

# Rekabetçi Bir Süreç Olarak Hukuk

**Fuat Oğuz**

Doç. Dr. | Başkent Üniversitesi Öğretim Üyesi

Liberal Düşünce, Cilt 15, Sayı 59 - 60, Yaz-Güz 2010, s. 231 - 248

## Giriş

Hukuk kuralları nasıl gelişir? Zaman içinde kuralların toplumsal ve ekonomik hayata uyumlu bir şekilde değişmesi mi daha fazla gelişmeye yol açar yoksa kuralların değişiminde doğru olan keskin dönüşler midir? Bu tür tartışmaların cevabı, beklentilerin ne olduğuyula yakından ilişkilidir. Eğer hukuk hayatı kolaylaştırması ve beşerî faaliyeti daha uyumlu hâle getirmek için varsa, evrim bu konuda daha başarılı olmaktadır. Tarihsel tecrübe ve teorik modeller bu görüşü desteklemektedir. Bunun dışındaki bütün subjektif amaçlar için radikal dönüşümler daha etkili olabilmektedir. Ama bu dönüşümlerin sosyal refah etkileri genellikle negatif ve oldukça büyüktür.

Dünyada hukuk sistemlerinin evrimi konusunda tarihsel tecrübeyi temel alan iki hâkim görüş vardır. Bunlardan ilki Anglo-Amerikan toplumlarında uygulanan ortak hukuk ya da yargıç hukuku (common law) olarak isimlendirilen piyasa mekanizmasına ve evrime daha fazla öncelik veren yaklaşımdır. İkincisi, Kıta Avrupası'nda kullanılan ve başlangıcı Fransız Devrimi olan sivil hukuktur. Sivil hukuk sistemi, hukuk kurallarının evrimden ziyade ayrıntılı bir şekilde başta konulması ve yargıçlara fazla bir içtihat alanının bırakılmamasını içermektedir. Türkiye'nin hukuk sistemi idarî yapısı ve tarihsel kökenleri itibariyle sivil hukuk

geleneği içindedir. Bununla birlikte, küreselleşme ve piyasalaşma süreçleri içinde Türkiye gittikçe daha melez bir hukuk sistemine doğru gitmektedir. Bu durum tüm dünyada geçerlidir. Örneğin, ABD ticaret hukukunu biraz daha sivil hukuka yakın bir şekilde sokmaktadır. Fransa ise, direnmekle birlikte, yargıç hukukunun ilkelerini biraz daha fazla benimsemek zorunda kalmaktadır.

Bu iki yaklaşım açısından temel soru teorik olarak bunlardan hangisinin daha iyi olduğundan ziyade, toplumların evrimiyle hangisinin daha uyumlu olduğudur. Bir anlamda, hangi hukuk sistemi, hızla değişen ve gelişen toplumlarda hayatı kolaylaştıran ve bireylerin girişimsel faaliyetlerini destekleyen bir yapıya sahiptir? Bir hukuk sisteminin hayatın diğer alanlarında gelişmenin önünü açabilmesi için öncelikle kendisinin etkin bir şekilde işlemesi gerekir.

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan sistemlerinin temel farkı bu noktada, hukuk piyasalarının girişimcileri olan yargıçlar ve avukatların ne ölçüde hukukî yenilikleri uygulayabildikleri ile ilgilidir. Diğer bir ifadeyle, hukuk ne ölçüde rekabetçidir?

Friedrich A. Hayek, “Bir Keşif Süreci Olarak Rekabet” isimli makalesinde toplumsal ilerleme hakkında şu önemli değerlendirmeyi yapıyor: insanların fiilî olarak rekabet etmelerinin temel sebebi, rekabetin sonucunda ortaya ne çıkacağına bilinmemesidir. Sonucun bilindiği durumlarda rekabet etmenin bir anlamı yoktur. Zira, sonuç zaten baştan, tam ve kesin olarak, biliniyordur.

Bu yazı, rekabet ilkesinin hukuk için de geçerli olduğundan hareket ederek, “eğer hukukun amacı, insanlar arasındaki uyumu artırmak ve sosyal ilişkiyi en düşük kurumsal maliyetlerle gerçekleştirmeyi sağlamak ise, piyasa mekanizmasının bu süreçte yeri ne olabilir?” sorusunu ele almaktadır.

Hukukun ekonomik analizi 1940’lardan bu yana başta ABD olmak üzere Batı ülkelerinde önemli bir gelişme göstermesine rağmen, Türkiye hukukî süreçlerin de ekonomik faktörlerin etkisinde olduğunu uzun süre göz ardı etti. Geleneksel hukuk anlayışının etkisi altında, hukuk idealleştirilmiş bir duruşu savunan bir noktada kaldı. Bu anlayış, hukukun evrimini durduramadığı gibi, hukukî süreçlerin ekonomik ilkelere etkileniyor olmasını da ortadan kaldırmamaktadır. Ekonomik güdüler, hukukî kararları etkilemeye ve hukukun sosyal sonuçlarını belirlemeye devam etti. Ancak, hukuku, ekonomik müşevviklerle uyumlu hâle getiremeyen siyaset ve hukuk yapısı, alternatif dağıtım mekanizmalarının gelişmesine ve bazı örneklerde, yasal çözümlerin yerini almasına yol açtı. İnsan faaliyeti boşluk kabul etmemekte ve insanlar her zaman kendileri için en düşük maliyetli yolları ve alternatifleri tercih etmektedirler. Eğer, hak arama süreci mahkemelere göre alternatif mekanizmalar ile daha düşük maliyetli bir şekilde sağlanabiliyorsa, insanlar bu yöne doğru bir eğilim göstereceklerdir.

Etkinlik ve sosyal refah kavramlarının hukukun kurumsal çerçevesinin dışında kalmasının bir sonucu olarak, hukuk alanında rekabet edemeyen bireyler, hukukta elde edemediklerini siyaset ve güç kullanma gibi farklı alanlara kaydırmayı

tercih ederler. En aşırı örneklerinde, adâletin mahkemelerde değil, sokakta sağlanmaya çalışılması, daha az göze çarpan örneklerde ise, yasal olarak korumanın maliyetli olması nedeniyle insanların haklarını korumaktan vazgeçmeleri bu durumlara örnek olarak verilebilir. Bir anlamda rekabet alternatif dağıtım mekanizmaları arasında da sürmektedir. Hukuk, siyaset, ekonomi piyasaları birbirlerinin alternatifidirler. Etkinliğin ön plana çıkması bu piyasalar arasında çatışmaların azalmasına da yol açacaktır.

Peki etkinlik ve sosyal refah gibi ekonomik kavramlar ne ölçüde hukukî karar verme mekanizmalarında, özellikle mahkemelerde rol oynamalıdır? Bu soruya verilen en önemli cevaplardan biri yargıçların ve hukukî düzenlemelerin etkinliği artırmayı hedeflemelerinin sağlanmasıdır. Bu görüşün en önemli savunucusu da hukuk ve ekonomi (law and economics) yaklaşımıdır.

Neoklâsik mikroiktisadın en gözde günlerini yaşadığı zamanlarda başlayan hukuk ve ekonomi yaklaşımı, doğrudan iktisadın analiz araçlarını kopya etmekle yetindi ilk başta. Hatta uzun bir süre, hukuk ve iktisat, modern mikroiktisadın hukuka uygulanmasından ibaret kabul edildi. Ancak, neoklâsik iktisada eleştirilerin 1990'lı yıllarda gittikçe güçlenmesi ve alternatiflerin sadece eleştiri olmanın ötesine geçmesi, hukuk ve ekonominin de ilk baştaki yeknesak anlayışının ötesine geçmesine ve çoğulcu bir yapıya kavuşmasına yol açtı.

