

# Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi

Ahmet Ulvi Türkbağ<sup>(\*)</sup>

Makul bir hukuk araştırması için... geleceğin araştırmacısı bir istatistik adamı ve ekonomi üstadı [olmalı]dır.<sup>(1)</sup>

...[S]on beş yılda çağdaş haksız fiil hukukuna ilişkin olarak yazılanların içinde, bu yeni hukuk yaklaşımını dile getirmeyen hiçbir önemli makale yoktur... birinin çağdaş haksız fiil hukuku ekonomik sonuçlarının analizini ciddiye almadan yeterince anlayacağına inanabilecek, hiçbir müstakbel avukat, akademisyen, hakim bulunmaz.<sup>(2)</sup>

## 1- Hukuk mu, ekonomi mi?

Hukuk ve ekonomi,<sup>(3)</sup> her ikisi de başlı başına çok geniş kapsamlı olan bu iki disiplinin (bilimin) ilişkisi tarihsel süreçte hep ilgi çekmiştir. Ancak yüzyılımıza yakın denilebilecek dönemde bu ilişki, daha önce görülmedik ölçüde büyük bir önem kazanmış, git-tikçe daha çok vurgulanır olmuştur.

Bu vurgulamanın kuşkusuz iki nedeni vardır: Siyasi alanda yaşanan ge-

leşmeyle birlikte iktidarlar karşısında İnsan'ın ve onun haklarının öne çıkması ki, bu hukukun eskisinden çok daha önemli bir sosyal kurum haline gelmesine yol açmıştır. Diğer yandan ise, önce coğrafi keşiflerle ticari gelişimin ivme kazanması ve ardından yaşanan teknik ilerlemeyle birlikte dünya nüfusunun bilinen tarihte eşi ve benzeri görülmedik biçimde artması, kıt kaynakların bulunduğu bir ortamda ekonomiyi eskisinden çok daha dikkate değer bir bilim haline getirmiştir.

Bu iki yönlü tarihsel süreç herhangi bir biçimde kuramsallaştırılırken ya da yorumlanırken, iki ana gelişme çizgisini bir neden-sonuç bağlantısı içinde düşünmek oldukça kolaydır. Bu kolay yol izlendiğinde -ki, tüm kolay yollar gibi izleyicisi oldukça fazla olmuştur- hukuk ya da ekonomi bir diğerinin ağırlığı altında ezilmiş, olgu boyutundaki varlığını, realitesini yorum alanında, kuramsal bağlamda kaybetmiş-

tir. 1789 Hukuka ağırlık verirken ekonomik gerçekliği ve bizzat kendi oluşumundaki olağanüstü katkısını görmezden gelmeyi başarabilmiştir. Ardından 1848'le somutlaşan süreçte ise bu kez hukuk ekonomik realite ve daha sonra da ekonomi kuramının altında ezilmiş, ve hukukun kendi varlığından ekonomi uğruna feragat etmesi sağlanmıştır.

Hukukun konusu gereği ekonomi ile daima iç içe olduğu tarihsel bir realitedir. Yaşamı düzenlemeye çalışan hukukun, yaşamın temelini oluşturan maddi gereksinimlerin elde ediliş, değiş tokuş ve tüketimini düzenlemesi doğaldır. Ayrıca gerçekçi bir hukuk kuramı oluşturmak için uygulanan çoğu hukuk kuralının kişiler arasında şeylerin, yani maddi yararların yeniden dağılımı ve dağıtımıyla sonuçlandığını da unutmamak gerekir.<sup>(4)</sup> Ancak bu yönü, hukukun ekonomi tarafından ele geçirilmesini de o denli kolaylaştırmaktadır. Öyle ki, hukukta bundan öte bir alan göremeyen sözcüğün en geniş anlamıyla ekonomistler, hukuku genellikle ekonomikleşmekte gecikmiş bu nedenle de sorunları çözmeye yetersiz bir disiplin olarak görmektedirler.

Ancak son kırk-elli yıl içinde yaşanan ve bu çalışmanın konusunu oluşturan gelişme, yukarıda değinilen iki ana çizgiden bir ölçüde farklıdır. Farkı belirtmeden önce benzerliklere değinmek gerekirse: Hem yukarıda sözü

edilen ekonomik alandaki gelişmenin hem de hukukun ekonomik analizinin kökeni İskoç Aydınlanmasıdır. Bunu izleyen dönemde ekonomi kuramının hızlı gelişimi ve ekonominin yüksek düzeyde matematikleşebilmesi, aynı zamanda kişisel ve toplumsal olayları açıklamaktaki başarısı; ekonomiyi bir tür üstünlük saplantısına, kendi alanını aşarak tüm toplumsal olayları açıklamaya girişimine götürmüştür. Ama burada belirtilmesi gereken, genelde sol düşüncenin özeldi ise Marksizm'in ekonomiye verdiği ağırlığa benzer bir ağırlık veren ve Hukukun Ekonomik Analizi ya da Hukuk ve Ekonomi Akımı denilebilecek hareketin tümüyle kapitalist bir ekonomik sistem içinde ortaya çıkıp gelişmiş olmasıdır. Ancak bu görüş de ekonomi merkezlidir, çünkü ekonominin düşünce biçimini ve terminolojisini başta hukuk olmak üzere diğer alanlara da uygulamak istemektedir. Önde gelen temsilcisi R. Posner'a göre bu anlayış: "Ekonominin, kuramları ve deneysel yöntemlerinin hukuk sisteminin merkezi kurumlarına uygulanmasından" ibarettir.<sup>(5)</sup> Dahası Hukuk ve Ekonomi tüm bu farklı ve ayrı alanların sorunlarının bu biçimde çözüleceğine, ya da en azından çözüme yönünde bir ilerleme sağlanacağına inanmaktadır. Akım siyaset bilimi, hukuk kuramı, tarih ve sosyoloji gibi geleneksel olarak ayrı olduğu düşünülen alanlara 'ekonomik akıl yü-

