. Oysa özellikle alıcılar açısından, bu varsayımın geçerli olmadığı, yani ürün hatalarının ciddi zararlara neden olabileceği pek çok kurgu düşünülebilir. Dolayısıyla bu noktada analizdeki varsayımı gerçekçi kılarak, refah analizi açısından bu senaryoyu da dikkate almak gerekir. Nihayet her normatif analizde etken olan bir başka parametre, *yargılama maliyetleridir*. Aşağıda, imalatçının kusur ve kusursuz sorumluluğunu bu iki parametre açısından mukayese ediyoruz. Hemen belirtelim ki bu mukayese de, kusursuz sorumluluğun tercihi yönünde önemli gerekçeler sunacaktır.

1. İkincil Maliyetler ve Kusursuz Sorumluluk

Ürün hataları, bazı hallerde ciddi cismani ve malvarlığı zararlarına yol açabilir. Bu gibi hallerde, salt riskin (zarara ilişkin belirsizliğin) varlığı, (zararın gerçekleşmesinden bağımsız olarak) kişiler için ilave bir maliyet teşkil eder. Nitekim riske muhatap olanlar, riskin yarattığı bu belirsizliği azaltmak için bu ilave maliyete katlanarak riski üzerlerinden atmak isterler. Sigorta endüstrisinin ortaya çıkışı da aslen, bu ihtiyacın karşılanmasıdır. Ekonomik açıdan bu durum, kişilerin *risk sakınan* (*risk averse*) olmasıyla izah edilmekte[102] ve riskin bu şekilde bir başkasına, örneğin sigorta şirketine aktarılması, "*riskin etkin tahsis edilmesi*" olarak adlandırılmaktadır. Kişilerin riskten sakınmasından kaynaklanan bu maliyetler, hukuk ve ekonomi öğretisinde *ikincil maliyetler* olarak adlandırılmaktadır.[103] Bu maliyetlerin ise, riskin daha az sakınan kişilere aktarılması veya riskin topluma yayılması ile azaltılması mümkündür.

Kısaca açıklayalım: Ekonomik teoriye göre, salt zarar olasılığı (yani riskin kendisi), zararın kişinin malvarlığına göre büyük ölçekte olduğu hallerde, kişi açısından ilave maliyet olarak görülür. Diğer bir anlatımla kişiler bu gibi durumlarda risklere gerçekte olduklarından daha fazla değer atfetme eğiliminde olurlar. Mesela %10 olasılıkla 1.000 TL'lik maliyete neden olabilecek bir faaliyetin objektif risk değeri 100 TL'dır. Oysa risk sakınan kişi, bu riske 100 TL'den daha fazla, örneğin 103 TL değer atfeder. Bu 3 TL'lik fark, risk sakınan bireyin, riski yani belirsizliği ortadan kaldırmak için öde-

---

[102] **Friedman**, s.64 vd.; **Cooter/ Ulen**, s.50, 51; **Schafer/ Ott**, s.119.
[103] **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s.178 vd.; **Schafer/ Ott**, s.117

meye hazır olduğu risk primidir. Dolayısıyla salt risk, ilave bir maliyete neden olur. Bu ilave maliyetin, risk sakınan bireyden alınarak, daha az risk sakınan veya riske karşı kayıtsız bir kişiye aktarılması, refahı arttırır.[104] Benzer şekilde riske tek kişinin katlanması yerine, bu riskin topluma yayılması da risk maliyetlerini azaltan bir olgudur.[105] Dikkat edilirse bu hallerde yukarıda olduğu üzere, riski azaltıcı bir davranış değişikliği yapılmaksızın, örneğin bir tedbir alınmaksızın refah arttırılmaktadır.

Olağan şartlar altında, piyasalar, sigorta sözleşmeleri ile riski tahsis ederler. Risk sakınan birey, 100 TL'lik bir riski üzerinden atmak için, risk primi öder ve risk kayıtsız olan sigorta şirketi de, bu risk primi karşılığında riski üstlenir.[106] Sigorta şirketinin risk kayıtsız olmasının nedeni ise, sermaye yeterliliği ve üstün bilgisidir. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi, riski, risk sakınan kişiden, risk kayıtsız kişiye (yani sigorta şirketine) aktararak ikincil maliyetleri azaltır.[107] Hemen belirtelim ki sorumluluk kuralları da benzer bir işlev görebilir.

