T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

HUKUKA EKONOMİK YAKLAŞIMIN TOPLUMSAL DAYANAKLARI

MUZAFFER DÜLGER
2502140175

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. MEHMET TEVFİK ÖZCAN

İSTANBUL-2020

ÖZ

HUKUKA EKONOMİK YAKLAŞIMIN TOPLUMSAL DAYANAKLARI

MUZAFER DÜLGER

Hukuk ve İktisat Akımı, iktisat teorisinin -özellikle de mikroekonominin ve refah iktisadının temel kavramlarının- hukukun ve hukuki kurumların yapısı, şekillenişi, işlevleri ve etkilerinin incelenmesi için tatbik edilişi olarak tanımlanabilir. Bu akım, doğal hukuk teorisi ve hukuki pozitivizm ile neredeyse eşit güce sahip yeni bir hukuk paradiması halini almış ve 20. yüzyıl boyunca çok çeşitli düşünce okullarına bölünmüştür: Chicago Okulu, Virginia Okulu, Kurumsalcılık, Davranışsalcı hukuk ve ekonomi ekolü, Yeni Kurumsalcı Okul, Yale (New Haven) Okulu ve Avusturya hukuk ve ekonomi ekolü gibi.

Bu çalışma, Hukuk ve İktisat Akımı'nın hukuk kuramı içinde tutunmuş olduğu konumu tanımlayıp, onun felsefi ve sosyolojik boyutlarını, esas olarak üç önde gelen düşünce okulunu merkeze almak suretiyle ortaya koymaktadır. Merkeze alınan bu üç okul: Chicago, Avusturya ve Virginia okullarıdır. Bazı kimselerin nazarında Chicago Okulu, hukuk ile iktisadın disipliner entegrasyonuna dair sunmuş olduğu büyük katkıları nedeniyle, hukuk ve ekonomi yaklaşımı ile aynı şeyi ifade eder. Bu nedenle söz konusu yaklaşım genellikle ana-akım olarak anılır. Virginia ve Avusturya yaklaşımları ise epistemolojik ve metodolojik bir takım farklılıkları olmakla beraber, Chicago okulu ile oldukça yakın entelektüel bağlara sahip olmuştur. Ana akım Chicago yaklaşımı, ayrıca, neoklasik niteliklerinden ötürü, genel olarak pozitivistik ve a-sosyolojik bir bakış açısı olarak da tarif edilir. Bu çalışma söz konusu yaklaşımın sosyal teoriyle bağlantıları üzerindeki örtüyü kaldırmaya dönük bir çaba içermektedir. Bunu ise bir Neo-Avusturya okulu düşünürü Friedrich A. Von Hayek'in kendiliğinden düzen ve özel hukuk toplumu (privatrechtsgesellschaft) düşünceleri, Virginia yaklaşımının kamu tercihi ve çıkar grupları teorileri, neoliberal toplum tasarımları ve risk toplumu ve ekolojik hukuk yaklaşımları gibi bir takım postmodern tartışmalar ışığı altında yapmaktadır.

Anahtar Kavramlar: Hukukun Ekonomik Analizi, Richard A. Posner, Friedrich Hayek, James Buchanan, Chicago Okulu, Coase Teoremi, Ekonomik Anayasa, Avusturya Okulu, Etkinlik, Neoliberalizm, Postmodernizm

ABSTRACT

THE SOCIAL FOUNDATIONS OF THE ECONOMIC APPROACH TO LAW

MUZAFFER DÜLGER

Law and Economics Movement can be defined as the application of economic theory -especially microeconomics and some basic concepts of welfare economics- to examine the structure, formation, functions and impacts of the law and legal institutions. The Movement has become a new legal paradigm that has nearly equal strength with natural law theory and legal positivism. It is also separated into several schools of thought along 20th century: Chicago School, Virginia School, Institutionalism, Behavioral Law and Economics, New Institutional School, Yale (New Haven) School, and Austrian Law and Economics etc.

This study describes the jurisprudential niche occupied by Law and Economics Movement and identifies its philosophical and sociological aspects by focusing on mainly three prominent schools of thought: Chicago School, Austrian School and Virginia School. To some, Chicago School is synonymous with law and economics because of its great contributions on the disciplinary integration of law and economics. So this approach has generally mentioned as the mainstream. Virginia and Austrian approaches have been in close intellectual contacts with Chicago School in spite of some epistemological and methodological differences. Mainstream Chicagoan approach has also been usually described as a positivistic and also a-sociological viewpoint in connection with its neoclassical characteristics. This study includes an endeavour to unveil its connections with social theory in the light of a Neo-Austrian thinker Friedrich A. Von Hayek's ideas on spontanous order and private law society (privatrechtsgesellschaft), Virginia school's theories on social choice and interest groups, neoliberal social projections and some other postmodern discussions like risk society and ecological jurisprudence.

Keywords: Economic Analysis of Law, Richard A. Posner, Friedrich Hayek, James Buchanan, Chicago Okulu, Coase Teoremi, Ekonomik Anayasa, Avusturya Okulu, Etkinlik, Neoliberalizm, Postmodernizm

ÖNSÖZ

Ülkemizde hukuk öğreniminde, esasında çok gerekli olmakla birlikte, diğer sosyal bilimlerle entegre çalışma yapabilme altyapısı her zaman sınırlı olmuştur. Bu altyapı genellikle hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi alanında çalışanlarca oluşturulmaya çalışılmış; hukukun dilbilim, psikoloji, siyaset bilimi, sosyoloji ve antropoloji gibi bilim dallarıyla bağları önemli ölçüde bu alanda çalışanlarca kurulmaya çalışılmıştır. Bu bağlardan biri de hukuk ile iktisat arasındaki bağdır ve ne yazık ki halen çok fazla önemsendiği ve çalışıldığı söylenemez. Yurtdışındaki literatürün devasa genişliği karşısında, ülkemizde yapılmış çalışmaların ne denli az ve sınırlı olduğunu görebilmek için internet üzerinde çok kısa bir arama yapmak yeterlidir. Yüksek lisans dönemimden itibaren ilgimi çeken bu sahanın, sadece bir bölümünü de olsa, doktora tez konum olarak belirleyip çalıştığım için son derece mutluyum.

Tez konumu en başından sonuna müzakere ettiğim danışman hocam Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan, yazdığım bölümleri defalarca gözden geçirdi ve eğer yeterince iyi bir metin ortaya çıktıysa kendisinin katkısı çok büyüktür. Vakitlerini ayırarak tez izleme komisyonumda yer alan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, Prof. Dr. Rukiye Akkaya ve Sn. Ahmet Haluk Atalay'a, ayrıca tez jürimde olmayı kabul eden Prof. Dr. Abdullah Dinçkol ve Doç. Dr. Sevtap Metin'e bana yön gösterici görüş ve eleştirilerinden ötürü çok teşekkür ederim. İsmini anmam ve teşekkür etmem gereken bir diğer kişi ise, İstanbul Üniversitesi'nin bana en büyük hediyesi olan eşim Rezzan'dır. Tez metnimi düzeltmemde bana çok yardımcı oldu.

Son olarak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalındaki sekiz yılı aşan çalışma sürem zarfında akademik açıdan verimli ve huzurlu bir dönem geçirdiğimi düşünüyorum. Buna vesile ve üzerimde emekleri büyük olan kürsü hocalarıma ve iş yükümü paylaştığım araştırma görevlisi arkadaşlarıma da teşekkürü bir borç bilirim.

Muzaffer Dülger

30 Ekim 2020 - Şişli

İÇİNDEKİLER

ÖZ ..... **ii**
ABSTRACT ..... **iv**
ÖNSÖZ ..... **vi**
İÇİNDEKİLER ..... **vii**
TABLOLAR LİSTESİ ..... **xi**
KISALTMALAR LİSTESİ ..... **xii**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TEMEL KAVRAMLARI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN KAVRAMSAL İÇERİĞİ 11
1.2. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TARİHİ VE FELSEFİ KÖKLERİ ... 22
1.2.1. Lex Mercatoria 22
1.2.2. İki Büyük Öncü: Adam Smith ve Jeremy Bentham 30
1.2.2.2. İskoç Aydınlanması ve Adam Smith 30
1.2.2.3. Jeremy Bentham ve Faydacılık 38
1.2.3. Laissez Faire Doktrini ve Hukuk-Ekonomi Bağıntısına Tesiri 44
1.2.4. Faydadan Etkinliğe: Pareto ve Kaldor-Hicks Modelleri 50
1.3. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN YAKIN TARİHİ 57
1.3.1. Kıta Avrupasında Yaşanan Gelişmeler 57
1.3.2. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaşanan Gelişmeler 61
1.3.3. Pratik Hukukta Gelişmeler ve Hand Formülü 67
1.3.4. Hukukun Ekonomik Öğretisinin "Yeni" Çehresi 71

İKİNCİ BÖLÜM

CHICAGO OKULU VE HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ

2.1. CHICAGO İKTİSAT OKULU 75
2.1.1. Coase Teoremi: Dışsallık Sorunu ve İşlem Maliyetleri Teorisi 79
2.1.2. Gary S. Becker: Beşeri Sermaye ve Yayılmacı İktisat 91
2.2. RICHARD A. POSNER VE HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ 98
2.2.1. Posner'ın Ekonomik Hukuk Öğretisinin Genel Karakteri 103
2.2.1.1. Pozitivizm 110

2.2.1.2. Hukuki Pragmatizm 114
2.2.2. Hukukun Ekonomik Analizi 121
2.2.2.1. Hukukun Fiyat Teorisi 121
2.2.2.2. Hukuki Kavramların Ekonomik Tercümesi 123
2.2.3. Etkinlik Kavramı 128
2.2.3.1. Etkinliği Tanımlamak: Servet Maksimizasyonu 128
2.2.3.2. Servet Maksimizasyonu İlkesinin Faydacı (Utilitarian) ve Refahçı (Welfarist) Yaklaşımlardan Farkı 129
2.2.3.3. Adalet Yerine Etkinlik 138
2.2.3.4. Common Law'un Etkinliği Tezi 139
2.2.4. Posner'a Yönelik Eleştiriler 144
2.2.4.1. Metodolojik Eleştiriler 144
2.2.4.2. Servet Maksimizasyonu İlkesine Eleştiriler 147
2.2.4.3. Dworkin - Posner Tartışması 150

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUSTURYA OKULU, FRIEDRICH A. HAYEK ve ÖZEL HUKUK TOPLUMU

3.1. AVUSTURYA OKULU, LUDWİG VON MİSES VE PRAKSİYOLOJİ 158
3.2. NEO-AVUSTURYA OKULU: FRIEDRICH A. HAYEK 165
3.2.1. Kozmos ve Taxis: Hayek'te Düzen Kavramı 168
3.2.2. Nomos ve Thesis: Hayek'in Hukuk Teorisi 174
3.2.2.1. Hukuk Düzeni Kavrayışı ve Nomos-Thesis Ayrımı 175
3.2.2.2. Yargı Felsefesi 182
3.2.2.3. Hayek'in Çeşitli Hukuk Teorilerine Dönük Eleştirileri 184
3.2.2.4. Hukuk Devleti: İdeal Hukuk Düzeninin İlkeleri 188
3.2.3. Hayek'te Hukuk ve Ekonomi Bağlamı 193
3.2.3.1. Özel Hukuk Toplumunun Dayanakları 193
3.2.3.2. Posner'in Hayek Eleştirisi 200

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VIRGINIA OKULU: KAMU TERCİHİ TEORİSİ VE EKONOMİK ANAYASA

4.1. VIRGINIA OKULUNUN TARİHİ VE GENEL ÖZELLİKLERİ 208
4.1.1. Hukuk ve Ekonomi Bağlamında Virginia Okulu 208
4.1.2. Kamu Tercihi Teorisinin Genel Özellikleri 210
4.1.2.1. Homo Economicus ve Metodolojik Bireycilik 210
4.1.2.2. Bir Mübadele Alanı Olarak Politika 212
4.1.2.3. Çıkar Grupları Teorisi 214

4.1.2.4. Piyasa Başarısızlığı ve Devlet Başarısızlığı 215
4.1.2.5. Keynes Karşıtlığı, Devleti Küçültmek ve Ekonomik Anayasa 216
4.2. JAMES M. BUCHANAN VE HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNE KATKILARI 219
4.2.1. Buchanan'ın Entelektüel Kimliği 219
4.2.2. Buchanan'da İktisadi Düşüncenin Temel Unsurları 221
4.2.3. Anayasal Ekonomik Analizin Genel Mahiyeti 225
4.2.4. Kamusal Sermaye Olarak Hukuk ve Sözleşmesel Temelleri 229
4.3. HUKUK VE EKONOMİ BAĞLAMINDA VIRGINIA OKULU 233
4.3.1. Hukuka Fonksiyonalist Bir Yaklaşım olarak Virginia Okulu 233
4.3.2. Posner – Buchanan Tartışması 237

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİ VE TOPLUM KURAMI

5.1. TOPLUMSALIN İKTİSADİ KAVRANIŞI ÜZERİNE 240
5.1.1. Toplumsalın Ekonomik Kavramlarla Tanımlanması 240
5.1.2. Bir Mübadele Sahası Olarak Toplum 243
5.1.3. Rekabet İlkesi ve Sosyobiyoloji 246
5.1.4. Kredi Üzerine Kurulu Sosyal Paradigma 249
5.2. NEOLİBERAL TOPLUM KURAMI VE EKONOMİKLEŞEN HUKUK 251
5.2.1. Neoliberalizmi Tanımlamak 251
5.2.2. Sermaye-İnsan, Piyasa Toplumu ve Neoliberal Devlet 261
5.2.2.1. "Toplum Yoktur": Gönüllü İşbirliğinden Rekabet İlkesine 261
5.2.2.2. Homo Economicus'tan Sermaye-İnsan'a 263
5.2.2.3. Privatopia: Şirket Egemenliği ve Neoliberal Devlet 267
5.2.3. Neoliberalizmin Hukuku 269
5.3. POSTMODERN TOPLUM TARTIŞMALARI BAĞLAMINDA HUKUK VE EKONOMİ 275
5.4. MALİYETLERDEN RİSKLERE: RİSK TOPLUMU TARTIŞMALARINDA HUKUK VE EKONOMİ 285
5.4.1. Risk Kavramı ve Risk Toplumu Teorisi 285
5.4.2. Hukukun Ekonomik Öğretisinde Risk Analizinin Mahiyeti 290

ALTINCI BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TARTIŞMALI İÇERİĞİ

6.1. EKONOMİK PERSPEKTİFTEN HUKUKTA ÖZNE VE RASYONALİTE 299
6.1.1. Homo Juridicus vs. Homo Economicus 299
6.1.2. Sınırlı Rasyonalite'ye Doğru 305

6.1.2.1. Davranışsal İktisattan Önce 305
6.1.2.2. Davranışsal İktisat ve Sınırlı Rasyonalite Kavramı 312
6.1.3. Davranışsal Hukuk ve Ekonomi Ekolü 316
6.2. HUKUKTA EKONOMİZM 320
6.2.1. Hukukun Ekonomik Öğretisinin Bilimsellik Söylemi 320
6.2.2. Fiyatlandırma Mekanizması Olarak Hukuk (?) 327
6.2.3. Özel Mülkiyet Odaklı Radikal Görüş ve Adaletin Metalaşması 339
6.2.4. Hukukun Amacı ve Etkinlik Kavramı 355
SONUÇ 363
KAYNAKÇA 370
ÖZGEÇMİŞ 406

TABLOLAR LİSTESİ

Tablo 2.1: Serbest Pazarlık Süreci ve Toplumsal Zenginlik

Tablo 2.2: Kaldor-Hicks Modeli ve Servet Maksimizasyonu

Tablo 3: Hayek'te Yasa ve Emir Kavramları

Tablo 4: Ekonomik Anayasanın Mahiyeti

Tablo 6.1: Tutukluların Dilemması

Tablo 6.2: Tam Rasyonalite / Sınırlı Rasyonalite

Tablo 6.3: Hayek'te Ekonomik ve Hukuki Açılardan Bilgi Kullanımı Sistemleri

Tablo 6.4: Kamu Malları Üretimine Özgülenmiş Çok Aktörlü Tutuklu Dilemması Oyunu

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : adı geçen eser

aş. : aşağıda

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. : baskı

b.a. : (eserin) bütününe atıf

Bkz./bkz. : Bakınız

C. : Cilt

Çev. : (Türkçeye) Çeviren

Der. : Derleyen/Derleyenler

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : dipnot

Ed./Eds. : Editör/Editörler

ed. : edisyon

GATT : The General Agreement on Tariffs and Trade

Haz. : Hazırlayan

HFSA : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

HHFD : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

IMF : International Monetary Fund

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Karş./karş. : Karşılaştırınız

MÜHFHAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

No. : Number (Sayı)

OECD : Organisation for Economic Co-Operation and Development

Ör. : örnek olarak

par. : paragraf

S. : Sayı

s. : sayfa numarası

ss. : sayfa aralığı

Trans.by. : (İngilizceye) Çeviren

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

vb. : ve benzeri

vd. : devam eden sayfalar

v.e. : vurgu (sonradan) eklenmiştir

Vol. : Volume (Cilt)

vs. : *versus*

Yay. : Yayınevi

yuk. : yukarıd

GİRİŞ

Hukuka ekonomik yaklaşım, çağımız hukuk düşüncesi içerisinde kendine önemli ve güçlü bir yer edinmiştir. *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi (Law and Economics)* yahut bizim tercih ettiğimiz tabirle *Hukukun Ekonomik Öğretisi*[1] olarak adlandırılan bu disiplinlerarası çalışma sahası, fikrî derinliğinin giderek artışı neticesinde, günümüzde kendi içerisinde pek çok ekole bölünmüş vaziyettedir. Özellikle 20.yy.'ın ortalarından itibaren Anglo-Amerikan akademik camiasında gelişip ilgi odağı halini almış olan bu yaklaşım, bugün artık ülkesel sınırları aşıp çok çeşitli hukuk sistemlerinde kendini gösteren güçlü bir öğreti hüviyetini almıştır. Öğreti, Amerika Birleşik Devletleri'nde çeşitli üniversitelerin ve enstitülerin çatısı altında kurumsallaşmıştır ve yine bu kurumların çatısı altında literatürün genişlemesini sağlayacak önemli süreli yayın organları oluşturulması sayesinde ciddi bir literatür birikimi meydana gelmiştir[2]. 20.yy.'da gerçekleşmiş kurumsallaşma safhasının arkaplanında düşünsel kökenleri 18.yy.'da hukuk ve ekonomi korelasyonunu merkeze alan çalışmalara ve düşünürlere uzanan öğretinin, hukuk teorisi açısından getirmiş olduğu bütünsel bakış açısı nedeniyle, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm gibi güçlü öğretilerle yanyana telaffuz edilecek ölçüde bir paradigma değişimi ya da benzeri bir etki meydana getirdiği söylenebilir. Çünkü bilinen öğretilerin hukuka dair biçmiş oldukları klasik meşruiyet ölçütleri ve kurmuş oldukları aksiyomatik zeminle ilgili yeni sözler söyleme iddiasındadır.

---

[1] "Hukukun Ekonomik Öğretisi" tezimizde tercih ettiğimiz ifadedir. "Law and Economics" ile aynı anlamda kullanmaktayız; nedeni, "Hukuk ve Ekonomi" olarak çevrilen bu ifadenin bir bağlama vurgu yapmakla birlikte, biri sanat ve öğreti, diğeri ise bilim olan iki önemli sosyal araştırma alanının adının "ve" bağlacı ile bağlanmasından başka bir şeyi göstermemesi, dolayısıyla Türkçe açısından tercihe uygun durmamasıdır.

[2] Bunlardan en önemlileri Chicago Üniversitesi merkezli çıkarılmış olan *Journal of Law and Economics* ve *Journal of Legal Studies*'tir. Ayrıca *European Journal of Law and Economics* (Başlangıç: 1994) de önemli bir diğer yayın organı olarak göze çarpmaktadır. Türkiye'de bu konuda süreli yayın faaliyetleri zayıftır ve yeni yeni gelişmektedir. Sosyal Bilimler Araştırmaları Derneği (SoBiAD) tarafından 2009 yılı itibariyle çıkarılmaya başlanan *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*'ni (ISSN:2146-0817) tek örnek olarak zikredebiliriz. Bununla birlikte hukuk ve ekonomi öğretisinin Türkiye'deki kurumsallaşma sürecinin belli bir ivme kazanmaya başladığını da belirtmek gerekir. Belli başlı üniversitelerde açılmaya başlayan ekonomi hukuku lisansüstü programları ve bu alandaki uluslararası konferanslara ev sahiplikleri, son yıllarda yaşanmış önemli gelişmelerdir Bilkent Üniversitesi 2014 ve 2015 yıllarında International Law and Economics Conference organizasyonuna ev sahipliği yapmış, 2014 yılında gerçekleştirilen toplantının bildirilerini *European Journal of Law and Economics* 2016 Ağustos (Vol.42, Issue:1) sayısında yayımlamıştır.

