

Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik

Araştırma

Sezal ÇINAR ÖZKAN*

*Hazine Avukatı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Öğrencisi
(Treasury Solicitor, Ankara University Graduate School of Social Sciences, Ph.D. Student)
(E-Posta: sezalcinar@hotmail.com)

ÖZET

Richard Posner'a göre epistemoloji, ontoloji, hermeneutik ve gelenekçilik hukuki nesnellığı sağlayabilme yeterliliğinden yoksundur. Posner, kendi "pragmatist manifesto"sunun ve hukukun ekonomik analizinin nesnellığı sağlayabileceği düşüncesindedir. Bu çalışmada Posner'ın görüşlerinin hukuki nesnellığı sağlayıp sağlayamayacağı incelenmiştir. Öncelikle Posner'ın hukuki pragmatizmindeki antitemeldenciliği ve formalizm karşıtlığı sebebiyle hukuki belirsizlik tehlikesine işaret edilmiş, sonra ise Posner'ın sonuçsalcılık ve refah maksimizasyonu ilkesiyle hukuki belirsizlikten çıkışı ve hukuki nesnellığı sağladığı iddiası izlenmiştir. Posner'ın sonuçsalcılığına ve hukukun ekonomik analizine yönelik eleştiriler rehberliğinde gerçekleştirdiğimiz incelemede Posner'ın önerisinin metodolojik olarak yetersiz olması nedeniyle hukuki nesnellığı sağlayamadığı sonucuna varılmıştır. Hukuki nesnellığı sağlayamamasının yanı sıra ayrıca görülmüştür ki, Posner'ın önerisi adil bir hukuki sistem için de elverişli değildir.

Anahtar Kelimeler

Hukuki nesnellik, pragmatizm, sonuçsalcılık, hukukun ekonomik analizi, refah maksimizasyonu

ABSTRACT

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND OBJECTIVITY

According to Richard Posner, epistemology, ontology, hermeneutics, and traditionalism lacks competence to provide legal objectivity. Posner claims that his "pragmatic manifesto" and the economic analysis of law can provide the legal objectivity. In this study investigated that if Posner's claim might realized legal objectivity. Primarily, indicated that; due to anti-foundationalism and anti-formalism Posner's legal pragmatism was in the danger of legal uncertainty. And then discussed that; according to Posner consequentialism and principle of wealth maximization inhibit legal uncertainty and provide to legal objectivity. The guidance with the criticisms of the economic analysis of law and the consequentialism realized that Posner's proposal can not provide legal objectivity due to a lack of methodology. In addition that, Posner's proposal is not conducive to a fair legal system.

Keywords

Legal objectivity, pragmatism, consequentialism, economic analysis of law, wealth maximization

1. Giriş

Benjamin N. Cardozo'nun ve Oliver W. Holmes'un görüşlerinin takipçisi olarak hukukta pragmatist düşünceyi yeniden canlandırmış olan **Richard Posner**'ın temel meselelerinden biri hukuki kesinlik ve nesnelliğin sağlanmasıdır.¹ **Posner**, "hukukun öznelliğe ve politikliğe düşmeksizin nesnel ve kesin cevapların kaynağı olması» sorununu araştırmak amacıyla kaleme aldığı temel eserlerinden olan "**The Problems of Jurisprudence**" da, genel hukuk teorisindeki epistemolojik, ontolojik, hermeneutik ve gelenekçilik olmak üzere mevcut tüm yaklaşımları ahlak ve siyaset felsefesinin kavramları rehberliğinde incelemiş, pragmatik yaklaşımın bunlara üstünlüğünü ilan etmiştir. **Posner**'ın epistemolojik, ontolojik ve hermeneutik nesnellik bakımından görüşü "birincinin daha çok kavramsal düzeyde kalmasından dolayı yasal yargılama bakımından çoğu kez konu dışı olduğu, ikincinin bazen erişilebilir olmakla birlikte bunun her zaman mümkün olmadığı ve üçüncünün ise erişilebilir ve bazen de faydalı olmakla birlikte, yine de somut olay için çok fazla şey ifade etmeyeceği" yolundadır.² **Posner**'a göre ne epistemoloji ne ontolojik başvurular ne hermeneutik, ne de gelenekçilik hukukun nesnelliğini sağlama yeterliliğine sahip değildir.³ Ayrıca **Cardozo**'nun hukuk anlayışı ve **Holmes**'un "tahmin teorisi"ni de kabul edilebilir pek çok yönüne rağmen yetersiz bulan⁴ **Posner**, **Holmes**'un hukukun yargıcın özellikli bir durumla karşılaştığı zaman ne yapacağını tahmin etmesi olduğuna dair tanımını, hukukun yargıcın aynı zamanda yargılama faaliyeti ile bizzat yarattığı şey olduğuna dair bir anlayışla genişletmiştir.⁵

Hukuk teorisindeki yaklaşımların hiçbirini yeterli bulmayan **Posner**'ın hukuki nesnellik için önerisi kendi "pragmatist manifesto" ilanıdır.⁶ **Posner** pragmatist yargılama ilkelerine dayanan bir hukuk sistemi önerisi getirmektedir.⁷

1 POSNER, Richard, **The Problems of Jurisprudence**, Harvard University, USA, 1990, s. 353.

2 POSNER, 1990, s. 31.

3 **Ibid.**, s. 457.

4 **Ibid.**, s. 221-223.

5 POSNER, 1990, s. 355.

6 **Ibid.**, s. 454.

7 POSNER, Richard, **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003a, s. 59, 63.

2. Posner'in Hukuki Pragmatizminin Formalizm Karşıtlığı ve Antitemeldenciliği

Posner'ın hukuki pragmatizmi antitemeldenci⁸ formalizm karşıtı⁹ ve sonuçsalcıdır.¹⁰ Antitemeldenciliğin anlamı **Posner**'a göre hukukun ahlaki teorilerden ve değerlerden özerkleştirilmesidir. Değerler çoğulcu olduğundan hukukun değerlerle ilişkisi kesilmelidir. Değerlerin, ahlaki ve felsefi teorilerin kendisi zaten çekişmelidir. Bu sebeple hukuki problemlerin çözümünde temel alınmazlar. Ahlaki teorileri hukuka temel almak hukuki nesnellığı engelleyecektir. **Posner**'a göre hukuki nesnellik ancak tartışmalı ve çoğul nitelik taşıyan değerlerle hukuk ilişkisi kesildiğinde yani hukuk ahlaki ve felsefi teorilerden özerkleştirildiğinde sağlanabilecektir.¹¹ **Posner** "pragmatik etik skeptizim" ile metaetik bir duruş önerisinde bulunmaktadır.¹²

Hukuki formalizme de karşı çıkmakta olan **Posner**'a göre formalizm daha çok kavramlar arasındaki ilişkilerle ilgilenmekte, olgular dünyasına yüzeysel olarak dahil olmaktadır. Formalizm bu anti-pragmatik ve anti-empirik tutumuyla sorunları ve uyuşmazlıkları çözebilme yeterliliğine sahip değildir.¹³ Formalizmi neyin işe yaradığına değil de, bir dizi mantık zinciri sonunda ulaşılan kuralların neler olduğunu araştırmamasından dolayı eleştiren **Posner**, kavramların insan ihtiyaçlarına göre ikincil olduğuna işaret etmektedir.¹⁴ **Posner**'a göre formalist düzenlemeler hukukun tamamı değil, yalnızca bir parçasıdır. Gerçekte hukuk, yargıcın empirik araştırmayla somut davanın koşullarını gözeterik ve pragmatist yorumunu katarak verdiği kararda ortaya çıkmış olan şeydir.¹⁵

Hukuki formalizmde yargıç yasal düzenlemelerle bağlıdır. Yargıca yasal alanın dışında serbesti

8 **Ibid.**, s. 85, POSNER, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard, 2002, s. 8, LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska. Law. Rev.**, 1999, s. 557.

9 POSNER, 2003a, s. 85, LAKE, 1999, s. 557, LUBAN, 1999, s. 276.

10 POSNER, 2003a, s. 85, LUBAN, 1999, s. 275.

11 POSNER, 2002, s. 6, 8-9.

12 **Ibid.**, s. 8.

13 POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008, s. 239.

14 POSNER, Richard, "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Paterson, Blackwell Publishing, USA, 2003c, s. 185.

15 POSNER, 1990, s. 355.

tanınmamıştır. Hukuki pragmatizmde ise formalist bağlılık terk edilince, yargıca geniş bir müdahale alanı açılır.¹⁶ Ayrıca **Posner**'in pragmatist yargıcı yasaya uyma zorunluluğunu terk etmiş olmasının yanı sıra, yukarıda işaret edildiği gibi, ahlaki ve felsefi teorilerle de başını koparmıştır. Pragmatist yargıç hem antitemeldenci hem de antiformalisttir.