(\*) Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 O. W. Holmes'un ifadesi için bkz. Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, <http://encyclo.find-law.com/0200book.pdf> 1.10.2002.

2 (George Priest, *The Inevitability of Tort Reform*'dan naklen Dennis Patterson (Ed.), *A Companion Philosophy of Law and Legal Theory*, içinde J. D. Hanson and M. R. Hart'a ait makale "Law and Economics" ss. 311-331, Blackwell Pub., Oxford 1999, s.311 (vurgu bana ait).

3 Tüm çalışma boyunca İktisat ve bu sözcüğün farklı biçimleri (iktisadi, iktisatçı) yerine ekonomi ve onun çeşitli biçimleri (ekonomik, ekonomist) kullanılacaktır. Seçimin tek nedeni günümüzde, her nedense, bu tarzın daha yaygın olarak kullanıldığının düşünülmesidir.

4 Marx da hukuktan ekonomiye ve sosyalizme aynı süreçle varmış görünmektedir. Engels'in 5.4.1893 tarihli mektubunda belirttiğine göre, orman kaçakçılığı ve Mosel köylülerinin hukuki durumuyla ilgili yasalarla uğraşırken Marx, hukukta ekonominin ağırlığını fark etmiş ve sosyalizme varmıştır. Bkz. Karl Marx, *Ekonomi Politikiğin Eleştirisine Katkı*, Çev. Sevirm Belli, 5. Basım, Sol Yayınları, Ankara 1993, E. Bottigelli'nin önsözü s.7.

5 Patterson (Ed.), s.311.

rütmenin' uygulanması gereğini vurguladığı, ekonomiye merkezi bir rol verdiği için 'Ekonomik Emperyalizm' anlayışıyla birleştirilmiştir<sup>(6)</sup>.

Böyle bir görüşün araştırılması ya da daha alçak gönüllü bir deyimle tarif edilmeye, tanımlanmaya, açıklanmaya çalışılması ancak ve öncelikle ekonomik akıl yürütmenin yani ekonomik yöntemin ve bu yöntemin terminolojisinin ne olduğunun saptanmasıyla olanaklıdır. Tüm bunların ardındansa, ekonomi terminolojisinin belirleyicileri ve kullanıcılarından biri olan Hukuk ve Ekonomi anlayışının temel özellikleri ortaya konulabilir.

## 2- Ekonomide Yöntem Sorunu

Bir bilimsel kuram açıklamaya çalıştığı deneyim kargaşası içinden seçme durumundadır ve sonuçta eylemsel koşullarla karşılaştırıldığında zorunlulukla 'gerçekçi' değildir. Örneğin Newton'ın cisimlerin düşme yasasının, tüm cisimlerin boşlukta düştüğü temel varsayımı gerçek dışıdır ancak, yine de kullanışlı bir kuramdır çünkü gerçek Dünya'da pek çok düşen cismin hareketini, tam bir kesinlikle olmasa da, yeterince öngörür.<sup>(7)</sup>

Her bilim ya da disiplin için yöntem daima sorun olmuştur ve ne yazık ki ekonomi de bu talihsizlikten kurtulabilmiş değildir. Ekonomistlerin hem başarısının yani uygulanabilir ekonomik modeller kurabilmelerinin ve hem

de eleştirilmelerinin nedeni aşağıda açıklanmaya çalışılan kullandıkları yöntemleridir. Ekonomistler sorunları çözmek için varsayımlar ileri sürerler. Bu varsayımların gerçek ya da gerçekleşebilir olmaları şart değildir. Gerekli olan sorunun içindeki unsurların, sorunun bileşenlerinin ayrı ayrı rollerinin saptanmasına ve sorunun basitleştirilip çözülmesine olanak sağlamalarıdır. Ancak burada, varsayım oluştururken dikkat edilmesi gereken nokta bu varsayımların önemsiz ya da çok saçma olmamasının sağlanmasıdır. İşte bu nedenle ekonomi: "Açıkça önemsiz olmamalarına dikkat ederek, kesin özelliklerini daha iyi anlamak için bir sorunu yeterince basitleştirecek varsayımlar derleme sanatıdır."<sup>(8)</sup>

Yöntemin hukuk içinde sayısal yönü olmayan bir örnekle açıklanması, doğru saptanması açısından daha yararlı olacaktır. Örneğin bir boşanma davasına bu yöntem uygulandığında, öncelikle olayla ilgili olguları saptayıp sonra bunlardan bazılarını yok varsayarak diğerlerinin gerçek değeri ve olayın nihai biçimini almasındaki etkileri bulunabilir. Şimdi, boşanma nedeni 'evlilik birliğinin temelinden sarsılması (MK166)' olarak gösterilmiş olsun. Gerekçelendirmek için davacı eş tarafından ileriye sürülen olaylar: (i) Son bir yıl içinde davalının iş değiştirmesi ve yeni işinin eve geliş saatlerini belirsizleştirmesi, (ii) daha önce ayrı

oturan davalının annesinin 1 ay önce hastalık gerekçesiyle (ya da bahanesiyle) eşlerin birlikte oturdukları eve taşınması, biçiminde olsun.