Bu yazıda, hukuk ve ekonomi alt-disiplininin en temel kavramlarından biri olan etkinlikten hareketle, ekonominin hukukî süreçlerde nasıl bir rol oynadığını tartışacağız. Hukukun da bir piyasa olduğu görüşünden hareketle, bu piyasada kararların verilmesinde hangi güdülerin belirleyici olduğu ve "girişimsel" faaliyetlerin nasıl sonuçlar doğurduğunu ele alacağız.

Hukuk ve ekonomik yaklaşımı, Amerikan hukuk sistemi içinde gelişmiş bir model. Tartışmaların büyük kısmı ilk başta Türk hukuk sistemine oldukça yabancı gözükebilmektedir. Ancak, hukukî ve ekonomik süreçler arasındaki yakın ilişkiye ışık tutması açısından, ortak hukuk (common law) sisteminin tecrübeleri oldukça öğreticidir. Kıta Avrupası hukuk sistemi (sivil hukuk) ve ortak hukuk arasındaki farkların, hem küreselleşmenin, hem de içtihatların yerleşik hâle gelmesinde ortak bir anlayışın gelişmesi ile azaldığını söylemek mümkündür. Örneğin, ABD'de ticaret hukuku Kıta Avrupası sistemine yaklaşmanın bir örneğini içermektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde de yerleşmiş içtihatlar gittikçe daha fazla rol oynamaya başlamaktadır.

Ülkemizde, ne yargı ne de yasama organı hukukî düzenlemelerin ekonomik sonuçları üzerinde çok durmamaktadır. Bunun pek çok nedeni vardır. Ancak, bizce önemli bir neden, etkinlik ve sosyal refah kavramının kullanılmasının, yasa koyucuların hareket serbestisini önemli ölçüde kısıtlayacak olmasıdır. Yaptığı faaliyetin topluma faydalı olduğunu ispat etme zorunluluğu, bir siyasetçi ve bü-

rokrat için oldukça ağır bir yükür. Bir anlamda, kamu yararı kavramının muğlak bir terim olmanın ötesinde somut bir değere indirgenmesi, her ne kadar tek başına açıklayıcılığı yeterli olmasa da, siyaset tartışmalarını önemli ölçüde zenginleştirecektir.

Ekonomik değişkenlerin hukukî kararlarda daha fazla rol oynamaya başladığı bu dönemde, hukukun ekonomik analizi ve etkinliğin tartışılması, hukukî düzenlemelerin ekonomik sonuçlarının anlaşılmasında faydalı olacaktır. Bu bize, mahkemelerin kamu yararı amacıyla verdikleri kararların çoğu zaman sadece serveti yeniden dağıttığını da gösterebilmektedir. Etkinlik ve refah kavramlarını kullanmayan yargı mekanizmaları, iktisadî ilkeler açısından oldukça yanlış kararlar da verebilmektedir. Örneğin, bir insanın hayatının parasal değeri hesaplamalarında, iktisadî düşünüşten oldukça uzak kararlar verilebilmektedir.

## Etkinlik ve Hukuk

Son yirmi yıl içerisinde hukukun ekonomik analizi pek çok boyutta eleştirilere konu oldu. Sadece metodolojik olarak değil, felsefî olarak da, Chicago'dan başlayan mikroekonomi temelli anlayış önemli problemlerle karşı karşıyadır. Richard Posner'in 1970'lerdeki yeknesak anlayışının yerine bugün Kamu Tercihi'nden Eleştirel Yasal Çalışmalar'a kadar pek çok yaklaşım gündemi oluşturmaktadır. Bu gelişmeler, bir yandan iktisat teorisindeki paralel gelişmelerden etkilenmiş, diğer yandan da Chicago anlayışının uygulamasındaki problemlerin ampirik olmaktan ziyade teorik olduğunun daha fazla kabul görmesiyle hızlanmışır.

İlk baştaki eleştiriler genellikle hukukî süreçlerin ekonomik analize nasıl tâbi tutulacağı üzerinde yoğunlaşmaktaydı? Ekonomik analizin araçlarının gelişmesiyle iktisatçılar belirsizlik ve zaman kavramlarını daha geniş bir kapsamda formal analize konu edebilmeye başlamışlardır.

Avusturyacı iktisat düşüncesi açısından bakıldığında, Chicago'da başlayan yaklaşımın iki temel problemi vardı. Bunlar, belirsizliği riske indirgemek ve zamanı doğrusal olarak düşünmekti. Etkinlik analizinin son zamanlarda hukuk ve ekonomi içinde önemini kaybetmeye başlaması da belirsizliğin radikal bir şekilde insan faaliyetini belirlemesi ve zamanın doğrusal olmamasından kaynaklanmaktadır.

Chicago anlayışının temelinde etkinlik kavramı yatmaktadır. Hukukî karar verme mekanizmalarında etkinlik analizinin yeterli olmadığı yönündeki çalışmalar, bu anlayışın hâkim bir paradigmaya dönüşmeden alternatiflerden biri hâline gelmesine neden olmuştur.

Teorik olarak Chicago yaklaşımının başarısı, uygulamada aynı şekilde süremiştir. Pek çok nedenden dolayı başta Posner ve Breyer olmak üzere bu yaklaşımı savunan yargıçlar, kararlarında iktisadî analizi çok fazla kullanmamaktadırlar. Haksız fiil hukuku ve rekabet hukuku burada etkinlik kavramının kararlara istik-

rarlı şekilde girdiği alanlar olagelmıştır. Önemli içtihatlarla girme başarısını gösteren “dışsallık”, “işlem maliyetleri” gibi kavramlarda yaygın şekilde kullanılmaktadır. Örneğin, ülkemizde “dışsallık” kavramı mahkeme kararlarında hemen hemen hiç görülmemektedir. Halbuki, dışsallık kavramı, kamu yararı kavramıyla doğrudan ilişkilidir ve kamu yararını güden yargının üçüncü şahıslar üzerindeki etkileri de göz önüne alması gerekmektedir. Bu sorunun tipik örneklerini, son on yılda elektrik sektöründeki özelleştirme ihaleleri ve bu ihaleler karşısında Danıştay’ın kararlarında bulmak mümkündür.

Etkinlik temelli analizin özellikle ön plana çıkması, Ronald Coase’ın 1960’taki “Sosyal Maliyet Sorunu” adlı çalışmasından sonradır. Coase’ın analizi, hukukî kararların verilmesinde ekonomik faktörlerin belirleyici olduğu üzerine kuruludur. Bu anlayışın doğal uzantısı doğal haklar anlayışının hukukî karar verme süreçlerinde gözden düşmesidir. Hukuk kurallarının pazarlık mekanizmasının bir parçası olduğunu gösteren Coase, hâkim olanın insanların güdülerini olduğunu ısrarla vurgulamaktadır. Coase’nin en önemli katkıları arasında, hukukî durumların iki tarafın katkısıyla ortaya çıktığını gösteriyor olmasıdır. Bu anlayış hukukun temel fonksiyonunun insanlar arasındaki etkileşimi desteklemek olduğunu vurgulamaktadır. Bu şekliyle, piyasanın varlık nedeni, insanların hayatını kolaylaştırıyor olmasıdır.

İktisadî analiz, bugün hem normatif hem de pozitif yasal analizin önemli bir parçasıdır. Ancak, ilk başlarda neoklâsik iktisat teorisini esas alan Chicago anlayışı, daha ziyade pozitif sorularla ilgilenmekteydi. Takip eden yıllarda, hemen bütün hukuk alanları mikroiktisadî analize konu olmuştur. Örneğin, bir trafik kazası davasında ölen bir birey için tazminatın nasıl belirleneceği pozitif bir sorundur. Ama, tazminatın belirlenme biçimi sadece mevcut davayı değil, ileride oluşabilecek olan davaları da etkilemektedir. Bu şekliyle, ekonomik analiz, normatif bir etkiye de sahip olmaktadır.