Posner'in yargıcı yasallık ile bağlı olmadığı gibi, ölçüt olarak kullanabileceği etik ilkelere de sahip değildir.¹⁷ Öyleyse pragmatist yargıç kararını nasıl verecek, nasıl gerekçelendirecektir? Pragmatist yargıcın bu durumu her türlü öznel ve politik etkiye açık olduğu izlenimini uyandırır.¹⁸ Böylece hukuki pragmatizmde, yargıcın kararını verirken nesnellığı nasıl sağlayabileceği problemi ortaya çıkar. Çünkü yargıç ne yasallığı ne de ahlaki teorileri nesnel temel olarak görmemektedir. Bunlar yargılamada asıl olmayıp, araçsal nitelik taşımaktadır. Nesnel bir temele bağlı olmadığından, yargıç değiştiğinde araçsal olarak başvurabileceği argümanlar da, yargıcın öznelliğine göre değişebileceğinden, hukuk da değişkenlik gösterecek hukuki belirsizlik problemi ortaya çıkaracaktır.¹⁹ Buna karşılık **Posner**'in tam olarak asıl meselesi ise hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak, hukukta nesnel bir zemin elde etmektir.²⁰

Posner pragmatist yargıcı bu durumdan kurtaracak, formalizm ve temeldencilik dışında, başka bir nesnel zemin önerisinde bulunur. **Posner**'a göre bu ikisi hukuki nesnellikte zaten başarısızdır. Kendi önerisi ise hukuki nesnellik ve kesinliği sağlayabilecektir. **Posner** hukuki nesnellik için refah maksimizasyonunu gerçekleştirecek sonucu doğuracak olan bir sonuçsalcılığa işaret eder." Ekonomik Seçim Teorisi" nin bir üst norm etkisine sahip olduğu düşüncesinde olan²¹ **Posner**'in pragmatist hukuk sistemi "zenginlik-refah maksimizasyonu"nu²² yaratacak sonuca odaklıdır. Çünkü ekonomik analiz, normatif değerler konusuna girilmeksizin, objektif kriter olarak uygulanabilme özelliğine sahiptir.²³ Ekonomi biliminin

objektif ve empirik olarak sınanabilen²⁴ kuralları ve araçlarıyla hukuki nesnellik sağlanabilecektir.

Bu sebeple aşağıda hukuki nesnellığı sağlamak için **Posner**'in en güvenilir temeller olarak gördüğü sonuçsalcılığı ve sonuçsalcılıkla dolambaçlı bir bağlantıya sahip argüman olarak refah maksimizasyonu ve hukukun ekonomik analizi²⁵ incelenecektir.

3. Posner'in Hukuki Pragmatizminin Sonuçsalcılığı

Hukuki nesnellik için ahlaki teorileri güvenilir bulan ve formalizme de işe yaramadığı için karşı çıkan **Posner**, bunların yerine sonuçsalcılığı önermiştir. **Posner**'a göre yargıcın kararını oluştururken kalkış noktası ahlaki teoriler ya da formalist düzenlemeler değil, vereceği kararın ortaya çıkaracağı sonuçlar olmalıdır.²⁶

Posner'in sonuç odaklı yaklaşımında -zaman zaman değişen ve birbirlerinin yerine geçecek tarzda kullanılan- birkaç kriter göze çarpmaktadır. Bunlar; "en iyi sonuç" (the best)²⁷, "etkililik" (efficiency),²⁸ "pratik akıl" (pratic reason),²⁹ ve "makuliyet" (reasonable)³⁰ kriterleridir.

Yargıç farklı prensipler getiren iki hukuki kurallı karşılaştırmak yoluyla en iyi sonuca ulaşmalıdır. Buna göre yargıç mevcut olayda, amacı destekleyen ya da onunla uzlaşan en iyi yasal yoruma destek veren kuralı bulmak yükümlülüğündedir.³¹ **Posner**'in yargıcı üç katmanlı bir araştırma içindedir. Bunlardan ilki yargıcın yeterli öğrenme, bilgi sahibi olma ve etkili yasal kuralı belirlemeye yönelik bilme zorunluluğudur. İkincisi yargıç etkili kuralı belirlerken hukuk evreni içinde konuyla ilgili diğer düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Nihayet yargıç, belirlemesi ve kararı ile ilgili olarak seçtiği kuralın neden en iyi sonucu

Economics and Pragmatism", **Harvard Law Rev.**, 2007, s. 1183.

24 POSNER, Richard, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004, s. 4.

25 LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska Law. Rev.**, 1999, s. 623.

26 POSNER, **2003a**, s. 59.

27 **Ibid.**, s. 60.

28 POSNER, **2003b**, s. 252.

29 POSNER, **2003a**, s. 60.

30 **Ibid.**, s. 59.

31 POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 238.

16 POSNER, **2008**, s. 1.

17 POSNER, **2002**, s. 11v.

18 **Ibid.**, s. 1.

19 POSNER, **1990**, s. 1.

20 **Ibid.**, s. 353.

21 POSNER, **2003a**, s. x.

22 POSNER, **1990**, s. 356.

23 MINOW, Martha, "Religion and the Burden of Prof: Posner's

verecek olduğunu ve diğer kuralların neden daha etkisiz sonuç verecek olduklarını da açıklamak zorundadır.³²

Posner'a göre en iyi ya da en etkili sonuç en fazla zenginliği sağlayacak olan sonuçtur. **Posner'in** sonuç odaklı yaklaşımında amaç «zenginlik-refah maksimizasyonu»³³ yaratmaktır. Yargıca sonuçlara bakmayı önermekte, kararını koşullar dahilinde her iki taraf için en iyi sonucu verecek şekilde üretmesi gerektiğini söylemekte olan³⁴ **Posner**, onun karar verirken ekonominin ilkelerini kullanmasını istemektedir. Çünkü her ikisinin de amacı verimliliği artırmaktır. Olası kuralın seçiminde "efficiency/ etkililik, verimlilik" en üstün ilke olmalıdır. Etkili olması gereken değer, refahın en çoğaltıcı şekilde yeniden dağılımıdır. Böylece **Posner'a** göre yargıçlar, gelecek odaklı kural koyuculuklarıyla, taraflar arasında en fazla etkili çıktıya sahip olacak kuralı seçerek kararlarını vereceklerdir.³⁵

Bu en fazla verimli çıktı meselesi durumun özelliğine göre değişmektedir. Örneğin bir haksız fiil davasında yargıç alternatif kuralları uygulamanın davanın gelecekte doğuracağı sonuçlara etkisini gözetmelidir. Böylece etkililiği, verimliliği arttırmaya konsantre olan yargıçlar alternatif değerlendirmeleri yürürlüğe sokarak ve refahın yeniden dağılımını temin ederek, hukuku tamamlarlar. **Posner'in** hukuki karar için alışık olunan "adil", "adalete uygun" ya da "doğru" gibi kavramlar yerine "en iyi", "etkili", "verimli" gibi kavramlar kullandığı görülmektedir.³⁶

İlk dönemlerde «en iyi» sonuca işaret eden **Posner** daha sonraki dönemlerde ilave olarak "makuliyet" (reasonable) ve "pratik akıl" (pratic reason) kriterlerinden söz etmektedir. Buna göre, pragmatik karar pratik akla uygun olarak akılcı/makul olarak ortaya çıkmalıdır.³⁷ Bu kriteri "**Law, Pragmatism and Democracy**" isimli kitabında "Pragmatik Yargılamanın İlkeleri" başlığı altında

kullanmıştır. Pragmatik yargıç kararını makul olarak vermelidir.³⁸

Pratik akıllı "saf olmayan, yani kolayca kandırılmayan insanların mantık ya da gözlem tarafından doğrulanamayan olaylar hakkındaki inançlarını biçimlendirme yöntemleri" olarak tanımlayan **Posner** bu metodları sağduyu, sezgi, yorumlama, deneyim, analogi yoluyla akıl yürütme ve örtülü bilginin karması olarak bildirmektedir. **Posner'da** pratik akıl hedefi belirleme ve bu hedefe ulaşmak için gerekli olan en uygun araçları seçme şeklinde ortaya çıkan araç-amaç rasyonelliğini içermektedir.³⁹

Posner'in sonuçsalcılığı ve sonuçsalcılığı uygularken yargıç için önermiş olduğu kavramları çeşitli düşünürlerce çeşitli iddialarla eleştirilmiştir. İddiaları üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunların ilki **Posner'in** en iyi sonuç, pratik akıl ve makuliyet gibi soyut kavramlar kullanmakla birlikte bunların içeriğini doldurmamış olduğu⁴⁰ yolundadır. İkincisi, **Posner'in** önerisinin metodolojik açıdan elverişsiz olduğu,⁴¹ üçüncüsü **Posner'in** sonuçsalcılığının hukukun gelişimini temin eden eleştirel düşünceyi destekleme yeterliliğinden yoksun olduğu⁴², dördüncüsü **Posner'in** önerisinin paylaşılan ortak değerler varsayımına dayandığından, azınlık değerlerini baskılayacağı⁴³ yönündedir.

Sonuç Odaklı Yaklaşımın Eleştiriler

1. Arthur J.Jacobson ve John P.McCormick göre, Posner'in "en iyi" sonuç kriteri standart bakımından yetersizdir. Posner'in kararının delillerinde "en iyi" ye işaret eden değişmeyen öz bir değer standardının açıkta kalmış olduğuna işaret eden Jacobson ve McCormick'e göre Posner, reddettiği doğal hukuk çizgisine düşmek kaygısıyla, toplumsal yararı maksimize eden faydacılığın evrensel kuralına benzer bir karar tavsiyesinden ve bu tarz gerekçeleştirme çizgisinden özellikle

32 SANDERS, Anthony B.- TODD J., Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", *Iowa Law Rev.*, 2008, s. 575.

33 POSNER, 1990, s. 356.

34 JACOBSON, Arthur J./ MCCORMICK, John P., "The Business of Democracy is Democracy", *John M.Olin&Economics Working Paper*, The Law School the University of Chicago, No.261, 2D series, 2005, s. 23.

35 SANDERS/ZYWICHI, 2008, s. 563.

36 *Ibid.*, s. 563.

37 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23.

38 POSNER, 2003a, s. 59.

39 LEVIT, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", *Northwestern University Law Review*, Northwestern University Press, USA, Vol. 85, No.2, 1991, s. 498.