Tam bu noktada, ikincil maliyetler ile imalatçının sorumluluğu arasında nasıl bir ilişki olduğu sorusu akla gelmektedir. Sorumluluk kuralları da aslında "*ex ante*" açıdan risk tahsisi yapan mekanizmalardır. Kusur sorumluluğu, riski alıcı ve/veya üçüncü kişi, kusursuz sorumluluk ise, imalatçı üze-

---

[104] Bu durumu bir sözleşme örneği üzerinden açıklayalım. Varsayalım ki iki kişi olsun ve birisi muhatap olduğu 100 TL'lik riski, risk sakınan olması nedeniyle 103 TL; diğeri ise risk kayıtsız olması nedeniyle 100 TL olarak değerlesin. Burada risk sakınan kişi, riski tamamen ortadan kaldırmak için 103 TL vermeye hazırdır, risk kayıtsız birey de 100 TL'nin üzerinde kendisine ödeme yapıldığı halde bunu kabul etmeye hazırdır. Dolayısıyla taraflar arasında riskin mübadelesi konusunda bir sözleşme aralığı vardır. Taraflar mesela 102 TL'ye anlaşırlarsa, risk, risk kayıtsız bireye transfer edilir ve her iki taraf da (risk sakınan birey 1 TL, risk kayıtsız birey 2 TL olmak üzere) bu mübadeleden kazançlı çıkar. Bu durumda mübadele 3 TL'lik bir refah yaratmıştır.

[105] Riske, tek bir kişi yerine birden fazla kişinin ya da toplumun katlanması, ikincil maliyetleri hafifletir. Zira kişinin servetine kıyasla, katlanacağı zarar ölçeği azaldıkça, risk sakınma etkisi azalır. Somutlaştırmak gerekirse, gerçekleştiği zaman 1000 TL'lik zarara yol açan bir riske, tek kişinin katlanması ile 10 kişinin müteselsilen katlanması arasında ciddi bir fark vardır. Tek kişi açısından bu önemli bir risk iken, bunun paylaşılması riskin önemini ve kişinin beklenen faydası üzerindeki etkisini azaltır. Bunun sonucu olarak salt riskin paylaştırılması, risk sakınmadan kaynaklanan sosyal maliyeti azaltır.

[106] Sigorta şirketinin, sigorta alıcısı bireyler karşısında iki nedenden dolayı avantajı vardır. Şirketler, sözleşme yaptığı çok sayıda kişi aracılığıyla, büyük sayılar kuralından yararlanarak riskleri değerleme imkanına sahip olurlar. Fakat riskin değerlenmesi, riskin değerini azaltmaz. 100 TL'lik risk, sigorta şirketi için de 100 TL'dir. Sigorta şirketinin bu riski üzerine alması ve karlı bir şekilde faaliyet göstermesi, sigortalıların risk sakınan olması ile izah edilebilir. Sigorta şirketi risk sakınan olarak, riski 100 TL olarak görürken, sigortalılar bunu 101 veya 102 TL olarak değerlerler. İşte bu 1 ya da 2 TL'lik risk primi, sigorta şirketlerinin kâr kazanmasını sağlar. Risk, sigortalıların beklediği sıklıkta ve ölçekte meydana gelmediği için bu fazladan ödenen risk primleri sigorta şirketlerinin kârı olur.

[107] Bkz. bu konuda **Cooter/ Ulen**, s. 53.

rinde bırakmaktadır.[108] Bu itibarla tarafların risk karşısındaki konumları ya da tercihleri açısından genelleme yapılabilirse, bu iki sorumluluk kuralından hangisinin ikincil maliyetler tahtında daha üstün olduğu belirlenebilir. İmalatçılar genellikle sermaye şirketleri olduklarından ötürü, bunların risk kayıtsız ya da en azından alıcılar karşısında daha az risk sakınan oldukları söylenebilir. Bilhassa alıcıların tüketici olduğu hallerde,[109] imalatçıların bunlara nazaran riski taşıma konusundaki konumlarının daha avantajlı olduğu kolaylıkla söylenebilir.