Yasal süreçlerin ekonomik analize tâbi tutulması, hukukun bir piyasa olarak görülmesini getirmektedir. Aynı ekonomik piyasalarda olduğu gibi, yasal süreçlerde de şahsî çıkarlarını güden bireyler, etkin olmayan kuralları daha etkin kurallarla değiştirmek üzere çabalamaktadır. Bunu yaparken amaçları kendilerini daha iyi duruma getirmektir. Toplumu daha iyi duruma getirmeye çalışan bireyler, dengenin nerede olacağını önceden bildikleri varsayımından hareket etmek zorundadırlar. Bu ise belirsizliğin hâkim olduğu gerçek hayatta mümkün olmayan bir durumdur. “Denge” kavramının bir yansıması olan bu anlayış içerisinde, bireyler, kendi çıkarlarını güderken, davranışlarının maliyetlerine katlanırlar. Bu maliyetler enformasyon ve işlem maliyetlerini içermektedir. Enformasyon ve işlem maliyetleri arasında, ilgili yasal düzenlemeleri bulmak, delilleri toplamak, belirli bir karara varmak ve bunu ilân etmek gibi maliyetler yer almaktadır. Hâkimin bağımsız olduğu ve taraflarla bir ilişkisi olmadığı

durumlarda, ekonomik açıdan hangi durumun daha etkin olacağı daha fazla ön plana çıkmaktadır. Bu anlayışa göre, yargıçlar, çıkar gruplarının baskılarına karşı daha dayanıklıdır. Temyiz süreci, yargıçların kendi çıkarları lehinde karar vermeleri önündeki en önemli engellerden biridir. Yanlı kararların üst mahkemelerden dönme olasılığı objektif kararlara göre daha yüksek olduğu için, yargıçlar belirli davalarda yanlı kararlar vermek isteseler bile, çoğunlukla yansız davranmak eğiliminde olacaktırlar.

Chicago yaklaşımında yargıçlar esas olarak kötü niyetli değildirler. Ancak, bilgi eksikliği kararların etkinlikten uzaklaşabilmesine yol açmaktadır. Bu sorunun çözümü ise, yargıçların hukukun ekonomik analizi hakkında eğitilmeleridir. Richard Posner'a göre, hukukî karar verme süreçleri çıkar çatışmaları ve sübjektif değerlendirmelerden uzaktır. Yargıçlar objektiftir ve kamu yararını güderler. Sonuç olarak, mahkemeler sosyal refahı maksimize edecek olan kaynak dağılımını "tahmin" edebileceklerdir (Posner, 1979; 120).

Posner'ın görüşleri pek çok ampirik çalışmaya kapıyı açmıştır. Örneğin, Paul Rubin (1977), ortak hukukun etkinlik yönünde bir eğilime sahip olduğunu iddia etmektedir. Etkin olmayan kurallar, etkin olan kurallara göre daha fazla mahkemeye götürülmektedir. Aynı piyasadaki gönüllü değişimde olduğu gibi, bireylerin anlaşması etkinliği artıracaktır. Etkinliği artıran kararların, her iki tarafın da çıkarlarını koruduğunu, ticaretten kazançlar modelinden hareketle söylemek mümkündür. Rubin'e göre, tarafların kendi çıkarlarını güdüyor olması, ortak hukukun etkinliğinde, yargıçların âdil olmasından daha önemlidir. Bir anlamda, ortak hukukun etkinliği bireylerin kendi çıkarlarını güdüyor olmasına dayanmaktadır. Eğer mahkemelerin nasıl karar vereceği önceden bilinebiliyorsa, bireyler bu içtihatları kendi kararlarında hesaba katacak ve fiyatlandıracaklardır.

Bu düşüncenin doğal bir uzantısı, stratejik davranışın tarafların mahkemeye gitme veya anlaşma arasındaki tercihlerinde etkili olmasıdır. Stratejik davranışın, hukukî süreçlerde oldukça yaygın olması, etkinlik argümanının tarafların tercihlerine bağımlı olduğu sonucuna bizi götürebilmektedir (Rubin, 1977; 57).

Ortak hukukun etkinliğini inceleyen bir diğer çalışma George Priest (1977) tarafından yapılmıştır. Priest'e göre, etkin kurallar etkin olmayanlara göre daha kalıcıdır. Etkin olmayan kuralların topluma maliyeti etkin olanlara göre daha yüksek olacağından hareket eden Priest, zaman içinde etkinlik yönünde bir sosyal evrim gerçekleşeceğini savunmaktadır. Mahkemeler, etkin olmayan kararları daha fazla bozma eğiliminde olacaktırlar. Etkin olan kurallar ise daha ziyade anlaşma yolunu açacaktır. Bununla birlikte, bazı durumlarda tam tersi bir mekanizma da işleyebilir. Taraflardan biri, etkin olmayan kuralı rant-arama faaliyetleri yoluyla güçlendirmek isteyebilir. Landes ve Posner (1979) bu tür durumlarda da etkin olan kuralların zaman içinde güçleneceğini iddia etmektedir.

Bu tartışmalardan, ve daha güncel literatürden de anlaşılacağı gibi, etkinlik analizinin herhangi bir hipotezinin ampirik olarak genel kabul görmesi oldukça güçtür. Modern oyun teorisinin tercih edilmesi, geleneksel analize göre daha başarılı olsa da, hukuk sürecinin dinamikliği, bu şekilde etkinliğin sağlanabilmesini de kısır bir döngüye dönüştürebilmektedir.

Ampirik bulguların yargıç hukukunun etkinliğini ispat edemeyişinin ardında birkaç neden vardır. İlk olarak, enformasyon problemleri, test yapabilmeyi zorlaştırmaktadır. Örneğin, tazminat hukukunun etkinliğini sadece, farklı yasal sistemlerde, bireylerin nasıl tepki verdikleriyle değil, önlenen kazalarla da ölçmek gerekmektedir. Doğaldır ki, bu ölçümü yapabilmek oldukça maliyetli, hatta pek çok durumda imkânsızdır. Eğer yargıç hukuku etkinliği artırıyor, olabilecek kazalar içinde, olanların sayısının giderek azalması gerekmektedir. Ama, olabilecekken olmayan kazaların sayısını tahmin etmek imkânsızdır ve pek çok var sayımın yapılmasını gerektirir. Genel olarak, farklı hukuk kurallarının, bireyler üzerindeki etkisini formel olarak ifade edebilmek oldukça güçtür.

Daha önemli bir problem epistemolojiktir. Chicago yaklaşımı, hukukî karar verme süreçlerinde bireylerin tam bilgi sahibi olması, ve bilgilerini etkin şekilde kullanabilmeleri gibi geleneksel varsayımlardan hareket etmektedir. Bilgi probleminin olduğu her durumda, sistemin etkinliğe ulaşması, hemen hemen imkânsız hâle gelmektedir (Oğuz, 2000).

Posner'in etkinlik yaklaşımı, literatürde oldukça yoğun bir şekilde eleştirilmektedir. Mario Rizzo'ya göre (1979), hukukî süreç zaman içinde değişmektedir. Belirli bir dönem için etkin olan kurallar, daha sonra israfa yol açar hâle gelebilir. Ekonomik, sosyal ve teknolojik ortam sürekli bir değişim içinde olduğu için, durağan bir kural sistemi yetersiz kalacaktır. Dinamik piyasa sürecindeki belirsizlikler ve bilgi eksiklikleri nedeniyle, fayda-maliyet analizi sosyal refahı maksimize edecek şekilde yargıçlar tarafından yapılamaz (Rizzo, 1985; 873). Bir anlamda, Hayek'in sosyalist hesaplama tartışmalarında merkezî planlama otoriteleri için ileri sürdüğü argümanlar, yargıçlar için de geçerlidir (Oğuz, 2004). Yargıçlar, kendilerini merkezî planlama otoritelerinin yerine koyup, toplumda refahı yeniden dağıtmaya başladıklarında sosyalist planlamanın sorunlarının benzerleriyle karşılaşacaklardır. Bu da, hukukun, bireyler arasındaki etkileşimi teşvik edecek bir şekilde oluşturulması gerektiğini göstermektedir. Hukuk kuralları bireylerin piyasada çözüm bulmalarını teşvik eder bir yapıya sahip olmalıdır. Yargıçlar, kendilerini doğrudan dağıtım yapması gereken otorite olarak gördüğünde bu etkinsizliği daha da artıracaktır.