40 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23-24.

41 HAUGH, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", *Irish Student Law Rev.*, 2001, s. 49, LEVIT, 1991, s. 501-509.

42 *Ibid.*, s. 501.

43 *Ibid.*, s. 513.

kaçındığından “en iyi” nin standardını vermekten geri durmaktadır. Çünkü Posner’a göre hem hukuk, hem de politik üretim, değere işaret eden tartışmaların üstünde tutulmalıdır. Böylece Posner, “en iyi” sonucun ne olacağına dair hiçbir şey söylemeksizin bunu yargıçlara bırakmaktadır. En iyi sonuç, «farklı sonuçların ağırlığına bağlı» olup, aynı zamanda «yargıcın kendi idealindeki toplumun ihtiyaçları ve çıkarlarına» kalmıştır. Posner’in yargıcın vereceği en iyi sonucun ne olacağını aydınlatmamasının yargıcın kararını sakat bırakmakta olduğunu düşünen Jacobson ve McCormick’e göre, Posner’in tüm felsefi enkazından kurtarılabilen tek kelime «en iyi» dir. Jacobson ve McCormick pragmatik yargılama teorisinin boş bir bağlam olan “en iyi” kelimesi temelinde yapılandırmanın mümkün olmadığı eleştirisinde bulunmaktadır.⁴⁴ Jacobson ve McCormick aynı eleştiriye “pratik akıl” ya da “makuliyet” kavramı hakkında da yineleyerek Posner’ı bunlara da bir içerik kazandırmadığından bahisle⁴⁵ eleştirmiştir.

Posner’ın kullanmış olduğu kavramların içeriklerini açıkta bırakmış olduğu yolundaki eleştirisi, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterleri için kabul edilebilir olmakla birlikte, aynı eleştiriye “en iyi sonuç” kriteri için kabul edebilmek kanımca mümkün değildir. Çünkü *Posner*, en iyi sonuç için açıkça “refah maksimizasyonu”⁴⁶ yaratacak sonuçta işaret etmektedir. Aynı kanaati paylaşan *Michel Rosenfeld*⁴⁷ ve *Peter Lake*⁴⁸ göre de, *Posner*’daki en iyi sonuç ekonomik analiz ve refah maksimizasyonu ile kaynaşmış durumdadır.

2. *Posner*’ın sonuçsalci kriterlerinin en yoğun eleştiriye uğradığı husus, metodolojik olarak eksik ve başarısız olduğu yönündedir. *Alan J. Haugh* ve *Nancy Levit*, *Posner*’ın yargıca önerdiği kavramları metodolojik olarak çeşitli bakımlardan eleştirirler.

Haugh’a göre “pratik akıl” metodolojik olarak yetersiz bir kriterdir. Bu yetersizlik karar verme sürecinde “pratik akıl” a başvurulduğunda ortaya

çıkılmaktadır. *Haugh*, *Posner*’ın “pratik akıl” deyiminin standart bir anlamı olmadığını belirterek, *Aristoteles*’daki, “herşeye çabuk inanmayan (saf olmayan) insanların mantık veya gözlemlerle ispatlanamayan durumlar hakkında inançlar oluşturmaya yönelik metodları» tanımını tercih ettiğine dikkat çeker. *Haugh*’a göre bu terim, hukuki karar için son derece yetersizdir.⁴⁹ “Pratik akıl”, *Posner*’da, kanıtlanabilir olmayan inançları değerlendiren metodların bileşimidir. Bu bileşim “anekdot, içgözlem, yetki, benzetme (metafor-mecaz), karşılaştırma (mukayese), örnek (emsal), gelenek, hafıza, tecrübe (deneyim), sezgi ve diğer araçları içermektedir. *Haugh*’a göre *Posner*’ın listesindeki araçlar kuşkusuz ki yargıcın önündeki konularda nasıl karar vermesi gerektiği konusunda inançlar formüle etmesine yardımcı olacaktır. Ancak bunlar uyumsuzluğun yalnızca yarısını çözebilecektir. Çünkü bu araçlar kendi başlarına bu inançları haklı çıkaramayacak veya değerlendirilmeleri için bir kriter sağlamayacaklardır. Başka bir ifadeyle, yargıca “iktina edici gerekçeler” sunmayacaklardır.⁵⁰

Haugh’un “pratik akıl” a metodolojik bakımdan itirazının bir diğeri ise, pratik mantığın potansiyel olarak çatışan (çelişkili) inançlar arasından seçim yapma kriterini sunamıyor olmasıdır. Çünkü pratik akıl kaynakları olan sezgi, sağduyu, gelenek veya emsal karşıt inanç yaratabilme potansiyeline sahiptir. *Haugh*’a göre pratik akıl bu açıdan da metodolojik olarak yetersizdir.⁵¹

Nancy Levit, *Haugh*’ın metodolojik eleştirisinin ilkinin paylaşmaktadır. Bilimsel metoda tarafdar olan *Levit*’e göre, pratik akıl ve sağduyu entellektüel açıdan en zayıf metodlardır. *Posner*’ın sağduyu metodları olarak sunduğu sezgi ve örtük bilme, genellik ve netlik özellikleri göstermez. *Levit*’e göre eylemle daha fazla, düşünceyle ise daha az ilişkili olan sağduyu, açıklayıcı bir inceleme geliştirebilme yeterliliğinden yoksundur. Karar verme metodolojisi sezgisel düşünme olduğunda, karara yol açan gerekçeler dahi anlaşılamayacaktır. Çünkü pratik akıl, gerekçeleri şekillendiren sezgilerin nasıl rasyonel gerekçeler haline getirileceğine dair bir standart sunmamaktadır.⁵² Bu eleştirilerine ilave olarak *Levit*, sezgi-

44 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23.

45 *Ibid.*, s. 24.

46 POSNER, 1990, s. 356.

47 ROSENFELD, Michel, “Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner’s and Rorty’s Justice without Rorty’s Justice without Metaphysics Meets Hate Speech”, *Cardozo Law Rev.*, Vol.18, s. 116.

48 LAKE, 1999, s. 623.

49 HAUGH, 2001, s. 49.

50 *Ibid.*, s. 49.

51 *Ibid.*, s. 49.

52 LEVIT, 1991, s. 503.

sel ve sağduyusal düşünmenin mantıksızlaştırıcı, anlamsızlaştırıcı eğilimlerine değinir. Sağduyu bilim öncesi ve mantıksız olmaya eğilimlidir. Sezgisel kısımlara akıldan daha fazla değer vermek ve onları akıldan ayrı bir yere koymak aklın develüasyonuna yol açacaktır.⁵³ Bu sebeple, **Posner**'ın kavramları hukuki yargılama için gerekli olan sistemli ve metodolojik bir araştırma bakımından yetersizdir.⁵⁴

3. **Posner**'ın sonuçsalcı metoduna yöneltilen diğer bir eleştiri, pratik aklın hukukun gelişimini temin eden eleştirel düşünceyi destekleme yeterliliğinden yoksun olduğu yönündedir. **Levit** sağduyudan beslenen pratik aklın kültürel inşa, sosyal, etnik, coğrafi değişikliklere ve tarihsel geleneklere bağlı olduğuna dikkat çeker. Sağduyu kültür tarafından derinden etkilendiğinden, kültürel koşullar hakkındaki eleştirel düşünmeyi destekleyebilir nitelikte değildir. **Levit**'e göre sağduyu kültürel aktarım ve çoğalmayla birlikte düşünüldüğü için tutucu bir metottur.⁵⁵ Rasyonellik kriteri olarak bilinen bilimsel metod ise metodolojik avantajının yanında bir de hukuki kararın rasyonel olarak değerlendirilebilmesinin olanağını vermektedir. Böylece bilimsel metod ile hukuk sisteminin hangi kuramlarının mantıklı ve sınanabilir olduğu görülebilecekken, **Posner**'ın metodu bunu gerçekleştirememektedir.⁵⁶

Levit'e göre **Posner**'ın bu konudaki problemi, tanımlayıcı hukuktan emredici hukuka geçmiş olmasından doğmuştur. **Levit**'e göre, **Posner**'ın pratik akıl kavramı yalnızca "yargıçların zor davalarda kullandığı analiz metodu" olarak tanımlanması durumunda kabul edilebilir. Pratik akıl bu şekilde ifade edildiğinde "**The Problems of Jurisprudence**" uzlaşmacı bir görünümü kavuşur. Ancak, **Posner** pozitif teoriden normatif olana kaymıştır.⁵⁷ **Levit** yargıçların yaptıkları şeyin doğru olduğunu düşündüklerinde bir şeyleri değiştirmek için dürtüleri olmayacağına dikkat çekmektedir. **Posner**'ın teorisinin bu halinde, yargılama statükoya yenik düşeceğinden sistemin daha iyiye gidebileceğine dair olan umutlar kaybolacaktır.⁵⁸

53 **Ibid.**, s. 504.

54 **Ibid.**, s. 505.

55 **LEVIT, 1991**, s. 502.

56 **Ibid.**, s. 501.

57 **Ibid.**, s. 510.

58 **Ibid.**, s. 510.

4. **Posner**'ın sonuçsalcılığına yönlendirilen eleştirilerden başka biri ise, **Posner**'ın önerisinin en iyi sonuç bakımından paylaşılan ortak amaçlar ve değerler varsayımına dayandığından bir konsensus hukuku olduğu bu sebeple azınlık gruplarının değerlerini baskılayacağı yönündedir.