İleri sürülen bu iki olgudan -iş değiştirme ve kaynananın ortak eve taşınması- hangisinin davacı eş açısından gerçek ya da ağırlıklı boşanma nedeni olduğunun saptanması için yapılacak olan, teker teker bu iki olgudan birini yok varsayarak soruna yaklaşılmaktadır. Yani, eğer kaynana ortak eve taşınmasaydı boşanma talebi ortaya çıkmayacaksa ya da en azından davalı, hoşnutsuzluğuna rağmen daha belirsiz bir süre eşinin eve düzensiz gelişine katlanabilecek idiyse (ki, olayda bir yıl katlanmıştı) asıl veya ağırlıklı neden 'kaynananın ortak eve taşınması' olgusudur. Sonuçta eğer kaynana herhangi bir yolla ortak evden gönderilirse (bekar bir kardeşin yanına ya da bir bakım kurumuna) evlilik devam ettirilebilecektir. Bu durum varsayımları oluştururken seçilen olguların doğru olduğunu gösterir. Varsayımlar olay açısından önemli olan noktalara ilişkin olarak oluşturulmuştur.

Acaba olaya ilişkin başka varsayımlarda bulunulamaz mıydı? Örneğin eşlerin toplumsal düzeylerini eşit varsaymak olay açısından önemli olabilir miydi? Toplumsal düzeyin boşanmalarda ciddi rol oynadığı düşünülürse, yalnızca yukarıdaki iki neden irdelenirken toplumsal düzeyin eşit olduğu ya da bu anlamda sorun olmadığı varsayılabilir. Yine davalı eşin saatleri daha düzenli bir iş bulacağı varsayımı da sorunun çözümü açısından yararlıdır. Yani davacı eş böyle bir iş bulun-

ması olasılığında boşanmadan vazgeçebilir. Ancak bu olayda örneğin, davalı eşin piyangodan büyük ikramiye kazandığını ve böylece saatleri belirsiz işi bırakabileceğini varsaymak pek de mantıklı değildir. Bunun üzerine kurulacak bir çözüm önerisi (matematisel olarak olası olmakla birlikte) gerçekleşme olanağından yoksun olduğu için pek kullanılabilir değildir.

İşte ekonomistlerin sorunları çözerken ve kuramlar oluştururken kullandıkları varsayımlar zaman zaman yarıkarıdaki son varsayıma benzer oldukları için eleştirilmektedirler: Yani gerçekleşme olasılıkları çok düşük ve konunun özüne olan uzaklıkları çok fazladır. Yine de ekonomi bilimi bu varsayımları kendi temel kavramları, terminolojisi içinde bazen büyük bir başarıyla kullanarak yoluna devam etmektedir. Terminoloji ise, ekonomi biliminde en az varsayımlar kadar önemli bir yer tutar.

## 3- Hukuk ve Ekonomi Anlayışının Temel Varsayım ve Kavramları

Temel Kavramlara geçmeden önce tam da bu noktada ekonomistlerin son derece alçak gönüllü(!) bir tarzda, aslında tüm hukuku tek bir ilke ile açıklamaya çalıştıklarını unutmamak gerekir. Bu ilke etkinliktir. Adaletin hukuk felsefesi tarihi içindeki yıpranmışlığına, 'mutluluk matematiğinin: Mükün olan en çok sayıda insanın, mükün olan en büyük mutluluğu'nun getirdiği hayal kırıklığına, 'toplam faydanın' tarihi yanlışlarına karşılık, et-

6 Hukuk ve Ekonomi Akımı'nın kaynağı olan Chicago Okulu için bkz. [http://cepa.newschooll.edu/het/profiles/The Chicago School maddesi](http://cepa.newschooll.edu/het/profiles/The%20Chicago%20School%20maddesi) 3.3.2002.

7 (R. Posner, *The Analysis of Law*)'dan naklen Gary Minda, *Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century's end*, NY University Press, New York 1995, s. 94.

8 Mitchell A. Polinsky, *An Introduction to Law And Economics*, 2nd Ed., Aspen Law & Business (Basım Yeri Yok), 1989, s.4.

kinlik el değmemiş bir mücevheri andırmaktadır.

Hukuk ve Ekonomi anlayışına göre bundan böyle hukukun ereği toplum içinde etkinliği sağlamak olmalıdır. Etkinlik; hukuk açısından ikili bir göreve sahiptir. Etkinliği amaçlayan Hukuk ve Ekonomi'nin de bu nedenle hem pozitif, analitik ve açıklayıcı hem de normatif, değerlendirici ve yol gösterici olmak üzere iki yönü vardır<sup>(9)</sup>. Pozitif kuram da kendi içinde iki soru ile uğraş alanını belirler:<sup>(10)</sup>

- Bir politikanın davranışsal etkileri nelerdir ve bu politika etkin sonuca götürebilir mi?