Chicago yaklaşımının temel problemlerinden bir diğeri, ahlâkî davranışı dışlıyor olmasıdır. Sübjektif ve keyfî bir kavram olarak görülen ahlâk, neoklasik ekonomik model çerçevesinde kullanılmaya müsait değildir. Bu anlayışın bir uzantısı adâlet kavramının yerini tamamen etkinliğe bırakmasıdır. Bir hukuk



sistemi eğer sosyal refahı artırıyorsa âdil kabul edilebilmektedir. Bir anlamda sosyal nihilizm tercih edilmektedir. Örneğin, bir insanın hayatını kurtarmanın değeri (yani, insanın hayatının parasal değeri ve topluma sağlayabileceği pozitif dışsallıkların toplamı), eğer kurtarma faaliyetinin maliyetinden daha yüksek ise, etkinlik prensibi o insanın ölüme terk edilmesinin daha etkin olacağını söyleyebilmektedir.

Diğer bir problem, bireylerin tercihlerinin ve maliyetlerin objektif değil, sübjektif olmasından kaynaklanmaktadır. Hâkimlerin, karar verirken esas kabul edebilecekleri objektif fayda-maliyet yapıları bulunmamaktadır. Fırsat maliyeti kavramının kullanılması, ekonomik olarak en anlamlı ölçüttür. Ancak, fırsat maliyeti tamamen sübjektiftir. Benzer bir eleştiriyi Murray Rothbard da (1979) getirmektedir. Etkinlik, ancak önceden tanımlanmış bir amacın varlığı durumunda anlamlıdır. Hukukî süreç içinde farklı taraflar farklı amaçlara sahip olabilmektedir. Daha da önemlisi, hangi amacın diğerlerine tercih edileceği, tamamen çıkar çatışmalarına konu olacaktır.

Bireylerin davranışlarının rasyonel olduğu varsayımı da eleştirilmektedir. Örneğin, Ulen (1999) geleneksel rasyonel seçim modelini eleştirmekte ve bireylerin pek çok durumda mutlak anlamda rasyonel davranmadıklarını ifade etmektedir. Hukukî sisteminin amacı, bireyleri etkin davranmaya itecek teşvik mekanizmalarının oluşturulmasıdır. Zira, bireyler sistematik olarak etkin sonuçlar doğurmayan kararları tercih edebilmektedir. Örneğin, bireyler gelecek tahminlerinde, geçmişte yaptıkları doğru tahminleri hatırlamakta, ancak yanlış tahminleri unutma eğiliminde olmaktadır. Rasyonel seçim modeli, doğal olarak, hangi tahminin, veya bekleyişin, ne kadar unutulacağını tahmin edemeyecektir. Benzer şekilde, suç işleyenler kendilerinin yakalanma olasılığının diğer herkesten daha düşük olduğu yanılgısıyla daha fazla suç işleme eğilimine girebilmektedirler. Bu durumlarda, rasyonel model, sosyal etkinliği artırmak yerine, azaltan kararları ortaya çıkarır. Bir anlamda, Chicago yaklaşımı, pozitif analizle ideolojinin iç içe geçmesine yol açmaktadır.

Bir kısım hukukçular ve iktisatçılar yargıçların etkinliği sağlamakta önemli bir rol oynadığını savunmaktadır (Cooter ve Lewis, 1980). Diğer bir ifadeyle, yargının bağımsızlığı, yargının hukukî süreçleri belirlemede aktif bir rol oynamasıyla ilişkilendirilmektedir. Bu anlayış, yargıçların kamu yararını güden ve tam bilgi ve objektifliğe sahip olan bireyler olmasını zımnî, bazen de açık olarak kabul etmektedir. Yargıçların etkinlik analizini esas alması, sosyal refahın artırılmasında daha etkin olacaktır. Yargıçlara daha fazla rol veren Cooter ve Lewis, sonuçta etkin olmayan kuralların daha fazla mahkemeye götürüleceği yönünde de yeterli delil olmadığını savunmaktadır.

Bununla birlikte, yargıçlara daha fazla rol verilmesi, her zaman etkinlik için yeterli olmayabilecektir. Mahkemelerin sadece kendilerine gelen davalara bak-



maları, bir sapma oluşturabilmektedir. Daha da önemlisi, mahkemelerin hukukî süreçte kullandıkları bilgi maliyetlidir ve her enformasyon mahkeme sürecinde belirli bir subjektif yorumla değerlendirilmektedir. Bir anlamda, etkinliği sağlamanın maliyeti birçok durumda etkinliğin faydasından daha yüksek olabilmektedir.

Yargıçlar ve etkinlik arasındaki ilişki, yargıçların tamamen kamu yararını gütmeleri ilkesi üzerine kuruludur. Ama, yargıçların da kendi tercihleri vardır. Meslekte yükselmek, dava yükünü azaltmak gibi pek çok nedenle yargıçlar davalar arasında tercih yapabilmekte, farklı davalarda farklı davranabilmektedir. Türkiye’de dava sayısının çokluğu ve hâkimlerin aşırı çalışması, pek çok davanın ayrıntılı şekilde incelenmesinin önüne geçmektedir. Pek çok durumda, hâkimler, davaları bir üst mahkemeden dönmeyecek şekilde karara bağlamaya öncelik verebilmektedirler.<sup>1</sup>

Yargıçlar, hukukun siyasî süreçlerle belirlendiği Türkiye’de olduğu gibi, çıkar gruplarının etkisi altına da girebilmektedir. Güçlü çıkar gruplarının olmadığı durumlarda bile, avukatlar, bir çıkar grubu olarak, hukuk sistemini kendi çıkarları yönünde şekillendirme çabası içinde olabilmektedir.

Bu anlayışın bir uzantısı olarak Amerika’da yaygın bir görüş olan Eleştirel Yasal Çalışmalar (Critical Legal Studies) yaklaşımı etkinliğin sağlanmasının imkânsız olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, hukukî sistem, çıkar grupları tarafından servet transferi ve güç oluşturma amacıyla kullanılmaktadır. Ekonomik ve siyasî olarak güçlü olan gruplar hukuku kendi çıkarları yönünde kullanmaktadır. Sonuçta her hukuk kuralı toplumda serveti yeniden dağıttığı için, kendilerine servet transferi sağlamak isteyenler, kanun yapıcıları ve yargı mekanizmasını etkilemek istemektedirler. Bu durum bir rant-arama sürecini ortaya çıkarmaktadır. Diğer piyasalarda olduğu gibi hukukta da rant-arama faaliyetleri önemli ölçüde kaynakların israf edilmesine yol açmaktadır. Bu anlayış bir miktar Marksist bir yoruma sahiptir ve hukuku da güç kavgası çerçevesinde değerlendirebilmektedir.