Levit **Posner**'daki pratik aklın içeriğinin gizlenmiş bir konsensus hukukuna işaret ettiğini düşünmektedir. Pratik aklın meşruluğu evrensel olarak paylaşılan değerler varsayımından çıkmaktadır. **Posner**'ın sezgi, örtük bilme ve sağduyuyu güvenilir nitelikler olarak sunması, bunların paylaşılan nitelikler olduğu varsayımına dayanmaktadır.⁵⁹

Levit'e göre **Posner**, hukuki topluluğun hem politik hem de kültürel olarak çeşitli olduğunun hakkını teslim etse de, önemli pasajlarda pratik aklın yargısal metodoloji olarak başarısının toplumsal konsensusa dayandığını da ifade etmektedir. Bu durumda **Posner**'ın görüşü politik ve kültürel olarak çeşitlilik olsa da, birçok paylaşılan (ortak) sezginin de olduğu yolundadır. Bu sebeple **Levit**'e göre, **Posner**'daki sezgisel düşünce, gerçekte yargısal çeşitlilik varsayımına karşı bir tuzaktır.⁶⁰

Ayrıca **Levit** için **Posner**'ın yargıda çeşitlilik olduğu varsayımında hareketle, homojenlik yönündeki arayışı şaşırtıcıdır.⁶¹ Çünkü fiili durum yargıda çeşitlilik değil, yargının dikkat çekici oranda homojen oluşu ve ideolojik ayrılıktır. Ama bunun aksine, hukuki homojenliğe zıt olarak toplumsal yapıda heterojenlik ve sessiz kültürel gruplar vardır. **Levit**'e göre sağduyuya dayanan, çoğunluk görüşünden beslenen, farklılık karşıtı olarak ortaya çıkan pratik akıl kavramı, hukuk sisteminin sıra dışı ve azınlık gruplarına karşı neden duyarsız kaldığının altını çizer yapıdadır. **Posner**'ın sağduyudan beslenen pratik aklı, baskın olan sesi meşrulaştırma işlevi görecektir. Böylece meşrulaştırılan konsensus hukuku azınlıkta kalan grupları dışlayacak ve marjinalleştirecektir. Bu yöntemle mantıklı kararlara ulaşılsa bile yöntem zarar vericidir. Çünkü birkaç alternatif içinde yargıcın kararı için yapacak olduğu her seçim neyin normal ve uygun olduğunu göstermenin bir yolu olarak ortaya çıkacaktır. Öte taraftan karar için diğer alternatif seçim olanakları azınlık görüşü olduğu

59 **Ibid.**, s. 510.

60 **LEVIT, 1991**, s. 511.

61 **Ibid.**, s. 512.

için anormal ya da «uygun değildir» olarak tanımlanmış olacaktır. Böylece baskın görüş bir kez daha güç gösterisi olarak ortaya çıkacaktır. **Levit Posner**'in pratik akıl kavramını, gücün, alt tabaka grupları üzerindeki iddia ettiği hakkın onaylanması olarak görmektedir.⁶²

Rosenfeld da, **Lake** ile paralel bir itiraza sahiptir. **Rosenfeld**'a göre **Posner** amaçlar konusunda toplumsal konsensus olduğu varsayımındadır. Sonuçlara odaklanmak, ekonomik analizle ve refah maksimizasyonu ile harmanlanmış haliyle, refah maksimizasyonunu en yüksek iyi haline getirmektedir.⁶³

4. Hukukun Ekonomik Analizi

Posner'in hukuku ekonomik analizle ele alarak disiplinler arası alanda objektif bir temele oturtmak için kapsayıcı bir sistem oluşturma amacıyla yazdığı "**Economic Analysis of Law**" onun en iddialı ve etkili eseridir. **Posner** burada, araçsal, ancak merkezi nitelikte önem taşıyan ekonomi ile hukuku bağdaştıran bir teori inşa etme çabasıdır.⁶⁴

Posner ekonomik analizin üç ana ilkesi olduğunu bildirir. Talep kanunu olarak ifade ettiği birinci ilke, konulan fiyat ile talep edilen miktarın ters orantılı oluşudur. İkinci ilke tüketicilerin ve suçluların kendi çıkarlarını, mutluluklarını zevk ve doyumlarını en üst düzeye çıkarmaya çalışıyor olmalarına dairdir. Üçüncü ilke ise piyasa rızaen yapılan değiş-tokuşa izin verdiğinde kaynakların, en verimli kullanım alanlarına yönelecek olmalarına⁶⁵ ilişkindir.

62 **Ibid.**, s. 513.

63 **ROSENFELD, 1996-1997**, s. 116.

64 **ROSENFELD, 1996-1997**, s. 115, Ayrıca bkz: **LAKE, 1999**, s. 625; "Posner, Yargılama Hukukunun Problemleri'nde refah maksimizasyonunu, pragmatizmi ve araçsalcılığı birleştirir."

65 **POSNER, Richard, Economic Analysis of Law.**, Aspen Publishers, New York, 2003b, s. 3-4.

Posner, insanların rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini sahip oluşunu evrim kuramı ile açıklar. **Posner**'e göre, evrim kuramı insanın bilinçsizde olsa, rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini açıklamıştır. Maksimizasyon, rekabet, bilinçsiz rasyonellik, bedel, yatırım, kişisel çıkar, hayatta kalma yetisi ve eşitlik kavramı her iki teoride de çok önemli rol oynamaktadır. Evrim teorisi ırkların bilinçsiz maksimizasyon sağlamalarıyla uğraşmaktayken ekonomi kişilerin bilinçsiz maksimizasyon güdülerini ile ilgilenmektedir. Sonuç olarak ekonomi, evrimleşen canlıların bilinçsiz maksimizasyon sağlamaya çalışmalarıyla aynı yönelime sahiptir. Ekonomik hayatta işler karışsa da, çeşitli zorluklarla karşılaşılsa da tıpkı evrimleşen canlıda olduğu gibi bir şekilde bunun üstesinden gelmek başarılabilmektedir. Böylece ekonomik maksimizasyon anlayışı

Hukukun ekonomik analizi için, temel argüman olarak, ekonominin insanların isteklerine oranla sınırlı sayıda kaynağın olduğu bir dünyada rasyonel tercihler bilimi olmasına işaret eden **Posner**'a göre, ekonominin, hukukun ekonomik analizine yol gösterecek olan en temel varsayımı, insanların kendi tatminlerini en yüksek noktaya taşıyan (maximizer) rasyonel varlıklar olmasıdır.⁶⁶ Ekonomik analiz uyarınca, kişiler özgür bırakıldıklarında yapacakları seçimlerin "rasyonel" en yüksek tatmini sağlayacak seçimler olacağı varsayılır. Buna göre kişiler rasyonel olmalıdır, ama tamamen bilinçli olmak zorunda değildirler. "Rasyonel" sözcüğü burada araçlar ile amaçlar arasında genel bir uyumluluğu ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶⁷ Böylece **Posner**'a göre bütün sosyal aktörlerin akılcı araçsalcılar olduklarını varsayan ekonomik model aracılığıyla bütün insan aktiviteleri işleyen bir makine gibi anlaşılabilir.⁶⁸

Hukuk ve ekonomi modelinde yargıç da, diğer akılcı araçsalcılar gibi, refah maksimizasyonunu ya da diğer bir ifadeyle zenginliğin artırılmasını gözetmek durumundadır. **Posner**, sıradan bir yargıç ile refah maksimizasyonunu gözetecek yargıcın vereceği kararlarının farklılığını, kaybolan kedisi için ödül vereceğini ilan eden kedi sahibi ile ilanları görmeksizin kediyi bulan kişi arasındaki hukuki durumun çözümlemesi üzerinden açıklar. Sıradan yargıcın yapacağı formalist yorum üzerinden vereceği kararda, kedinin sahibinin ödül parasını ödemesine gerek yoktur. Çünkü tarafların iradeleri buluşmamıştır. Ancak refah maksimizasyonunu gözetilen bir yargıcın vereceği karar, bulanı ödüllendirmenin, hukuki kurala göre ödül verme uygulanmasının her benzer durumda zenginliği artırıcı olmasına göre değişecektir.⁶⁹

pragmatik bilgiye ulaşmada çok önemli bir araç haline gelmektedir. Bkz: **POSNER, 2002**, s. 14.

66 **POSNER, 2003b**, s. 3.

67 **POSNER, 1990**, s. 354.

68 **POSNER, Richard, Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995, s. 15-16. **Posner**'e göre, bu bilgi oldukça kapsayıcıdır. Sözleşme hukukundan, sigortaya, haksız fiil hukukuna ya da başka bir suç işlenip işlenmediğine dair kriminal bir kararı ya da dava açıp açmayacağına dair davacının rasyonel analizasyonunu da kapsayabilmektedir. Bkz: **Ibid.**, s. 353. Ayrıca **Posner**'e göre, Hukuk "refah maksimizasyonu" işlemlerini çeşitli yollarla kolaylaştırmaktadır. Örneğin mülkiyet hakkını onaylaması ve bunu haksız fiil hem de ceza hukuku yoluyla koruması, alışverişini kolaylaştırmaktadır. Bkz: **POSNER, 1990**, s. 357.

69 **POSNER, 1995**, s. 423.