Eğer bu genelleme (ya da varsayım) geçerli kabul edilirse, o zaman hiç şüphe yok ki kusursuz sorumluluk ikincil maliyetler açısından daha üstündür.[110] Üstelik bunun iki nedeni vardır. İlk olarak, kusursuz sorumluluk, riski, risk sakınan olan zarar görenden alıp, risk kayıtsız olan imalatçıya aktarmakla, riski taraflar arasında etkin bir şekilde tahsis etmektedir. Fakat kusursuz sorumluluğun daha önemli bir etkisi, imalatçının, sorumluluk aracılığı ile riski topluma yaymasında görülür. Ürün risklerinden sorumluluk, her ne kadar açılan tazminat davaları nedeniyle imalatçıların malvarlığını azaltsa da, netice itibarıyla bu ilave maliyetler, fiyata yansıtılacaktır. Bu ise, son tahlilde bu maliyetlere toplumun katlanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla imalatçının sorumluluğunda aslında ürün hatalarından kaynaklanan riskler, fiyat mekanizması ile toplum tarafından paylaşılmaktadır. Bu ise, tarafların risk karşısındaki konumlarından bağımsız olarak, riskin topluma yayılmasıyla refahın arttırılması anlamına gelmektedir.

Özetle, risk sakınma olgusunu dikkate aldığımız zaman, kusursuz sorumluluk esası daha avantajlıdır. Bilhassa alıcıların tüketici olduğu senaryoda, kusursuz sorumluluğun ikincil maliyetleri ciddi şekilde azaltabileceği söylenebilir.[111]

---

[108] Kusursuz sorumluluk, her durumda zarar görenin zararının telafisine imkân verdiği için, iktisadi olarak zarar göreni sigortalar. Oysa kusur sorumluluğunda, zarar veren gereken özeni sergileyerek sorumluluktan kurtulduğu için, riske katlanan zarar veren değil, zarar görendir (**Polinsky**, s.102).

[109] Ürün hatalarından kaynaklanan riskler açısından, alıcıların, ticaret şirketi, esnaf veya tüketici olması mümkündür. Bu farklı kişilerin risk konumlarına baktığımız zaman herhalde alalede tüketicinin daha fazla risk sakınan olduğu söylenebilir. Fakat tabi ki bu bir genellemedir. Risk konumları açısından, riski daha iyi taşıyabilecek tüketicilerin de var olduğu iddia edilebilir.

[110] Krş. **Polinsky**, s.102.

[111] Tabi bu önerme, sorumluluk hukukunun riskin etkin tahsisi konusunda sigorta endüstrisine göre daha avantajlı olduğu anlamına gelmemektedir.

2. Yargılama Maliyetleri ve Kusursuz Sorumluluk

Her hukuk kuralı, yürürlüğe girmekle bazı maliyetlere yol açar. Bu maliyetlerin azaltılması da ekonomik açıdan istenen bir durumdur.[112] Salt yargılama ile ilintili maliyetler açısından baktığımız zaman, herhalde en avantajlı senaryo, ürün hatalarından kaynaklanan zararlar için herhangi bir sorumluluğun ihdas edilmemesidir. Fakat yukarıda açıkladığımız üzere, ürün hatalarının, gerek üçüncü kişilere, gerekse (eksik bilgiye sahip)[113] alıcılara verdiği zararlar, dışsallığa neden olmaktadır. Bu itibarla, dışsallığa müdahale eden sorumluluk hukuku kurallarının neden olacağı maliyet, dışsallığın neden olduğu refah kaybının telafisi ile meşruiyet kazanmaktadır.[114]