- Eğer tek amacı etkinlik olsaydı hukuk neye benzerdi ve gerçekte hukuk buna benziyor mu?

Normatif kuramın da iki sorusu vardır:

- Etkinlik hukukun amacı olabilir mi?

- Eğer olabilirse, hukuk bu amaca en iyi biçimde hizmet etmek için nasıl bir reforma tabi tutulmalıdır?

Yukarıdaki soruların da gösterdiği gibi pozitif kuram, hukukun uğraş alanının adalet sorunlarından ziyade, kaynakların etkin tahsisine ilişkin sorunlarla belirlendiğini göstermeye çalışmaktadır. Normatif kuramsa, yasa koyucu ve yargıçların etkinlik amacını ilerletecek biçimde yasa yapma ve davalara karar vermelerini sağlayacak

bir kuramsal yapı hazırlama uğraşı içindedir.<sup>(11)</sup>

Ancak burada asıl önemli olan merkez kavramın yani etkinliğin tanımlanmasıdır. Ama bu hiç de kolay değildir. Onun için basitten karmaşığa ya da günlük dilden teknik-matematik terminolojiye doğru ilerlemek gerekir. En yalın ifadesiyle etkinlik: "Bir durumun toplam karları ile yine aynı durumun toplam maliyetleri arasındaki ilişkiyi ifade eder".<sup>(12)</sup> Her işlemin ardından duruma bakıldığında eğer toplam kar-masraf tutarında pozitif bir artış görülürse, o işlemin etkin olduğu söylenebilir. Bu hukuk normları açısından düşünüldüğünde; bir hukuk normu olaya uygulandığı zaman (kendini uygulanma ve eğer gerek kalmışsa zorla yerine getirme –cebri icra- masrafları dahil olmak üzere) toplam kar-masraf tutarında pozitif bir sonuç veriyorsa o normun etkinlik ölçütüne uygun olduğu söylenebilir. Şimdi, örneğin bir A durumunda toplam masrafların 100TL, karlar toplamının 120TL olduğu varsayılırsa bir K işleminin ya da bir H normunun uygulanmasının ardından toplam masraflar yine 100TL ve karlar 140TL ise (işlemden önceki kar masraf tutarı 120-100=20, ve işlemden sonraki tutar 140-100=40 iki sonuçtan 40>20 olduğundan) K işlemi ya da H normunun ekonomik açıdan etkin sonuç verdiği söylenebilir

Ancak etkinliğin belirlenmesi için bu açıklamalar henüz yeterli değildir. Hukuk ve Ekonomi akımın en önemli adı Posner için etkinlik: Toplumsal refahın azamileştirilmesidir. Toplumsal refahın azamileştirilmesi ise, toplumsal ödeme iradesinin (willingness-to-pay) azamileştirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>(13)</sup> Burada ölçüt iki tür fiyat arasındaki ilişkiyle belirlenir: Bunlar talep edilen (satıcının malı için istediği) fiyat ile teklif edilen (alıcının bu mal için ödemeye hazır olduğu) fiyattır.<sup>(14)</sup> Örneğin A'nın otomobiline 10 milyar istediği kabul edildiğinde bu otonun A için değeri 10 milyardır. B, böyle bir oto için 11 milyar ödemeye hazırsa onun için de otonun değeri 11 milyardır. Posner'a göre bu işlem gerçekleştiğinde toplumun refahı artmaktadır. Çünkü işlemden önce, A'nın 10 milyarlık bir otosu, B'nin de 11 milyar nakdi vardır. Talep edilen ve teklif edilen fiyatların toplamı 10+11=21 milyardır. İşlemden sonra ise A'nın 11 milyar nakdi, B'nin ise 11 milyar değerinde bir otosu vardır yani toplam bu kez 11+11=22 milyardır, sonuçta toplam toplumsal refah 1 milyar artmıştır (22-21=1). İşte bu işlem yani A ile B arasındaki oto satımı etkin bir işlemdir, çünkü talep edilen fiyat ile teklif edilen fiyat toplamını, yani toplumsal ödeme iradesini, yani toplumsal refahı arttırmıştır.

Dahası etkinlik parasal olabilir, ama yalnızca parasal da değildir. Örneğin günümüzde çok tartışılan kişilerin ellerindeki paraları bankacılık sistemine vermelerini sağlayacak kurallar konulması gereksinimi bir etkinlik talebidir. Çünkü 'yastık altındaki' para atıl bir kaynaktır ancak, çok farklı bir alanda olmakla birlikte düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamaların kaldırılması da bir etkinlik talebidir. Çünkü, düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki sınırlamalar kaldırıldığında insan potansiyeli kendini yaratıcı biçimde ortaya koyabilecektir.<sup>(15)</sup>

Etkinliğin bu tanımları, yararçı tanımları çağrıştırmaktadır ve kuşkusuz onlar için ileri sürülen sakıncalara sahiptirler ki, bunların başında belirsizlik ve görecelik gelmektedir. Şimdi, bu sakıncaları aşmak ve tam bir kesinlik sağlamak için, etkinliğin ileri sürülen son tanımı ise adımlı İtalyan bilim adamından alan (Vilfredo Pareto 1848-1923) Pareto etkinliği (Pareto efficiency) ya da Pareto optimallliği (Pareto optimality) ve Pareto üstünlüğü (Pareto superiority) kavramlarına dayanmaktadır. Pareto'nun bu tanımları etkinliği tümüyle matematiksel bağlamda ifade ederek nesnellığı sağlamayı amaçlamaktadırlar.<sup>(16)</sup>

- Eğer bir durumda, herhangi bir kişiyi daha iyi kılmak, ancak ve ancak bir başkasını kötüleştirmekle müm-

13 Lewis Kornhauser, "Legal Philosophy: Economic Analysis of Law", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2001 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL= <http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/> 1.11.2002.