Posner "refah maksimizasyonu" teriminin çoğu zaman anlaşıldığının aksine yalnızca parasal zenginlik olarak anlaşılmaması gerektiğine dikkat çekerek açıklamalarına devam eder. *Posner* için "refah maksimizasyonu"ndaki "refah" kelimesi tüm maddi ve manevi mallarla hizmetlere karşılık gelmektedir.⁷⁰ Ayrıca *Posner*, maddi ve manevi tatmindeki artışa ilave olarak özgür zamana da refah bedeli atfetmektedir.⁷¹ Ekonomik anlamda "refah" basitçe sadece parasal bir konu olmasa da refah parayla yakın ilişki içindedir. Çünkü ödeme gücüyle desteklenmemiş bir arzu ayakta duramaz.⁷²

Özetle, araçsal akıl⁷³ varsayımına dayanarak ekonomi her iki yönüyle de, hem araçsal akıllı menfaatçi bireylerin hareketlerini tahmin ettiğini iddia eden pozitif bir bilim olarak, hem de zenginliğin maksimizasyonuna yönelik taahhütte bulunan bir bilim olarak, kanunların seçilmesi, yorumlanması ve değerlendirilmesi için nesnel kriteri sağlayacaktır. Buna göre, hem uygulanacak olan kanunun seçilmesinde hem de farklı türden yorumlara açık bir kanunun yorumunda, bunların arasından

70 POSNER, 1990, s. 356; Örneğin: "Eğer A, B'nin pul koleksiyonu için 100 dolar ödemeye gönüllüyse, bu A için 100 dolar değerinde demektir. Eğer B pullarını 90 dolar üzerinde olmak üzere herhangi bir fiyata satmaya gönüllüyse, bu B için 90 dolar değerindedir. Bu yüzden, eğer B pullarını A'ya satarsa, toplumun zenginliği 10 dolar ile artacak. Bu ticari alışverişten önce A'nın nakit 100 doları vardı ve B'nin 90 dolar değerinde pul koleksiyonu vardı. Alışverişten sonra A'nın 100 dolar değerinde pulları oldu ve B'ninse nakit 100 doları. Bu alışveriş ölçüt zenginliği 10 dolar ile artırmayacak. Hatta hiçbir biçimde artırmayacak tabii eğer bu alışveriş kayıt edilmezse ve eğer kaydedilirse, muhtemelen satış fiyatıyla (100 dolar) ile bu zenginliği yükseltecektir. Ancak toplumsal refaha asıl katkı A'nın satıştan elde ettiği bedeli para olmayan tatmindeki 10 dolarlık artışı içeren bir katkıdır."

71 *Ibid.*, s. 357, Örneğin: "Eğer haftada 40 saatlik çalışmaya 1.000 dolar aldığım bir işte çalışmaya devam etme ile haftada 30 saatliğine 500 dolara çalışacağım başka bir işe geçme arasında seçim yapmam isteniyorsa, ve ben de işi değiştirmeye karar verdiğem, ekstra 10 saat olacak (boş zaman için olan) bunun bana değeri en azından 500 dolardır. Farzedelim ki ekstra boş zamanlar 600 dolar değerinde, böylece çalışma saatlerimi azalttığımda tüm gelirim 1.000 dolardan 1.100 dolara çıkacak. İlk patronumun, büyük ihtimalle, benim işten ayrılmamla maddi durumu kötüye gidecek fakat 100 dolardan daha fazla bir zarar olmayacak. Çünkü eğer o olsaydı bana haftalık 1.100 dolardan çok az daha yüksek bir fiyat önerenecekti ve ben de kabul edecektim."

72 POSNER, 1990, s. 357, Örneğin kişi mutsuz bir şekilde BMW arzuluyor olsa da, fakat eğer onun satış fiyatını ödemeye gönülsüzse ya da gücü yetmiyorsa BMW'nin şimdiki sahibinden diğer kişiye transfer olmasıyla toplumun refahı artmayacaktır.

73 *Ibid.*, s. 367. "Ekonomi insanların rasyonel davranacaklarını varsayar."

hukuk ve ekonomiye göre zenginliğin arttırılmasına en uygun olanın seçilmesi gerekmektedir. Böylece yargıç karar verirken hem formalizmden gelen kısıtlamaları aşmış, hem de öznelliğe düşmeden ekonomi biliminin verileri uyarınca gereken nesnellığı sağlamış olacaktır. Sonuç olarak hukuk ve ekonominin perspektifinden adalet, araçsal akla ve zenginliğin arttırılmasının gerçekleştirilmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

"**The Problems of Jurisprudence**"nin onikinci bölümünde *Posner*, farklı bağımsız yargılama teorilerini değerlendirme ve reddetme bağlamında, hukukun ekonomik analizini, son yıllarda kapsayıcı bir adalet kavramını ayrıntılarıyla ele alan "en hevesli ve belki de en etkileyici olanı" olarak tanımlar.⁷⁵ Ancak hukukun ekonomik analizine karşı pozitif savlarla ilgili değerlendirmeleri boyunca, yapıcı ve refah maksimizasyonunu savunan yarı şüpheci duruşunu da korur.⁷⁶ Pragmatist yaklaşımını yansıtan mesajı, -ona göre gerçekte zayıf olmayan- zayıflığına rağmen hukukun ekonomik analizi biçimindeki refah maksimizasyonu elimizdeki en iyi alternatiftir.⁷⁷

Posner, hukukun ekonomik analizine yönelik iki itirazı oldukça ciddiye almakta, yalnızca bu itirazların ekonomik analizin gücünü zayıflatılabileceğini düşünmektedir. Bunlardan ilki, hukuk ve ekonominin düzmece bilim olduğu ve diğeri ise ekonominin, piyasa-dışı eylemlere değil, piyasaya ait olduğu yolundadır.⁷⁸

Birinci itiraza yönelik savunmasında *Posner* öncelikle ekonomi biliminin doğa bilimleriyle karşılaştırıldığında zayıf kaldığını kabul eder. Ancak ekonominin sahte bir bilim olmadığına ve ayrıca bir ideoloji olmadığına dikkat çeker. *Posner*, ekonominin, insani bilimlerin en güçlüsü olduğunu düşünmektedir. Buna karşılık *Posner*'a göre ekonomi bir bilim olarak, birbiriyle ilişkili iki başlıca zayıflığa sahiptir. İlki büyük ölçüde deneysel olmayan bir bilim olmasıdır. Ekonomik alanın, kontrollü deneylerin uygulanmasının çok elverişsiz olduğu bir alan olması doğrulama ya da yanlışılamayı zorlaştırmaktadır. İkincisi, çürütülebilirliğin olmamasının kendisi *Posner*'a göre küçük bir

74 ROSENFELD, 1996-1997, s. 115.

75 LAKE, 1999, s. 627.

76 *Ibid.*, s. 630

77 *Ibid.*, s. 631.

78 *Ibid.*, s. 628.

problem değildir. Etkili bir şekilde çürütülemeyen fakat sadece doğrulanabilen bir teori zayıftır, sağlam bir temele sahip değildir. *Posner*'in problemi şudur ki, bir teoriyi destekleyen veriler, eğer biz rekabet eden teorileri çürütemezsek, diğer teorileri de destekler. Ancak *Posner* için bu zayıflıklar yine de hukuk ve ekonomi eylemini gözden düşürmemelidir. Öncelikle, bir çok rasyonel bilim ekonomik analizin zayıflıklarını paylaşır niteliktedir. Ekonomistler ve diğer sosyal bilimciler zaman zaman kontrollü deneyler yapmaktadırlar. Ayrıca, betimleyici hukuk araştırması için rekabet çok zayıftır.⁷⁹ Çeşitli disiplinlerarası hukuk araştırmaları alanları hukukun ekonomik analizinden çok daha eski olmalarına rağmen, pozitif bir hukuk teorisi biçimlendirmede önder bir rol alabilme yeterliliğine sahip olamamışlardır. Sonuç olarak *Posner*, ekonomik analizin mükemmel olmasa da en güçlü aday olduğunu düşünmektedir.

Posner'in dikkate aldığı ikinci eleştiri hukuk ve ekonominin yanlış yere konulduğu yönündeki iddiadır. *Posner* ekonominin açık piyasa çevreleri dışında insan bilgisine çok şey katıp katmadığının deneysel bir soru olduğunu düşünmektedir. Bu deneysel sorunun cevabı ise *Posner*'a göre hukuk ve ekonomi literatürünün yaygınlaşmasıyla ve de uygulamada yer edinmesiyle olumlu olarak cevaplanmış durumdadır.⁸⁰

Posner'in ekonomik analiz konusunda kabul ettiği tek eleştiri, refah maksimizasyonunun Amerikan hukukunda önemli bir uygulama alanına sahip olduğu, hatta "common law"ın mantığının refah maksimizasyonu ile refahı yeniden dağıtmak olduğunu düşünse de, bir sosyal norm olarak evrenseliğinin tatmin edici olmadığı yönündedir.⁸¹

Ancak ekonomik analize kayda değer başka eleştiri ve itirazlar da yükselmektedir. Bu itirazlardan ilki, bu denli merkezi konuma ve önemli hale getirilmiş olan ekonomik analizin tüm hukuk alanını kaplayarak hukuku işlevsiz hale getirip yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olduğu bir hukuk sistemine yol açacağı⁸², ikincisi *Posner*'in idealize ettiği serbest ekonomi modelinin uygulanabilirliğin ancak hukukun üstünlüğü çatısı altında

mümkün olabileceği⁸³, üçüncüsü *Posner*'in zenginliğin artırılması odaklı hukuki sisteminin açıkça eşitliğe ve sosyal adalet aykırı olduğudur.⁸⁴ *Posner*'a yöneltilen dördüncü eleştiri temel hak ve özgürlükler bakımındandır.⁸⁵ Son ve beşinci olarak ele alacağımız eleştiri ise hukukun özel bazı alanlarında ekonomik analizle ilgi kurabilmesinin mümkün olmadığı yolundadır.⁸⁶