Bizim "hukukun ekonomik öğretisi" olarak ifade ettiğimiz *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi (Law and Economics),* ana-akım olarak değerlendirilen Chicago okulunun gücünden ve onun pozitif "analiz"i merkeze alan karakterinden dolayı literatürde *Hukukun Ekonomik Analizi* biçiminde de ifade edilmektedir. Fakat isimlendirme hususundaki bu özdeş kullanıma dair eleştiriler bulunmaktadır. Buna göre "*hukukun ekonomik öğretisi*"nin, "*hukukun ekonomik analizi*"nden çok daha geniş bir bağlama işaret ettiğinden bahsedilmektedir. Bu bağlamın içinde sadece ekonomik teorinin hukuka uygulanması değil, ekonominin işleyişinde hukukun etkisini sorgulayan ve ekonomiyi hukuki kurumlar vasıtasıyla inceleyen çalışmalar da bulunur. Hukukun ekonomik öğretisinin, hukukun ekonomik analizinden çok daha kapsayıcı bir bağlama işaret ettiği çeşitli yazarlarca vurgulanmaktadır[3]. Örneğin Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics* (2016) başlıklı eserinde "hukukun ekonomik analizinin, ekonomik teoriyi hukuki dünyayı analiz etmek için kullandığını" böylelikle hukuki gerçekliği araştırma ve açıklama girişimi olduğunu; oysa Hukukun Ekonomik Öğretisinin "bilinmezci bir dünya kabulüyle" işe başlamak suretiyle, salt hukuki düzeni değil, genel olarak toplumsal düzenin gerçekliğini açıklamaya çalıştığını yazar; işte bu açıklama faaliyeti de hukuk ve ekonomi bağlamı üzerinden inşa edilmeye çalışılır. Çalışmamız, hukuka ekonomik yaklaşımın kendi içinde çeşitlenişini ilgi edinmesi nedeniyle, salt pozitif analiz yaklaşımıyla sınırlı tutulmamıştır.

Hukukun Ekonomik Öğretisi, ortaya çıkışı ve gelişimi itibariyle, başlangıçta ekonomik sistemin işleyişi üzerine eğilmiş ve bu nedenle "ekonomi hukuku" olarak da adlandırılabilecek[4] (rekabet hukuku, regülasyon hukuku, ticari işletme hukuku,

[3] Bkz. Guido Calabresi, **The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection**, Yale University Press, 2016, s.2-4; Coşkun Can Aktan, "Hukukun İktisadi Analizi ve Muhtelif Uygulama Alanları", **Hukuk ve İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.50-74, s.50; Keith N. Hylton, "Law and Economics v. Economic Anaylsis of Law", **European Journal of Law and Economics**, Springer, Published Online: 10 April 2018, s.1-2; Sophie Harnay, Alain Marciano, "Posner, Economics and The Law: From 'Law and Economics' to an Economic Analysis of Law", **Journal of the History of Economic Thought**, Vol.31, No.2, June-2009, ss.215-232; Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, (Danışman: Cevdet Yavuz, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, İstanbul, s.10, dn.4; Alain Marciano, "Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner", **The Review of Austrian Economics**, Vol.20, No.2, 2007, ss.187-200, s.194.

[4] Ekonomi hukuku tanımını, kavramı ele alan literatürü genel olarak değerlendirdiğimizde, geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlayabiliriz. Dar anlamda ekonomi hukuku,

sermaye piyasası hukuku, fikri mülkiyet hukuku vb. ekonomik düzen ile alakalı olan branşlarını içeren) sahada gelişmiş olsa da, özellikle 20.yy.'ın ortalarından itibaren, rekabet hukukundan ceza hukukuna, fikri mülkiyet hukukundan anayasa hukukuna kadar hukukun neredeyse tüm branşlarına etki eder hale gelmiştir. Öğretinin kapsayıcılığında yaşanan bu genişleme 1960'lı yıllarda ABD'de yapılan çalışmalara dayanır ve bu dönem itibariyle öğretinin bugüne ulaşan "yeni" çehresini kazandığı kabul edilir.

"Yeni" çehresiyle, hukukun sadece ekonomiyle entegre branşlarına değil, neredeyse tüm sahasını kapsamına alan bu geniş içeriğine rağmen, çalışmamız, hukukun ekonomik öğretisine "Hukuk Felsefesi" ve "Hukuk Sosyolojisi" disiplinleri penceresinden bakmaktadır. Hukuk felsefesinin söz konusu öğretinin aksiyomatik unsurlarıyla, hukuk sosyolojisinin ise öğretinin dayandırıldığı sosyal gerçeklikle veyahut özgülendiği sosyal inşa ile iştigal edeceği açıktır. Bu çalışmada da esas olarak bunlar hedeflenmiştir. Dolayısıyla spesifik bir pozitif hukuk alanının ya da kurumunun ekonomik analizi amaçlanmamıştır [5]. Pozitif hukuk dallarının sorunlarının ekonomik analiziyle ilgili örnekler sınırlı bir biçimde ele alınıp, çalışmanın amacı ölçüsünde incelenmiştir. Tüm bu nedenler ve önceliklerden ötürü,

---

ekonomik faaliyetleri düzenleyen hukuk disiplinlerini (ticaret hukuku, kıymetli evrak hukuku, yatırım hukuku, sermaye piyasası hukuku, fikri mülkiyet hukuku, banka hukuku, vergi hukuku, borçlar hukuku vb.) ifade ederken, geniş anlamda ekonomi hukuku bu disiplinlerin dışında kalan hukuk disiplinlerinin de ekonomik düzenle irtibatlı taraflarını içeren sahayı ifade eder. Türkçe literatürdeki tartışmalar için bkz. Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku (I. Giriş - Ticari İşletme)**, Güzel İstanbul Matbaası, 3.b, 1968, Ankara, s.73-74; Önder Perçin, "Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması", **AÜHFD**, Cilt:59, Sayı:2, 2010, ss.277-307; C. Murat Baykal, "Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Say:4, Güz-2008, ss.76-87, s.84-85.

[5] Türkçe literatürde ekonomik analizin hukukun belli başlı sahalarına uygulanma girişimleri olarak şu kitaplar dikkat çekicidir: Medeni hukuk alanında, Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, (Danışman: Cevdet Yavuz, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, İstanbul (Çalışmamızda teorik içeriğinin görece daha geniş olması dolayısıyla atıflarımızı yönelttiğimiz bu doktora tezi, kitap olarak da basılmıştır: Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Yay., 2007, İstanbul) Kerem Cem Sanlı, **Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, XII Levha Yay., 2017, İstanbul; Rekabet hukuku alanında Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması**, Rekabet Kurumu Yay., 2003, Ankara; İdare hukuku alanında, Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, 2.b., 2015, İstanbul; Halit Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, XII Levha Yay., 2013, İstanbul; İzak Atiyas, Burak Oder, **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yay., 2008, Ankara; Vergi hukuku alanında Şerif Emre Gökçay, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları**, XII Levha Yay., 2018, İstanbul.

çalışmanın matematikselliğinin ileri seviyede olmadığının ve meseleye iktisattan ziyade hukuk penceresinden bir bakış açısıyla yaklaştığının altını çizmek gerekir.

Hukukun ekonomik öğretisi, genişlemiş yeni çehresiyle birlikte, hukuku bütünüyle kuşatır ve hukuka dair bütünsel bir bakış açısı sunabilir hale gelmiştir. Ayrıca "adalet" gibi kutsallaştırılmış ahlaki ve hukuki değerlerin yerine, "etkinlik" (*efficiency*) gibi kavramları ikame edecek derecede büyük iddiaların ve söylemlerin geliştirilmesine zemin oluşturmuştur. Bu bütünselliği ve radikalliği, öğretinin hukuk kuramı açısından yeni bir "paradigma" oluşturup oluşturmadığı sorusunu gündeme getirmiştir; ve bu sorunun cevabı üzerine düşünmek, konuya hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi pencerelerinden bakmayı zorunlu kılar. Öğretinin ne tür bir toplumsal düzen tasavvuruna dayandığı, insana dair aksiyomatik kabullerinin neler olduğu, ne tip "hukuk" ve "ekonomi" tanımlarına dayanarak bu iki disiplin arasında bağıntı kurup geliştirdiği, ahlak ve politika felsefeleriyle bağlantı noktaları ve ideolojik bir arkaplanının olup olmadığı gibi sorular, öğretinin hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi disiplinleri çerçevesinde ele alınabilir boyutları içinde yer almaktadır.

Tüm bu sorunların belki de üzerinde teşekkül ettiği, zihin faaliyetimizin başlangıcına mı yoksa ulaşacağı noktaya mı koyacağımızdan emin olamayacağımız, temel bir sorun daha vardır: "hukuk" ve "ekonomi"nin birbirini belirleyici ilişkisellikleri. Belirlenim (*determination*) sorunu çerçevesinde hukuk ile ekonominin birbiriyle ilişkisi, felsefi ve politik daha pek çok cephesi olan büyük bir sorunsaldır. Bilindiği üzere Marksizm, kendi içinde birtakım nüans farkları gelişmiş olsa da, ekonominin, alt yapı olarak, bir üst yapı kurumu olan hukuku tek yönlü biçimde belirlediğini savunur. Bunun karşısında kapitalist-liberal perspektifte, karşılıklı bir etkileşimin ve tek-yönlü olmayan bir belirlenimin üzerinde duran Weberci bir bakış açısının genel kabulü söz konusudur. Bu bakış açısı, hukukun tümüyle bağımsız bir değişken veya yalnızca ekonomiye bağımlı bir değişken olduğunu ileri süren anlayışlara karşı mesafelidir. Marksist ekonomi-politikte kapitalist üretim biçiminin neticesi olan artı değere toplumun bir kesimince el konulduğu ve burjuva hukukunun da bu gaspın bir aracı olduğu değerlendirilirken, karşıt düşüncede söz konusu üretim biçiminin sonucunda oluşan değere üretici güç olarak bakılır ve bunun gasbından

ziyade onu bir şekilde elinde toplayan ile karşısındakilerin mübadele ilişkilerine odaklanılır. Çalışmamızın maksadı bu büyük sorunsal üzerine yapılan tartışmaları ve uzayıp giden farklılıkları dillendirmeyi sürdürmek değildir. Kaldı ki, bu çerçevede yapılacak çıkarımlar, ancak ve ancak çok hacimli araştırma ve analizlerin sonuçları olabilir. Bizim dikkat alanımız, söz konusu tartışmaları bir kenarda tutarak, hukukun ekonomik öğretisinin gelişim mekanı biçiminde kendini takdim eden modern kapitalist toplum olacaktır. Yani çalışmamızda, hukuka ekonomik yaklaşımın, daha doğrusu bu konuda oluşmuş belli başlı alt-yaklaşımların sosyo-politik dayanaklarının açıklığa kavuşturulması noktasında, kapitalizmin ve liberal düşüncenin bir aksiyon olarak toplumsal düzende şekillenip güçlenişini hareket noktası yapmaktayız. Bunun reaksiyonu olan Marksist düşünce üzerinden meselenin ele alınması ise haliyle apayrı -belki bunun üzerine kurulacak ileri- bir çalışmanın konusu olabilir. Dolayısıyla inceleme sahamız kapitalizmin ve liberal düşüncenin çeperi içerisinde kalacak, bunun ekonomik hukuk yaklaşımının çeşitli noktalarına dönük reaksiyonların ele alınması noktasında ağırlıklı olarak yine bu çeper dahilinde geliştirilmiş eleştiriler üzerine yoğunlaşılacaktır.

İlk bölümde, hukukun ekonomik öğretisinin kavramsal içeriği tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu kavramsal içerik, öğretiyi kuran ve öğreti içinde dönen tartışmaların merkezinde yer tutan bir takım temel kavramlardan oluşur. Söz konusu temel kavramlardan bir kısmı (örneğin fayda ve etkinlik gibi) konumuz üzerine tartışma yürütebilmemiz için elzem hale gelmiş dilsel gereç vasfındadır. Söz konusu kavramların bir diğer kısmı ise arkaplanlarıyla birlikte açıklanmaları gereken ve sosyal bilimlerin pek çok alanına uzanan belli başlı yaklaşımların temsilleridir. Örneğin hukukun ekonomik öğretisinde genel kabul gören *ex ante* yaklaşım, hukuk kurallarının yapımı ve bulunuşunun ya da yargısal kararların verilişinin ileriye dönük etkilerini dikkate almayı hedefleyen ve ekonomik düşüncede de karşılığı olan bir bakış açısını temsil eder. Hukukun gelecekte gerçekleştirmeyi tasarladığı amaçlar, hukukun bir araç olarak çalıştırılması düşüncesinin neticesidir ve amaçlar konusuna geldiğimizde de, ekonomik öğretinin karşımıza çıkardığı refah ve servet maksimizasyonu gibi başkaca kavramlarla karşılaşırız.

Söz konusu kavramsal ağ devamlı genişleme eğilimindedir. Hukukun amacı, araçsallığı ve toplumsal işlevi problemi gündeme geldiğinde, bu sefer toplumsal düzenin kavranması problemi ortaya çıkmaktadır. Toplumsal düzen insanın rasyonel edimleri üzerinden ne ölçüde tasarlanabilir, ne ölçüde tasarlanamaz? Toplumsal düzenin kendi kendine işleme özelliğinden bahsedebilir miyiz? Bu işleme sürecinde piyasanın, devletin ve hukukun rolleri nelerdir? Tüm bu sorular eşliğinde öğretinin temel meselelerini tartışabilmemiz konusunda bu sefer de kendiliğinden düzen (*spontenous order*), piyasa başarısızlığı (*market failure*), piyasa-dışı başarısızlık (*non-market failure*) ve müdahalecilik gibi bir ucu İskoç aydınlanmasına, diğer ucu refah kuramı tartışmalarına dayanan kavramlarla karşı karşıya geliriz. Düzen konusunu ele aldığımızda, ayrıca bu düzenin incelenme metoduyla ilgili başka kavramlar da karşımıza çıkar. Düzen, parçaları üzerinden atomistik bir bakış açısıyla mı, yoksa yapısal yahut bütünsel (holistik) çerçevede mi incelenecektir? Öğretide genel kabul gören anlayış atomistik görüştür; "toplumsal olan" toplumun atomları yani bireylerden yola çıkılarak anlamlandırılmaya çalışılır ve buna "metodolojik bireycilik" denir. Birey dediğimizde ise kavramsal ağımızı daha da genişletmemiz ve ele aldığımız öğretinin birey ve hatta insan doğası tanımına ulaşmamız gerekir. Bu da karşımıza yine ekonomik düşünceden ithal edilmiş *homo economicus*'u çıkarır ve kavramsal ağımız rasyonalite, çıkar maksimizasyonu, rasyonel seçim gibi kavramlar eşliğinde genişlemeye devam eder. İlk bölümde amaçlananlardan biri, öğretinin kavramsal içeriğinin temel unsurlarının açığa çıkarılmasıdır ve bu, onların belirip geliştikleri tarihsel doku ile olabildiğince irtibatlı biçimde yapılmaya çalışılmıştır.

Tarihsel doku içerisinde hukukun ekonomik öğretisinin temel kavramlarının şekillenişinin anlatımı, kapitalizm ile modern hukuk düşüncesinin etkileşimsel tarihinin de bir nevi anlatımı demektir. Bu tarih, çalışmamızda, *lex mercatoria* üzerine yapılmış çalışmalar izleğinde ticari kapitalizmin hukuktan talepleriyle başlatılmış, öğretinin iki büyük felsefi öncülü olarak kabul edilen Adam Smith ve Jeremy Bentham'ın hukuk teorilerindeki ekonomik zeminin aydınlatılma çabasıyla sürdürülmüştür. Sonrasında *laissez faire* liberalizminin 18 ve 19.yy.'larda hakim ideoloji halini alışı sürecinde hukuk-ekonomi korelasyonuna yoğunlaşan literatürün öğretiye temel oluşturan tartışmaları üretmesiyle ve ekonomik etkinlik kavramını

açıklama girişimi mahiyetindeki belli başlı ekonomik modellerin icat edilmesi sürecinin aktarımıyla noktalanmıştır. Bu noktanın peşinden ise, öğretinin 20.yy. eşiğinden başlayan yakın tarihi ve kurumsallaşma süreci ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu kurumsallaşma süreci aynı zamanda öğretinin kendi içinde parçalara ayrılışını da beraberinde getirmiştir.

Hukukun ekonomik öğretisi, bugün artık, kendi içinde pek çok ekole bölünmüş vaziyettedir: Pozitivist Chicago Okulu, Normativist New Haven (Yale) Okulu, Fonksiyonalist Virginia (Kamu Tercihi) Okulu, Avusturya Okulu, Davranışsalcı Okul, Kurumsalcı Winsconsin Okulu, Yeni-Kurumsalcı Okul, Oyun Kuramı Ekolü, Freiburg Okulu gibi… Çalışmamız bu okullardan esas olarak üç tanesini merkeze almıştır. Bunlar, bugün ana-akım olarak nitelendirilebilecek derecede öğretiyi etkisi altına almış olan Chicago Okulu ve onunla metodolojik farklılıklarına rağmen önemli noktalarda ortak politik çıktılar ortaya koymuş Avusturya ve Virginia Okullarıdır. Söz konusu okullar, hukuk ve ekonomi bağlamına dair en üretken temsilcilerinin merkeze alınması suretiyle incelenmiştir. Söz konusu temsilciler; Chicago Okulundan Richard A. Posner, Avusturya Okulundan Friedrich August von Hayek ve Virginia Okulunun kurucusu James M. Buchanan'dır. İkinci, üçüncü ve dördüncü bölümler bu okulların temel özellikleri ile hukukun ekonomik öğretisine katkılarının ve birbirleriyle uyumlu ve zıt yönlerinin tahliline özgülenmiştir.

İncelemeyi amaçladığımız üç okulun, bir yandan hukuk ve ekonomi ekolleri olmaları diğer yandan Amerikan siyasi terminolojisinde "politik sağ" ya da "muhafazakarlık", dünya genelinde benimsenmiş adlandırmasıyla "neoliberal" olarak ifade edilen düşüncenin önde gelen yaklaşımları olarak takdim edilmeleri ilgi çekicidir.[6] Bu yüzden hukuka ekonomik yaklaşım konusunda da bu üç okulun

[6] Örneğin bkz. Mehmet Tevfik Özcan, "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi, Gerçeklik mi?", **İÜHFM**, Cilt:71, Sayı:1, 2013, ss.963-1002, s.984-985; Şefik Taylan Akman, **Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi**, İmge Kitabevi, 2016, Ankara, s.126-127; Phillip Mirowski, "The Thirteen Commandments of Neoliberalism", **The Utopian**, (19/06/2013), Erişim: https://www.the-utopian.org/post/53360513384/the-thirteen-commandments-of-neoliberalism ; Norman P. Barry, "Yeni Liberalizm", (Çev. Beyza Aydaş), **Liberalizm: El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte Yay., 2.b., 2017, Ankara, ss.301-350; Pierre Dardot, Christian Laval, **Dünyanın Yeni Aklı: Neoliberal Toplum Üzerine Deneme**, (Çev. Işık Ergüden), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2012, İstanbul, s.3; Coşkun Can Aktan, "Klasik

ideolojik yönden benzerlikler barındırdığı düşünülebilir. Fakat ilginç bir şekilde ontolojik ve metodolojik en temel konular üzerinde ciddi bakış açısı farklılıkları da söz konusudur. Gerek entelektüel etkileşimleri, gerekse temsilcilerinin birbirlerine karşı kaleme aldıkları eleştirilerden ortaya çıkmış literatür, söz konusu üç okul üzerinde yoğunlaşmak konusunda, bizim açımızdan, merak uyandırıcı olmuştur. Söz konusu üç okulu merkeze almamızın, onları birbiriyle bağlantılandıran bir diğer sebebi ise hukuk ve ekonomi bağlamına ahlaki perspektifin dışında bir bakış açısı geliştirmelerinden kaynaklanır. Bu yüzden söz konusu üç okul da "liberteryen öğreti" içinde değerlendirilmezler. Üçü de çağdaş kapitalizmin -etkinlik, verimlilik, fiyat sistemi ve rekabet gibi unsurlarına dayalı olarak- hukuki boyutunu ele almış olmaları dolayısıyla liberteryen düşünceden ayrılırlar. Liberteryenlerin kapitalizmi gerekçelendirmesi ise yukarıdaki kavramsal ağdan farklı olarak birey, özgürlük ve gönüllülük gibi ahlaki unsurlarla bezelidir. Dolayısıyla ele aldığımız üç yaklaşım hukuka ekonomi odaklı bir bakışı temsil ederken, liberteryen hukuk teorisi daha ziyade hukuku ahlaki bir çerçevede ele alma iddiasındadır.

İkinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerde sırasıyla Chicago, Avusturya ve Virginia okullarının hukuka ekonomik yaklaşıma katkıları ve okul halini almalarına sebep karakteristik yapıları olabildiğince betimsel bir içerikle aktarılmaya çalışılmış, bölüm sonlarında özellikle kendi aralarında birbirlerine yönelttikleri başlıca eleştiriler nakledilmiştir. Eleştirel boyut, söz konusu üç okulun dışındaki hukuk ve ekonomi okullarının, özellikle de Kurumsalcılık, Davranışsalcılık ve New Haven Okulu'nun katkıları ve eleştirileri ile zenginleştirilmeye çalışılmıştır.

Beşinci bölüm hukuka ekonomik yaklaşımın toplumsal dayanak noktalarının teşhisine odaklanmıştır. Bazı çalışmalar, ana-akım hukuk ve ekonomi öğretisinin, özellikle de Chicago Okulunun, toplumsal bağlamı olmayan, hatta toplumsal gerçeklikten kopuk "neoklasik" bir teori olduğunu ileri sürer. Gerçekten de birincil literatür ele alındığında söz konusu ekolün nasıl bir toplum teorisine dayandığı çok açık değildir. Bu konunun aydınlatılması için söz konusu yaklaşımların içinde şekillenmiş olduğu tarihsel kesit üzerine odaklanmış iktisat sosyolojisi literatüründen

---

Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Liberterianizm, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:28, Sayı:1, Mart-1995, ss.3-32, s.12-13, 28, 32.

faydalanılmaya çalışılmıştır. 20.yy. kapitalist toplumu üzerinde duran iktisadi sosyoloji literatürünün, mübadele, sözleşme, denge, rekabet, üretim, tüketim, risk ve kredibilite gibi belli başlı ekonomik kavramlar üzerinden toplumsal ilişkileri okuma eğilimi sergilediği göze çarpar. Benzer bir kavramsal ağ, neoliberal toplum tartışmalarının ortaya konulduğu literatür tarafından da sıklıkla kullanılır. Dolayısıyla bu bölüm, ikinci bir iş olarak söz konusu kavramsal ağın ortaya çıkarılmasına odaklanmıştır. Bu doğrultuda hukuka ekonomik yaklaşımın, neoliberal toplum kuramı, postmodern toplum tartışmaları ve risk toplumu başlığı altında ele alınan problemler ile ilişkiselliği düzleminde toplumsal dayanakları ve bu dayanakların sağlamlığı ele alınmaya ve sorgulanmaya çalışılmıştır. Bu saha aydınlatılabildiği ölçüde Virginia okulunun politik alanı bir mübadele alanı, Chicago okulununsa hukuk kurallarını çıkar grupları arasında yasama düzeyinde yapılmış anlaşmalar olarak kabul edişi ve bunun açılımları anlamlı hale gelmektedir. Keza Hayek'in Alman ordoliberallerden alarak işlediği ve tüm entelektüel uğraşını uğruna sergilediği "özel hukuk toplumu" (*privatrechtsgesellschaft*) kavramının manası da yine bu ilişkiselliğin aydınlatılması ile anlamlı hale gelmektedir.

Son bölümde hukuka ekonomik yaklaşımın felsefi ve sosyolojik izdüşümlerinin hukuk teorisi yönünden ortaya çıkardığı bir takım problematik başlıklar tartışmaya açılmıştır. Hukuk ve iktisat, özne, rasyonalite ve bilimsellik bakımından farklılıkları ve ilişkisellikleri içinde ele alınmaya çalışılmıştır. Hukukun öznesi ile iktisadın öznesi, ne tip bir insan doğası kavrayışı üzerine kuruludur ve bu kavrayış ne ölçüde fiktif bir tasarıma, ne ölçüde toplumsal gerçeklikte karşımıza çıkan bir insan tipine karşılık gelir? Hukuk ve iktisattaki bilimsel nosyonun ağırlıkları ne oranlardadır? Bu oranlar ölçüsünde bilimsel nesnelliğin hukuki sorunların ele alınışında katkısı ve etkisi nedir? Bu başlıklar doğal olarak iki çalışma sahasının aksiyomatik içeriklerinin karşılaştırılması demektir ve iktisadın hukuka, hukukunsa iktisada (ki biz bu çalışmada dikkatimizi esas olarak ilki üzerinde toplamaktayız) ne yönden katkılarının olabileceğine dair fikir yürütebilmenin belki de ilk adımlarını atmayla ilgili bir çaba içerir. Tartışmaya açılan diğer sorular ise şunlardır: Hukuka ekonomik yaklaşım, hukuku ekonomikleştirir mi? Burada iktisadın sosyal bilimlere yayılmacı kimliğinin payı bulunmakta mıdır? Dahası,

hukuki düşünce ne ölçüde ekonomikleş(tiril)meye müsaittir? Hukuk, kimi iktisadi bakış açılarınca dillendirildiği gibi insan davranışları üzerine fiyat etiketleri yapıştıran bir mekanizma mıdır? Tüm hukuki fenomenlerin arkaplanlarında iktisadın arz-talep ve fiyat yasaları mı çalışır? Tüm hukuki fenomenler ekonomik işlemlerin mantığı altında birbirleriyle ikame edilebilir, özel mülkiyet mantığıyla kavranabilir ve pazarlık konusu yapılabilir değerler mi içerir?

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TEMEL KAVRAMLARI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1.1. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN KAVRAMSAL İÇERİĞİ

Ekonomi (*oikonomia* - οἰκονομία[1]) kavramı, bilindiği üzere, kelime kökeni itibariyle "evin yönetimi, evin kuralları" manalarına gelir. Etimolojik olarak (ev-içi, aile-içi, hane-içi) *kapalı* bir ilişkiler düzenini bildiren bu kavramın, mübadele ilişkilerinin yaygınlaşması ile birlikte ve hane dışına taşan (artık pazar, fuarlarda yürütülen) ilişkileri kapsamına alması dolayısıyla, başına "politik" terimini almak suretiyle "politik-ekonomi" olarak[2] uzun süredir kullanılageldiği bilinmektedir. Daha sonra politik-ekonominin "politik" teriminin atılması ve sadece ekonominin kullanılması suretiyle, vurgunun siyasal teorinin konusu olan devletten bireye kaydırıldığı; ekonomi (*economy*) teriminin ardına "ics" takısının konması suretiyle "economics" olarak kullanımının ise *physics* ya da *dynamics* gibi pozitif bilim

[1] Antik Yunanca'dan gelme bir terim olan Ekonomi, iki kelimenin birleşiminden oluşur : oikos + nemein. *Oikos*, "*household* yani eve ait, eve ilişkin" demektir. *Nemein* ise "management, yani yönetim, idare ya da yasa" anlamındadır. Bkz. Dotan Leshem, "What Did the Ancient Greeks Mean by *Oikonomia*?", **Journal of Economic Perspectives**, Vol: 30, No:1, Winter-2016, ss.225–231, s.225. Aristoteles hane yönetiminin bir yan-uğraşı olarak hanenin ihtiyaçlarının karşılanması için servet elde etme sanatını "krematistik" olarak ifade eder ve bu sanat hane yönetiminin amacı olan hanedekilerin mutluluğu amacının sadece bir aracıdır, kendi başına amaç değildir. Krematistiğin hane ile ilgili olan kısmı, ihtiyaç temelli, doğal ve ahlaki iken, pazara uzanan kısmı kâr temelli, doğa-dışı ve ahlaken düşüktür. Bkz. Aristoteles, **Politika**, (Çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975, (I, 9, 15-18).

[2] Ekonomi-politik yahut politik-ekonominin (farkları sadece birinin Fransızca diğerinin İngilizce kullanım olmasıdır), terim olarak, politika bilimiyle ekonomi biliminin henüz birbirlerinden bağımsızlaşamadıklarını, klasik ekonomi düşüncesi içerisinde onun bitişi olarak varsayılan 1870'lerdeki marjinalist devrime dek, disiplinlerin bu karşılıklı bağımlılığını ifade ettiğini ve bilindiği kadarıyla ilk olarak 1611 yılında Mayerne-Tourquet tarafından kullanıldığı, nihayet 1890 yılında Alfred Marshall tarafından bu iki kavramın aynı anlamda kullanıldığı ve bugün de bu eğilimin genel eğilim olduğu hakkında bkz. Feridun Yılmaz, "Ekonomi Politik", **Felsefe Ansiklopedisi**, Cilt:5, (Ed.Ahmet Cevizci), Ebabil Yay., 2007, Ankara, ss.276-279. Bkz. Peter Groenewegen, "'Political Economy' and 'Economics'", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman), MacMillan, 1991, United Kingdom, s.556-562.

çağrışımı oluşturma isteğinden doğduğuyla ilgili değerlendirmeler yapılagelmektedir[3].

Oikonomia'dan *politik-ekonomi*'ye doğru gerçekleşmiş kavramsal dönüşüm, hukuk ve ekonomi ilişkisine dair önemli sayılabilecek bir bilgiyi içinde saklamaktadır. Aristoteles'ın *Oikonomia* kitabı gibi hanenin (*oikos*) idaresini ve kurallarını (*nomos*) ve hane-içi ilişkileri (i- efendi/köle; ii- koca/karı; iii- baba/evlat ikilikleri üzerinden) ele alan literatürün dikkat kesildiği *oikos*'un sahibinin Latin dünyasında ve Roma hukukundaki karşılığı, hukuk eğitimi almış olan kimselerin çok aşina olduğu bir kavram olan *pater familias*'tır[4]. Ankara Üniversitesi'nin Medeni hukuk ve Roma hukuku hocalarından Vasfi Raşid Seviğ (d.1887-ö.1971), 1950 yılında yayınladığı "Borçlar Hukuku ve İktisat" başlıklı makalesinde, işte tam da bu noktada hukuk ve ekonomi arasında ilgi çekici bir bağa dikkat çeker. Bu bağ, hukuki kişilik kavramı ile ekonominin öznesi arasındaki irtibata dairdir ve bu irtibat hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkinin ekonomi kavramının antik anlamına dek nasıl uzandığını da gözler önüne sermektedir:

> Aile hayatından aile dışı hayata geçiş pederşahi hukuku ortadan kaldırdı; ve *şahsiyeti* aile reisinin imtiyazı olmaktan çıkartıp aile çocuklarını da bu sıfatla mümtaz kıldı; ferdiyetçi hukuk doğmağa başladı. Pederşahi hukuk, insanı aile içinde gayri müteharrik bir hale koyuyor ve onu gayrimenkulleştiriyordu. Yeni hayat eski hukukun yerine mukavele hukukunu, ticareti ve krediyi koyuyordu. Roma'da *Quirites* hukuku ile *Gentium* hukuku arasında geçen uzun mücadele, bu intikalin hazin ve aynı zamanda şerefli tarihini teşkil eder.[5]

Yani bir hukuk tasarımı olan *kişilik* yahut *şahsiyet (persona)* Seviğ'in deyimiyle aynı zamanda *"iktisada ehliyettir; mülkiyete ehliyettir ve iktisadi düzenin temelidir."*[6] Dolayısıyla şahsiyet, hukuki olduğu kadar ekonomik de bir tasarımdır. Şahsiyete sahip olan, haklara da sahiptir; kendi amacını takip edebilir; bir balta ya da

[3] Bu hususta bkz. D.H.Robertson'ın "What is economics?" (1965) başlıklı makalesinden aktaran: Ömer Demir, **İktisat Metodolojisi**, Sentez Yay., 2012, Bursa, s.46. Biz çalışmamız boyunca "economics" kelimesinin karşılığı olarak"ekonomi bilimi" yahut yer yer "iktisat" terimini tercih ettik.
[4] Ragıp Ege, "Ekonomi", **Felsefe Ansiklopedisi**, Cilt:5, (Ed.Ahmet Cevizci), Ebabil Yay., 2007, Ankara, s.236-264, s.236.
[5] Vasfi Raşid Seviğ, "Borçlar Hukuku ve İktisat", **AÜHFD**, C:VII, S:3, 1950, ss.227-265, s.242.
[6] Seviğ, "Borçlar Hukuku ve İktisat", s.228.

bir köle (yani amacı olan başka bir varlığın aracı) değildir; ekonomik bir mal yahut kaynak değil, ekonomik faildir. Yani hukuk ile ekonomi arasındaki ilişki, hukukun ve ekonominin tarihlerinin ilk safhalarına dek geri götürülebilir. Zira iki disiplin de insan doğası üzerine kurulu ilke ve varsayımlar üzerinde şekillenmiştir.

İktisat (*economics*), kaynakların kıtlığı koşullarında insanların sınırsız istek ve arzularını doyurmak adına sergiledikleri davranışları ve tercihleri inceleyen bir bilimsel disiplindir; istek ve arzulara erişebilmek için eldeki kaynakların nasıl etkin ve tedbirli kullanılabileceği konusunda çıkarımlar üretir[7]. Pek çok ekonomi tanımı arasında genel kabul görenlerden biri olan ve neoklasik ekonomik teorinin mikroekonomik mantığını yansıtan bu tanımdaki "kısıt" ve "kaynak" kavramlarını her hukuk düzeninin müteessis özgürlük ve mülkiyet rejimleri içinde sunduğu olanaklar çerçevesinde düşünmekte bir beis yoktur. Bu kavramsal alanların hangisinin hangisini esas ve öncel olarak belirlediği tartışmasını içeren büyük problematiği şimdilik bir kenara koyduğumuzda, modern toplumda ekonomik fenomenler ile özgürlük ve mülkiyet düzenlerinin -ya da başka bir ifadeyle hukukun- karşılıklı biçimde çok büyük bir değişim ve dönüşüm ilişkisi içerisinde olduklarını[8] ve hatta pek çok kez toplumsal çatışmalar neticesinde bugünkü yapılarına büründüklerini söyleyebiliriz.

Hukuk ve ekonomi disiplinlerinin ortak kelime dağarcığı ve hatta bazı temel kavramlar konusunda ortaklıkları söz konusudur. Başta mülkiyet olmak üzere pek çok hukuki kavram aynı zamanda birer ekonomik kavramdır. Örneğin, Carl Menger, Ludwig von Mises ve Max Weber gibi (sayıları daha da arttırılabilir) pek çok düşünüre göre, mülkiyet hakkının varlık nedeni, insan ihtiyaçlarının sınırsızlığı karşısında kaynakların kıt olmasıdır[9]. Genel olarak hakları açıklamakta kaynakların kıtlığı kavramını kullanan Wesley N. Hohfeld ve John R. Commons gibi başkaca

[7] Mark Skousen, **Mikro İktisat: Ekonomik Mantık**, (Çev. Atilla Yayla), Adres Yay., 1.b., 2009, Ankara, s.38.
[8] Bkz. Max Weber, **Ekonomi ve Toplum: Cilt:2**, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yay., 2012, İstanbul, s.26 (Bundan böyle kısaca: **Ekonomi ve Toplum-II**). Ayrıca bkz. Richard Swedberg, "The Case for Economic Sociology of Law", **Theory and Society**, Vol.32, No.1, Feb.-2003, ss.1-37, s.4; Lauren B. Edelman, Robin Strayker, "Hukuka ve Ekonomiye Sosyolojik Bir Yaklaşım", (Çev. Zeynep Berke Çetin), **İktisat Sosyolojisi**, (Ed. Neil J. Smelser, Richard Swedberg, Çev. Ed. Esma Gültüvin Gür Omay), Sentez Yay., 2013, Ankara, ss.209-255, s.209.
[9] Menger, **İktisadın Prensipleri**, s.25-26; Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.46.

düşünürler de benzer bir yaklaşım sergilemişlerdir[10]. İnsanlar kıtlık sebebinden ötürü, varlıklar üzerinde diğer insanları sınırlandırıcı güçleri kendilerinde toplayarak (*usus*, *fructus*, *abusus*) bunları hak ve yükümlülükler biçiminde kurumsallaştırmışlardır. Mülkiyetin hem ortak bir kavram oluşu hem de merkezi vasfı nedeniyle, özellikle özel hukuk alanının, ciddi nispette ekonomik rasyonalitenin şekillendiriciliğinde geliştiği vurgulanır. Öyle ki, "ekonomik hayat, alacak ve borçların hukuki tekniği gereğince işlemektedir."[11] Bir düzen olarak piyasa, sözleşmeler ağından ibarettir. Yine bir hukuki ve ekonomik aktör olarak şirket, bir piyasa içi örgütlenme tarzı olarak, hem piyasada tekil biçimde hareket edip devamlı işbirliği içindeki aktörlerin aralarındaki sözleşme sayısını azaltır, kısa dönemli değil uzun dönemli sözleşme ilişkisinin bir örgütlenmeye dönüşümüdür; hem de şirketle bir alışveriş yapacak kimsenin şirket-içi üretim faktörleri ile ayrı ayrı sözleşme yapmasını gereksiz kılan ve böylelikle işlem tasarrufu sağlayan ekonomik aklın bir ürünüdür[12]. Ayrıca gerek mülkiyet gerekse zilyetlik ile alakalı hukuk normlarının, ekonomik faaliyet alanındaki belirsizlikleri giderici, diğer bir deyişle bilgi edinme, aktarma ve sözleşme yapabilme hususundaki ekonomik işlem maliyetlerini (*transaction costs*) düşürücü fonksiyonları bulunduğu da kabul edilmektedir[13].

Örneğin vergi hukuku gibi refahın yahut zenginliğin toplumsal dağılımını belirleyen alanlarda ekonomik etkilerin değerlendirilmesi bir gereklilik olarak belirir. Bu gerekliliğe aykırılık, vergilerle ilgili kuralların etkinliği ve adilliğinin sağlanamaması, vergilendirme yetkisinin arkaplanındaki kamu yararı esasının çökmesi ve mülkiyet haklarının ihlalini doğurur[14]. Zenginliğin toplumda dağılımını

---

[10] Bkz. Steven G. Medema, "From Dismal to Dominance? Law and Economics and the Values of Imperial Science, Historically Contemplated", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis and Nicholas Mercuro), Routledge, London and New York, 2015, ss.69-88, s.77; Wesley N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal,** Vol.23, 1913, ss.16–59; John R. Commons, "Law and Economics", **Yale Law Journal**, Vol.34, Issue:4, 1925, ss.371-382, s.371.

[11] Rene Savatier, **Hukuki ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi**, (Çev. Turgut Önen, Tamer İnal), Kalite Matbaası, Ankara, 1980, s.4.

[12] Bkz. Ronald Coase, "Firmanın Doğası", (Çev. Can Madenci), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.171-193, s.176-179; Suri Ratnapala, **Jurisprudence**, Cambridge University Press, 2009, New York, s.248.

[13] Fuat Oğuz, **Mülkiye Hakları: Bir Ekonomik Analiz**, Roma Yay., 2003, Ankara, s.82; Hernando de Soto, **Sermayenin Sırrı: Kapitalizm Batı'da Zaferler Kazanırken Diğer Yerlerde Neden Başarısız?**, (Çev. Murat Aygen), Liberte Yay., 3.b., 2009, Ankara, s.52 vd.

[14] Gökçay, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, s.507-508.

belirleyen kuralları içeren ve bir sistem olarak bu kurallar ve ilkeler yekununun işletimi olan hukuk, toplumsal refah değerlendirmelerinde birer ölçüt addedilen suç, rekabet, kaza oranı, inovasyon gibi toplumsal olguların da doğrudan hem etkileyeni hem de etkilenenidir[15]. Resesyon, işsizlik ve gelir dağılımı gibi ekonomik verilerin suç oranlarına yansıması, böylece iş çevrimleri ile suç çevrimlerinin karşı-devresel ilişkileri, ekonomi-sosyoloji-hukuk üçgeni içerisinde disiplinlerarası çalışmalara çokça konu edilmiştir[16]. Dolayısıyla hukukun ekonomik düzene birebir etki eder biçimde düzenleyici, yapıcı ve kolaylaştırıcı (ve tüm bunların aynı zamanda karşıtlarını içeren mahiyette) işlevleri söz konusudur: ayrımcılık karşıtlığı, çevrenin korunması, tekelleşme yasakları, rekabet korumaları, iş güvenceleri, asgari ücret uygulamaları vb. pek çok uygulama, ekonomik siyasalara yön verme mahiyetinde hukuk politikalarıdır; aynı zamanda pek çok ekonomik faaliyetin tanımlanması, sınıflanması, nasıl oluşabileceği, nasıl yapılabileceği ve nasıl sonlandırılabileceğine (örneğin bir anonim şirketin nasıl kurulup, neleri nasıl yapabileceği ve nasıl tasfiye edileceğine) dair kuralların genel olarak tanımlandığı çatı-kavram hukuktur[17].