14 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Massachusetts 1993, s.356.

15 Karl-Dieter Opp, *The Economic Theory of Social Norms*, ARSP vol. 1981 LXVII/4 ss.344-359, s.345 ve toplumsal ödeme iradesinin azamileştirilmesinin salt parasal olmayışıyla ilgili bkz. Posner, s.356 vd.

16 Polinsky, s.7 dn.4; Murphy-Coleman, s.182 vd.

9 Polinsky, s.xiv-xv.

10 Patterson (Ed.), s.311-312.

11 Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman; *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Colorado 1990, s.181-182.

12 Polinsky, s.7.

künse bu durum Pareto etkinliğine sahiptir ya da kısaca Pareto optimaldir.

• Eğer D1 durumunda, D durumundaki hiç kimse daha kötü olmayacaksa ve en azından bir kişi daha iyi olacaksa; D1 durumu, D durumuna göre Pareto üstünlüğüne sahiptir.

Pareto etkinliğini ya da optimallliğini yukarıdaki tanımların ardından şöyle ifade etmek de mümkündür: Eğer bir D durumuna göre Pareto üstünlüğüne sahip bir Dn durumu yoksa D durumu Pareto etkinliğine ya da optimallığıne sahiptir.

Etkinlik böylece saptandıktan sonra geriye bu çalışmayla ilgili saptanması gereken son iki kavram daha kalmaktadır: Harici etkiler yani harici masraflar (external effects, external costs) ve marjinal masraf ya da kar. Kişilerin toplum içindeki davranışları hem kendileri hem de kendileri dışındaki kişiler, hukuki bir ifadeyle üçüncü kişiler üzerinde çeşitli ekonomik etkiler doğurmaktadırlar. Örneğin köyün kenarından geçen dereye bir su yolu açarak kendi tarlasına su getiren köylü, diğerlerinin de bu sudan yararlanma olanağını azaltarak onlara ekonomik açıdan olumsuz etki etmektedir. Yine etrafı kirleten fabrika çevre sakinlerine olumsuz etki etmektedir. İşte bu dış etkiler negatif yöndeysen harici masraflar ya da kısaca hariciler (externalities) adını almaktadırlar. Bunlara toplumsal masraflar ya da toplumsal bedeller de (social costs) denilebilir. Ancak Hariciler daima olumsuz olmazlar. Eğer bir kişinin davranışı diğerleri açısından masrafa değil de kara yol açıyorsa po-

zitif harici etkilerden söz edilir. Yukarıdaki örnek biraz değiştirildiğinde pozitif haricilere uyacaktır. Köyün biraz uzağından geçen dereye, kendi tarlasına su getirmek için bir yol yapan ve böylece derenin yatağını değiştirerek onun diğer tarlaları da sulamasına yol açan köylünün davranışıyla tarlası sulanan diğer köylülerin durumu pozitif harici etkilere örnek gösterilebilir.

Gerek pozitif gerekse negatif hariciler, dahilileştirilebilirler (internalizing). Genel olarak haricilerin dahilileştirilmesi (internalizing externalities): "Harici ya da toplumsal masrafların (bedellerin), bir kişinin özel masrafı haline sokulma sürecidir."<sup>(17)</sup> Örneğin yetiştirdiği hayvanları çevredeki tarlalara zarar veren çiftlik sahibinin bu zararı tazmin etmesi (yani genel olarak tazminat) haricileri dahilileştirmenin yollarından biridir. Pozitif hariciler de dahilileştirilebilirler yani bir kişinin özel karı, üçüncü kişilerin de yararlanmasına açılabilir.

Buna örnek olarak da idare hukukunda idari makamların, genelde belediyelerin 'şerefiye' adı altında aldıkları para gösterilebilir. Belediye yetki alanındaki herhangi bir yere daha geniş bir cadde yaparak oradaki taşınmazların değerinin artmasına yol açtığına, bina sahiplerinden bu artışa karşılık şerefiye adıyla bir para alır. İşte şerefiye de pozitif haricilerin dahilileştirilmesinin yollarından biridir.

Son bir terim olarak marjinal masraf, maliyet ya da kara gelince, bu da basit ifadesiyle en son üretilen ürün ya da yapılan davranışın, gerçekleşen

olayın getirdiği kazanç ya da kaybı ifade eder. Örneğin ilk dükkanından yılda 30 milyar kazanç sağlayan bir esnafın ikinci bir dükkan açarak bundan da 25 milyar ve üçüncü bir dükkandan da 20 milyar kazanç sağladığı varsayılırsa; birincinin marjinal karı 30, ikincinin 25 ve üçüncünün 20'dir. Ekonomi kuramı içinde kar ve zarardan söz edildiğinde kural olarak marjinal kar ve zarar kastedilir.<sup>(18)</sup>

Tüm bu saptamaların ardından artık, Hukuk ve Ekonomi anlayışının ilk başlıkta anlatılan varsayımları ve kendi nesnel tanımlamalarını kullanarak hukuki sorunlara getirdiği somut çözümler incelenebilir.