Tabiatıyla ekonomik açıdan anlamlı hukuk politikası, dışsallığın (yani ürün hatalarından doğan risklerin) en az yargılama maliyetine neden olan hukuki kurum ile düzenlenmesini gerektirir. Kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarını bu açıdan mukayese ettiğimizde, kabul ettiğimiz varsayımlar ışığında, kusur sorumluluğunun -en azından tam bilgili olunan bir kurguda- daha avantajlı olduğu söylenebilir. Zira tarafların tam bilgiye sahip olduğu ve yargılama sisteminin hata yapmadığı bir kurguda, kusur sorumluluğu imalatçıları özen göstermeye sevk edecek ve ürün hatalarından dolayı daha az zarar meydana gelecektir. Zararın doğduğu hallerde ise, alıcı ve üçüncü kişiler dava açmayı tercih etmeyeceklerdir. Zira alıcı ve üçüncü kişilerin tam bilgiye sahip olmaları, ürün kalitesi ve güvenliği konusunda da bilgili oldukları anlamına gelecektir. İmalatçı özen gösterdiğine (ve alıcı da bunu bildiğine) göre, gerçekleşen zarar için dava açılması ekonomik açıdan rasyonel olmayacaktır. Buna karşılık kusursuz sorumluluk senaryosunda durum farklıdır. Burada imalatçının kusuru, tazminat alacağının şartı olmadığına göre, gerçekleşen her zarar için dava açılacak ve kaçınılmaz olarak bu durum yargılama maliyetlerine neden olacaktır.

Fakat olağan şartlar altında, alıcı ve zarar görenlerin tam bilgiye sahip olması ve yargılama sisteminin mükemmel işlemesi gerçekçi varsayımlar değildir. İmalatçı, ürün hatalarının azaltılmasında her zaman gereken özeni

---

[112] **Schafer/ Ott**, s.122.

[113] Eksik bilgiye sahip olmayan alıcılar ise bu riskleri değerleyecekleri için fiyata dahil edeceklerdir. Bu ise riskin sözleşmeler ile içselleştirilmesi anlamına gelir. Burada bir piyasa aksaklığı yoktur.

[114] Diğer bir ifade ile imalatçının sorumluluğuna dair yargılama maliyetleri, ürün risklerinden kaynaklanan sosyal maliyetten (ya da refah kaybından) fazla ise, bu durumda ekonomik açıdan sorumluluk kurallarına gereksinim yoktur. Türk hukukunda yargılama maliyetlerinin ölçeği konusunda bir çalışma bulunmasa da, ABD hukukunda yapılan muhtelif çalışmalar, tazmin edilen her 1 USD için takriben 1 USD da yargılama maliyetinin doğduğuna işaret etmektedir. Şüphesiz bu olağan üstü bir maliyetin doğduğuna işaret etmektedir (bkz. **Shavell/ Polinsky**, s.1470).

sergilemeyeceği gibi, sergilediği bir kurguda da, alıcılar bu konuda bilgi sahibi olmayacaklardır. Daha da ötesinde mahkemeler de somut olayın gerektirdiği özen standardının belirlenmesinde hataya düşecekler ve bunun neden olacağı belirsizlik, kusur sorumluluğunun kabul edildiği hallerde de tazminat davalarının açılmasına sebebiyet verecektir.[115] Kusura dayalı sorumluluğun, kusursuz sorumluluktan temel farkı ise, birim başına yargılama maliyetlerinin daha yüksek gerçekleşecek olmasıdır. Zira mahkeme, özen ve nedensellik konularındaki ihtilafları da ayrıca karara bağlamak zorunda kalacaktır.

Ürün hatalarının vasfını dikkate aldığımız zaman, yargılama ile ilintili maliyetlerin, kusur sorumluluğu açısından önemli bazı sorunlara yol açacağını da söyleyebiliriz. Ürün hataları, üretim süreci ile ilgili olup, teknik bilgiye ihtiyaç gösterir. Ayrıca hammadde temini, tasarım, kullanılan üretim teknolojisi, paketleme, dağıtımdan oluşan karmaşık bir süreç ile ilgili olması sebebiyle, çoğu kez hatanın hangi aşamadaki özenli davranış eksikliğinden kaynaklandığını bilmek imkân dışıdır. Bu itibarla, sadece özensizliğin belirlenmesi değil; aynı zamanda nedenselliğin kurulması da güçtür. Dolayısıyla iktisadi açıdan bakıldığında, özen standardının tespitinde ve kusurun ispatında ciddi bir bilgi maliyeti söz konusudur.[116] Bu bilgi maliyetinin en azından iki ayrı sonucu vardır. İlk olarak, kusur sorumluluğundaki yargılama maliyetleri, ürün hataları açısından (olağan bir haksız fiil kurgusuna göre) daha yüksek olur. İkinci ve daha önemli sonuç ise, özensizliğin belirlenmesinde kendisini gösterir. Kusurun ispatı, davacı zarar gören üzerindedir. Oysa ürün hataları açısından, davacı zarar görenin imalatçının özensiz davrandığını ispat etmesi, buna dair ikna edici deliller sunması son derece güçtür. Zarar gören davacının, ürün hataları ile ilgili özen araştırması, ciddi bir bilgi maliyetine katlanmasını gerektirir. Bilhassa alıcıların ticari kullanıcı olmadığı, örneğin nihai tüketici olduğu hallerde, bilgi maliyeti daha ağır bir şekilde kendini gösterir.[117] Buna bağlı olarak zarar gören, bu maliyetler nedeniyle uğradığı zararlar için dava açmaktan imtina edebilir. Yani yukarıda yaptığımız, her zarar için dava açılacağına ve zarar görenin tüm zararlarının giderileceğine dair yaptığımız varsayım, kusur sorumluluğu açısından gerçek dışı-