Yasaların toplumsal etkileri, insan davranışlarında yansımasını bulur. Belli yasalara belli amaçlar atfeden yasakoyucunun, bu nedenle insan davranışlarının nasıl değiştirilebileceğine dönük bilgilere de olabildiğince sahip olması gerekir. Neoklasik ekonomi teorisi ve onun merkeze aldığı mikro-ekonomi, ekonomik aktörün yönelimlerini analiz etmek anlamında doğrudan bu mesele ile ilgilidir. Hukukun ekonomik öğretisinin, hukuk ve ekonomi disiplinlerinin korelasyonunu kurma gerekçelerinden bir tanesini işte bu alan oluşturur: davranış teorisi. İki disiplin de insan davranışları üzerine kurulu bir ilgiye sahiptir. Hukuk, insan davranışlarının belli doğrultularda yönlendirilmesini amaçlar ve mikro-ekonominin, özellikle de rasyonel seçim teorisinin, hukuka bu noktada katkı sunduğu kabul edilmektedir[18]. Davranışları yönlendirme çerçevesinde hukuk, piyasanın simülasyonu gibi, bir

[15] David Bruce Ingram, **Hukuk Felsefesi**, (Çev. Ezgi Su Dağabak), Fol Kitap, 2019, Ankara, s.226; Edelman, Strayker, "Hukuka ve Ekonomiye Sosyolojik Bir Yaklaşım", s.221.
[16] Bu konuda bir kaynakça sunması dolayısıyla bkz. Enver Alper Güvel, **Suç ve Ceza Ekonomisi**, Roma Yay., 2004, Ankara, s.22-29, 62-63.
[17] Mathieu Deflem, **Hukuk Sosyolojisi**, (Çev. Devrim Özkan, Yücel Karadaş), Adres Yay., 2019, İstanbul, s.140.
[18] Kerem Cem Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", **Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler**, (Ed. Başak Baysal), XII Levha Yay., 1.b., 2017, İstanbul, ss.3-22, s.4; Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.2.

fiyat(landırma) mekanizması biçiminde çalışır; yani davranışları fiyatlandırır. Fiyatı yükselen davranıştan bireyler kaçınırken (yani o davranışlara talep düşerken), fiyatı düşen davranışı sergilemeye yönelirler. Fiyat, arz ve talep yasalarının üzerine kurulu biçimde hukukun fiyat teorisi çerçevesinde analizi[19], hukukun ekonomik öğretisinin önemli bir kısmını meydana getirir. Tüm bunlar vesilesiyle, hukukun ekonomik öğretisinin ciddi ölçüde neoklasik teorinin temelleri üzerinde inşa edildiğini de belirtmek gerekir[20] ve bu teorik içerikte, marjinal fayda ve maliyet analizleri[21], denge analizleri, üretim ve tüketim fonksiyonları ve bireysel tercihler gibi kavramların eşliğinde bireyler ve firmalar gibi mikro unsurların eylemlerinin, karar ve seçim süreçlerinin tafsilatlı ve ciddi ölçüde matematikselleşmiş analizi dolayısıyla da mikroekonominin makroekonomiye göre baskınlığı ve metodolojik bireyciliğin ağırlığı söz konusudur[22]. Ayrıca iktisat, neoklasik evrede, Smith'in dönemindeki ahlak, tarih ve toplum ile olan bağlarını kaybettiği ölçüde bir yöntem ve teknikler seti halini almıştır. İktisadın bir "amaç-araç-seçim-etkinlik-denge bilimi" haline gelmesiyle ve bu kavramların evrenselleştirilebilirlikleri ölçüsünde iktisadi analiz, artık piyasa incelemesinin çok daha ötesine doğru genişleme yaşamış, bu genişleyen çeperin içine dahil olma noktasında hukuk da payını almıştır[23].

Hukuk ve ekonomi korelasyonunu oluşturan ikinci unsur ise, öğreti kapsamında neredeyse "adalet" değerininin yerini almış olan ve "*etkinlik*" yahut

---

[19] Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, 3rd. ed., Little Brown Co., 1986, United States, s.3-10.

[20] Bkz. Nicholas Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", **The Journal Jurisprudence**, Vol.2, 2009, ss.61-109, s.74-75; Medema, "From Dismal to Dominance?", s.79; Jerome Culp, "Judex Economicus", **Law and Contemporary Problems**, Vol.50, No.4, Autumn-1987, ss.95-140s.98.

[21] Walras-Jevons-Menger üçlüsüyle tarif edilen ve onların sonrasında Alfred Marshall ile karakterize edilen Marjinalizm, yani kısaca fayda-maliyet analizinin marjinal ele alınması, neoklasik ekonomik düşüncenin esaslı unsurlarının başında gelir. Hatta "neoklasik" tabiri onun bir numaralı muarızı Veblen tarafından alaycı bir biçimde Marshallcı yaklaşımı ifade etmek adına kullanılmış ve garip bir biçimde bu tabir genel kabul görmüştür. Bu kabul görüşün öncesinde neoklasik düşünce, genellikle, marjinalist devrime atıfla, marjinalizm kavramıyla ifade edilmiştir. Bkz. Emmanuelle Bénicourt, Bernard Guerrien, **Neoklasik İktisat Teorisi**, (Çev. Mustafa Dönmez, Hüseyin Şahin, Ertuğrul Tokdemir), İletişim Yay., 2017, İstanbul, s.20; Tony Aspromourgos, "Neoclasical", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman), MacMillan, 1991, United Kingdom, ss.502-503.

[22] Bkz. Bénicourt, Guerrien, **Neoklasik İktisat Teorisi**, s.15-19, 23, 43-44.

[23] Ben Fide, Dimitris Milonakis, **İktisadi Emperyalizmden Acayip İktisada: İktisat ve Diğer Sosyal Bilimler Arasında Değişen Sınırlar**, (Çev. Eren Kırmızıaltın, Hüsnü Bilir), Heretik Yay., 1.b., 2014, Ankara, s.19-34; Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century**, s.183.

"*verimlilik*" olarak tercüme edilen *efficiency* kavramıdır. *Efficiency'nin* doğru Türkçe karşılığı, *etkinlik*tir. *Verimlilik* ise İngilizcedeki *productivity*'nin karşılığıdır ve ekonomik terminolojide üretim faktörleri ile üretim miktarı arasındaki ilişkiye dair bir terim olduğu için etkinliğin anlamını birebir vermeye elverişli değildir. Fakat yine de *efficiency*'nin literatürdeki kullanımının semantik açıdan çok daha kapsayıcı olduğunu belirtmekte yarar vardır. Şöyle ki; bir hukuk normunun tanımlanmış amacını sağlayıp sağlamadığı ve buna göre fayda ve başarı getirip getirmediği, ekonomi disiplininin vasıtaları üzerinden ölçülmeye çalışılırken, o hukuk normunun etkinliğinin pozitif testinin yapıldığı dile getirilir. Fakat "amacı sağlama" anlamının yanı sıra, ayrıca bunun toplumsal zenginliğe yahut refaha etkisi de dikkate alınmaktadır[24]. Amacın sağlanması noktasında ortaya çıkan başarılı sonucun, ilerleyen süreçte artarak ilave faydalar üretip üretmediği de meseleye eklendiğinde, etkinlik kavramını, bir bakıma verimliliği de anlam sahasına dahil eden daha geniş bir anlamla karşımızda buluruz[25]. Bu da ekonomi literatüründe işlenen başkaca etkinlik tanımlarının (dağılım etikinliği, üretim/maliyet etkinliği, inovatif-dinamik etkinlik[26], x-etkinliği[27] vb.) kapsama dahil olması demektir. Bu yüzden de etkinlik üzerine hukukun ekonomik öğretisi açısından bir sabite oluştuğunu söylemek güçtür.

Etkinlik kavramının öğreti içerindeki önemi, hukuka dair araçsalcı (*instrumentalist*) bakış açısının neticesidir. Bilindiği üzere, ekonomi bilimi kıt kaynaklardan maksimum yarar elde edilmesini amaç addeder ve hukukun ekonomik öğretisi bu amacı hukuk bilimine ithal eder[28]. Hukuk-ekonomistlerinin hukuka yönelik başlıca önvarsayımı onun bir vasıta (*instrument*) olduğudur. Amaç onun dışındadır, toplumsal mutluluk, refah ya da zenginliktir; spesifik olarak da bu

[24] Bu minvalde kaynakların ve ekonomik avantajların dağılımı açısından öğretide en çok başvurulan etkinlik modelleri, ileride açıklanacak olan Pareto ve Kaldor-Hicks modelleri olmuştur.
[25] Medema, "From Dismal to Dominance?", s.73.
[26] Joseph Schumpeter'in eserlerinde sıklıkla telaffuz edilen dinamik etkinlik, piyasaların ve diğer kurumsal düzenlerin üretim maliyetlerini düşürme, ürün kalitesini yükseltme, yeni ürünler geliştirme ve bunların daha düşük maliyetlerle piyasalara girmelerini sağlama yeterliliğini ifade eder. Bkz. Charles Wolf Jr., **Piyasa veya Devlet: Mükemmel Olmayan İki Alternatif Arasında Seçim**, (Çev. Sedef Akgüngör, Ali Rıza Karacan), Ege Üniversitesi Basımevi, 1998, İzmir,, s.18.
[27] Harvey Leibenstein ile özdeşleştirilmiş olan x-etkinliği kavramı, serbest piyasaların ve diğer örgütsel düzenlemelerin, eleman alınması, çıkartılması, terfi ettirilmesi, ücret ve ikramiyeler verilmesi, yöneticilerin çalışma dürtülerini arttırıcı faaliyetleri ve böylelikle üretim maliyetlerinin düşürülmesi kapasitesinin sağlanması ile ilgili bir etkinlik tanımıdır. Bkz. Wolf Jr., **Piyasa veya Devlet**, s.18
[28] Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", s.5

amaçlara yönelmişliği bildiren bir ara-kavram olan etkinliktir[29]. Yani etkinlik kavramı amaçlara dönük kullanılan araçların niteliğini belirtir. Hukukun da, toplumdaki kıt kaynakların toplumsal zenginliğe yahut refaha dönüştürülecek şekilde etkin kullanımını temin ettiği sürece, amacına uygun çalıştığı addedilir. Bu doğrultuda, ileride de göreceğimiz üzere, hukuku kapitalist bir toplum sisteminin ögesi olarak ele alan kimi düşünürler, onun doğası gereği ekonomik etkinliğe hizmet ettiğini iddia ederler. Bu çerçevede, bir sistem olarak Anglo-Amerikan hukukunun, münhasıran *common law'*un, ekonomik mantığın güdümünde çalıştığı tezi, öğreti içinde en çok dillendirilen söylemdir.

Hukukun politik-ekonomik sistemdeki konumuna dair vurgulanan bir diğer husus, onun düzeltici fonksiyonuna dairdir. Bu çerçevede, bazı yazarlar ekonomik düzende ve bunun işlerliğinde birtakım hatalar (piyasa aksaklığı / *market failure*) yahut etkinlik kayıpları oluşabileceğini, bunlar oluştuğundaysa hukuk eliyle bunların düzeltilmesi gerekeceğini savunup, öğreti içerisindeki konumlarını bu perspektif üzerinden tanımlarlar[30]. Örneğin, tüketici hukuku, tüketicinin dezavantajlarını gidermeye dönük olarak piyasa-içi (satıcı ile alıcı arasındaki) bilgi asimetrisini; eşya hukuku, mülkiyet haklarını etkin biçimde tanımlamak suretiyle piyasa ilişkilerinin etkin idamesi için engel teşkil eden işlem maliyetlerini; haksız fiil yahut sorumluluk hukuku, kişilerin piyasa ilişkileri çerçevesinde dolaylı olarak üçüncü kişilere veya çevreye dönük vermiş oldukları zararları (negatif dışsallıkları / *negative*

[29] Bkz ve karş. Gerald J. Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**, Springer Publ., Dordrecht, Heidelberg, London and New York, 2011, s.184; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.262; James M. Buchanan, "Good Economics – Bad Law", **Virginia Law Review**, Vol.60, No.3, March-1974, ss.483-492, s.485; Fuat Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", **Piyasa**, 2002/2, ss.3-23, s.7.

[30] Hukuk ve ekonomi öğretisinin kendi içideki en temel farklılaşması olarak ifade edilen "pozitivist okul" / "normativist okul" ayrımı çerçevesinde normativist okul olarak tarif edilen Yale (New Haven) Okulu hukukun araçsallığı ve piyasa aksaklıklarını düzeltmedeki rolü üzerinde durmuştur. Buna karşın pozitivist okul olarak tanımlanan Chicago Okulu ise, etkin kuralların serbest piyasada kendiliğinden oluşacağı düşüncesinin etkisiyle hukuka başlı başına bir araçsallık yüklemek yerine, hukuk sistemince üretilen dürtülerin betimleyici (*descriptive*) boyutunu ekonomik vasıtalarla açıklama iddiasındadır. Jonathan Klick, Francesco Parisi, "Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles Lawmaking", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis, Nicholas Mercuro), Routledge, 2015, London, New York, ss.104-120, s.104.

externalities[31]); rekabet hukuku da yoğunlaşma, tekel ve haksız rekabet sorunlarını azaltmak veya gidermek suretiyle piyasa aksaklıklarını gidermiş olur[32]. Piyasa aksaklıklarının giderilmesi sayesinde piyasa daha etkin biçimde işler ve bu sayede refah yahut toplumsal servet artar. Hukuk, tam da bu noktada bir *araç* olarak işlev görür. Dolayısıyla hukuk kuramı açısından etkinlik kavramının kullanım yerlerinden biri hukuk normunun tasarımı ile irtibatlı iken, bir başka yeri yargı organlarının verdikleri kararların sosyal ve ekonomik açıdan (kaynakların ve servetin dağılımı yönünden) ne türden bir değişim yarattığıyla alakalıdır.

Yine, yargı mekanizmasının ekonomik işleyişi meselesi kapsamında "usul ekonomisi" tartışmaları da, hukuk pratiklerinin içinde ekonomik düşünüşün, en azından hukukçular yönünden çok alışılageldik örneklerinden birini teşkil eder. Bu çerçevede ele alınan basitlik, hızlılık ve ucuzluk (maliyetsizlik) gibi usul ilkeleri[33] hukukun etkinliği kapsamı içerisinde ele alınıp tartışılan kavramlardır. "Gecikmiş adalet, adalet değildir" olarak ifade edilen anlayış, bu nedenle aynı zamanda bir tür etkinlik söylemi olarak düşünülebilir[34]. Usul ekonomisinin dışında kişiler-arası uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda, "çok kapılı adliye sistemi" (*multi-door courthouse*) olarak da isimlendirilen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yine ekonomik rasyonalite zemininde son elli yılda gelişim göstermiş bir başka alandır; kişileri tek bir yola (dava yoluna) zorlamamak ve menfaat durumlarına göre tahkim ve arabuluculuk gibi alternatifler arası *seçim* yapılabilmelerine olanak sağlamak, kişiler arası özel ve ticari mahiyetteki bilgilerin aleniyete açılmaması, etkin bir biçimde pazarlık yürütebilmek, hızlılık, az masraf ve kazan-kazan ilkesi (pastayı

[31] Ekonomik açıdan bir davranışın "dışsal etkileri üretim yahut tüketim durumunda ortaya çıkabilir, üretim yahut tüketim aktörünün etkinliğinin üçüncü kişiler üzerinde doğurduğu etkilere [dışsallık] denir. Dışsal etkilerin üçüncü kişi üzerinde fayda yahut zarar doğurucu özelliklerine göre, pozitif yahut negatif dışsallık olarak adlandırırlar." Klaus Mathis, **Efficiency Instead of Justice? Searching for The Philosophical Foundations of The Economic Analysis of Law**, (Trans. By Deborah Shannon), Springer, 2009, s.37

[32] Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", s.5-7.

[33] Bkz. Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", **AÜHFD**, Cilt:57, Sayı:1, 2008, ss.243-274.

[34] Alan Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, Routledge, 2015, London and New York, s.32.

büyütme) gibi karakteristikler bu gerçekliğin ekonomik mahiyetini gözler önüne sermektedir[35].

Hukukun etkinliğinin analizi, pozitif ekonomik analiz olarak ifade edilir. Bu konu üzerine yoğunlaşan ve öğreti içerisinde "ana-akım" halini alacak şekilde güçlenmiş olan Chicago ekolüne "pozitivist okul" da denmektedir. *Pozitif analiz,* öğretinin bilimsel olduğu iddia edilen yönüne vurgu yapmaktadır. Hukukun etkinliğinin ekonominin araçları vasıtasıyla bilimsel analizi, bu çalışma sahasının bir "alt-bilim" olarak vasıflandırılmasına neden olmaktadır[36]. Ayrıca bu bilimsellik söylemi üzerinden hukukun çözüm üretme noktasında nesnel bir biçimde çalıştırılacağına dair iddialar da pozitif analiz gerekliliğine dönük vurgularla paralel şekilde ele alınmaktadır. Fakat hukukun ekonomik öğretisinin kapsamı, bilimsel veçhede hukukun etkin çalışıp çalışmadığını, örneğin caydırma amaçlı ceza politikası ürünü bir ceza hukuku normunun gerçekten de etkin biçimde caydırma sağlayıp sağlamadığını pozitif biçimde analiz etmekle sınırlı sayılmamaktadır. İşbu pozitif tespitler doğrultusunda hukukun sorunlarının giderilmesi, öğretinin normatif yönünü de ortaya çıkarmaktadır. Böylelikle, "hukuk etkin çalış*malı*dır" ve hatta "hukuk toplumsal zenginliği ya da refahı arttır*malı*dır" tarzında öğretinin *normatif* boyutunu vurgulayan anlayışlar söz konusu olmuştur[37]. Buna göre, hukukun ekonomik öğretisi perspektifinden bir hukuki düzenlemenin yahut işlemin meşruiyeti, yalnızca bu düzenlemenin anayasaya yahut belirli hukuki geçerlilik kriterlerine uygun ya da adil oluşturulmuş olmasını değil, aynı zamanda bu düzenlemenin toplumda etkin bir kaynak dağılımına katkı sunmasını veyahut toplumsal servetin artmasını sağlamasını

[35] Bkz. Jennifer Gerarda Brown, Ian Ayres, "Economic Rationales of Mediation", **Virginia Law Review**, Vol:80, No:2, March-1994, ss.323-402; Yasemin Işıktaç, "Türk Hukukunda Bir İmkân Olarak Arabuluculuk", **Dönüşen Toplum - Dönüşen Hukuk III: Phronesis**, Sümer Kitabevi, 2018, İstanbul, ss.87-110; Richard A. Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", **The World Bank Research Observer**, Vol.13, No.1, Feb.-1998, ss.1-11, s.2-3; Şule Şahin Ceylan, **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, XII Levha Yay., 2009, İstanbul, s.298-305; Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukuk sosyolojisi ve kültür problemi çerçevesinde ele alınışı ile alakalı olarak bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.134-144.

[36] Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.3; Baykal, "Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine", s.82.

[37] Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.20-22.

da ifade etmektedir. Dolayısıyla bu öğreti çerçevesinde etkin olmayan hukuk normunun yasallığından şüphe edilmese bile meşruiyetinden şüphe edilmektedir[38].

Hukukun etkinliği değerlendirmelerinin dikkat çekici bir başka yönü ise, hukukun yapımı, tespiti ve yargısal karar verme süreçlerinin geleceğe dönük -gelecekte meydana getirecekleri etkilerin dikkate alındığı- yönlerinin üzerinde yoğunlaşmadır. Dolayısıyla öğretinin genel karakteri geleceğe bakışlıdır (*future-looking*). Örneğin haksız fiil hukukunun amacı hususunda klasik-dogmatik görüş, haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın giderimini, yani hukuki durumun eski hale iadesini ön plana alma eğilimindedir, çünkü hukukun işleyişi hususunda ilk akla gelen şey, bir hukuk ihlali gerçekleştikten *sonra* hukukun buna karşı cevap mahiyetinde işlediğidir. Ekonomik öğreti ise bu klasik bakış açısından farklı olarak, geleceğe dönük tasarımlar oluşturma eğilimindedir. Bu nedenle haksız fiil ve zarara sebebiyet veren davranışların gelecekte tekrarlanmasının veya artışının önüne geçmeyi, yani özenli davranışın hukuki vasıtalarla geliştirilmesini ön plana alır. Keza ceza hukukunun amacı bahsinde de kefaretçiliğin aksine caydırıcılık ve rehabilitasyon teorilerinin ekonomik öğretiyle çok daha irtibatlı olduğu söylenebilir. Bu nedenle öğretinin genel eğilimi itibarıyla, hukukun klasik-dogmatik *ex post* işleme mantığını *ex ante* mantığa dönüştürdüğü ifade edilmektedir[39]. Hatta *ex ante* mantığın hakimiyeti, hukukun ekonomik öğretisinin -kendi içinde bölünmüşlüğüne rağmen neredeyse tüm okullarınca kabul edilmiş- en özgün yanlarından biri olarak değerlendirilir.

Hukukun ekonomik öğretisinin gelişimine neden olan temel itkiler, yukarıda arz ettiğimiz üzere, hukukun etkinliği problemi üzerinde yoğunlaşan ve merkezileşen ilgiyle doğrudan alakalıdır ve bunun ekonomik örgütlenmenin gelişkin olduğu ülkelerin hukuk ve ekonomi literatüründe gelişip büyüdüğü ve kapitalizm-liberalizm tartışmaları güdümünde şekillendiği söylenebilir. Bu yüzden günümüz yazarları, öğretinin altında yatan temeli, en görünür biçimde, *laissez faire* liberalizminin 18. ve

[38] Felix Müller, "Hukukun Ekonomik Teorisi", (Çev. Ahmet M. Güneş), **Küresel Bakış**, Yıl:1, Cilt:1, Sayı:3, Ekim-2011, ss.1-20, s.10.