### 3- Coase Teoremi

Chicago Okulu'nun Nobel ödüllü (1991), ünlü ekonomistlerinden Ronald H. Coase, 1960 yılında Hukuk ve Ekonomi'nin temellerinden birini oluşturacak The Problem of Social Cost (Toplumsal Bedel Sorunu) adlı makalesini Journal of Law and Economics'te yayınladı.<sup>(19)</sup> Bu makale aslında, Pigou'nun (Arthur Cecil Pigou 1877-1959) Refah Ekonomisi düşüncesi bağlamında ileri sürdüğü: Bireysel ve sosyal marjinal kazanç ve masrafların arasında ayırım yapılması ve, devletin vergiler ve sübvansiyonlar (örneğin tarımı desteklemek için yaptığı destekleme alımları gibi) karışımı yoluyla pazardaki hataları düzeltmesi yani haricileri dahilileştirmesi anlayışına, tam bir karşı çıkıştır.<sup>(20)</sup>

Makalede Coase, sorumluluk ya da haklılığa ilişkin hukuki saptamanın ekonominin kaynakların etkin tahsisine ilişkin temel yaklaşımına etkisini araştırmaktadır. Ancak bunu yukarıda değinildiği gibi varsayımsal bir ortamda incelemektedir. Onun makaledeki temel varsayımı işlem masraflarının '0' (sıfır) olması durumunda, yani işlem masrafı bulunmayan bir ortamda yukarıda sözü edilen ilişkinin incelemesidir.

Bu ilişki bir örnek üzerinde gösterilebilir:<sup>(21)</sup> Yakın çevreye çıkardığı dumanla zarar veren bir fabrika ve 5 çevre sakini vardır. Fabrikanın bacasından çıkan dumanlar çevre sakinlerinin kurmak için asılan çamaşırlarını kullanılmaz hale getirmekte ve adam başı 75 milyon TL zarara yol açmaktadır. 5 Çevre sakini bulunduğu için zarar toplamı 375 milyon TL'dir. Fabrikanın bu dumanı engellemesi için bir duman filtresi (ya da perdesi) taktırması yeterlidir ki, bunun maliyeti de 150 milyondur. Eğer sakinler çamaşırlarını evde kurutmak için elektrikli kurutucu almak isterlerse kurutucunun tanesi 50 milyon TL ve 5 sakin için toplam masraf 250 milyondur. Şimdi, onun varsayımları tam bu noktada devreye girmektedir:

• İlk varsayımına göre, hem sakinler hem de fabrika yetkilileri yukarıda anlatılan tüm bilgilere masrafsız sahip olabilmekte ve yine aralarındaki iletişim ve ulaşım masrafsız yapılmaktadır ('0' işlem masrafı varsayımı).

18 Murphy-Coleman, s.188.

19 R. H. Coase'nin kısa biyografisi için bkz. <http://cepa.newschooll.edu/het/profiles/coase.htm> 3.3.2002.

20 <http://cepa.newschooll.edu/het/profiles/pigou> 3.3.2002.

21 Polinsky, s.11-12.

• İkincisi varsayıma göre ise, taraflardan hiç biri stratejik davranışta bulunmamakta yani daha üstün bir konum elde etmek için pazarlıkta diretmemekte hatta, kapris dahi yapmamaktadır.<sup>(22)</sup>

İşte bu iki varsayımın geçerli olduğu bir ortamda çevre sakinleri ve fabrikanın mahkemede karşı karşıya geldiği düşünüldüğünde Coase teoremine göre, mahkeme kimi haklı bulursa bulsun; yani hukuki düzenlemeden bağımsız biçimde, ekonomik olarak etkin sonuç gerçekleşecektir. Olasılıklar şunlardır. Mahkeme çevre sakinlerini haklı bulur ve fabrikanın çevreye verdiği zarara son vermesine karar verir. Bu durumda fabrikanın 3 seçeneği vardır: (i) 375 Milyonu öder ve dumana engel olmak için hiçbir şey yapmaz. (ii) Toplam 250 Milyona sakinlere birer elektrikli kurutucu alır. (iii) 150 Milyona bir duman filtresi alır. Doğal olarak fabrika son seçeneği tercih edecektir. Buna karşılık mahkeme fabrikeyi haklı bulursa yani fabrikanın bu dumanı çıkarmasını engelleyecek herhangi bir hukuki düzenleme bulunmadığına karar verirse, çevre sakinlerinin de üç seçeneği vardır: (i) Sakinler sessizce 375 milyonluk zarara katlanırlar. (ii) Birer tane kurutucu alırlar ve toplam 250 milyon öderler. (iii) 150 Milyon ödeyerek fabrikaya bir duman filtresi alırlar. Çevre sakinleri de son seçeneği yeğ tutacaklardır. Sonuç etkin sonuçtur ve mahkeme kimi haklı

22 Polinsky, s.s.18 vd.

23 (R. H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 J. L. & Econ. 1 1960 )'tan naklen Howard Davies, David Holdcroft; Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995 s.396.

bulursa bulsun ya da hukuki düzenleme nasıl olursa olsun değişmeyecektir.