Hukukun Ekonomik Analizine Yönelik Eleştiriler

1. İtirazların ilkinde göre, ekonomik analiz tüm hukuk alanını kaplayarak hukuku işlevsiz hale getirip yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olduğu bir hukuk sistemine yol açabilecektir. *Levit*'e göre, ekonomik analiz, bir yargıcın seçmesi için gerekli olan en doğru yargısal paradigma olarak pratik akla bağlanmıştır. Pratik akıl kavramı da, toplumda mevcut ortak yargılara dayandığından, hukuk mevcut ekonomik çerçevenin bir kez daha teyit edilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır.⁸⁷ Hatırlanacak olursa *Levit*'in bu eleştirisine "Sonuçsalcılığa Eleştiriler" başlığında da yer verilmişti. *Posner* sonuçsalcılığını ekonomik analize bağlamış olduğundan söz konusu eleştiri ekonomik analiz bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir. *Levit*'le benzer görüşte olan *Rosenfeld*'a göre, hukuk ve ekonomi bütün alanı kapladıkça, hukuk tamamen ekonominin altında kalacaktır. Bu olduğunda ise kanuna göre adalet, ekonomik adalete boyun eğecektir. Hukuk ve politika, ekonomi tarafından olgusal ve normatif olarak yönlendirilen bir sosyal dünyada daha da ikincil plana itilecektir. Zenginliğin arttırılmasının bütün ahlaki amaçların önüne geçmesi tehlikesi vardır. Buna göre teoride zenginliğin arttırılması ne kadar araç gibi gözükse de, pratikte o bütün diğer amaçları altta bırakabilecektir.⁸⁸

83 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

84 ACORN, Annalise, E., "Valuing Virtue: Morality and Productivity in Posner's Theory of Wealth Maximization", *Valparaiso University Law Rev.*, 1993-1994, s. 172, LAKE, 1999, s. 636.

85 *Ibid.*, s. 633, RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", *Stanford Law Rev.*, Vol.54, No:4, Apr., 2002, s. 753, STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", *Columbia Law Rev.*, Vol.91, No:2, Mar.1991, s. 334.

86 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

87 LEVIT, 1991, s. 499.

88 ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

79 LAKE, 1999, s. 628

80 *Ibid.*, s. 629.

81 *Ibid.*, s. 630.

82 LEVIT, 1991, s. 499, ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

2. Diğer bir eleştiri, Posner'in idealize ettiği türden serbest ve rekabet içinde işleyen ve rasyonal seçimlerle en doğru seçimleri yapan bir ekonomi modelinin işleyebilmesinin ancak bir hukuk sistemi içinde mümkün olabileceği yönündedir. Hukuki bir rejim olmadan işleyen bir pazar toplumunu sürdürülebilmek imkânsızdır. Bu sebeple Rosenfeld'a göre, en iyimser senaryoda bile ayrı bir pratik olarak hukuk asla pozitif ve normatif ekonomiyle birleşmeyecektir.⁸⁹

«Günümüz toplumlarında hukuk ile ekonomi arasındaki ilişki karmaşık ve birden fazla görünüme sahiptir. İyi çalışan pazarlara göre, hukuki düzenleme kısıtlanmasız pazar işlemlerine müdahale edilmesini önleyecek minimum seviyede olmalı. Fakat pazarların işlevsel olmadığı konularda, var olan pazarların kusurlarını düzeltmek için pozitif düzenlemeler kaçınılmaz hale geliyor. Diğer bir deyişle, işlevsel pazarlar bağlamında, hukuk kolaylaştırıcı bir rol oynuyor. İşlevsiz pazarlarda ise, hukuk pazarın eksiklerini düzeltici bir rol oynamak zorundadır. Teoride hukukun kolaylaştırıcı ya da düzenleyici bir rol oynaması arasında fark yoktur. Her iki durumda da kanunun ya da tekil bir hukuki yorumun meşruluğu aynı testten geçecektir. O test söz konusu kanun ya da yorumun sonucunun zenginlik artışını sağlayıp sağlamadığıdır. Pratikte ise kişi hukukun sadece kolaylaştırıcı olduğu ve sonuçların otomatikman zenginlik artırıcı olduğu mükemmel pazarların pürüzsüz dünyasında kalmaz. Tersine zenginlik artışının önüne engeller çıkaran pürüzler kaçınılmazdırlar. Bunlar düzenlemeci kanuna davet çıkarırlar ve dağılımcı adaletle ilgili ilk önemli soruları ortaya atarlar.»⁹⁰

3. Posner'in zenginliğin artırılması odaklı hukuki sistemi ayrıca, açıkça eşitliğe ve sosyal adalet aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Posner, "The Problems of Jurisprudence"nin onikinci bölümünün sonunda refah maksimizasyonunun «bir üretkenlik ve sosyal dayanışma etiği» olduğunu ifade etmektedir. Posner'a göre,

toplumun eşya ve hizmetleri üzerinde bir iddiada bulunmak için diğer kişilerin değer verdiği bir şey sunabilmek gerekmektedir.⁹¹

Annalise E. Acorn Posner'in refah maksimizasyonu ile üretkenlik etiğini savunmasını eşitliğe ve sosyal adalete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. *Posner*'in düşüncesine göre, refah maksimizasyonu diğer avantajlarının yanı sıra aynı zamanda üretkenlik erdemini teşvik ettiğinden dolayı etik olarak da savunulabilir durumdadır.⁹² *Acorn*'a göre, *Posner*'in kuramı şu varsayıma dayanır: Yetkilerin paylaştırılmasında, üretkenin talepleri üretken olmayanlarınkinden daha çok dikkat çeker ve üretken bireyler piyasadaki başarıları ile tanınırlar. Oysa *Acorn*'a göre bu varsayım eşitlik ilkesine aykırı olduğundan etik olarak savunulması mümkün değildir.⁹³

Acorn'a göre, *Posner* üretkenliği etik bir erdem olarak formüle ettiğinde ilk olarak üretkenlik nosyonu ile özgecilik nosyonunu birleştirmiş ve üretkenliğe etik bir önem atfetmiştir. *Posner*'a göre üretim aracılığıyla bireyler birbirlerine fayda sağlamaktadırlar.⁹⁴ İkinci olarak *Posner*, refah maksimizasyonunu etik bir norm olarak savunduğunda yarı-dini retoriğe, Kalvenizme başvurmuştur. Kalvinist ahlak ise üretkenlik konusunda son derece inkarcı ve kişiyi olumsuzlama konumundadır. Üretkenlik, Kalvenizme göre, birey için dinsel kurtuluş aracıdır.⁹⁵ *Posner*'a göre refah maksimizasyonu Kalvinist erdemleri teşvik ettiğinden dolayı ahlaki olarak daha üstün durumdadır.⁹⁶

Acorn, *Posner*'in refah maksimizasyonunu ahlaki bir kuram olarak yorumladığı "**The Economics of Justice**"ı irdeler. *Acorn*'a göre bu kitap önemlidir. Çünkü *Posner* bu kitapta, hukuk ve ekonomi için, eşitlik ilkesini reddetmenin ahlaki olarak hoşgörülebilir olduğunu dürüstçe ifade etmiştir.⁹⁷ Refah maksimizasyonunu etik olarak savunurken bile *Posner* yönünü değiştirmemektedir. Kuramının eşitlikçi olmadığını ve avantajlılığın lehine olması gerektiğini kabul etmekte, refah maksimizasyonu ile *Rawls*'in eşitlikçi kuramını

91 POSNER, 1990, s. 391.

92 ACORN, 1993-1994, s. 168.

93 *Ibid.*, s. 205.

94 *Ibid.*, s. 177.

95 ACORN, 1993-1994, s. 169.

96 *Ibid.*, s. 177.

97 *Ibid.*, s. 171.

89 *Ibid.*, s. 117.

90 ROSENFELD, 1996-1997, s. 118.

açıkça reddetmektedir. *Acorn Posner*'ın sorunların çözülmesi için bir prosedür yaratma konusunda görünürde bile, *-Rawls*'un aksine- bireylere eşit davranmaya çalışmadığına işaret eder. *Posner* yalnızca ekonomik araçlara eşit davranmaktadır. *Posner* bunu şu şekilde açıklar: "*Birisi bir dolanın her bireye ne kadar değer ifade ettiğini sorduğunda yine tartışmalı meselelere saplanır ve ekonomik yaklaşımın netliği kaybolur.*" Çünkü soru eşitlik tartışmasına döndüğünde problem yine tartışmalı olan etik alan içine çekildiğinden *Posner* bunu tercih etmemektedir.⁹⁸

Acorn'a göre materyal üretkenliği tek başına olarak en önemli şey olarak gören bir etik kuram elitisttir. İnsanlar aynı fırsatlara ya da üretkenlik kapasitesine sahip olmayabilirler. Ayrıca piyasa da her zaman üretkenliği ödüllendirmede başarılı olmayabilir. Bu kuram, erdemi amaçlamada başarısızdır. Erdemliler için materyal ihtiyacı sağlayabilen alt tabakanın yaratımı ve dışlanmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak *Acorn*'a göre üretkenlik etiği ahlaken yeterince savunulabilir durumda değildir.⁹⁹

Lake de tıpkı *Acorn* gibi refah maksimizasyonunun eşitliğe aykırı olduğu düşüncesini taşımaktadır. *Posner*, refah maksimizasyonunu savunurken, rekabet halindeki diğer sosyal adalet kavramlarının başarısız olduğunu bildirmektedir.¹⁰⁰ Sosyal adaletin eşitlik ve dağıtımsal adalet nosyonlarının başarılı olmadığı düşüncesinde olan *Posner*, sosyal pastanın toplam büyüklüğünü arttırmaya odaklanmıştır.¹⁰¹ *Posner* savını öne sürerken bütün sol görüşlere saldırır ve refah maksimizasyonu ilkelerine karşı koyan sosyal deneyleri kınar. *Posner*'a göre ekonomiye teşvik ya da kısıtlamalarla müdahale etmek özellikle Üçüncü Dünya ülkelerinde denenmiş ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.¹⁰² *Posner*'a göre haklar gerek başlangıçta ve gerekse sonra düzgün dağılma eğilimindedir. Tesadüf ve kötü şanstaki kaynaklı haksız durumların olduğunu *Posner* da kabul eder.