Pek çok durumda, etkinliğe ne zaman ulaşılabileceğinin kuralı yoktur. Etkinlik statik bir kavramdır, ancak ulaşılması dinamik bir süreçtir. Kestirme bir çözüm, tarafların anlaşmasını esas almak olabilir. Ancak, taraflar tamamen serbest bir ortamda anlaşma yapamamaktadırlar. ABD’de mahkeme sürecinden önce ve bu süreç içinde tarafların yapabileceği anlaşma biçimleri sınırlıdır. Ülkemizde ise yasal bir pazarlık süreci yargı içinde yer almamaktadır. Yasal süreçlerde, en azından yasal düzenlemelerle tanımlanmış, anlaşmanın olmayışı, serbest mübadeleden hareketle tarafların ortak bir dengeye varabilmesini imkânsız kılmaktadır. Türkiye’de mahkeme öncesi pazarlık yakın geçmişteki kanun değişikliklerinde gündeme gelmiştir. Ancak, uygulanabilirliği hemen herkes tarafından,

<sup>1</sup> Diğer pratik bir yaklaşım, hâkimin kararı tamamen bilirkişi raporuna göre vermesidir. Bu, hem hâkimi dava üzerinde ayrıntılı olarak düşünme yükünden kurtarmakta, hem de sorumluluğunu azaltmaktadır.

değişik nedenlerle, mümkün görülmemektedir. Yargı sürecinin sonu hakkında belirsizliği azaltan yerleşmiş içtihatların sınırlılığı, insanları ya yargıya hiç gitmemeye ya da yargı sürecini sonuna kadar kullanmaya itmektedir. Alternatiflerin sınırlanması hukukun etkin şekilde işleyebilmesini zorlaştırmaktadır.

Posner salt ekonomik yaklaşımıyla etkinliği temel ölçüt olarak kullanmaktadır. Bu anlayış, pek çok ahlâkî problemi de beraberinde taşımaktadır. Nitekim Posner'da bunu kabul etmektedir. Kendi ifadesiyle, "servet-maksimizasyonu yaklaşımının pek de istenmeyen bir sonucu çok fakir olan kişilerin sadece servet sahibi olan bireylerin birer fonksiyonu olarak hesaba katılmalarıdır" (Posner, 1979; 119). Örneğin, bir kimsenin bir başkasını öldürmesinin parasal değeri nedir? Veya, ne zaman adam öldürmek ekonomik olarak etkin çözüm olmaktadır? Ekonomik yaklaşıma göre, ölen adam, sadece atılan kurşunun önünde duruyor olabilir ve ekonomik olarak, onun kenara çekilmesi, ateş eden adamın ateş etmekten vazgeçmesinden daha yüksek maliyetli olabilir. Böyle bir durumda, sonuç olarak ölen kişi sorumludur diyebilir miyiz? Eğer, ölen kişinin parasal değeri öldürenden daha azsa böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Nitekim, Coase teorisinin bazı yorumları bu sonuca ulaşmaktadır. Posner, bu sonuçtan kaçınmak için insan vücudunu ekonomik analizin bir istisnası olarak görmektedir (*a.g.e.*, 125). Ama, mülkiyet hakkını, yaşama hakkı da dahil olmak üzere bütün hakları kapsayan bir alan olarak gören ekonomik anlayış bu noktada bir tutarsızlık yaşamaktadır.

Hukukun (neoklâsik) ekonomik analizinin sonuçları ve uygulanabilirliği açısından bir çıkmaza doğru gitmesi, neoklâsik iktisadın karşılaştığı problemlerle beraber düşünülmelidir. Neoklâsik iktisatta olduğu gibi etkinliğin amaç olarak tanımlanması, etkinliğin ampirik olarak içi boş bir kavram olması nedeniyle, hukukun hangi teşvik mekanizmalarıyla hareket ettiğinin de sorgulanmasını getirmektedir. Bu anlayışın doğal uzantısı, hukukî düzenin rasyonel olarak oluşturulabileceği düşüncesinin de ampirik olarak yetersiz bir görüş hâline gelmesidir.

## Bir Piyasa Olarak Hukuk

Hukuk sistemi de diğer sosyal kurumlar gibi zaman içerisinde evrim geçirmektedir. Evrimin nasıl bir yol izleyeceği kısmen yapılan kanunlar ve düzenlemelerle şekillenirken, bir kısmı, istem dışı olarak oluşmaktadır. Bireylerin subjektif anlayışları ve piyasadaki davranışları hukuk sisteminin hem biçimini hem de yönünü önemli ölçüde etkilemektedir. Hukukî süreçlerde bireylerin yapılan düzenlemelere nasıl tepki vereceklerini önceden tahmin etmek mümkün değildir. Geleceğin belirsizliği ve bireylerin ve kurumların bilgilerinin sınırlılığı, rasyonel olarak uygulanmaya çalışılan düzenlemelerin beklenmeyen sonuçlara yol açmasına neden olmaktadır.

Hukuk kuralları, toplumda belirsizlikleri azaltmak için bir araç fonksiyonuna sahip olacaksa, zorunlu olarak durağan olmak zorundadır. İnsan faaliyetinin git-

tikçe karmaşıklaştığı ve her bir bireyin toplumdaki yeri ve işlevi hakkında daha az enformasyona ve kabiliyete sahip olduğu bir dönemde, hukuk kuralları basit olmak zorundadır. Karmaşık hayatı, karmaşık kurullarla düzenlemeye çalışmak ekonomik faaliyetin yapılabilirliğinin maliyetini önemli ölçüde artırmaktadır.

Peki, hukukî sürecin evrimi içinde temel olan faktörler nelerdir? Bunlar, bireysel özgürlükler, serbest mübadele, mülkiyet hakları ve serbest girişimcilik olarak sayılabilir. Bu dört temel unsurun sağlandığı toplumlarda ekonomik refahtaki gelişme, alternatif durumlara göre tarihsel olarak daha hızlı olmaktadır. Bu unsurların önemi, ekonomik tercihler ve teşvik mekanizmaları ile hukuk arasında bir uyum sağlanmasına yardımcı olmalarıdır. Hukuk kuralları ile ekonomik teşvik mekanizmaları arasındaki uyum bozulduğunda hukuk gelişme önünde bir engel hâline gelmektedir. Zira, ekonomik güdüler hukuku izlememekte, daha ziyade etraftan dolaşmayı tercih etmektedir.

Bu unsurları taşıyan toplumlarda, mülkiyet hakları ve sözleşme serbestisi tam olarak korunmakta, ve devlet müdahaleleri asgarî seviyelerde olmaktadır. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu böyle bir toplumda düzen, bireylerin ve grupların tercihlerinden bağımsız olarak varlığını sürdürebilmektedir. Hukukun fonksiyonu, bu anlamıyla, sadece bireylere hareket serbestisi sağlayan bir altyapı teşkil etmektedir.

Yasal kurallar ve kurumlar, diğer sosyal kurumlarda olduğu gibi, kendiliğinden düzen içinde şekillenmektedir. Bireylerin bu kuralları kendi çıkarları çerçevesinde dizayn etme çabası, toplumda bir servet transferine ve rant-arama faaliyetine yol açmaktadır. Ancak, ekonomik güdülerin tersi yönde yapılan düzenlemelerin topluma maliyeti çoğu zaman serveti kendisine transfer etmek isteyen birey ve grupların kazançlarının üzerinde olmaktadır.

Toplumda bireylerin davranışları şahsî çıkar üzerine kuruludur. Kendi hayatında tekel olmak isteyen ve tekel gücüne ulaşmak için kaynaklarını kullanan bireyler, yasal ve yasadışı davranışlar arasında ayırım yaparken, bunların kendilerine olan alternatif maliyetlerinden hareket etmektedir. Bu şekilde bakıldığında, girişimciler, örneğin, kâr ve rant arasında bir ayırım yapmazken, ekonomik faaliyet içinde pek çok birey yasal olmayan davranışlardan maliyeti kendisi için faydasından yüksek olduğu oranda uzak durmaktadır. Kendi çıkarlarını güden bireyler, fayda-maliyet analizi çerçevesinde zaman zaman yasal olanın ötesine geçmeyi de alternatifleri arasında saymaktadırlar. Refah maksimizasyonu çerçevesinde, ahlâkîlik veya meşruluk sadece optimizasyonun bir değişkeni olarak yer almaktadır. Bireylerin davranışları, sosyal düzenin zaman içinde ne şekilde değişeceği üzerinde belirleyici olduğu için, hukukun ekonomik güdülerle uyumlu olması, ekonomik ve hukukî kurullar arasındaki sürtüşmeleri de azaltacaktır. Kendiliğinden düzenin en önemli fonksiyonlarından biri, bireylerin davranışlarını topluma faydalı olacak şekilde yönlendirmesidir.