Coase benzer bir durumu biri mısır diğeri ise sığır yetiştiren iki komşu arasında düşünmektedir. Bu kez duman değil sığırlar, mısırlara zarar vermektedir. Coase hukuksal düzenleme ya da mahkeme kararının, kaynakların etkin tahsisi sonucunu (varsayımları altında düşünüldüğünde) değiştirmesini şöyle yorumlar:

Eğer sığır olmasa, mısır zararının olmayacağı doğrudur. Mısır olmasa, mısır zararı olmayacağı da eşit olarak doğrudur...eğer sorunu neden olma alanında tartışacaksak, her iki taraf da zarara neden olmuştur. Eğer kaynakların optimal tahsisine varmak istiyorsak, sonuçta her iki taraf da davranış tarzlarına karar verirken zararlı etkileri...dikkate almalıydılar.<sup>(23)</sup>

Burada hukuki düzenleme kaynakların etkin tahsisini etkilememektedir. Ancak etkilediği bir alan vardır: Zarara kimin katlanacağını, paranın kimin cebinden çıkacağını hukuki düzenleme belirlemektedir. İlk örnekte sakinlerin haklı bulunması durumunda zarara fabrika, fabrikanın haklı bulunması durumundaysa sakinler katlanacaktır.

Son olarak belirtilmesi gereken nokta, yukarıda kısaca değinilen Pigou'nun düşünceleriyle makale arasındaki ilişkidir. Pigou negatif harici etkilerin, harici masrafların ya da en geniş ifadesiyle toplumsal bedellerin dahilileştirilmesi için devletin vergi ve

sübvansiyon yoluyla piyasaya müdahale etmesi gerektiğini ileri sürerken; Coase yukarıdaki örneklerden anlaşıldığı gibi belirli koşullar altında etkin kaynak tahsisi için piyasaya hiçbir müdahale edilmesine hatta, hiçbir hukuki düzenleme yapılmasına gerek olmadığını anlatmaya çalışmıştır. Coase daha liberal bir ekonomiden yanadır.

#### 4- Sonuç

Hukuk ve Ekonomi'nin değiştiği noktalar ve hukuka ilişkin saptamaları tabi ki bunlarla sınırlı değildir. Akımın 1960'taki biçimi esas alındığında bile 43 yıllık bir tarihe sahip olduğu görülebilir. Özellikle Posner'in 1973 tarihli The Economic Analysis of Law (Hukukun Ekonomik Analizi) adlı yapıtının ardından, bu yapıtta ileri sürdüğü aşağıdaki tezler:<sup>(24)</sup>

• Common Law kuralları ekonomik etkinliği sağlamaktadır. Common Law uygulamasında hakimler başka gerekçeler ileri sürseler de verdikleri kararlar ekonomik etkinliği sağlama sonucuna götürmüştür. Bu konuda tutarlı bir içtihat birliğinden söz edilebilir;

• Hukuk kuralları ekonomik etkinliği sağlamalıdır, büyük bir hararetle tartışılmıştır. Hukuk ve Ekonomi'ye getirilen eleştiriler çok yönlü ve kapsamlıdır.<sup>(25)</sup> Ancak genelde hukukun felsefesini yapmaya çalışanlar, Hukukun Ekonomik Analizi'ne pek iyi göz-

le bakmamaktadırlar. Onda gizli ve tatsız bir ideoloji bulunduğunu düşünenlerin sayısı hiç de az değildir.<sup>(26)</sup> Bunun nedeni ekonomik analizin, mevcut bir piyasadaki dengesiz (adaletsiz) dağılıma kendisini teslim ettiği-nin düşünülmesidir. Bu düşünceye göre Ekonomik Analiz verimlilik bahanesiyle sürekli piyasadaki mevcut adaletsizlikleri sürdürecektir, özetle zenginleri daha da zengin edecektir.

Bu itirazların temel nedeni hukukun amacı olarak etkinliğin, zaman zaman adalet ya da hakkaniyetle çatışması gerçeğidir.<sup>(27)</sup> Çünkü hoş bir benzetmeyle, etkinlik pastanın büyüklüğü, adaletse onun nasıl paylaşılacağıyla ilgilidir ve pasta büyüdükçe herkese düşen dilimin kalınlaşacağı savının pek de doğru olmadığı çoktan anlaşılmıştır.<sup>(28)</sup>

#### Bibliyografya

Davies, Howard, David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, London 1995.

Dworkin R., A Matter of Principle, Harvard U. N., Mass. 1985.

Law's Empire, Fontana Pres London 1991,

Karl Marx, Ekonomi Politigin Eleştirisine Katkı, Çev. Sevim Belli, 5. Basım, Sol Yayınları, Ankara 1993.

24 Kornhauser, <http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/> 1.11.2002.

25 Özellikle hukukun amacı olarak refah ve etkinliği tartışması için bkz. Ronald Dworkin, A Matter of Principle, Harvard U. N., Mass. 1985, ss.237-292; Law's Empire, Fontana Pres 1991, ss. 276-312.