[39] *Ex post:* Latince "olgudan sonra" demektir. Kapanmış bir devre sonunda gerçekleşen durumu ifade eder. İhlal gerçekleşmiştir ve bu ihlalin peşinden hukuk devreye girmiştir. *Ex ante* ise "olgudan önce" demektir. Gelecekte gerçekleşebilecek durumlara referansta bulunan bir terimdir. Henüz içinde bulunulan bir devreden ileriye bakış anlamına gelir. Yani *ex post* bakışın tersidir.

19. yüzyıllarda hakim sosyal düzen ideolojisi halini alması olarak gösterir[40]. Bu tartışmaların genel içeriği, kapitalist üretimin merkantilist ve feodal yapılardan arındırılması, devletin ve hukukun bu gelişim çizgisindeki evrimi ve kökleri ortaçağda ticaretin canlanmasına ve *lex mercatoria*'ya dek uzanan doğal hukuk tartışmalarına dayanır.

1.2. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TARİHİ VE FELSEFİ KÖKLERİ

1.2.1. Lex Mercatoria

> Hukukun evriminde, nihai olarak bir açık toplumu mümkün kılan adımları, esas itibariyle, *ius gentium*, yani ticaret hukukunda ve limanların ve panayırların pratiklerinde aramalıyız[41].
>
> *Friedrich August von Hayek*

Hukukun ekonomik öğretisinin başlıca isimlerinin –yukarıda bir tanesini aktardığımız- gönderimlerini takiben, ticari faaliyet ve hukuk bağıntısı üzerinden konumuzun tarihsel gelişimine bakmaya başlayabiliriz. Bu noktadan başlamamızın nedeni, birbirine bağlı iki hipoteze dayanır: *(i)* Hukukun ekonomik öğretisi, kapitalizmin bir ürünüdür. *(ii)* Kapitalizmin hukuktan talepleri, ticaret dünyasının hukuktan taleplerinde görünür haldedir.

Ticaret kavramının ardında, mübadele kavramı bulunur. 19.yy.'da güç bulan subjektivist ekonomik değer anlayışının etkisiyle "mübadele" kavramı artık denklik esasına bağlı tutulmuş basit bir karşılıklılık (*reciprocity*) ilişkisi değildir; eşitlik ve adalet düşüncelerinin toplumsal ilişki üzerinde mutlak bir şart olarak belirmesinin gerekmediği bir ilişkiyi tanımlar. Yani mübadeleye konu edilen ekonomik değerler, eşitlik veya adalet kavrayışı içerisinde *nesnel* biçimde karşılaştırılmaya ve değerlendirilmeye her zaman müsait olmasalar bile, mübadelenin iki taraf için de faydalı olduğu, bu yüzden de tarafların mübadeleye kendi -subjektif- değer

[40] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.21.
[41] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.107.

skalalarına, gereksinim ve beklentilerine göre *rıza* gösterdikleri kabul edilir[42]. Mübadelede karşılıklı değer eşitliğini aramamak, modern iktisadi düşüncenin, Antik düşünce ve Hristiyan teolojisine dayalı iktisadi bakış açılarından farkını da açığa vurur. Zira Antik Yunan düşüncesine ve Aristoteles'e bakıldığında, paranın mübadele edilen varlıkların değerlerini nesnel biçimde ölçme sembolü olarak vasıflandırıldığı, mübadelenin ise tarafların değer skalalarında *eşitliğin sağlandığı an gerçekleşen* bir işlem olarak tasavvur edildiği görülecektir[43]. Aynı eşitlik düşüncesi dolayısıyla Ortaçağ Hristiyan ilahiyatında ve kanonik hukukta ticari faaliyeti ahlaken bir nebze olsun kabul edilebilir kılan *adil fiyat (justum pretium)* kavramı, tüccarın emeğinin ürün fiyatına yansıtılmasından ibarettir. Söz konusu emek ise ticareti basit bir nakliye uğraşı (satmak için aldığı malı alıcısına ulaştırmanın emek-karşılığı) biçiminde düşünmek suretiyle değerlendirilmiş[44] ve bu emeği sarf etmeden "paradan para doğuran" kazanma türleri ve yöntemleri (adil fiyatı aşan kâr etme güdüleri, faizle kredi sağlama ve en kötü halleriyle tefecilik, istifçilik, fırsatçılık vb.) dine ve ahlaka aykırı addedilmiştir[45].

Ticari faaliyete dönük antik ve ortaçağ düşüncesindeki bu olumsuz bakış açısına rağmen, mübadele insanlık tarihinin ve yetenekleri sınırlı bir varlık olan insanın doğal bir gerçeğidir. Mübadelenin genel işlevi ve faydası, -Durkheimci tabirle- toplumda organik dayanışmayı geliştirmesi dolayısıyla *işbölümü*, *uzmanlık* ve özellikle de *zaman tasarrufu* sağlaması, böylelikle de bireylerin yaşam standartlarını yükseltmesinden ileri gelir. Ayrıca Adam Smith'in bir iğnenin imalatı gibi ilgi çekici örnekler üzerinden önemle vurguladığı üzere, işbölümü sayesinde daha az emekle daha büyük miktarda üretim gerçekleştirilebilir[46]. Bunun dışında,

[42] Matt Ridley, **Akılcı İyimser: Refahın Evrimi**, (Çev. Mehmet Doğan), Boğaziçi Üniversitesi Yay., 2013, İstanbul, s.70-71; Değer açısından sübjektivist bu bakış açısının 1871 yılında Carl Menger'in *Grundätze der Volkwirtschaftslehre* isimli kitabıyla ortaya konulduğu kabul edilir. Bkz. Carl Menger, **İktisadın Prensipleri**, (Çev. Kemal Çelebi), Liberte Yay., 2009, Ankara, s.63-90.

[43] Aristoteles, **Politika**, (Çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975, s.23-24 (Kitap I, Bölüm 10).

[44] Tabii ki *stipendum laboris*, yani çalışma karşılığına dayalı bu yorum, gezgin (dolayısıyla yüksek riskle faaliyet gösteren) tüccarlar için makul bir savunma oluştururken yerleşik tüccarlar için elverişsizdir. Bkz. Jacques Le Goff, **Ortaçağ Tüccarları ve Bankerleri**, (Çev. Oğuz Adanır), Doğu Batı Yay., 2018, İstanbul, s.90.

[45] Bkz. John K. Galbraith, **İktisat Tarihi**, Dost Kitabevi, (Çev. Müfit Günay), 2.b., 2010, Ankara, s.35; Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 2014, İstanbul, s.97.

[46] Bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, I.Kitap, Bölüm: 1-3.

işbölümü fikri, farklı yetenekleri olan bireylerin işlem yaptığı, işbölümü ilkesinin zayıf olduğu toplumlarınkinden daha büyük bir piyasayı gerektirir. Diğer bir deyişle, daha fazla mübadelenin ve daha büyük bir işlem hacminin arkaplanında işbölümü ilkesi bulunmaktadır. Bu sebeplerden ötürü, *kendine yeterlilik* (*self-sufficiency*), özellikle işbölümü ve mübadelenin faziletleri üzerinde yoğunlukla duran literatürde ekonomik rasyonaliteyle uyumlu bir kavram addedilmemektedir[47]. Ekonomik değildir; çünkü birey kendi kendine yetmek adına kısıtlı zamanda çok fazla işe bölünmektedir ve elinde boş zaman kalmamaktadır. Boş zamanı elde edip kendi yaşam standardını arttırabilmesinin iki yolu vardır: *(i)* ya başkalarının yaşam standartlarını -kendisininkini arttırmak adına- düşürecek (ki köle kullanımı ve köleci toplumlar buna dayanır), *(ii)* ya da bazı işlerden elini çekecek ve kendi ürettiğiyle diğer ihtiyaçlarını gidermek adına diğer bireylerle mübadele ilişkilerine girecektir[48]. Bu keskin dikotomi, tam olarak haklılığı şüpheli de olsa[49], liberal literatürün sıklıkla vurguladığı bir bağıntıyı özetle iyi yansıtır. Bu da mübadele süreçlerinin (ve hatta en gelişmiş formuyla piyasanın), özgürlük ve uzlaşma kültürüyle birbirlerini karşılıklı biçimde besledikleri tezine karşılık gelir[50]. Bu yüzden liberal düşüncede, bireysel özgürlükten bahsedilemeyecek sert ve hiyerarşik toplum yapılarından seçim yapma

[47] Biraz dolaylı olmakla birlikte ilginç bir bağlantı olarak, kapalı ekonomiler ve özellikle de feodalizme ithafen kullanılan bir sosyo-ekonomik düzen ilkesi olarak "kendine-yeterlilik" için bkz. Michael E. Tigar, Madeleine R. Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Epos Yay., 2016, Ankara, s.41. Hiçbir ülkenin kendi kendine yetemeyeceği, dolayısıyla bir yerde bol olan ürünü, kıt olan başka bir yere taşıyan ticari faaliyetin kamu yararına işlediğine dair aktarımlar için bkz. Le Goff, **Ortaçağ Tüccarları ve Bankerleri**, s.91-93.

[48] Ridley, **Akılcı İyimser**, s.70; Benzer bir görüş olarak bkz. Frédéric Bastiat, **Hukuk**, (Çev. Yıldıray Arsan, Atilla Yayla), Liberte Yay., 4.b., 2010, Ankara, s.21.

[49] Bu dikotomik ayrıma tümüyle hak verebilmek mümkün değildir; bir balta darbesinin keskinliğiyle zayıf bir nesnenin tek seferde ikiye ayrılması gibi, köleci bir toplumdan işbölümü ve mübadele yoluyla kapitalist bir topluma geçiş olmuştur gibi komik bir tezi, yukarıdaki ikili açıklamayı kendisinden aldığım Matt Ridley de pekala canhıraş bir şekilde savunma derdinde olmasa gerek. Bilakis kapitalizm büyük ölçüde köle emeği üzerinde güçlenmiştir. Amerikan plantasyonlarındaki köle emeği üzerine kurulan kapitalist işletmelerden çok daha geriye gittiğimizde, Roma İmparatorluğunun dahi ne kadar ticari ve aynı zamanda ne kadar köleci bir uygarlık olduğunu söylemeye gerek bile yoktur. Dolayısıyla işbölümünün önemi noktasında toplumları özgürlükçüyse mübadeleci, zorbaysa köleci gibi basit ikiliklere dayalı olarak ideolojik tanımlamalardan kaçınmaktayız.

[50] Smith de kırsal toplumlar ve kentliler üzerine eğilerek ticaret ve sanayinin gelişim tarihini anlattığı bölümlerden birinde, benzer bir biçimde, şunu yazar: "Komşularıyla hemen hemen sürekli savaş halinde, üstleri ile de kölemsi bağlılık durumu içinde yaşamış olan kır ahalisi arasına, ticaret ve sanayi, azar azar, dirlik düzenliği, iyi yönetimi, bunlarla birlikte kişilerin özgürlüğünü ve güvenliğini getirmiştir." Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.441. Engle, bir makalesinde, David Ricardo'ya atıfla, barış ve uzlaşma kültürüyle ticari ilerlemenin irtibatlı görüldüğü yaklaşımdan bahseder. Bkz. Engle, "Law and Economics", s.32.

fırsatları konusunda bireylerin özgürleştikleri toplumsal formasyonlara tedrici ilerleyişin, bir toplumdaki ticaretin gelişimiyle birlikte olduğu düşünülür[51].

Ortaçağda kâr düşkünlüğüne dikkat çeken olumsuz ahlakî bakış yanında, kentlilik ve lonca korumacılığı çerçevesinde (kentler arası) ticarete dönük yine ağırlıklı biçimde olumsuz olan bakış açısı[52], panayır ve fuarlara ev sahipliği yapan şehirlerin edindiği getirinin politik bilinçliliği ile birlikte, tedricen ticari faaliyetlerin daha da özgürleştirilmesi ve güvenli hale getirilmesi için adımlar atılmasına dönüşmüş, hatta bu hususta soygunculuğa, vurgunculuğa ve istifçiliğe karşı önlemler alınmıştır. Ticarete dönük olumlu hale evrilen bu bakış açısının tedrici ilerleyişinin, tarihçilerce, Akdeniz ticaretinden Champagne bölgesine, Hollanda-Baltık Ticaretinden İngiltere'ye ilerleyen şekilde bölgesel tahlilleri yapılmıştır. Bunun dışında önemli ölçüde (uzun mesafe-yüksek risk-yüksek kâr üçlüsü üzerinden önemi ve değeri yüceltilen) deniz ticaretinin örflerinden türeyerek şekillenen ortaklık biçimleri ve kambiyo senetleri kullanımının içeriğini oluşturduğu ticaret örf ve adet hukukunun sınır-aşırı şekilde bilinir hale gelip kullanılırlık kazanmasından bahsedilmektedir[53]. Tacirler arası gelişmiş bu örf ve adetlerin, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılır hale getirildiği yargısal kurumların da oluştuğunu görürüz. *Doğal akıl* ve *doğal hukuk* düşünceleriyle felsefi zemini kurulan ve ticaretin sınır-aşırılığı ölçüsünde pek çok ülkede kullanılabilirlik (evrensellik) kazanmış olan bu ticari örf ve adetler yekununa *Lex Mercatoria* denmiştir[54]. *Lex Mercatoria'nın*, siyasi otoritelerin şekillendirdiği, otoriteryen ve yukarıdan-aşağıya

[51] Örneğin bu yönde bir değerlendirme olarak bkz. Hayek, **Kölelik Yolu**, s.37. Ticaret ve finans ile barışın zorunlu bir birlikteliğinin olmadığını, ilk ikisinin amacının barış değil kâr ve zenginlik olduğunu, barış ve savaşın bu amaç doğrultusunda ticari ve finansal çevrelerce tercih edilebildiğini ileri sürmesi bakımından bir antitez olarak bkz. Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.45, 50-51.

[52] Ortaçağın kentlerinin esnaf loncaları gibi tacir loncaları da söz konusudur ve bu loncalar kentlerin ticaretini ellerinde tutmak adına, yerel ayrıcalık zihniyetiyle hareket etmişlerdir. Kentler-arası ticaret yapanlara dönük tutuculukların ardında (özellikle 13 ve 14.yy.'larda) bu türden sebepler de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Fernand Braudel, **Maddi Uygarlık: Mübadele Oyunları**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, 2.b., 2004, Ankara, s.275-278; Henri Pirenne, **Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), Alan Yay., 1983, İstanbul, s.142-143, 169.

[53] 11 ve 13.yy.'larda Akdeniz'de Venedik, Cenova, Bari, Pisa gibi şehirlerin derlenmiş örfleriyle Atlantik, Manş ve Baltık kıyılarındaki ticaret limanlarının (Oleron ve Wisby gibi) mahkeme uygulamalarının deniz ticaretinden şekillenip *Lex Mercatoria*'ya geçmiş uygulamalara kaynaklık edişiyle alakalı bkz. Harold J. Berman, **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition**, Harvard University Press, Cambridge, 1983, s.340-341.

[54] Türkçe literatürde bu konuda yazılmış önemli bir eser olarak bkz. Arzu Oğuz, **Lex Mercatoria**, Yetkin Yay., 2004, Ankara.

(*top-down*) belirlenimli bir hukuk olmadığı kabul edilir; Ortaçağ'ın onur anlayışını ters düşen kâr (*lucrum*) düşkünü, açgözlü günahkar tozlu ayakların (*pieds poudreux*), yani pazar pazar dolaşan ya da yelken açan tacirlerin, kendi aralarında geliştirdikleri bir hukuk olduğu kabul edilir. *Lex mercatoria*, karakteristik özellikleri itibariyle, önemli ölçüde *ius gentium*[55] ve Roma hukuku temelli geliştirilmiş[56], milliyeti olmayan, pratikten doğan ve problemin sonucuna odaklanmış, ticari örf ve adetler hukukudur[57]. Özellikle Haçlı Seferleri (1095-1291) ile birlikte doğu-batı ticaretinin artışı ve gittikçe yükselen getirileri nedeniyle siyasi otoritelerin, ticaretin aktif olduğu belli başlı şehirlerde oluşturulacak mahkemelerde bu örf ve adetlerin kullanımına olanak tanıdığı anlaşılmaktadır[58]; buralarda uyuşmazlıklar tacirler arasında gelişmiş örf ve adetlere göre, iyiniyet, dürüstlük ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde ve ticari ilişkilere ket vurmayacak hızlılıkta çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ticaret hukukunun bugüne uzanan biçimlenişinde dahi bu pratiklerin ciddi önemi vardır. Ticaret hukukunun -yukarıda örnekleri verilen- önemli ticaret yolları üzerindeki şehirlerde yaygınlık kazanmasıyla paralel biçimde tacirlere dönük olumsuz algılar da

[55] *Ius Gentium*, M.Ö. 3. yüzyılın ortalarında, özellikle Birinci Pön savaşının sona ermesi ve Roma'da dış ticaretin artmasından sonra, yabancılar arasındaki ve yabancılarla Romalılar arasındaki hukuki ihtilaflara uygulanan hukuktur; sadece Romalı hukukçuların ürünü değildir, Romalıların ticaret yaptıkları uygarlıkların izlerini taşır (Bkz. Oğuz, **Lex Mercatoria**, s.53,58; Tigar, Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, s.31). *Ius Gentium*'un Roma hukukundaki yeri ile alakalı bilgi için İmparator Iustinianus'un kaleme aldırdığı *Institutiones*'e bakılabilir. Birinci kitabın "*De Iure Naturali et Gentium et Civili*" başlıklı ikinci faslında, Gaius'tan aktarılarak şu yazar:
"Tabii hukuk (*ius naturale*), tabiatın bütün canlı mahluklara öğrettiği hukuktur. Zira bu hukuk yalnız insan nev'ine değil, gökte, karada ve denizde mevcut olan bütün canlılara da mahsustur. […/…] 1. Hukuk, vatandaşlar hukuku (*ius civile*) ve kavimler hukukuna (*ius gentium*) da şu manada ayrılır. Kanunlar ve örf ve adetlerle idare olunan bütün kavimler, kısmen kendilerine has olan hukuku, kısmen de bütün insanlara şamil olan hukuku kullanırlar; filhakika her kavmin kendisi için teşkil ettiği hukuk, o devlet halkına has olan hukuktur ve *ius civile* yani vatandaşlara has olan hukuk ismi ile anılır. Buna mukabil tabii aklın bütün insanlara şamil olmak üzere teşkil ettiği ve bütün insanlar tarafından aynı şekilde riayet edilen hukuk ise *ius gentium* yani bütün kavimlere müşterek olan hukuk ismi ile anılır. Roma halkı da kısmen kendine has olan hukuku, kısmen bütün insanlara müşterek olan hukuku kullanır." Iustinianus, **Institutiones**, (Çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1968, s.17.

[56] Vedia, ariyet, rehin, satış, kira ve ortaklık gibi çok çeşitli sözleşme tiplerini şekillendiren sofistike kuralların kaynağı olarak Roma borçlar hukuku, kendi bünyesinde ayrı bir ticaret hukuku alanı oluşturmamakla birlikte Avrupa ticaretine ve *lex mercatoria*'ya önemli bir kaynak vazifesi görmüştür. Berman, **Law and Revolution**, s.339-340.

[57] Tigar, Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, s.22-23. Bruce L. Benson, "Customary Commercial Law, Credibility, Contracting, and Credit in High Middle Ages", **Research Handbook on Austrian Law and Economics**, (Eds. Todd J. Zywicki, Peter J. Boettke), Edward Elgar Publ., 2017, Cheltenham, Northampton, ss.129-177, s.133,135,137.

[58] Kaldı ki bu tip ticaret şehirlerinde, şehir yönetimleri de önemli ölçüde tüccar zümresinin elinde olmuştur. Bkz. Le Goff, **Ortaçağ Tüccarları ve Bankerleri**, s.62, 65-79.

tedricen rafa kalkmıştır. Öyle ki, zamanla ortaçağın şövalye onuruna yaslı biçimde tacirleri hakir görme alışkanlıkları çözülmüş, bir başka ticaret karşıtı güç olan Kilise bile ticari dünyadan pay kapma, ticari sorunların çözümünde kullanılırlığı olacak şekilde adil fiyat, dürüstlük, iyiniyet ve hakkaniyet tanımları üretme çabalarına girişmiş, tefecilik karşıtı duruşunu şeklen daha uzun müddet koruyacak olsa da kredi ve faiz yorumunu revize etmiştir[59].