Ancak kötü şanstaki kaynaklı eşitsiz hak dağılımı sosyal adalet ilkeleriyle giderilmeye çalışılsa bile doğal durum yine de sosyal değişime dirençli olacak, kısa sürede eski hale geri dönecektir.¹⁰³ Bir toplumdaki sosyal dağıtım etkili bir dağıtım olmadığında bunun sonuçları kısa sürede ortadan kaybolacağından yapılmış değerlendirmelerin ve bu değerlendirmeler gereğince yapılan uygulamaların da bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle *Posner*'a göre, sosyal adaletin başarısız eşitlik ve dağıtımsal adalet uygulamalarındansa, refah maksimizasyonu modeli uygulanmalıdır.¹⁰⁴

Posner dağılım sorunlarını verimlilik sorunlarından uzak tutacak bir iş bölümü önermekte, dağılımsal problemlerin üzerinden gelebilecek en iyi kurumun yasama kurumu olduğunu söylemektedir.¹⁰⁵ Ancak *Rosenfeld*'a göre *Posner*, ileri sürdüğü yasama ve yargı işlevleri, politika ve hukuk ayrımlarıyla bile, eşitliği ve dağılımsal adalet sorununu tatmin edici bir şekilde ele almış olmaktan uzaktır. *Posner*'ın savunması yalnızca, artan zenginliğin dağıtımında en iyi aracın pragmatik argüman olduğu ve bunun ise elde edebileceğimizin en iyisi olduğu şeklindedir.¹⁰⁶ *Rosenfeld*, hem statü-konun kaçınılmazlığını hem de ondan bir kopuşun imkansızlığını varsaymakta olan bu argümanın totolojik oluşuna dikkat çeker. Çünkü *Posner*, aynı zamanda yasama organını en çok etkileyenlerin güçlü çıkar grupları olduğunu da belirtmektedir. *Rosenfeld* bunun kaçınılmaz bir şekilde zenginlik konusunda gittikçe artacak bir fark yaratacağına işaret etmektedir.¹⁰⁷

4. *Posner*'a yöneltilen diğer bir eleştiri temel hak ve özgürlükler bakımındandır. Temel hak ve özgürlükleri bedel-fayda analizine tabi tutarak ekonomik yaklaşımla savunması eleştirilmektedir. *Posner*'a göre, daha geniş açıdan bakıldığında mevcut haklar sistemi aslında gerçekçi bir faydacılık anlayışının gereksinmesidir. Yani, insan doğasının gerçekleri dikkate alındığında, faydacılığı gözetilen bir toplum fayda maksimize edici kurallar ve kurumları getirecektir.¹⁰⁸ Anayasal düzenlemelerin ekonomi biliminin verileri gereğince

98 *Ibid.*, s. 172.

99 *Ibid.*, s. 204-205.

100 LAKE, 1999, s. 636. *Posner*'den aktaran Lake: "Bizim, piyasaların çalıştığına -kapitalizmin malları dağıttığına- inanmak için nedenimiz var ve felsefenin bizi çıkarımlardan saptırmasına izin vermek bir hata olur..."

101 *Ibid.*, s. 631.

102 LAKE, 1999, s. 636.

103 LAKE, 1999, s. 635.

104 *Ibid.*, s. 634.

105 ROSENFELD, 1996-1997, s. 121.

106 *Ibid.*, s. 121.

107 *Ibid.*, s. 122.

108 LAKE, 1999, s. 633.

insan davranışının sonuçlarına bakarak hazırlanması gerektiği düşüncesinde olan *Posner*'a göre, örneğin anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü araçsal bir dokunuşu içermektedir. İfade özgürlüğüne araçsal dokunuşun anlamı, bu özgürlüğün politik istikrar, ekonomik refah ve bireysel mutluluğu temin etmede araçsal bir role sahip olmasından dolayı tanınmış olmasıdır. *Posner*'a göre, etik dokunuşun tam tersi olan araçsal dokunuşta ifade özgürlüğü, insanların karşılıklı olarak etik anlayış varlığını arttırdığı için değerlidir.¹⁰⁹

Jed Rubenfeld de bu yaklaşıma itiraz etmektedir. Buna göre, özgürlükler herhangi bir kritere bağlanamaz. Bedel-fayda penceresinden bakıldığında temel haklar kolaylıkla kısıtlanabilecektir. Konu ifade özgürlüğü örneğinde açıklandığında ifadenin toplumda, kazandıracağı artı değerlerden daha fazla korkutucu sonuçlar doğuracağından bahisle yasaklanabilmesi ihtimaline yol açılır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa bedel-fayda analizi uyarınca, "ifadeye ancak yarattığı değer, en fazla zararına eşitse ya da zararını aşıyorsa izin verilebilir." Bu anlamda fayda-bedel bakışından pek çok ifade yeterli bulunmayarak yasaklanabilmesi olasılığı vardır. Fayda-bedel analizi bireysel ifade özgürlüğünün bir kriter ile nişanlanması sonucunu doğuracağını ifade eden *Rubenfeld*,¹¹⁰ 'a göre bunun anlamı ifade özgürlüğünün hiç kalmıyor olmasıdır. İfade özgürlüğü örneğinde açıklanan durum, diğer özgürlükler için de geçerlidir. *Rubenfeld*'a göre özgürlükleri herhangi bir kritere bağlamak hatalı bir yaklaşımdır. *Rubenfeld* bedel-fayda yaklaşımını özgürlüklerin kısıtlanmasına sebep olmasının yanı sıra, yargıçları kanun koyuculara çevirmesi nedeniyle de eleştirmektedir.¹¹¹ *David A. Strauss* da aynı şekilde kısıtlanmalarına neden olacağı gerekçesiyle, temel hak ve özgürlüklerin ekonomik kritere bağlanması düşüncesine karşı çıkmaktadır.¹¹¹

5. *Posner*'ın ekonomik analiz ve refah maksimizasyonu projesine yönelik kayda değer bir değer eleştiri konusu ise hukukun özel bazı alanlarında ekonomik analizle ilgi kurabilmenin mümkün olmadığı yolundadır. *Rosenfeld*'a göre örneğin anayasal özgürlük, eşitlik, gizlilik ve kürtaj gibi

konularda ekonomik analizin söyleyebilecek pek fazla bir şeyi yoktur.

*«Ekonomi kürtaj hakkının zenginliğe katkısını kanıtlaya bile ki Posner kürtajla alınmış bir fetüsün değerini öğrenmemizi sağlayacak hiç bir bilimsel yolun olmadığını ima ediyor. Bunun anayasal kürtaj hakkını kabul etmemizde ya da reddetmemizde hiçbir önemi olmaz.»*¹¹²

Posner da ekonomik analizin bu türden meselelerde kullanışsız olduğunun kesinlikle farkındadır. Bu sebeple de ekonomik analizin liberal ilkelerle tamamlanması gerektiğini bildirmektedir.¹¹³ *Posner*'a göre liberalizm, dokunulmaz geniş bir kişisel alan yaratarak ve özgür pazarların çalışmasını sağlayarak, kişisel özgürlük ve ekonomik zenginlik için gerekli şartları temin etmektedir.¹¹⁴

5. Değerlendirme

Posner mevcut hukuk felsefesi teorilerinin yaklaşımlarını yetersiz bulmuş, hukuki nesnellik bakımından çözümün antitemeldenci, antiformalist ve sonuçsalcı özelliklere sahip "pragmatist manifesto"sunda diğer bir değişle hukuki pragmatizmde olduğunu iddia etmiştir. *Posner*'ın kendi hukuki pragmatizminin nesnelliği sağlayacak yolundaki varsayımı, hukuki yargılamayı pragmatizmle birlikte ekonomi bilimin objektif ve nesnel olarak işleyen kurallarına bağlamasından kaynaklanmıştır.

Posner, ilk döneminde hukukun ekonomik analizine daha çok güvenmiş ve sisteminde daha keskin ve merkezi bir yer vermişse de son dönem yazılarında bu tavrını esnetmiştir.¹¹⁵ Hukukun ekonomik analizle bir takım matematik formüllerine indirgeme projesine çeşitli itirazlar yükselebileceğinin farkında olan *Posner*, ekonomik analizin bir makine gibi işleyen bir kesinliğe sahip olmasa da yine de hukuki nesnellığı sağlamada en yeterli araçlara sahip bir sistem olduğu düşüncesindedir.¹¹⁶

İncelemelerimiz sırasında görülmüştür ki, *Posner*'ın görüşlerine pek çok değişik açıdan eleştiriler ve itirazlar yöneltilmektedir. Ancak

109 POSNER, 2004, s. 62.

110 RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", *Stanford Law Rev.*, Vol.54, No:4, Apr. 2002, s. 753.

111 STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", *Columbia Law Rev.*, Vol.91, No:2, Mar.1991, s. 334.

112 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

113 POSNER, 2003c, s. 188, POSNER, 1995, s. 22-23.

114 *Ibid.*, s. 24.