---

[115] İmalatçılar, riski azaltmak konusundaki özen standardı konusunda mahkemelere kıyasla daha iyi konumda olduklarına göre, (neyi optimum tedbir olduğunu belirleme yükümlülüğünü tamamen imalatçılara yükleyen) kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğuna göre daha üstündür (**Schafer/Ott**, s.228).

[116] Bu kadar yoğun ve ciddi olmamakla birlikte, bu sorunun benzeri, kullanıcıların özenli davranıp davranmadığının BK m. 44 çerçevesinde değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkabilir. Bu zorluk kullanıcının alması gereken tedbirin ne olduğundan ziyade, gerçekten bu tedbiri alıp almadığının tespiti hususu ile ilgilidir.

[117] Bu anlamda tacir alıcılar ile nihai tüketiciler arasında, sadece ürün riskleri değil, imalatçının kusurunun ispatı açısından da bilgi asimetrisi vardır.

dır. Pratikte bu, imalatçıların her ürün hatası açısından tazminat ödemeyecekleri, riskin bir kısmını dışsallaştıracakları anlamına gelir. Dolayısıyla mahkemeler, sunulan deliller çerçevesinde tam ve doğru bir özen analizi yapsalar bile, her durumda dava açılmayacak olması nedeniyle, kusur sorumluluğu imalatçıları özenli davranma yönünde güdülemeyebilir.

Fakat özen standardının belirlenmesi ve nedenselliğin kurulması güçlüğü, bilgi maliyeti nedeniyle davacı açısından olduğu kadar, mahkeme açısından da geçerlidir. Mesela mahkeme, davacı ve davalıların iddiaları çerçevesinde değerlendirme yaparken, bilgi maliyeti[118] nedeniyle gösterilmesi gereken özen ölçüsünü, alınacak tedbiri hatalı bir şekilde belirleyebilir. Özenli davranışın yanlış belirlenmesi, sorumluluğun, imalatçıları etkin olmayan (çoğu kez gereğinden fazla) tedbir almaya sevk eder.[119] Benzer olarak, bazı özenli davranış modelleri ya da tedbirler, davacılar açısından söz konusu olan bilgi maliyeti ve ispat güçlüğü nedeniyle mahkemeler tarafından tamamen göz ardı edilebilir. Bu ise, bu tedbirlerin özenli davranışın belirlenmesinde dikkate alınmaması ile sonuçlanır ki bu durumda da imalatçılar tedbir almazlar.

Nitekim bu mülahazalar, farklı şekilde dile getirilse bile, hukuk doktrini ve uygulamasında kusursuz sorumluğunun benimsenmesi yönünde belirleyici olmuştur. Aynı mülahazalar ekonomik analiz açısından da geçerlidir. Kusursuz sorumluluk açısından ne nedensellik ne de özenin belirlenmesi, sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, fazla dava açılacak olmakla birlikte, birim başı yargılama maliyeti düşük olacağı gibi, tazminat sorumluluğu, imalatçılarda etkin tedbir alma güdüsü yaratacak ve ürün riskleri azaldığı için daha az ürün hatası söz konusu olacaktır. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk kuralları, bilgi ve yargılama maliyetleri açısından son derece avantajlıdır.[120]