Modern hukuk düşüncesinin aydınlanma eşliğinde ve akıl (*ratio*) parolasının güdümünde gelişimi ile ticari dünyanın rasyonel öznelerinin *Lex Mercatoria*'sı arasındaki zaman zaman çekişmeli fakat bir o kadar da alışveriş halindeki durumun kavranması, hukukun ekonomik öğretisinin temellerinin anlaşılmasına yardımcı olabilir. İki saha arasındaki çekişme, önemli ölçüde, şundan kaynaklanır: Modern hukuk düşüncesi, -eski feodal bölünmüşlüğe ve dağınıklığa karşı- tözcü bir kavram olan "egemenlik" fikri altında ve gitgide ulus devletlerin "ulusal hukuk"ları biçiminde gelişirken [60] , *lex mercatoria* milliyeti olmayan, evrensel ve başsız (*acephalous*) karakteriyle bu gelişimin aksi bir oluşumu ifade eder. Bu yüzden ulusal hukuklar, *lex mercatoria* uzanımlı bir ticaret hukuku alanını kendi bünyelerinde

[59] Bkz. Tigar, Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, s.51,57,117,119,121-3; Galbraith, **İktisat Tarihi**, s.33, 44; Le Goff, **Ortaçağ Tüccarları ve Bankerleri**, s.80-83. Eski Ahit 5. Kitap, *Decretum Gratiani*, Luka VI gibi kutsal kaynakların yanı sıra, paradan para üreyemeyeceği (*Nummus non paru numinos – Paranın çocukları olmaz*) düsturunu, borç vermenin gerçek manada bir iş olmadığından (bir şey üretmediğinden, bir maddeyi kullanılabilir başka bir şeye dönüştürmediğinden) türeten Kilise, borç verenin, salt borç almak zorunda kalan kişinin halinden faydalandığı kanaatiyle, uzun müddet kredi ve faiz karşıtı bir tutum almış, faizin girdiği her işi tefecilik olarak değerlendirmiştir. Ancak ticaret hacminin artışı, kredi kullanımına çeşitli kılıflar bulması (en bilindik örneği, borç alan kişi 100 altın almış olsa bile bu durum, sözleşmeye 120 altın borç altın aldım biçiminde yazılmaktaydı ve kredi yahut faiz lafı zikredilmeyip %20 faiz oranı anaparada gösterilirdi) ve zaman zaman borç alan kişinin de bu borçlanmadan ileriye dönük kâr etme ihtimali Kilise'nin görüşünü esnetmesini zaruri kılmıştır. "Onüçüncü yüzyıldan itibaren din bilginleri, *Mutuum date nihil inde sperantes* metninde ifade edilen kesin yasağı, çeşitli uygun tedbirlerle değiştirmenin yolunu arıyorlardı. Bir borç para verme işleminde, bir nihai zarar (*damnun emergens*) veya kazancın kesilmesi (*lucrum cessans*) ya da sermayenin tehlikeye düşmesi (*periculum sortis*) söz konusu ise bir tazminat ya da başka deyişle faiz (*interesse*) alınmasının haklı olduğu keşfedildi. Böylece faiz açık bir şekilde yasal bir murabaha oldu ve bu müsamaha edilen murabaha ile yasaklanan murabaha arasındaki farkın ne denli ince olduğu ve yorum için yargıca ne gibi bir alan bıraktığını anlamak kolaydır. Ticarette paranın kiraya verilmesine, cari uygulamaya göre izin veriliyordu. Chanpagne panayırlarında ve genel olarak ticari şirketin işlemlerinde kural buydu. Ondördüncü yüzyılda, ilahiyat bilgini Alvarus Palagius murabaha yasağının ticari şirketlere uygulanamayacağını söylemektedir". Pirenne, **Ortaçağ Avrupasının Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, s.113-114; Benzer şekilde Kilise'nin faiz yasağına karşı istisnalar geliştirip, bunları sayıca arttırmasıyla beraber hukuku da dolaylı biçimde dönüştürmesi örnekleri için bkz. Le Goff, **Ortaçağ Tüccarları ve Bankerleri**, s.88-90

[60] Bu konuda bkz. Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.15-27.

oluşturmak hususunda uzun bir süre direnç sergilemişlerdir[61]. Ticaret hukukunu tebaaya uygulanan hukukun dışında tutup "uluslararası hukuk" addeden bu direnç ise özellikle ticari kapitalizmin gelişim kaydettiği ülkelerde zamanla gücünü yitirmiştir. Örneğin İngiltere'de yerel ekonomik dinamikler çerçevesinde yargı pratikleriyle şekillenmiş olan *common law*'un ticaretin aktif olduğu -bir çoğu Manş kıyısındaki- liman şehirlerinde ortaya çıkan ticari sorunları çözme konusunda elverişli olmaması dolayısıyla, buralarda Kraliyet himayesinde özel görevli ticaret mahkemeleri kurulduğu bilinmektedir[62]. Kökleri 11.yy.'a kadar uzanan bu mahkemeler, ticaret söz konusu olduğunda bir gereklilik olarak beliren *uzmanlaşma* kavramına işaret eder. Bir diğer ticari gereklilik olarak beliren kavram ise *hızlılık*tır ve bu gerekliliği temsilen söz konusu ticaret mahkemelerine *piepowder*[63] mahkemeleri de denmiştir. Bu isimlendirme altında 18-19.yy.'a dek varlıklarını koruyan bu mahkemeler, ticaret için elzem olan hızlılığı temin etmek maksadıyla çalıştırılmış ve sorunları birkaç saat içinde karara bağlamak gibi garantileri ticaret dünyasına sağlamışlardır[64]. Uzmanlık ve hızlılık dışında ticari dünyanın uyuşmazlıklarında talep edilen bir diğer gereklilik esnekliktir. Yerkürenin her bir köşesinden çok çeşitli emtianın ve fikrin taşımacılığını yapan ticaret ehlinin sunmuş olduğu türlü yeniliğe hukukun sabit kalıpları ile cevap verebilmek oldukça zor olduğu için, yenilikleri hukukun çeperi içine alacak esnek geçiş noktaları gerekmiştir. *Lex Mercatoria*'nın Roma hukuku altyapısı bu esnekliğin üretilmesi için elverişli birtakım araçlar ihtiva eder. Bu hususta özellikle Roma hukukunun *ex nudo pactu, actio non nascitur*[65] deyimiyle ifade olunan sözleşme şekilciliğini ve *actio* ve *formula* gibi şeklî unsurlarla örülü yapısını esnekleştiren *bona fides* doktrininden kısaca bahsetmekte fayda vardır.

---

[61] Bu noktada özellikle milletlerarası özel hukuk disiplininin *Lex Mercatoria* karşısında bir anti-tez olarak belirdiğini ve savunulduğunu görmekteyiz. Bkz. Oğuz, **Lex Mercatoria**, s.45-46.

[62] Bkz. Tigar, Levy, **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, s.61.

[63] Benson, "Customary Commercial Law, Credibility, Contracting, and Credit in High Middle Ages", s.156; *Pie powder* kelimesi de tozlu ayak anlamına gelen Fransızca *pieds poudreux'*dan gelmektedir. Yoldan gelip yola giden bu insanların uyuşmazlıklarının da hızlı çözülmesi gerekmiştir.

[64] S. Todd Lowry, "Lord Mansfield and Law Merchant: Law and Economics in the Eighteenth Century", **Journal of Economic Issues**, Vol.VII, No.4, December-1973, ss.605-622, s.607.

[65] "Çıplak anlaşmadan hiçbir hukuk davası doğmaz." Roma hukukunda, bu şekilde, çıplak anlaşmaları *stipulatio* yahut yemin gibi biçimsel eylemlerle ya da bir şeyin teslimi gibi maddi eylemlerle tamamlama anlayışının hükümranlığı uzun müddet sürmüştür. Çıplak anlaşma ile sözleşme arasındaki kavramsal yarığın *ius gentium, bona fides* doktrini ve Ortaçağ hristiyanlığın etkileriyle beraber (bir hristiyanın sözünün evrensel kefili olan "Tanrı" fikri eşliğinde) merhale merhale giderildiğiyle alakalı bir tez olarak bkz. Alain Supiot, **Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme**, (Çev. Bige Açımuz Ünal), Dost Kitabevi, 2008, Ankara, s.108-110.

Roma hukukunun sınırlı sayıdaki *actio* ve *formula* gibi unsurlarla bezenmiş katı formel yapısı, somut ve münferit olayların çözümünde hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlar doğurduğu için praetor'lar tarafından katı dava formulaları ile somut olay adaleti arasında denge kurma amaçlı *iudicia bona fidei* davaları şeklinde davalar oluşturulmuştur. Bu davalarda *bona fides*, talep hakkının nedeni olarak kanunun yerine geçmektedir. Hukuk uygulamasına değer yargılarını sokan[66] *bona fides*'in Roma özel hukukunda yerleşikleşmesi, özel bir ticaret hukukunun oluşturulmasını gereksiz kılmıştır. Zira ticaret, hukuki bakımdan hız, güven ve açıklık arar. Açıklığa dönük olarak Roma hukukunun klasik şekilci yapısı gerekli araçları sağlar. Ancak katı şekilcilik, ticari dünyanın yeniliklere açık dinamik yapısının hukuki evrenle uyumu noktasında sorunlar oluşturur. İşte *bona fides*, hakkaniyete dayanan çözüm üretme[67] ve gerekli esnekliği hukuka sistemik olarak sunması dolayısıyla ticari gelişime de olanak verir, dolaylı olarak hukuki gelişimi ve ilerlemeyi de sağlayan bir ilke olarak karşımıza çıkar.[68] *Bona fides* ilkesinden mülhem sadakat, söze bağlılık, iyiniyet ve dürüstlük ve hakkaniyet kavramlarının[69] ticari husumetleri çözmede kriter olarak kabul edilişi nedeniyle *bona fides*, *lex mercatoria*'nın da temel ilkelerinden biri addedilir.

Ortaçağın, kanonik hukuk, manoryal hukuk ve şehir hukuku gibi çokluklar arasında oluşmuş parçalı hukuki yapısı ile *lex mercatoria*'nın münferitliği uyumlu görülebilir[70]; fakat ulusal hukuk düzenlerinin ortaya çıkmasıyla beraber onun bu kapsama alınma süreci sancılı olmuştur. 1215 *Magna Carta*'da bile (*41.madde*) ticarete dönük birtakım güvenceler oluşturulduğunu görmekteyiz[71], fakat yine de bir

[66] Oğuz, **Lex Mercatoria**, s.56-57.
[67] Gaius'un *Institutiones*'te bazı metinlerde "*ex aequo et bono*" ile "*bona fides*" kavramını aynı manada kullanması, yani hakkaniyet ile *bona fides* ilkesinin ortaklıkları hususunda bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:135, 2018, ss.335-382, s.344-346.
[68] Oğuz, **Lex Mercatoria**, s.61; Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", s.347.
[69] *Bona fides*'in anlam dağarcığına dair bilgi için bkz. Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", s.336-343.
[70] Kanonik hukuk, şehir hukuku, manoryal hukuk gibi bölünmüşlükler içerisinde kendi çıkar grubunca örgütlenen *Lex Mercatoria*'nın ortaçağın dokusuna uyumu üzerine bkz. Berman, **Law and Revolution**, s.334, 354.
[71] Söz konusu maddede güvenceye alınan ticari serbestliklerin Magna Carta öncesinde de olduğuna ve bu yüzden Magna Carta'nın kurucu bir vasıf taşımadığına ilişkin bir değerlendirme olarak bkz. Sevtap Metin, **Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne**, XII Levha Yay., 2018, İstanbul, s.75-76.

hukuk disiplini olarak ticaret hukukunun İngiliz hukuk dünyasındaki varlığı tartışmalı olmuştur. Ticaret hukukunun, onu ulusal hukukun bir parçası olarak sunan Lord Mansfield zamanına kadar, İngiltere'deki tartışmalı konumunun devam ettiği kabul edilir. "Ticaret hukukunun babası" olarak tarif edilen ve İngiltere'nin en büyük yargıçlarından biri addedilen İskoç asıllı yargıç Lord Mansfield (gerçek ismi: William Murray, d.1705-ö.1793) -çok da ilginç olmasa gerek- Adam Smith (d.1723-ö.1790) ile aynı dönemde yaşamıştır[72]. Bu döneme dek, ticaret hukukunun ulusal hukuk kavrayışına dahli bir sorun, ticari problemlerin *common law* nezdinde çözümüyse karanlık ve karmaşıklık oluşturmaktadır. İngiltere'de *lex mercatoria* üzerine ilk geniş incelemeyi yaptığı kabul edilen bir asır öncesinin merkantilist yazarı Gerard de Malynes (d.1586-ö.1623) de 1622 tarihli *Lex Mercatoria* başlıklı çalışmasında ticari örflerin bu karmaşıklığına değinmiştir[73]. Her halükarda, *lex mercatoria*'nın yapsının, içeriğinin, ulusal hukuklarca tanınmasının ve günümüzdeki etkilerinin belirliliği hususundaki tüm sorunlara rağmen, ticari dünyanın hukuktan taleplerini yansıtan birtakım anahtar kavramları (hızlılık, esneklik[74], tek bir merkezden otoriteryen -yukarıdan aşağı- belirlenmeme, uzmanlık vb.) üretmesi noktasında önemi yadsınamaz.

1.2.2. İki Büyük Öncü: Adam Smith ve Jeremy Bentham

1.2.2.2. İskoç Aydınlanması ve Adam Smith

Hukuka ekonomik yaklaşımın temellerinin, 18.yy.'ın ortaları itibariyle Britanya'da bulgulanabileceğiyle ilgili genel bir kanaat vardır. İskoç Aydınlanması'nın (özel olarak Adam Smith'in) ve faydacı felsefenin (özellikle de Jeremy Bentham'ın) ekonomik bir içerikte oluşturdukları hukuka dair düşüncelerinin, bu disiplinin öncü düşünceleri mahiyetinde olduğu kabul edilir[75].

[72] Lowry, "Lord Mansfield and Law Merchant", s.606.
[73] Lex Mercatoria üzerine bilinen ilk çalışma 1280 civarında yazıldığı düşünülen *The Little Red Book of Bristol* isimli eserdir. Fakat ilk analitik çalışmanın Malynes'in eseri olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Benson, "Customary Commercial Law, Credibility, Contracting, and Credit in High Middle Ages", s.130, dn.4.
[74] Ticaret hukukunun hızlılık ve esneklik gereksinimi konusunda ayrıca bkz. Henri Pirenne, **Ortaçağ Kentleri**, (Çev. Şadan Karadeniz), 3.b., İstanbul, İletişim, 2002, s.97-98.
[75] Bkz. Gary S. Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, University of Chicago Press, 1976, Chicago and London, s.8-9; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and

Özellikle hukukun ekonomik öğretisinin içerisine çok fazla sinmiş olan neoklasik iktisat teorisinin temel varsayımlarını şekillendirmesi ve belki en önemlisi de sosyal düzen tasavvuru açısından İskoç Aydınlanması ve Smith felsefesi önemlidir.

Adam Smith (d.1723-ö.1790), bilindiği üzere ekonomi bilimini, Newtoncu bir bakış açısıyla toplumsal düzeni mümkün olduğunca az sayıdaki kardinal yasalarla açıklamanın vasıtası haline getirmiştir. Ekonominin ışığı altında sosyo-politik fenomenleri açıklamanın yanı sıra, devletin hukuk vasıtasıyla ekonomik sahaya müdahale etmesi sorununu ele alışı yönüyle Smith, hukuk ve ekonomi ilişkisini ele alan literatürün önemli öncüllerinden biri olarak karşımıza çıkar. Önemli bir felsefi problem olan "olan-olması gereken ayrımı"na paralel biçimde ekonomi biliminin (ve aynı şekilde hukukun ekonomik öğretisinin) pozitif ve normatif boyutları olduğunu ifade etmiştik[76]. Hukukun ekonomik öğretisinin pozitif boyutunun atası da kabul edilen[77] Smith'in düşünce evreninde toplumun yaşamsal bilgisi ekonomik ilişkilerde saklıdır. Ekonomik gelişimleri izlemenin en iyi yollarından biri ise hukuktaki değişimleri incelemektir. Bu yaklaşımın altında, hukuk, ekonomi ve ilahiyat gibi konuları kapsayıcı İskoç ahlak felsefesi geleneğinin ve onun bugünün neredeyse sosyal bilim alanının tamamını kuşatıcı beşeri yahut moral bilimler anlayışının önemli etkisi vardır[78]. Zira baktığımızda onun ahlak, tarih, psikoloji, hukuk, politika ve ekonomi alanının tamamını kapsayan bir çalışma alanı oluşturduğunu görmekteyiz[79].

Economics", s.260; Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century**, s.181; Türkbağ, "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", s.59; Müller, "Hukukun Ekonomik Teorisi", s.4.

[76] Bkz. yuk. s.20

[77] Hylton, "Calabresi and The History of Law and Economics", s.91.

[78] David D. Raphael, **Adam Smith** (Çev. Ekrem Erdem, A. Aslıhan Çelenk), Liberte, 1.b., 2014, Ankara, s.39,41.

[79] En önemli eseri kabul edilen *Milletlerin Zenginliği (1776)*, sadece ekonomi değil, onun ağırlıklı olduğu fakat aynı zamanda pek çok sosyal bilime dair verilerin işlenip ele alındığı muhteşem bir eserdir. *Ahlaki Duygular Kuramı (1759)* başlıklı eseri, önemli bir ahlak ve psikoloji eseridir. Glasgow üniversitesinde vermiş olduğu derslerin bir öğrencisi tarafından (1763'te) tutulan notlarından oluşturulmuş *Hukuk Üzerine (1869)* başlıklı eserinin ise bugün için disiplinler-arası olarak düşünülebilecek içeriği tam başlığından anlaşılabilir. Eserlerin -yararlanmış olduğumuz- Türkçe tercümeleri ve açık künyeleri: Adam Smith, **Milletlerin Zenginliği**, (Çev. Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 5.b., 2011, İstanbul; Adam Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, (Çev. Derman Kızılay), Pinhan Yay., 1.b., 2018, İstanbul; Adam Smith, **Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler**, (Çev. Ahmet Celiloğlu), Pinhan Yay., 1.b., 2018, İstanbul.

Günümüz ekonomik hukuk yaklaşımlarının çoğu tarafından kabul edilen bir anlayış olan metodolojik bireyciliğin felsefi arkaplanında Smith'in atomist toplum teorisinden izler bulunmaktadır. Bütünün, kendisini oluşturan parçaların toplamından fazlası olduğunu kabul eden holizmin tam tersine, atomizm, '*bütün*'ü parçaların basit bir toplamı olarak görür. Smith'in atomist ontolojisi de, bu şekilde, çoğu aza tercih eden[80] ve öncelikle kendi çıkarını düşünen bireyler üzerinde kurulmuş bir felsefe olarak ortaya çıkmıştır[81]. İleride görüleceği üzere, hukukun ekonomik öğretisi açısından en çok dayanak alınan toplumsal düzen tasavvuru mahiyetindeki bu atomist toplum teorisinde, toplum, atomların (yani bireylerin) ahenkli birlikteliği biçiminde de tahayyül edilir; çünkü atomlar kendi çıkarlarına dönük hareketleri ile birlikte bütün açısından da iyi olan neticelere neden olurlar. Smith'in piyasaya güven beslemesinin ardında, işte bu optimistik ahenkli düzen tasavvuru yatmaktadır. Bu ahenkli düzen, ahengini kendi kendini düzenleyen (*self-regulated*) karakterinden kazanır. Bir merkezden düzenlenmesi ise mümkün değildir. Çünkü bu sosyal düzen "*niyetli eylemlerin niyetlenmemiş sonuçlarından*" meydana gelir. Smith, muhtemelen 1688 İngiliz Devrimi'ni kastederek, şöyle der[82]:

> Kamu mutluluğu açısından çok büyük önemi olan bir devrimi, kamuya hizmet etmeyi aklından bile geçirmeyen iki ayrı halk tabakası meydana getirmiştir. Büyük mülk sahiplerini harekete geçiren tek neden, pek çocukça bir gururun okşanması idi. Onlardan çok az gülünç olan tacirlerle zanaatkarlarsa, sırf kendi çıkarlarını gözeterek, madrabazlık [*pedlar*] kuralı gereğince nerede bulunursa bulunsun bir kuruşu bile elden kaçırmamanın peşinden koşmuşlardı. Birinin budalalığı ve ötekinin sınai faaliyeti vesilesiyle yavaş yavaş vücuda gelmiş olan bu devrim hakkında, bu iki grubun da ne bir bilgisi ne de öngörüsü söz konusuydu.