115 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

116 POSNER, 1990, s. 361.

dikkati çeken husus, -genelleyici bir yaklaşımda ifade etmek gerekirse- bu eleştirilerin daha çok **Posner**'in ekonomik analize bağlanmış pragmatik hukuk sisteminin adil bir hukuki düzene elverişli olmadığı yönünde ortaya çıkmasıdır. Gerçekten de **Posner**'in sisteminin hukukun ekonomik analiziyle nesnelliği bir ölçüde sağlayabilecek olsa da, adil ve eşitlikçi bir hukuki sistem meydana getirmek konusunda son derece başarısız kaldığı görülmüştür.

Öncelikle **Posner**'in sonuçsalcılığını değerlendirirsek, **Posner**'in sonuçsalcılığı adaletle olan ilişkisinde başarısızdır. Eleştiriler göstermiştir ki, içeriği çoğunluğun görüşü olarak ortaya çıkan pratik akıl kriteri, azınlık gruplarını dışlayıcı bir etkiye yol açmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca pratik akıl kriterinin, eleştirel düşünceye yol açma yeterliliğinden yoksun olması, hukukun ve adaletin gelişiminin durmasına sebep olması¹¹⁸ **Posner**'in sonuçsalcılığının adaletle olan ilişkisinin başarısız olduğu yolundaki görüşü teyit eder niteliktedir.

Özellikle ekonomik analiz bakımından getirilmiş olan eleştirilerin her biri **Posner**'in ekonomik analize dayanan pragmatist hukuk sisteminin adaletle olan ilişkisindeki ciddi sıkıntılara işaret etmektedirler. **Rosenfeld**'in ifadesiyle **Posner**'in hukuka ekonomik yaklaşımı tehlikelidir.¹¹⁹ Çünkü adalet, ekonomik adalete boyun eğecektir. Ekonomik adaletsizlik yaşadığımız dünyada zaten olgusal olarak mevcuttur. Hukukun da bu fiili duruma normatif olarak eşlik etmesi, hukuk sisteminin adaletten iyice uzağa düşürecek. Zenginliğin arttırılmasının bütün ahlaki amaçların önüne geçmesi tehlikesi vardır. Buna göre teoride zenginliğin arttırılması bir araç gibi gözükse de, pratikte o adalet de dahil olmak üzere bütün diğer amaçları baskılayarak geçersiz kılacaktır.¹²⁰

Ancak şu husus hatırlanmalıdır ki, **Posner** zaten adil bir hukuk sistemiyle değil, nesnel bir hukuk sistemiyle ilgilenmektedir. Bu sebeple **Posner**'in sistemindeki adalete yönelik eleştirilerimizi şerh düşttükten sonra, **Posner**'in iddiasını gerçekleştirebilip gerçekleştiremediğini anlayabilmek için ele alınması gereken esas mesele **Posner**'in ekonomik analize bağlanmış hukuki pragmatizminin hukuki nesnelliği sağlayıp sağlamadığı olmalıdır.

Posner'in görüşleri sonuçsalcı yaklaşımı bakımından, yargıca önerdiği «en iyi sonuç», «pratik akıl», «makuliyet» gibi kriterleri nedeniyle metodolojik olarak elverişsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹²¹ Metodolojik olarak elverişsiz araçlarla karara ulaşan yargıcın verdiği karar hukuki nesnelliği sağlayamayacaktır. Sezgi, sağduyu gibi kaynaklardan beslenen “en iyi sonuç”, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterlerinin içerikleri -eleştirilerden hatırlanacağı gibi- kimi zaman çelişkili olarak ortaya çıkabilecek, belki de her bir yargıcın sezgisi, sağduyusu uyarınca farklı biçimler alabilecektir. Bu ise hukuki nesnelliği engelleyecektir.

Posner'in görüşlerine ekonomik analiz bakımından tam olarak hukuki nesnelliği hedef alan bir eleştiri yöneltilmemiştir. Ancak, özellikle kişisel alana ait ahlaki ya da felsefi teorilerle bağ kurulması gereken meselelerde ekonomik analiz tamamen suskun kalmaktadır. Ayrıca sonuçsalcı yaklaşımdaki “en iyi sonuç”, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterleri ise **Posner**'in antitemeldenciliği nedeniyle ahlaki ve felsefi tartışmaları hukuk dışı bırakmasıyla içeriksiz, belirsiz ve çelişkili bir durumda kalmaya devam edeceklerdir.

Posner'in düşüncesinin aksine, hukuk için metafizik ve epistemolojik tartışmalar tercihe bağlı değil, zorunludur. Çünkü yargıç öncelikle kavramların içeriklerini rasyonel ve nesnel bir zemine oturtabilmek için bu tartışmalardan faydalanmak zorundadır. Ayrıca yargıç doğru olduğu düşüncesiyle verdiği kararı meşrulaştırmaya kalktığında, bu tartışmalarla zorunlu olarak karşılaşacaktır.¹²² Örneğin genel hatlarıyla belirtilmiş anayasal eşitlik hakkının eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayacak şekilde anlaşılması ya da anayasal mahremiyet hakkının korunmasını gerektirdiğini söylemek, etik normlara ya da diğer felsefi kavramlara gönderme yapmadan pek inandırıcı olmayacaktır.¹²³ Eşcinsel yaşam tarzlarını korumak ve korumamak farklı pratik sonuçları doğuracaktır. Bir yargıcın eşcinseller için anayasal eşitlik hakkı sorununa etikten ve felsefeden tamamen ayrılmış bir hukuki pragmatizmle ikna edici bir çözüm getirebilmek olası bir

117 LEVIT, 1991, s. 513, ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

118 LEVIT, 1991, s. 501-502.

119 ROSENFELD, 1996-1997, s. 125.

120 *Ibid.*, s. 116.

121 HAUGH, 2001, s. 49, LEVIT, 1991, s. 501.

122 LUBAN, David, “What’s Pragmatic About Legal Pragmatism”, **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 282.

123 ROSENFELD, 1996-1997, s. 105.

varsayım değildir.¹²⁴ Ayrıca *Posner* epistemolojide ılımlı skeptizmle, bilim ve ekonomi odaklı yaklaşımıyla, pragmatizmden uzaklaşarak felsefi tartışmaların içine kendisi de girmek zorunda kalmıştır.¹²⁵ Yani *Posner* da felsefi temel aramış, teorik görüşlerini felsefi pragmatizmden temellendirmiştir. *Posner* savunduğu görüşün aksine hukuku felsefeden özerk tutma konusunda başarılı olamamıştır.¹²⁶

Posner'in felsefi ve ahlaki teorilerle hukuk arasındaki bağı görmezden gelmeyi tercih etmesi, hukuki nesnellik bakımından temel hukuk felsefesi literatüründen yararlanma olanağını yitirmesine, yargıca içerikleri belirsiz sağduyu, sezgi, vb kriterleri önermesine sebep olmuştur.¹²⁷

Sonuç olarak *Posner*'in ekonomik analize dayanan hukuki pragmatizmi hukuki nesnelliliği sağlama bakımından da yetersiz kalmıştır. Ancak eğer, nesnelliliği sağlayabilseydi bile, adil olmayan bir nesnelliliğin gerçekte hukuki nesnellik olup olmadığı ise konunun bir başka yüzüdür.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACORN, Annalise, E., "Valueing Virtue: Morality and Productivity in Posner's Theory of Wealth Maximization", **Valparaiso University Law Rev.**, 1993-1994, (s.167-205).
- BURTON, Steven J., "Jurisprudence of Skepticism", **Michigan Law Rev.**, 1988-1989, (s.710-723).
- HAUGH, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Irish Student Law Rev.**, 2001, (s.32-51).
- LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska Law Rev.**, 1999, (s.545-645).
- LEVİT, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", **Northwestern University Law Review**, Northwestern University Press, USA, Vol. 85, No. 2, 1991, (s.494-518).
- LUBAN, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s.275-304).
- MİNOW, Martha, «Religion and the Burden of Prof: Posner's Economics and Pragmatism», **Harvard Law Rev.**, 2007, (s.1175-1186).
- JACOBSON, Arthur J./MCCORMICK, John P., "The Business of Democracy is Democracy", **John M.Olin&Economics Working Paper**, The Law School the University of Chicago, No.261, 2D series, 2005, (s.1-22).
- POSNER, Richard, **The Problems of Jurisprudence**, Harvard University, USA, 1990.
- POSNER, Richard, **Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995.
- POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s. 235-254).
- POSNER, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard University, 2002.
- POSNER, Richard, **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003a.
- POSNER, Richard, **Economic Analysis of Law.**, Aspen Publishers, New York, 2003b.
- POSNER, Richard, "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, 2003c, (s.180-191).
- POSNER, Richard, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004.
- POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008.
- ROSENFELD, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardoza Law Rev.** Vol.18, 1996-1997, (s.97-151).
- RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", **Stanford Law Rev.**, Vol.54, No:4, Apr., 2002, (s.753-762).
- STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", **Columbia Law Rev.**, Vol.91, No.2, Mar.1991, (s.334-371)
- SANDERS, Anthony B./TODD J., Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Rev.**, 2008, (s.559-603).

124 *Ibid.*, s. 106.

125 LUBAN, 1999, s. 277.

126 *Ibid.*, s. 278.

127 BURTON, Steven J., "Jurisprudence of Skepticism", **Michigan Law Rev.**, 1988-1989, s. 723.