VI. Sonuç

Yukarıda yaptığımız ekonomik analizden, hukuk politikası açısından basit ve önemli bazı çıkarımlar yapılabilir. Bir kere, ürün risklerinden ötürü, üçüncü kişilerin uğradığı zararlarda piyasa aksaklığı söz konusudur. Bu nedenle, teorik olarak hukuki düzenleme isabetli gözükmektedir. Bu düzenlemenin, kusur mu yoksa kusursuz sorumluluk esasına mı dayandırılması gerektiği sorunsalı hakkında ise (ki makalemizin temel aldığı sorun budur),

---

[118] Burada kast edilen, sunulan bilginin karmaşık ve teknik vasfı nedeniyle, mahkemenin bunu değerlendirmede hataya düşmesi riskidir. Bu risk nedeniyle özenli davranışın ne olduğunun yanlış tespit edilmesi riski söz konudur.

[119] **Shavell**, s.56.

[120] **Shavell**, s.56.

kusursuz sorumluluğun daha isabetli bir politika tercihi olduğunu söyleyebiliriz. Zira kusursuz sorumluluk, imalatçı ve zarar görene tedbir alma hususunda etkin güdü sağladığı gibi, aynı zamanda piyasadaki ürün miktarının da optimum ölçekte olmasını temin etmektedir. Bu anlamda ürün hatalarından kaynaklanan riskler açısından hem üretim, hem de tahsis etkinliği sağlanmaktadır.

Alıcının uğradığı zararlar açısından ise, ekonomik analizin en çarpıcı bulgusu, alıcının risk hakkında bilgi sahibi olduğu bir durumda, esasen bir piyasa aksaklığının bulunmadığıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda imalatçının sorumlu tutulmasını gerektiren bir neden yoktur. Bilakis imalatçının sorumlu tutulması, yargılama ile ilgili ilave maliyetlere neden olacağı için refah kaybına yol açacaktır. Tabiatıyla alıcının ürün hataları ve bunlara dair risk seviyesi konusunda bilgi sahibi olup olmadığı büyük ölçüde ampirik bir meseledir. Bunun somut ilişki ve ürün bağlamında değerlendirilmesi gerekir.[121] Örneğin elektrikli bir ısıtıcı ya da mikrodalga fırın ile bir çatal ya da makas aynı bağlamda değerlendirilemez.[122] Keza ürünü daimi olarak alan ve tüketen bir alıcı ile tek bir defaya mahsus olarak alım yapan bir kişi de aynı "kefeye" konamaz. İlki, ürün riskleri açısından tecrübe nedeniyle bilgi sahibiyken; diğeri muhtemelen bu bilgiye sahip değildir ve olması da beklenmez.[123]

Dolayısıyla belki de ekonomik açıdan yapılması gereken diğer bir tespit, alıcının uğradığı zararlar için genel geçer bir sorumluluk kuralının ekonomik açıdan etkin olmayabileceğidir. Bilhassa sürekli alım yapan ve aynı ürünleri daimi olarak kullanan alıcılar açısından, imalatçı sorumluluğu kuralları önemli bir sosyal faydaya hizmet etmez. Bu önerme pratik olarak ürünü üretim sürecinde veya ticari faaliyette kullanan tacirler açısından geçerli olabilir. Zira bu kişiler, tekrarlanan alım ve sürekli kullanım nedeniyle ürün riskleri konusunda bilgi sahibidirler ya da en azından bilgili olmaları beklenebilir (basiretli tacir varsayımı). Buna karşılık nihai tüketiciler açısından tam aksi durum söz konusudur. Pek çok ürün (mikrodalga-fırın vs. gibi) açısından nihai tüketiciler az sayıda işlem yaparlar. Buna bağlı olarak, ürünü sürekli kullansalar dahi, yaptıkları alım esnasında yeterli bilgiye sahibi olmaları beklenmez.[124]

---

[121] Bu konuda sıklıkla tüketilen ve hatanın, fark edilebilir ve sık zarara yol açtığı ürünler açısından piyasadaki rekabetin etkin güdüleme yaracağı konusunda bkz. **Polinsky/ Shavell**, s.1449, 1450.

[122] **Shavell**, s.54; **Polinsky/ Shavell**, s.1443.

[123] **Shavell**, s.54.