Girdilere göre çıktı alma şeklinde kesin öngörülebilirliği olmayan ihtimallerle yüklü "*Kendiliğinden Düzen*" (*spontanous order*) düşüncesi, toplumun atomize parçaları olan bireylerin son derece bireysel saiklerle örülü, çıkarcı davranışlarının,

[80] Smith'in çoğu aza tercih eden insan tipi, daha sonraki düşünürlerin modellemesinde en çoklaştırıcı yani azamileştirici tipe dönüşmüştür.
[81] Engle, "Law and Economics", s.31.
[82] Bkz. ve Karş. Adam Smith, **An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations**, (Eds. R.H. Campbell, A.S. Skinner, W. B. Todd), Oxford University Press, 1976, Indianapolis, s.422 [III, iv, par.17]. **Milletlerin Zenginliği**, s.449.

eğer yeterli özgürlük koşulları söz konusuysa, görünmez bir el vasıtasıyla toplumsal ilerlemeye ve zenginliğe dönüşeceği iddiası içerir. *Görünmez El Doktrini* olarak ifade edilen bu fikrin, Smith'in hocası olan Francis Hutchison'un optimistik deizmine dayandığı da savunulmaktadır [83]. Bu anlayışta "*ezeli ve ebedi sanatın, kötüden iyiyi çıkaracağı*"[84] inancı vardır; bununla ilintili olarak, Smith'in bakış açısında, kıt kaynakların yapay bir biçimde eşitlikçi ve adilane dağıtılması başlı başına bir gereklilik addedilmez; çünkü "üreten insanın ortaya çıkardığı artık ekonomik değerler, kaynaklardaki eşitsizliklerin bir sonucudur; bu eşitsizlik sayesindedir ki, işveren çalıştıracak işçi bulur, üretim yapar ve o işçi de dahil herkes bu ürünlerden faydalanır" şeklinde bir kabul vardır[85].

> [Birey] Gerçekte, genel olarak, kamu menfaatini kollamaya niyeti olmadığı gibi, bu çıkarı ne derece gütmekte olduğunun farkında da değildir. … O, çalışmayı, ürünü en büyük değerde olacak biçimde yönetmekle de, yalnızca kendi kazancını düşünür; bunda, başka bir çok hallerde olduğu gibi, *görünmeyen bir el* onu, hiç aklından geçmeyen bir amacı gütmeye iter. Bunun aklından geçmeyişi, toplum için, her zaman, pek öyle kötü olmaz. Kendi çıkarı peşinde koşmakla, toplumun çıkarını, çoğu zaman, gerçekte onu kollamaya niyet ettiği zamandakine göre daha etkin şekilde kollamış olur.[86]

Smith, konuyu sadece *Milletlerin Zenginliği*'ndeki bu görünmez el pasajıyla işlemez. *Ahlaki Duygular Kuramı*'nda da benzer mahiyette bir düşünceyi dile getirir.

> İnsanın arzularının yanında midesinin kapasitesi küçücük kalır ve zengin biri karnını fakir bir köylüden daha fazla dolduramaz. İnsan doyduktan sonra kalan ne varsa hepsini karnını bu miktarda doyurmasını sağlayanlarla, içinde yemeğini yediği sarayı inşa edenlerle, büyüklerin iktisadının işlemesine katkı sağlayan ufak tefek işleri yürütenlerle, insaniyetliğinden ve adaletinden belki de boş yere medet uman ve yaşamın temel ihtiyaçlarının bile lüksünü yaşayıp da bu konuda kapris yapanlarla paylaşmak zorundadır. Toprağın

[83] Smith'in optimistik ahenkli düzen fikrinin Stoacı Felsefe ve onun doğal düzenle uyumlu yaşama konusuyla irtibatı konusunda bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.93; Raphael, **Adam Smith**, s.103-104.
[84] Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.55 [I, ii, iii, par.4]
[85] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.92-93.
[86] Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.485.

> gücü, üzerinde yaşayanları beslemeye her zaman yeter. Zengin olanlar sadece mahsulün en iyisini ve en güzelini alırlar. Zenginin tükettiği, fakirinkinden yalnızca bir gıdım fazladır fakat zengin, bencil ve açgözlü olduğundan, rahatı adına emrinde çalışan binlerce insanın emeğini kendi beyhude ve tükenmez arzularını tatmin etmek için kullanır ve üretilen her şeyi fakirlerle kendisi arasında taksim eder. Dünya, üzerinde yaşayanlar arasında nasıl bölüşülecekse, zengin de *görünmez bir el* sayesinde ve *bilmeden* her bir şeyi insanlar arasında aynı şekilde bölüştürür ve bunu yaparken toplumun ilerlemesini, türler çoğalırken hepsinin karnının doymasını sağlamayı amaçlamaz aslında.[87]

Smith'in bu şekilde doğalcı bir ontolojiye dayalı ortaya çıkan toplumsal düzen tasavvuru, mübadele esasına dayalı bir örgütlenmenin toplumsal bağları -bireyi özgürleştirici biçimde- kuracağı fikrini içerir. Adam Ferguson, David Hume ve Adam Smith'te benzer bir biçimde bulgulanan toplumsal düzene dair bu İskoç bakış açısı[88], dinsel egemenliğe dayalı ya da merkantilist anlamda baskıcı politik düzenlere karşıt olduğu gibi, toplumun sosyal sözleşme eksenli yeniden düzenlenmesi fikirlerinin de dışında bir bakış açısı oluşturur[89]. Ve bu bakış açısı, ileride de açık biçimde görüleceği üzere, kendilerinden sonraki klasik liberalizmi hareket noktası kabul eden pek çok düşünürün ilham aldıkları bir sosyal düzen tasavvuru halini almıştır.

Şunu da belirtmekte fayda vardır. Smith sosyal düzenin en iyi kendi kendini düzenleyeceği, bunun piyasa mekanizmasınca kendiliğinden sağlanacağı ve kamusal otoritelerin bu konuda müdahaleci zihniyette olmaması gerektiği fikrini her ne kadar

---

[87] Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.267-268 [IV, i, par.10]. Süs ve modanın, zenginliğin toplumsal dağılımını sağlaması hakkında ayrıca bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.448.

[88] Toplumsal düzen tasavvuru açısından bu görüşe yakın diğer isimler arasında Adam Ferguson ve Bernard Mandeville de zikredilebilir. Metin Sarfati, "Görünmez El Metaforu", **Görünmez Adam Smith**, (Der. Mine Kara, N. Emrah Aydınonat), İletişim, 2010, İstanbul, ss.197-217, s.201.

[89] Sarfati, "Görünmez El Metaforu", s.197-8. Smith'in ders notlarında, sivil yönetime itaatin ardında otorite ve yararlılık prensiplerinin olduğunu, bu yüzden toplum sözleşmesi fikri aleyhine şunun yazılı olduğunu görürüz: "Orijinal sözleşme doktrini Büyük Britanya'ya özgüdür ama yönetim, bunun asla düşünülmediği yerlerde de hüküm sürmektedir, hatta ülkedeki insanların çoğunluğu için de bu hüküm geçerlidir. Bir hamala yahut günlük işçiye neden kamu görevlilerine itaat ettiğini soracak olursanız, doğru olanın böyle davranmak olduğunu söyleyecektir. Başkalarını da böyle davranırken görmüştür, böyle davranmayı reddederse cezalandırılacaktır. Hatta böyle davranmak Tanrı karşısında bir günah olacaktır. Fakat asla itaatinin temelini bir sözleşmenin oluşturduğuna dair bir şey duymazsınız." Smith, **Hukuk Üzerine**, s.51-52.

çok etkileyici bir biçimde işlemişse de, belli durumlarda devlet müdahaleciliğinin ve kamu ekonomisinin bir gereklilik biçiminde ortaya çıktığını da dile getirir. Onun bütün sosyal felsefesini bir harita gibi önümüze serdiğimizde, ne noktada müdahaleciliğin beliriverdiğini şu şekilde görebiliriz:

Smith, toplumun atomize birimleri olan bireylerin kendini sevmekten (*self-love*) kaynaklanan çıkar odaklı davranışlarını sınırlandıran dört faktörden bahseder[90]; *(i)* sempati ve tarafsız yargıç bakış açısı, *(ii)* toplumda gelişmiş olan etik normlar, *(iii)* pozitif hukuk ve *(iv)* rekabet. Bunlardan ilki onun ahlak kuramının özünü teşkil eder. Türdeşleri ile duygudaşlık (*sympathy*), tahayyül (*imagination*) ve kendini tarafsız bir yargıç konumunda tutarak verdiği kararlarla birey ilk elden kendi kendini sınırlar ve kontrol eder. Bireyin kendisine dışsal sınırlandırıcı mekanizmalar ise toplumda ortaya çıkmış olan etik normlar, pozitif hukuk ve rekabetin gerekleridir. Devletin bu hususta müdahaleciliğine, çoğunlukla toplumsal sistemde rekabetin ana ilke olarak korunması amacı esas gerekçe oluşturur; zira kendiliğinden düzenin idamesinde rekabet lokomotif güçtür. Rekabetin yerini tekel güçler aldığı anda, düzenin güce ve güçlünün çıkarına göre yeniden tasarlanmasına çalışılır ki Smith buna son derece karşıdır[91]. Bu yüzden rekabet korunmalıdır ve kamu hizmetinin bir devlet faaliyeti olarak planlanması, rekabet koşullarında özel kişilerce el atılmayacak, yeterince getirisi olmayan işlerin (belli başlı bayındırlık işleri, belli kamu kurumlarının kurulup çalıştırılması vb.) yürütülmesi olarak belirlenmektedir. Bu faaliyetlerin finansmanı da düşünüldüğünde, Smith'in düşünce evreninde, ekonomik alanın bir bölümünün kaçınılmaz olarak kamusal ve siyasal alanda kaldığı görülmektedir[92]. Devlet müdahalesinin piyasa sınırlarıyla gerekçelendirildiği ve Smith'in özel açıklamalar yapma ihtiyacı duyduğu bu *kamu hizmeti* görevi dışında, devlete biçtiği diğer iki görevse, ekonomik alandan -kamu hizmetine nazaran- çok daha çekinik iki klasik görev olan, *güvenlik* ve *adalettir*[93]. Devletin görevleri

[90] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.89-91.
[91] Smith'in tekellere karşıtlığı ve ayrıca onların doğal fiyatı bozucu etkileri üzerine değerlendirmeleri hususunda bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.67 [I, vii].
[92] Bir değerlendirme olarak bkz. Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.58.
[93] Bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.763.

meselesini, benzer bir biçimde *Hukuk Üzerine*'de de ele alır[94]; ancak "kamu hizmeti" kavramını münhasıran kullanmaz, onu bir başka kavram olan devletin "polis" yahut "kamu düzeni" görevi içerisinde ele alır. "Polis"i[95] ise üç temel kısma ayırır: *(i)* temizlikle alakalı polis uygulamaları, *(ii)* güvenlikle ilgili polis uygulamaları (suçun önlenmesi, asayişin sağlanması vb. konularda…), *(iii)* "*ucuzluk ve bollukla ilgili alt seviyedeki birimlerin düzenlenmesi*" olarak bahsettiği *ekonomik polis* uygulamalarıdır[96]. Sınırlı tutulması hususunda hassasiyet gösterilmesi gereken polis uygulaması da bu üçüncüsüdür.

Smith'in sosyal düzen tasavvuru ve bu kapsamda devletin faaliyet sınırları konusu dışında hukukun ekonomik öğretisini etkilediği başkaca yönleri de söz konusudur. Özellikle öğretide çok yaygın olan mülkiyet odaklı yahut pek çok sosyal fenomeni mülkiyet çerçevesine alarak gören bakış açısının altyapısını kuracak derecede, mülkiyet kavramını hukukun kurucu nüvesi olarak düşünür. Uygarlığın dört aşaması olduğunu söyler: avcılık, çobanlık, tarım ve ticaret. Avcılık aşamasında insanlar avladıklarını tüketir ama çobanlıktan itibaren kaynaklardan ve onlardan üretilen mallardan -geleceği de göz önüne alarak- yararlanma anlayışları dolayısıyla mülkiyetçi bir bakış açısının geliştiğini belirtir. Bunun idaresi için de hukuk ve hükümete gereksinim ortaya çıkmıştır[97]. *Hukuk Üzerine*'de de şunları yazar:

> Mülkiyet ve sivil yönetim çok sıkı şekilde birbirlerine bağlıdır. Mülkiyetin korunması ve sahip olmadaki eşitsizlik ilk olarak bu bağı oluşturmuş, mülkiyet durumu her zaman yönetim biçimine göre çeşitlilik göstermiştir.[98]
>
> Büyükbaş ve küçükbaş hayvan sürülerinin paylaşılması ilk kez servet eşitsizliğini meydana getirerek, anladığımız şekliyle yönetimin ortaya

[94] Smith'in ders notlarından derlenmiş bu kitabı, onun "genel hukuk ve yönetim ilkeleri kuramı"nın notlarıdır. Ve söz konusu kuramın dört ana kısmı söz konusudur: (i) Adalet, (ii) Polis (Kamu Düzeni), (iii) Kamu Geliri (Vergi) ve (iv) Askeri Güç. Bkz. Smith, **Hukuk Üzerine**, s.43.

[95] Buradaki anlamıyla polis, dar anlamda suçla ilgili güvenlik sağlayan bir kurum değil, geniş anlamda, her yönüyle "iyi düzen"i sağlama aracıdır. Polisin bu geniş anlamı üzerine kurulu biçimde politik işlevini açıklamaya dönük önemli bir çalışma olarak bkz. Mark Neocleous, **Toplumsal Düzenin İnşası: Polis Erkinin Eleştirel Teorisi**, (Çev. Ahmet Bekmen), H2O Yay., 2013, İstanbul. Kitaptaki geniş anlamda polis kavramı için bkz. Neocleous, **Toplumsal Düzenin İnşası**, s.24-25.

[96] Smith, **Hukuk Üzerine**, s.195.

[97] Bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.795; Smith, **Hukuk Üzerine**, s.54-61; Değerlendirmeler olarak bkz. Raphael, **Adam Smith**, s.24; Sarfati, "Görünmez El Metaforu", s.204.

[98] Smith, **Hukuk Üzerine**, s.48. Benzer açıklamalar için bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.794-795 [V, i, ii]

> çıkmasının ilk sebebi olmuştur. Yönetimin gerçek varoluş sebebi zenginliği koruma ve zenginleri fakirlere karşı savunmak olduğu için, mülk ortaya çıkana kadar yönetimin mevcudiyeti söz konusu değildir.[99]

Adam Smith'in bu toplumsal düzen tasavvuru altında hukukun adaleti gözeten doğasını anlayabilmek için bir erdem olma yönüyle adaletin tanımlanışına bakmak gerekir:

> Salt adalet, çoğu durumda, negatif bir erdemden ibarettir ve sadece bizim komşumuza zarar vermemizi engeller[100].

> Her devletin ve *commonwealth'*in bilgeliği, toplumun gücünü, yapabildiği ölçüde, onun otoritesine tâbi olan kişilerin, başka birinin mutluluğuna zarar vermesini veya onu taciz etmesini *önlemek* için kullanmaya çalışır. Bu amaçla tesis ettiği kurallar her bir devlet ya da ülkenin medeni (*civil*) hukukunu ve ceza hukukunu teşkil eder.[101]

Yani Smith adaleti negatif bir erdem olarak ifade etmekle, birilerine pozitif biçimde *karışmaktan ziyade* negatif bir tutumla *karışmamak*, insanlara zarar vermemek, kötülük yapmamak biçiminde tarif etmektedir. Bu tanımlama, daha sonraki pek çok liberal yazarca adalet gibi hukukun da negatif bir kavram olarak tanımlanışına ilham vermiştir. Bu tanımlama ise devletin hukuk vasıtasıyla pozitif edimsel faaliyet çeperini daraltan, dolayısıyla devletle beraber hukuku da sınırlayan liberal bir kavrayışa kaynaklık etmiştir. "Hukukun doğru meşgalesi (*proper business of law*)... doğal özgürlüğün desteklenmesidir..."[102]

Netice itibariyle, özellikle negatif adalet ve hükümet kavramının doğuşundaki etkisi ve kendiliğinden düzen adı verilen toplumsal düzen anlayışı nedeniyle hukukun ekonomik öğretisi açısından kurucu fikirlerin sahibi olarak değerlendirilen

---

[99] Smith, **Hukuk Üzerine**, s.55. Benzer açıklamalar için bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.794-795 [V, i, ii]

[100] Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.122 [II, i, par.9] (çeviride "negative" kavramı "verimsiz" olarak çevrilmiştir).

[101] Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.317 [VI, ii, par.2] (çeviride "civil" kavramı "kamu" olarak çevrilmiştir)

[102] Smith'in hukukun meşgalesini doğal özgürlüğün desteklenmesi olarak sunduğu paragraf Türkçe çeviride yoktur. Karş. Smith, **The Wealth of Nations**, (Cilt-1), s.307 [II, ii]; Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.350.

Smith'ten sonra, öğretiye en büyük tesirlerden birinin İngiliz hukukçu-filozof Jeremy Bentham'dan geldiği kabul edilir.

1.2.2.3. Jeremy Bentham ve Faydacılık

Jeremy Bentham (d.1748-ö.1832), piyasa-dışı davranışların ilk iktisatçısı ve bu nedenle ekonomik hukuk öğretisinin, özellikle de reformist kimliği nedeniyle öğretinin normativist cenahının en etkileyici öncülerinden biri olarak değerlendirilir[103]. Bentham'ın düşünce evreni, bir yandan *sponte acta*, *agenda* ve *non-agenda* ayrımıyla kastettiği üzere[104] Smithçi kendiliğinden düzen fikrine yakın ve ekonomik açıdan liberal öğelerle bezeliyken, öte yandan kendinden sonraki liberallerin kendisine politik ve ahlaki açılardan çekinceli bakmasına neden olan faydacı savunular içerir. Fakat her şekilde Bentham ile Smith'in genel düşünce yapıları itibariyle ortaklıklarından ziyade karşıtlıkları ön plandadır. Smith, doğal hukuk düşüncesinden ne kadar beslenmişse, Bentham doğal hukuk düşüncesine o denli düşmandır. Smith, haz ve acı duygularının yönlendiriciliğini insanın duygusal alemi açısından önemser ama duygusal alemi salt bu iki kavramın egemenliğine terk etmezken, Bentham sadece insanın duygu alemini değil, ahlaki alemini ve hatta bütün politik düzeni bu iki kavramın (haz ve acı) egemenliğine teslim eder. Bu yüzden hukuki düşünüşe ekonomik düşünüşü dahil etmeleri gibi ortak yönlerinin dışında bu iki düşünürün genel olarak buluştukları ortak noktalar, temel mahiyetteki farklılıklarının yanında epeyce sınırlı kalır.

Bentham'ın faydacılığının esas amacı toplumun mümkün olan en büyük mutlululuğunun sağlanmasıdır. Ekonomik anlamlar yüklü genel refah kavramının etik telaffuzu olarak addedilebilecek olan bu genel mutluluğu sağlamak için hukuk

[103] Sima, "Praxeology as Law and Economics", s.74; Hylton, "Calabresi and The History of Law and Economics", s.91.

[104] Bkz. Jeremy Bentham, "Manual of Political Economy", **The Works of Jeremy Bentham: Part IX**, (Ed. John Bowring), Stevenson and Co., 1839, Edinburgh, ss.33-84. *Sponte Acta*, kendiliğinden eylem anlamında kullanılır. Bentham eserinin zenginlik ve nüfus başlıkları altında bu kavramı kullanıma açar. Toplumun atomize parçaları olarak bireylerin eylemlerinin kendiliğinden ve herhangi bir dış etken olmadan zenginliği arttıracağı ve nüfusun da dengeye geleceği savunulur. Bireyler açısından *sponte acta* olarak değerlendirilebilecek her mesele, devlet faaliyeti açısından ajanda dışı (*non-agenda*) mahiyettedir. Faizlerin yapay ve baskıcı bir biçimde düşürülmesi, belli sanayi dallarına sübvansiyonlar ve para arzı gibi ajanda dışı olarak tanımlanan pek çok hükümet müdahalesini Bentham zararlı biçimde tanımlar. Hükümetin müdahalede bulunabileceği alanlar ise ajanda (*agenda*) kategorisinde değerlendirilir ve özetle *sponte acta*'nın önündeki engelleri ortadan kaldırmaya dönük işler bu kapsamdadır.

sadece bir araçtır[105]. Daha spesifik olarak, Bentham'daki ekonomik yaklaşım, cezaların orantılılığı konusunda yaptığı değerlendirme ve önerilerde açık biçimde görülebilir. Fiyatlandırma mekanizmasını, cezaların rasyonel kılınması projesi çerçevesinde orantılılık bahsinde kullanmıştır. Yasanın tatbikinin, o yasanın amacını sağlayabilmesi gerektiğini, yani buna değmesi gerektiğini söylerken, Bentham'ın aslında bir etkinlik tartışması yaptığını, yasanın tatbikinin bir işlem maliyeti olduğunu ve bunun yüksek olmasının yasanın amacına ulaşmasına mâni olacağını düşündüğünü söylemek, anakronik bir okuma sayılamaz, sadece bugünün ifade tarzıyla ifade etmez bunları. Ceza yasasının amacının caydırma olduğunu söyledikten sonra, bu amacı takip edecek faydacı bir yasa koyma faaliyetinin tahlilini şu şekilde yapar[106]:

> (1) [Yasakoyucunun] en geniş çaplı ve makbul hedefi, mümkün olacak ve harcanan çabaya değecek ölçüde tüm suçları önlemektir, diğer bir deyişle hiçbir suçun ika edilememesinin idaresini sağlamaktır.
>
> (2) İnsan şu veya bu türden bir suç işlemek zorunda kaldığındaysa, bir sonraki hedef, onu *daha kötü olan suçu işlemek yerine daha az kötü olanı*, diğer bir deyişle maksadıyla uyumlu iki suçtan en az kötü olanı işlemeye *sevk etmektir*.
>
> (3) Bundan sonraki hedef, belli bir suça azmedilmiş olan kişiyi, amacına ulaşmak için *gerekli olandan daha fazla kötülük yapmamaya*, diğer bir ifadeyle kazanmayı düşündüğü *menfaatle* uyumlu olmak üzere mümkün olduğunca az kötülük yapmaya yatkın hale getirmektir.
>
> (4) Son hedef ise, önlenmeye çalışılan kötülüğün, *mümkün olduğunca ucuz bir maliyetle önlenmesidir.*

[105] Bazı yazarlar Bentham'ın hukuka araç olarak yaklaşımından daha önce Thomas Hobbes'un da benzer bir yaklaşıma sahip olduğunu, hukuku toplumsal refahı arttırmada bir araç olarak gördüğünü hatırlatırlar. Hobbes'un *A Dialogue Between A Philosopher and A Student of The Common Laws of England* (1681) eserine atıf yaparak bu hususa değinen Hylton'un makalesine bakılabilir. Hylton, "Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", s.87, dn.16.