## Bir Keşif Süreci Olarak Hukuk

Hayek'e göre, sosyal kurallar ve kurumlar evrimci bir gelişme çizgisine sahiptir. Sosyal açıdan faydalı<sup>2</sup> sonuçlar doğuran kurumlar varlıklarını sürdürecektir, faydalı olamayanlar ise, kaybolacaklardır. Kurumun ilk baştaki amacının da varlığını sürdürmesi üzerinde hâkim bir etkisi olmamaktadır. Pek çok durumda, kurumların istem-dışı sonuçları daha belirleyici olmaktadır.

Hukuk kurumuna yönelik evrimci bakış, temellerini İskoç Aydınlanması'nda bulmaktadır. Adam Ferguson, David Hume ve Adam Smith, yargıç hukuku geleneğinden hareketle, hukukun zaman içinde tecrübî bir gelişme gösterdiğine inanıyorlardı (Hayek, 1960; 55). *The Constitution of Liberty*'de (Özgürlüğün Temel Yapısı) Hayek, hukukun kendiliğinden düzenin bir sonucu olarak ortaya çıkması gerektiğini savunmaktadır. Hukukun devlet tarafından yapılan yasalar yoluyla gelişmesi, toplumun plan ve beklentilerinin bu yasalarda tam olarak yansıtılmamasına yol açar. Bu durum, Hayek'in "bilgi probleminin" hukuk sistemi içinde nasıl sonuçlar doğurabileceğini de göstermektedir. Ekonomik hayat üzerinde devletin ya da belirli grupların tercihlerini empoze etme anlamını taşıyan yasalar, bireylerin tercihlerinin büyük ölçüde kendi isteklerinin dışında kısıtlanması anlamını taşıyacaktır.

Hayek'in argümanını soyut hukuk kurallar ve devletin yasama sistemini karşılaştırarak tartışmak da mümkündür. Soyut kurallar, bireylerin davranışlarında sadece rehber görevi görürken, devletin yasaları, bireylerin nasıl davranacaklarını kısıtlamaktadır. İdeal hukuk, soyut ve herkese eşit şekilde uygulanacak şekilde olmalıdır (Hayek, 1960; 153).

İdeal hukuk kuralları, hükümetlerin yasalarından ayrılmaktadır. Soyut kurallar, toplumun çeşitli kesimleri arasında bir ayırım yapmazken, devlet, yasal düzenlemeler yoluyla, toplumda gruplar arasında serveti yeniden dağıtmakta ve bazı grupları diğerlerine tercih etmektedir. Spesifik düzenlemeler, bireylerin neyi yapıp neyi yapamayacağını tanımlamaktadır. Bu tür düzenlemeler, merkezî planlamanın bütün problemlerini taşımaktadır. Sadece otoritenin bilgisi ve sahip olduğu enformasyonun kullanıldığı bu yapı içinde, hakkında karar verilenler için doğru kararların verilmesi oldukça zordur (Hayek, 1960; 150).

Soyut ve genel olan kuralların, yarattığı sonuçlar da, kurallardan farklılaşabilmektedir. Devletin yasal düzenlemelerinin belirli bir amaca yönelik olması nedeniyle, istem-dışı sonuçları bu düzenlemelerin amaçlarına ulaşmasını engellemektedir. Daha da önemlisi, bireylerin yasaları ne şekilde yorumlayacağını, veya kullanacağını, önceden tasarlayabilmek mümkün değildir. Chicago yaklaşımının temel problemlerinden biri bu noktada başlamaktadır. Herhangi bir kuralın veya yasanın etkinliği artırdığını bilmek mümkün değildir. Hâkimlerin kararlar-

<sup>2</sup> Hayek "faydalı" ve "etkin" arasında bir ayırım yapmaktadır. Kurumların varlıklarını sürdürmelerinde etkinlik yeterli olamamaktadır. Hatta pek çok durumda daha az etkin olan ama daha faydalı olan kurumlar varlıklarını sürdürmede daha başarılı olmaktadır. Değişen şartlara daha iyi uyum sağlamak belirleyici olmaktadır.

rında tüm kuralların tüm istem-dışı sonuçları hesaba katmaları da pratik olarak imkânsızdır (Hayek, 1960; 158). Genel hukuk kurallarına dayanan bir sistemin temel amacı, bireylerin kendi amaçlarını, toplumsal özgürlükleri çerçevesinde, serbestçe takip etmeleridir.

Piyasaların bilgiyi aktarma ve kullanma süreçleri sosyal kurumların anlaşılmasında temel bir yer tutmaktadır (Oğuz, 2001a). Hukukî süreçler, bireylerin toplumda kendi amaçları yönünde hareket edebilmelerini sağlayan zımnî (tacit) ve formel kurallar bütünüdürün bir parçasını oluşturur. Sosyal sistem zaman içinde değıştikçe, hukuk kurumu da yeni durumlara adapte olmak zorundadır. Genel kurallar üzerine kurulu bir sistemde değışime adaptasyon daha çabuk ve az maliyetli olmaktadır. Türkiye’de idarî basitleştirme çabaları çerçevesinde mevcut yasal düzenlemeler içinde yarısının ya uygulamada geçerliliğini yitirmiş ya da gerçek durumdan oldukça uzakta olduğu ortaya çıkmıştır. Mevzuattaki problemleri yeni düzenlemelerle çözmeye çabası bürokratlar için rasyonel olsa da toplumun geneli için işlem maliyetlerini önemli ölçüde artırmaktadır.

İnternet ve bilgisayar teknolojilerindeki hızlı değışim, örneğin, pek çok geleneksel hukuk kuralının değışmesini pratik bir zorunluluk hâline getirmiştir. Şöhret, internet ortamında, fizikî varlıktan çok daha değerli bir varlık hâline gelmektedir. Benzer şekilde, internet ortamında işlenen suçların nasıl tanımlanacağı, neyi içereceği ve nasıl cezalandırılacağı, geleneksel hukuk sisteminin cevap bulmakta zorlandığı alanlardır. Hukuku bir süreç olarak görmek ve özel kanunların yerine genel kurallar üzerine kurulu bir sosyal kurumsal arka plan oluşturmak, değışimin getirdiği “sorunları” daha az maliyetli şekilde çözebilme-yi mümkün kılmaktadır.

Sosyal kurumların ve kuralların önemli bir fonksiyonu geleceğe dâir belirsizliği azaltmak ve bireylerin değışime daha kolay adapte olmalarını sağlamaktır. Hukuk kurumu ve kuralları, bireylerin bilgilerini kullanmalarına ve karşılıklı koordinasyon içinde hareket etmelerini sağladığı sürece toplumun ilerlemesine katkıda bulunacaktır. Zaman içinde oluşan hukuk kuralları, bireylerin bu kuralların niçin yerleştiğini bilmesine gerek kalmadan, davranışlarını bunlara göre ayarlamasını sağlamaktadır. Bireylerin bekleyişleri de bu kurumsal yapıdan etkilenmektedir. Oluşan kurallar, toplumun yönüyle uyumlu olmadığı durumlarda, bireylerin önünde bir engel olarak kalacaktır. Ancak, toplumun yönüyle uyumlu kurallar, bireylerin hareket alanlarını genişletmektedir.