[124] Dolayısıyla hem tacir hem de tüketici alıcılar, sürekli olarak kullanmalarına rağmen, az sayıda alım yaptıkları ürünler açısından benzer bir konumda olurlar. Özellikle dayanıklı

Bundan dolayıdır ki imalatçının sorumluluğu genel bir kural ile düzenlenmek isteniyorsa, herhalde alıcıların kimliği (veya işlemin mahiyeti ya da ürünün kullanım işlevi) tahtında yapılan bir ayrım isabetli olacaktır. Bu ayrım çerçevesinde ilke olarak nihai tüketicilerin yaptığı işlemler açısından imalatçıları sorumlu tutmak isabetlidir. Buna karşılık tacirlerin alıcı olarak yaptığı (nihai tüketime ilişkin olmayan) işlemler için, ürün hatalarından dolayı imalatçıların sorumluluğuna gitmek gerekli gözükmemektedir. Fakat eğer bunlar açısından da, ürün risklerinin değerlenemediği söylenebiliyorsa, ki bu ampirik bir meseledir, bu durumda tüm işlemleri kapsayan bir imalatçı sorumluluğu kuralına ihtiyaç vardır.

Alıcıların eksik bilgi altında davrandığı senaryo açısından ise, kusursuz sorumluluğun daha üstün olduğu görülmektedir. Zira kusur sorumluluğu ile kıyaslandığı zaman, kusursuz sorumluluk imalatçıları etkin tedbir almaya güdülediği gibi, ürün fiyatını da optimize ederek, tahsisi etkinliğini temin etmektedir. Alıcının kusurunun tazminatın tenkisi nedeni olması ise, (özen ölçütünün ekonomik açıdan doğru belirlendiği bir durumda) alıcıları tedbir almaya güdülemektedir. Özetle alıcıların asimetrik bilgi altında seçimler yaptığı varsayılırsa, ekonomik açıdan ürün hatalarından dolayı imalatçıların kusursuz sorumlu tutulmaları, üretim ve tahsis etkinliği açılarından isabetlidir.

Diğer taraftan, ikincil maliyetler ölçütü de, kusursuz sorumluluğun mukayeseli üstünlüğüne işaret etmektedir. Zira imalatçıların kusursuz olarak sorumluluğu, ürün hatalarından kaynaklanan riskleri, zarar görenlere kıyasla, riski daha iyi taşıyan imalatçılara aktararak, riski optimal şekilde tahsis etmektedir. İmalatçılar, bir taraftan genellikle risk kayıtsız kabul edilebilecekleri gibi, diğer taraftan fiyat mekanizması ile riski topluma yansıtabilmektedirler. Oysa riskin nihai olarak zarar gören ve bilhassa tüketiciler üzerinde kalması, ciddi bir risk maliyetine neden olacaktır.

Son olarak, uygulama maliyetleri de, (eksik bilgi senaryosunda) kusursuz sorumluluğun, kusur sorumluluğu karşısında avantajlı olduğuna işaret etmektedir. Kusur sorumluluğu, özen analizinin teknik bilgi gerektirmesi ve karmaşık bazı faaliyetlere konu olması nedeniyle, ciddi maliyetlere yol açabilir. Bundan da önemlisi, zarar görenlerin ispat güçlüğüne bağlı olarak dava açmaması ve/veya mahkemelerin özen standardını yanlış belirleme riski mevcuttur. Bu olumsuzluklar, kusur sorumluluğunu pratik ve gerçekçi senaryoda işlevsiz kılmaktadır.

Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin imalatçının sorumluluğuna ilişkin yönergesinin eksik şekilde olsa da, TKHK m. 4 ve ona bağlı olarak çıkarılan

---

tüketim/üretim malının söz konusu olması halinde, bu kişiler ürün risklerinden yeterince haberdar olmayabilirler.

Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik üzerinden Türk hukukuna aktarılmış ve imalatçının sorumluluğuna dair bir kusursuz sorumluluk ilkesi getirilmiş olması hukukun ekonomik analizi perspektifinden bakıldığında doğru bir tercih olmuştur. Kuşkusuz yazarlar da bu konudaki düzenlemenin bir an önce yasada açıkça yapılmasını ve Yönetmelik ile bir kusursuz sorumluluk düzenlenmesi yanlışlığından vazgeçilmesini savunmaktadır. Ancak prensip olarak imalatçının sorumluluğu konusunda kusursuz sorumluluk ilkesinden vazgeçilmemelidir.