26 Murphy-Coleman, s.213 vd.

27 Etkinlik hakkaniyet çatışması için bkz. Polinsky, s.7-10.

28 Etkinlik adalet ilişkisi için bkz. Ahmet U. Türkbağ, "Pasta Tarifleri Üzerine Bir İnceleme: Küreselleşme ve Adalet", Doğu Batı S. 18, Şubat-Nisan 2002, ss.227-236, FSK Yayınları Ankara.

Minda, Gary, Postmodern Legal Movements, Law and Jurisprudence at Century's end, NY

University Press, New York 1995.

Murphy, Jeffrie G., Jules L. Coleman; Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, Westview Press, Colorado 1990.

Opp Karl-Dieter, The Economic Theory of Social Norms, ARSP vol. 1981 LXVII/4 ss.345-359.

Patterson, Dennis (Ed.), A Companion Philosophy of Law and Legal Theory, içinde J. D.

Hanson and M. R. Hart'a ait makale "Law and Economics" ss. 311-331, Blackwell Pub., Oxford 1999.

Posner, R. A., The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Massachusetts 1993.

Polinsky, A. Mitchell, An Introduction to Law And Economics, Aspen

Law & Business 2nd Ed. (Basım Yeri Yok), 1989.

Türkbağ Ahmet U., "Pasta Tarifleri Üzerine Bir İnceleme: Küreselleşme ve Adalet", Doğu

Batı Dünya Neyi Tartışıyor? -1 Küreselleşme, ss.227-236,s. 18, F. S. K. Yay., Ankara 2002.

#### Elektronik Bibliyografya

Coase, Chicago Scholl ve Pigou, <http://cepa.newschooll.edu/het/profiles/coase.htm> 3.3.2002.

Kornhauser, Lewis, "Legal Philosophy: Economic Analysis of Law", Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2001 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL= <http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/legal-econanalysis/> 1.11.2002.

Mackaay, Ejan, History of Law and Economics, <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf> 10.7.2002.

## Küreselleştirme, Özelleştirme ve Cezaevleri

Vahap Coşkun<sup>(\*)</sup>

### BİR "MODERN DEVLET KURUMU" OLARAK HAPİSHANELER

Hapishaneler modern devlet içinde ortaya çıkan ve gelişen bir kurumdur. Bu nedenle, hapishanelere ilişkin günümüzdeki tartışmaları daha iyi okuyabilmek için, modern devlet olgusuna bir kez daha bakmak yararlı olabilir. Modern devlet, özü itibarıyla modernlik/modernite sürecinde görülen devlettir. "Modernlik" ve "modernite" kavramlarına, halkın ve akademik dünyanın verdiği anlamlar farklıdır. Halk, "modern" derken, "güncel" ve "çağdaş" olanı anlar ve bunu olumlu bir olgu olarak görürken; akademik dünyada ise, modernitenin/modernliğin kullanımı ve sonuçları hakkındaki yargılar oldukça muğlaktır. Akademik tartışmada modernite, Pierson'un ifadesiyle, "ayrı (süreksiz) bir tarihsel değişimle çok daha güçlü özdeşleştirilmeye başlanmış ve buna uygun olarak da çok daha zayıf bir 'kalıcı şimdi' olma anlamı edinmiştir."<sup>(1)</sup>

Modernitenin algılanma farklılığı bu yazının konusu değildir, bu nedenle bu konunun ayrıntılarına girilmeye-

cektir. Ama algılama da farklılıklar olsa da, modernitenin yandaşlarının da karşıtlarının da üzerinde hemfikir olduğu, iki önemli özelliği vardır : İlki, modernitenin belli bir coğrafyada, yani Avrupa kıtasında, ortaya çıkması ve bu coğrafyadaki devletlerin zamanla gelişip yayılmasıyla bütün dünyayı kaplamasıdır. İkincisi, modernitenin belli bir zaman diliminde, 16. ve 18. yüzyıllar arası bir dönemde, ortaya çıkması, zamanla kendine özgü bir toplumsal düzeni oluşturması ve kendinden önceki toplumsal düzenle çatışmasıdır. Sosyal hayatın pek çok alanında devrimci denebilecek değişimleri yaratan bir süreç olarak modernite, insanlığın olağanüstü hızlı ve ciddi bir dönüşümünü ifade eder. Modernleşme sürecinin demokratikleşme, sanayileşme, demografik dönüşüm, kentleşme, sosyal işbölümünün büyümesi, bilimsel düşünce tarzının gelişmesi, iletişim imkanlarının artması ve buna benzer ana öğelerini sadece başlık olarak sıralamak bile, modern sosyal düzenin ortaya çıkışıyla özdeşleştirilmiş değişimlerin ne kadar önemli ve ne kadar geniş kapsamlı olduğunu anlamamızı

(\*) Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

1 Pierson, s.64-65 Modernlik olgusu üzerinde odaklanan akademik tartışmalar bu yazının konusunu teşkil etmediğinden, bu konuya girilmeyecektir. Ama modernlik olgusunu bir "ütopya" ve "ilerleme" olduğunu savunanlar ile modernliğin "karşı ütopya" ve "barbarlık" olduğunu düşünenlerin temel argümanları için bkz : Pierson, 67-69