Bu anlayış içinde, yargıçlar daha pasif bir rol üstlenmektedir. Hayek’e göre, yargıçlar, hukuku, “yaratmak” yerine sadece yorumlamalıdır (Hayek, 1973; 87). Hayek, Chicago etkinlik analizini de reddetmektedir. Toplumun yapısı içinde geleneksel olarak oluşan düzene yapılan müdahaleler, iyi niyetli yargıçlar tarafından yapılsa bile, hukukun üstünlüğüne zarar verecektir. Bu anlayış, fayda-maliyet hesaplaması üzerine kurulu hukukun ekonomik analizinin de reddedilmesi-

ni getirmektedir. Posner, doğal olarak, Hayek'in bu anlayışını kabul etmemektedir (Posner, 2003).<sup>3</sup>

Peki, bireylerin bekleme ve, hukuk kuralları arasında bir uyumsuzluk olduğu zaman ne olacaktır? Diğer bir ifadeyle, dengesizliği dengeye doğru kim yönlendirecektir? Avukatlar bu noktada belirleyici olmaktadır. Aynı piyasadaki girişimciler gibi, avukatlar da, hukuk kurallarının boşluklarını doldurmaktadırlar. Bu şekilde, hukuk sistemi, toplumla aynı yönde hareket edebilmektedir. Müvekkililerinin çıkarlarını arayan avukatlar, sistemdeki dengesizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bir fonksiyon üstlenmektedirler. Müvekkilinin çıkarını koruyamayan avukatlar, avukatlık piyasasında silinip gideceklerdir.

Avukatların bu boşluğu doldurmada yetersiz kalmaları, alternatif mekanizmaların (siyasetçiler, suç örgütleri vs.) dengesizlikleri azaltmaya yönelmesine yol açabilmektedir. Ancak, dışarıdan yapılan müdahalelerin genel olarak sosyal maliyetinin daha yüksek olduğu dikkate alındığında, baskıların olduğu toplumlarda yaşamın daha maliyetli olacağı beklenmelidir.

## Sübjektivizm, Belirsizlik ve Kendiliğinden Düzen

Bireylerin sübjektif değerlendirmeleri birbirinden farklıdır ve bunları önceden tanımlanmış amaçlara yönelik olarak yönlendirmek mümkün değildir. Sübjektif anlayış, toplumda istem-dışı sonuçların hedeflenen sonuçlardan daha önemli hâle gelmesine neden olmaktadır. Ancak, belirsizliğin varlığı, sonuçların tamamen rastgele olduğu anlamına da gelmez. Sosyal kurallar ve kurumlar, oluşabilecek sonuçları belirli bir alanla sınırlandırmaktadır. Ancak bu alan gene de tahmin edilebilir değildir.

Böyle bir ortamda, girişimciler, daha önceden fark edilmemiş kâr fırsatlarını görebilirler. Hukuk süreci ortaya çıkabilecek sonuçları sınırlandırmaktadır. Her dava farklı şartlara ve özelliklere sahip olduğu için, girişimsel avukatlar her zaman mahkemeleri ikna edebilecek yeni anlayışlar ve yorumlar geliştirebilmektedirler. Dinamik hukuk sürecinde fırsatların varlığının önüne geçmek mümkün değildir. Fırsatlar zaman içinde azalmamakta, sürekli bir evrim içinde olan toplumda varlıklarını sürdürmektedirler.

Yasal süreçlerin karmaşıklığı ve bireylerin farklı şekillerde davranıyor olması, hukukî süreçlerde ortaya çıkabilecek sonuçların önceden bilinebilmesini imkânsız kılmaktadır. Bütün ilgili faktörler analize katılmadığı için, bazı sonuçlar önceden beklenenden çok farklı çıkabilmektedir. Neoklâsik modelin gerektirdiği gibi, formel analize uygun hâle getirilen durumlar da, gerçekliğin bir kısmı dışlandığı için, hukukî süreçleri anlamakta ve açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

<sup>3</sup> Bununla birlikte, temel iktisat kurallarının işleyişi ve piyasa ekonomisinin etkinliği üzerinde Posner'in ulaştığı sonuçlar Hayek'ten çok farklılaşmamaktadır. Aynı George Stigler ve diğer Chicago iktisatçılarındaki olduğu gibi, sosyalist bir sistemi de işletebileceği varsayılan neoklâsik anlayış, liberal bir sistem lehinde kullanılmaktadır.

Piyasa süreci analizinin hukuk süreçlerini açıklamadaki temel katkısını toplumda dağıtık şekilde bulunan bilginin birbirinden bağımsız bireyler tarafından sosyal refahı artıracak şekilde kullanılmasını sağlamak olarak tanımlamak mümkündür.

Ekonomik planların koordinasyonunda hukuk önemli bir rol oynar. Statik bir çerçevede, taraflar sözleşmelerin yerine getirilmesi, bekleyişlerin gerçekleşmesi, sözleşmelerin bozulması gibi durumlarda sosyal olarak gelişmiş bir hukuk sistemiyle ancak sorunlarını çözebilirler. Dinamik bir çerçevede ise, yasal sistem, bireylerin karşı karşıya olduğu belirsizliğin azaltılmasında ve bilginin toplumda aktarılabilmesinde yardımcı olmaktadır. Bireylerin hukuka güvenmeleri veya onu kullanmaları için, hukuk kurallarının nedenini bilmeleri gerekmektedir.

Hukuk kuralları zaman içinde mahkeme süreçlerinde yerini sağlamlaştırdıkça, bu kurallara yönelik yeni davalar daha az oranda açılacaktır. Bu kurallar, sosyal kurumsal arka planın bir parçası hâline gelecektir. Bununla birlikte, teknoloji örneğinde olduğu gibi, değişim, bazı hukuk kurallarının eski anlamlarını kaybetmesine yol açacaktır. Hukukî düzen içinde, kâr fırsatları ortaya çıkacaktır. Bu noktada devreye bu fırsatları değerlendirmeyi hedefleyen girişimciler, yani avukatlar girmektedir.

Hukuk piyasası, etkinliği maksimize edemeyebilir. Ancak, piyasalarda işlem yapan bireylerin karşı karşıya olduğu belirsizliği azaltır. Amaç, bireylerin, önceden tahmin edilebilir, ve plan yapılabilir bir ortamda faaliyetlerini sürdürmeleridir. Bireylerin hangi işlemleri yapıyor oldukları, sürecin işleyişinden bağımsızdır. Bu anlamda, etkin olmayan ama istikrarlı olan kurumlar, ve kurallar varlıklarını sürdürebilmektedir.

## Hukuk Piyasasında Girişimcilik

Girişimci piyasa sürecinin en temel oyuncusudur. Girişimci piyasada oluşan kâr fırsatlarını değerlendirir, yeni fırsatlar yaratır ve piyasadaki hataları düzeltir. Girişimcilerin, Kirzner'in vurguladığı gibi, başarılı olması da önemli değildir. Girişimcilerin başarısızlıkları da başka girişimcilere yol göstermek yoluyla, piyasanın kendiliğinden düzenine önemli bir katkıda bulunur.

Yasal süreçleri bir keşif süreci olarak görmek, yasal süreçlerin sonunda neyin ortaya çıkacağını önceden bilemiyor olmakla ilişkilidir. Belirsizliğin kaçınılmaz oluşu, insanın sonlu bir yaratık olması ve sınırlı zamanda bir şeyler yapmaya çalışıyor olmasıyla da yakından ilişkilidir. İktisatta, doğrusal olarak tanımlanan zamana sınır ekleme çabaları genellikle ontolojik olarak başarısızlıklara yol açmakta ve açıkladığından daha fazlasını gizleyebilmektedir. Belirsizlik ve zamanın hâkim olduğu bir sistemde, bireylerin girişimsel faaliyetleri insanların hayatlarını bir üst otorite yoluyla düzenleme çabalarına göre "daha faydalı" olmak-



tadır. “Daha faydalı” ifadesi, politik bir tercihten ziyade, epistemik bir zorunluktan kaynaklanmaktadır. Bu bakış açısı içinde, hukuk sürecinin girişimcilerini de bulmak mümkündür. İlk başta, avukatlar bu süreç içindeki dengesizliklerden istifade etmektedirler. Ancak, hukukta girişimcilik bir sınıf olarak avukatlarla sınırlı değildir. Hukuk boşluklarını, ve yeni yorumları takip edebilen siyasetçiler, hâkimler ve diğer piyasa oyuncularını da piyasadaki boşlukları doldurabilmektedir. Dolayısıyla girişimciliği bir sınıfla sınırlandırmak doğru değildir.

Avukatların temel avantajı, “kâr” fırsatlarını diğerlerine göre kullanmak konusunda önde olmalarıdır. Bireylerin haklarının korunması piyasasına girmek büyük ölçüde avukatlarla sınırlandırıldığı için, girişimsel fırsatları kullanmada avukatlar, oyunun kurallarından kaynaklanan, pratik bir önceliğe sahiptir.<sup>4</sup> Avukatlar, müvekkillerinin çıkarlarını korumak için, hukukta boşlukları ararlar ve yeni yorumlar geliştirmeye çalışırlar. Hukuk süreci dinamik yapısını bu girişimsel faaliyetler yoluyla kazanır.

Hâkimler ve siyasetçiler de hukuk sürecinde girişimsel faaliyetlerde bulunabilirler. Hâkimlerin kendi çıkar fonksiyonlarında ne olduğuna bağlı olarak, davaları yorumlamaları, siyasetçilerin ise yasal düzenlemeler üzerindeki otoriteleri nedeniyle tüm hukuk sürecini değiştirebilecek faaliyetlerde bulunabilmeleri, avukatların girişimcilik tekeli kısıtlayan faktörler arasında sayılabilir.

Avukatların, diğer rakipleriyle rekabet ediyor olmaları, ortak hareket etmeleri önündeki temel engeldir. Nasıl piyasalarda girişimciler, diğerlerinden önce kâr fırsatlarından istifade etmek istiyorlarsa, avukatlar da diğer avukatlardan önce gördükleri yeni yorumları ve boşlukları kullanmak isteyeceklerdir. Bu süreç avukatların belli alanlarda uzmanlaşmasını getirecektir. Zira, rekabette başarı ancak kendi ürününü farklılaştırarak gelmektedir (Hayek, 1978).

Avukatların şahsî çıkar güdüsü, hukuk kurumunun kendiliğinden bir düzen içinde hareket etmesini sağlamaktadır. Hukukî problemi olanlar, avukatlara kendi çıkarlarını korumak için gitmektedirler. Bireylerin bu sorunları hukuk sisteminin işleyişini zorlaştırmaktadır. Bir anlamda tüketicilerin talepleriyle aynı anlama gelen bu sorunlar, girişimcilerin bu yönde hareket etmesini teşvik etmektedir.

Avukatların bir çıkar grubu olarak hareket etmesiyle, iktisadî analizde olduğu gibi, rant-aramanın kâr aramadan daha faydalı olduğu durumlarda mümkün olacaktır. Bunun tipik örneği, avukatların avukatlık mesleğine girişi kısıtlama yönünde ortak hareket etmeleridir.<sup>5</sup> Piyasaya girişi sınırlandıran bu davranış-

<sup>4</sup> Bununla birlikte, bütün piyasalarda olduğu gibi, dava yoluyla sorunların çözülmesinin maliyetinin yükseldiği durumlarda alternatif dağıtım mekanizmaları devreye girebilmektedir. Bunun en açık örneklerinde biri, mahkeme süreçlerinin uzadığı durumlarda, hukukî sorunları daha etkin (?) çözebilen mafya benzeri kurumların gelişmesidir.

<sup>5</sup> Avukatların ortak hareketinin tipik bir örneği, avukatlık ücretlerinin barolar tarafından belirlenmesidir. Avukatlık tarifelerinin zorunlu olarak uygulanması, piyasada fiyatı sabitlemek anlamında rekabeti engelleyici bir durum yaratmaktadır. Ancak, bu tür uygulamalar, bir noktaya kadar başarılı olmaktadır. Eğer, baronun belirlediği ücret düzeyinde talep arzın altındaysa, doğal olarak, avukatlar bu ücretin altında işlem yapmayı tercih etmektedirler. Serbest piyasa sistemine yapılan bu müdahaleler, hem sosyal refahı azaltmakta, hem piyasanın işlerliğini zayıflatmaktadır.

lar, avukatların müvekkillerinden daha fazla tekel rantı elde edebilmelerine yol açmaktadır. Avukatlar, zaten oluşturmuş oldukları çıkar gruplarını, daha farklı amaçlar için de kullanabilmektedir. Yapılan yasaların avukatların çıkarlarını korumasının sağlanması ya da hali hazırda kurulmuş olan baroların farklı amaçlara dönük faaliyette bulunması buna örnek olarak verilebilir.

## Son Söz

Hukukun sosyal bir evrim içinde gelişmesi, oluşan geleneğe dışarıdan yapılan müdahalelerin ekonomik hayatı daha da zorlaştırmasına neden olmaktadır. Etkinlik ve çıkar grupları analizinin yerine, hukukun amacı belirsizliği azaltmak, özgürlüğü artırmak olarak görülmelidir. Hukuk, ayrı bir süreç olarak görülmek yerine, diğer sosyal kurumlarla beraber kendiliğinden düzenin bir parçası olarak kabul edilmelidir. Hukuk piyasasındaki girişimcileri, rant arama yerine, sosyal olarak daha faydalı sonuçlara yönlendirecek kurumsal yapıların ve teşvik mekanizmalarının geliştirilmesi, hem (ekonomik, hukukî ve siyasî) piyasalara dış müdahaleleri kısıtlayacak, hem de bireylerin hayatını kolaylaştıracaktır.

## Kaynaklar

- Cooter, R. ve L. Kornhauser (1980), "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?," *Journal of Legal Studies*, c. 9.
- Hayek, F. A. (1948), *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1973), *Law, Legislation and Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.
- Landes, W. ve R. Posner (1979), "Adjudication as a Private Good," *Journal of Legal Studies*, c. 8.
- Mercuro, N. ve S. G. Medema (1997), *Economics and the Law*, Princeton: Princeton University Press.
- Oğuz, F. (2000), "The Role of Practical Knowledge in Market Processes: An Assessment of the Austrian Contribution," *Journal of Economic and Social Research*, c. 2, s. 2, ss. 59-74.
- Oğuz, F. (2001a), "Piyasa Süreci Teorisi: Tarihsel Gelişim," *Liberal Düşünce Dergisi*, c. 6, s. 21.
- Oğuz, F. (2001b), "Rekabet, Girişimcilik ve Keşif," *Liberal Düşünce Dergisi*, c. 6, s. 23.
- Oğuz, F. (2003), *Mülkiyet Hakları: Bir Ekonomik Analiz*, Roma: Ankara.
- Oğuz, F. (2004), "Sosyalist Hesaplama Tartışmaları Niçin Hala Önemli?," *Liberal Düşünce Dergisi*, c. 9, s. 33.

- Posner, R. (1979), "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Legal Studies*, c. 8, s. 1.
- Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, 4'üncü basım.
- Posner, R. (2003), "Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics and Democracy," *Law, Pragmatism, and Democracy* içinde, Cambridge: Harvard University Press.
- Priest, G. L. (1977), "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules," *Journal of Legal Studies*, c 6.
- Rizzo, M. (1979), "Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law," M. Rizzo (ed.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium* içinde.
- Rizzo, M. (1985), "Rules versus Cost Benefit Analysis in the Common Law," *Cato Journal*, c. 4, s. 3.
- Rothbard, M. (1979), "Comment: The Myth of Efficiency," M. Rizzo (ed.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium* içinde.
- Rubin, P. H. (1977), "Why is the Common Law Efficient?," *Journal of Legal Studies*, c.6.