[106] Bkz. Jeremy Bentham, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation [1789]**, Clarendon Press, 1907 [1823 tıpkı bas.], London, s.178. Alternatif bir Türkçe çeviri olarak: Jeremy Bentham, **Ahlak ve Yasama İlkeleri,** (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kâşif Boyacı), Litera Yay., 2017, İstanbul, s.165-6.

Bentham, iki kötülükten daha ufak kötülüklere insanları yönlendirmek için kötülükle orantılı bir ceza tarifesi fikrini (ve cezanın ağırlığının en azından suçun sağladığı menfaate ağır basması kuralını) vurgulaması nedeniyle, hukukun insan davranışlarını yönlendiren bir fiyatlandırma mekanizması gibi çalıştırılması düşüncesinin bir öncüsü olarak telakki edilir[107]. Buna göre, bir davranışın fiyatı arttırılırsa, o davranışa talep azalır ve insanlar alternatif davranışlara yönelirler. İngiltere tarihinde yasal ifrat konusunda *1723 Waltham Black Act* [108] gibi başarısızlıkla malul pek çok hukuki örnek vardır ve Bentham'ın düşüncelerine muhakkak ki bu tarihsel deneyimler kaynaklık etmiştir. Bunun dışında ünlü İtalyan hukukçu Cesare Beccaria'dan ve onun suçta ve cezada belirlilik ve orantılılık üzerine düşüncelerinden de etkilendiği bilinmektedir[109]. Bu minvalde Bentham'ın ceza kuramında, daha büyük hasarlar ve zararlar meydana getiren suçlarda marjinal caydırma yaratabilmek için cezalandırma sisteminde farklı ağırlıklarda ceza türleri olması gerektiği vurgu kazanmıştır[110]. Zira yaş bir ağacı kesmek ya da geyik avlamak ile bir insanı öldürmenin cezası aynı olursa, müstakbel suçlu, ağaç kesip satma zahmetinde bulunmak yerine gidip birini öldürerek cebindeki tüm parasını çalmayı pekala düşünebilir. Ayrıca Bentham'a göre, suçta indirim nedenleri de öyle ayarlanmalıdır ki, yukarıdaki tahlilin üçüncü maddesinde olduğu gibi kötülüğün her bir bölümü için her an vazgeçme teşvikleri üretmeli, bunu yaparken de cezadaki caydırma maksadını etkisiz kılacak derecede aşırılığa kaçılmamalıdır[111].

Bentham'ın bir diğer önemli yönü hukukta belirliliğin önemine yaptığı vurgudan kaynaklanır. Beccaria'dan etkilenmesi ile beraber ceza hukukundaki suçta

[107] Bentham'ın özellikle yukarıdaki 2. Maddede vurguladığı düşünceye, yani potansiyel suçlunun daha büyük ve şiddetli suç aktivitesi yerine daha az zararlı ve daha az şiddetli suç aktivitesine yönlendirilmesine Marjinal Caydırma Kuramı da denmektedir. Bkz. Güvel, **Suç ve Ceza Ekonomisi**, s.74.

[108] İngiltere'de 1723 yılında Kral I. George tarafından çıkarılan ve yaklaşık bir yüzyıl yürürlükte kalan ceza yasasıdır. Ağaç kesmekten tavşan çalmaya dek, 200'den fazla suç türüne ölüm cezası öngörmesi nedeniyle son derece zalim ve aşırılıklarla dolu bir yasal düzenleme olarak değerlendirilir.

[109] Cesare Beccaria'nın da hukukun ekonomik öğretisi açısından tarihsel öneme sahip olduğu, Bentham gibi onun da kurucu düşünürlerden biri olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. Giovanni B. Ramello, Alain Marciano, "Cesare Beccaria: Back to The Future of Law and Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol.46, Issue:3, Dec.-2018, ss.271–274. Derginin bu sayısı bütünüyle Beccaria üzerine hazırlanmış makalelerden müteşekkildir. Anglo-Amerikan literatürünün *kökler* konusunda Smith ve Bentham'a atıfta bulunmaları gibi, Kıta literatürünün Beccaria gibi başka düşünürlere yaslandıklarını görmekteyiz.

[110] Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.77-8

[111] Bkz. Bentham, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**, s.179-180.

ve cezada kanunilik prensibini dillendirmesi bu noktada önemlidir. Belirlilik meselesi açısından diğer bir önemli tartışması Blackstone'un yazılarında, *common law'*un erdemi üzerine yapılan övgülere dönük itirazıdır. Zira *common law*, bir zümre olarak hukukçular eliyle biçimlendirilmiş bir hukuk alanı olması dolayısıyla, üzerinde etkin olduğu uyrukların tümünce bilinebilmesi zor olan kurallardan müteşekkildir. Bu yüzden onların *common law*'u öğrenebilmeleri için, ancak ve ancak *common law* kurallarını ihlal edip cezalandırılmaları lazımdır. Tıpkı bir ev köpeğinin, o evin sahibince konmuş kuralları ihlal edip dayak yiye yiye kuralları öğrenmesi gibi… Bu yüzden, Bentham *common law*'u ve onun savunuculuğunu "köpek hukuku" gibi radikal benzetmelerle eleştirmiştir[112]. Ve gene bu yüzden Bentham *common law* yerine kodifikasyonun bir hukuki belirlilik (dolayısıyla öngörülebilirlik) projesi olarak sunulmasında önemli rol oynamış ve bu sunum, İngiliz sanayi bölgelerinde yığılmış büyük bir eğitimsiz kitlenin kapitalist üretim düzenine adaptasyonunun sağlanmaya çalışıldığı bir dönemin hukuktan talepleri olması bakımından da önem arz etmiştir. İnsanlar ileriye dönük plan yapabilecekleri bilgiye sahip olmadıkları sürece ekonomik sistemde ne üretken be de hakkıyla sorumlu olabilirler; bu nedenle kodifiye edilmiş bir hukuk insanlar ve eylemleri için önemli bir bilgi kaynağıdır. Geniş kesimlerin kapitalist sisteme katılımını etkin kılma noktasında olumlu yönler barındıran bu hukuki belirlilik projesinin, kapalı devre işlediği için uzman bilgisine mahkum ve -bu yüzden- pahalı bir meta olan hukuku ucuzlatacağı için, gücünü bunun bilgisinden alan bir toplumsal zümre, İngiliz hukukçularınca genel olarak dirençle karşılandığı bilinmektedir. Adı üzerinde, Bentham bir "radikal"dir ve Benthamcılara "felsefi radikaller" denmektedir.

Kuramının bireycilikle bağdaşmayan yönleri ve insan hakkı kavramına aleyhtarlığı dışında Bentham'ın panoptik ceza-infaz ve üretim sistemleri tasarımının[113], potansiyel iş gücünün kapitalist kullanımı ile aynı mantıkta olmasına

[112] Jeremy Bentham, "Truth versus Ashhurst: or, Law as It Is Contrasted With What It Is Said To Be [Yazım tarihi:1789, İlk baskı: 1823]", **The Works of Jeremy Bentham**, Vol.5 (Ed. John Bowring), 1843, Edinburgh and London, s.236-7.

[113] Bentham, *panoptikon* ismini verdiği gözetim evi tasarımını, kardeşi Samuel Bentham'ın Rusya'da uygulamaya geçirilmesi planlanan bir plantasyon tasarımında üretmiş ve başta hapishaneler olmak üzere, tımarhaneler, fabrikalar ve okullar gibi pek çok sahada kullanılabilirliğini iddia etmiştir. Bu konuda yazılarını ve mektuplarını 1787 yılından itibaren kaleme aldığı bilinmektedir. Bkz. Jeremy

rağmen, bireyin hayatının her noktasının gözlemlenip kontrolüne dayanak oluşturması dolayısıyla liberal siyasal paradigma açısından distopik bir tasarım olduğu kabul edilir. Bu tasarımda çalışmaksızın salt yardımla yaşamı idame ettirmenin mümkün olmayacağı bir planlama ve etkin gözetim altında çalışma pratiklerinin olabildiğince maliyetsiz bir biçimde sürdürülmesi esastır[114]. Görüşün radikalliği dolayısıyla, bunun, toplumda dezavantajlı kesimleri dikkate alan düşünceye ılımlı olduğundan bahsedebilmek de haliyle mümkün değildir; öyle ki İngiltere'de 1834 yasası ile düzenlenmiş Yoksul Çalışma Evleri sisteminin Malthusçu ve Benthamcı fikirlerden beslenmiş olduğu ifade edilir[115]. İngiltere'nin yoksul yasaları, 18 ve 19. Yüzyıllarda hukuk ve ekonomi korelasyonuna eğilen büyük bir literatürün doğmasına kaynaklık etmiştir; büyük bir potansiyel iş gücünün üretici hale gelemeyişinin nedeni addedilen bu yasal sorunu Bentham'ın da öncelikli ilgi alanlarından biri olarak görmekteyiz.

Bentham'ın kuramında yasakoyucunun biricik amacı toplumu oluşturan bireylerin toplam mutluluğudur; toplum *aleyhine* bireyin mutluluğuysa faydacı politik görüşe uygun değildir. Böyle olmadığı onun, politik güç karşısında bireyi öne çıkaran Fransız ve Amerikan "insan hakları" bildirgelerine muhalefetinde de açıkça görünür[116]. Ayrıca onun, tam da bu bireyciliğe ters düşen özelliği nedeniyle, 20.yy.'ın ikinci yarısında yeniden güç kazanan klasik liberalizmin ardılı olma iddiası taşıyan liberaller tarafından benimsendiği pek söylenemez. Öğrencisi John Stuart Mill ile başlayan Bentham'a dönük liberal eleştiriler, onu, ekonomik açıdan bir serbest piyasacı olmasına rağmen pek çok yönden totaliteryen bulurlar. Örneğin

---

Bentham, "Panoptikon ya da Gözetim Evi" (Çev. Barış Çoban, Zeynep Özarslan), **Panoptikon: Gözün İktidarı**, (Haz. Barış Çoban, Zeynep Özarslan), Su Yay., 2008, İstanbul, ss.9-76, s.57-76.

[114] Panoptikon'da merkezde bulunan gözetim kulesi, tümü dairesel bir dizilişle kendine bakan ve parmaklık sistemi sayesinde içi tam olarak görülebilir olan tüm hücreleri izler. Hatta bu kuledeki tek bir memur aynı anda bütün hücrelerin gözetleyicisidir; minimum maliyetle maksimum fayda alınır. Bkz. Bentham, "Panoptikon", s.14-27. Panoptikon'da kapatılanlar çalıştırılır. Çalıştırılmalarına dönük müşevvikler üretilir; hatta çalışmalarına karşılık ufak da olsa bir miktar para kendilerine ödenir ve panoptikon-içi müşevvikler yoluyla o para onlara gene panoptikon-içinde harcatılır. Bkz. Bentham, "Panoptikon", s.47-48.

[115] Yasemin Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı: Sosyal Devletten Ceza Devletine**, Notabene Yay., 2011, Ankara, s.13; Leyla Firuze Arda Özalp, **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, (Tez Danışmanı: Gülden Ülgen), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016, İstanbul, s.64.

[116] Dolayısıyla söz konusu söylemin kökleri Bentham yahut Hobbes'ta değil, bu noktada onların antipotu kabul edilebilecek Kant ve Locke'ta bulunabilir; bu iki düşünürde, kimsenin mutluluk kavramı bir başkası üzerinde empoze edilemez. Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.18.

20.yy.'da Milton Friedman, Benthamcılığın siyasal liberalizmi ekonomik liberalizme araç olarak görmesi nedeniyle sonuçları itibariyle kolektivizme ve 20.yy.'ın refahçı ve merkezi planlamacı, çarpıtılmış, özünden kopmuş liberalizmine yol açtığını ileri sürer[117]. Yine bir başka önemli 20.yy. klasik liberali Hayek de benzer görüşleri paylaşır ve Bentham'ı liberal kültürle uyumsuz bulduğu planlamacı-kurucu rasyonalist zihniyete yakın değerlendirir [118] . Bentham'ın klasik liberallerce benimsenmemesinin bir başka nedeninin ise mülkiyet hakkını devletten çıkaran yorumu olduğu söylenebilir. Bu yüzden devlet karşısında daha güçlü bir mülkiyet teorisi kuran ve mülkiyetin Tanrı tarafından insana bahşedildiğini savunan John Locke, Bentham'a nazaran klasik liberallerin ve onların çağdaş yorumcularının çok daha fazla tutundukları isim olmuştur.

Hukuk ve ekonomi literatüründeki ağırlıklı görüş Bentham'ın bu iki disiplinin entegrasyonu noktasında önemli katkıları olduğunu kabul eder. Bentham'ın Anglo-Amerikan düşünce dünyası üzerindeki etkisinin, hukuk ve ekonomi disiplinlerinin entegrasyonu noktasında olumsuz yönlerini dile getirmesi noktasında kurumsalcı ekonomist John R. Commons'ı ise başka bir kenara ayırabiliriz. Commons, "*Law and Economics*" (1925) başlıklı makalesinde hukuk ve ekonomi disiplinlerinin Anglo-Amerikan üniversitelerinde niçin entegre ele alınmadığını iki sebeple açıklar. Bunlardan biri, Bentham'ın etkileridir. Bentham, Blackstonecu *common law* düşüncesinin iki önemli kavramı olan "gelenek" (*custom*) ve "geçmişin bilgeliğine bağlılık yahut otorite"nin (*reliance on ancestor wisdom / authority*) yerine "akıl" ve "mutluluk"u koyarken, geleneğin ekonomistlerce dikkate alınan bir yönünü atlamıştır. Commons'a göre gelenek, alışkanlıklara vurgu yapar ve bu da beşeri yaşam ve ilişki süreçleri açısından tahlil edilmeleri açısından kolaylık sağlayan bir bilgi sağlar ve bunların hafızası mahiyetinde hukuk, önerilen ve önerilmeyen pratikleri ceza ve masuniyetler yoluyla belirler ve sürdürür[119]. Özetle, Commons'un kıtlık (*scarcity*) ve geleceğe dönüklük (*futurity*) ile birlikte, hukuk ve ekonomi bilimlerinin ortak üç temel kavramından biri olarak nitelendirdiği geleneğin (*custom*)

[117] Milton Friedman, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk, Nilgün Himmetoğlu), Altın Kitaplar, 1988, İstanbul, s.28.
[118] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.11, 273.
[119] Commons, "Law and Economics", s.371-372.

Common Law düşünce sistemi açısından taşıdığı önemine karşı Bentham'ın güttüğü düşmanlık, eleştirilmesine sebep olmuştur.

Bentham'ın faydacılığı ve toplam mutluluğun hesabına dönük girişimleri, kendisinden sonra gelişecek refah ekonomisi kuramını ciddi ölçüde etkilemiştir. En başta etkinlik kavramı gelmek üzere, hukukun ekonomik analizinde kullanılan kavramların pek çoğu bu gelişmelerden kaynaklanmıştır. Ayrıca marjinal cezalandırma, fiyat mekanizmasının insan davranışlarında kullanımı ve insanların *ex ante* üretici hale dönüştürülmesine dönük rehabilite edici çözümler geliştirme gibi katkılarına karşı, onun en fazla eleştirildiği noktanın hukuki belirlilik hilafına *Common Law* öğretisine dönük eleştirel tutumu olmuştur.

1.2.3. Laissez Faire Doktrini ve Hukuk-Ekonomi Bağıntısına Tesiri

Adam Smith ve Bentham gibi düşünürlerin etkilerinin yanı sıra, hukuka ekonomik yaklaşımın temelinde, *laissez faire* liberalizminin 18 ve 19. yüzyıllarda hakim sosyal düzen ideolojisi olması ve hukukun da bu ideolojinin çizdiği istikamette gelişim kaydetmiş olması gösterilir [120]. *Laissez faire* ("Bırakınız yapsınlar") deyimi, bilindiği üzere, ekonomik aktör olarak bireyin elinin kamu otoritelerince artık tutulmaması, onun serbest bırakılması, devletin piyasa mekanizmasının çalışma sürecine minimum düzeyde müdahale etmesi ve hukuken olabildiğince *edilgen ve sınırlı* kalması gerekliliğini ifade eder[121]. Ortaçağın lonca geleneğine dayalı çalışma hayatı kodlarının zamanla gevşemesi de *laissez faire* ilkesinin varlık bulma nedenlerinden biri olmuştur; çünkü işgücü artık -aileden devrolma şartına bağlı olarak- önceden giremediği sektörlere hareketlenir hale gelmiştir[122]. İlke, bu şekilde, insanların ekonomik aktiviteler yürütmekte serbest bırakılması gerektiğini savunurken, aynı zamanda onların kendi çıkarları konusunda en iyi karar vericiler oldukları fikrini (*best-judge principle*) de temel akaid haline

[120] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.21.

[121] *Laissez faire laissez passer* ilkesinin hukuki veçhesinin, deyimi ilk kullanan Gournay'dan Mill ve Spencer'a dek uzanan geniş bir anlatımı içim bkz. Walter Lippmann, **An Inquiry into the Principlesof The Good Society**, Little, Brown and Company, 1938, Boston, s.184-192 (Bundan sonra kısaca: Lippmann, **The Good Society**)

[122] Örneğin demircilik için kol gücü gerekir. Lonca sistemi kolları güçlenmemiş bir kimseyi bu mesleğe zorlarsa ve o kimsenin kendine daha uygun mesleklere yönelmesine engel olursa verimli bir üretim olmaz.

getirmiştir[123]. Rasyonel çıkar maksimizatörü bu insan tasavvuru klasik ekonomi teorisinden başlayarak hukuki özne teorisine dek modern düşünceyi her yanıyla kuşatır hale gelirken, beşeri bilimlerin temel varsayımlarının biçimlenmesinde de etkili olmuştur.

Laissez faire fikrinin ardında, yukarıda da değindiğimiz üzere, emek hareketliliği rol oynamıştır. "*Şehir özgürleştirir*" sloganının ifade ettiği[124] ortaçağın feodal toprağa bağımlılıklarının gevşemesi gibi, erken modernitede lonca sisteminin zayıflaması da emek hareketliliğinin bir başka dalgası olarak değerlendirilebilir. Bu seyrin devamında, üretim biçimlerinin ve teknolojilerinin dönüşümü önemli rol oynamıştır. Sanayi Devrimi içinde atılmış her adım (yenilik), eski üretim biçimlerinden geçim imkanlarını zorlaştırmış ve bu alanlarda birikmiş işgücü serbestleşmiştir[125]. Toprağa ve toprak sahibine bağlı serfliği ve köylülüğü kaldıran *liberal* tarım yasaları, ekonomik sistemde ortaya çıkmış teknolojik gelişmelerin neticesinde Fransız Devrimi öncesinden şekillenmeye başlamıştır[126]. Keza el işçiliğine bağlı zanaatkarlığı ve lonca düzenini zayıflatarak sanayi yararına iş gücü hareketi sağlayan hukuki düzenlemeler de Sanayi Devrimi dalgalarını takip eden gelişmeler eşliğinde gözlemlenmiştir. Örneğin buhar gücü ile dokumacılığı entegre eden *yeni teknik* ile birlikte, el dokumacıları dokuma fabrikalarına, benzer şekilde sabun üreten zanaatkarlar kimya sanayiine ve demirciler demir-çelik işletmelerine işçi olarak geçiş yapmıştır[127].

---

[123] Terry Caslin, "Devlet ve Ekonomi" (Çev. Mensur Akgün), **Liberalizm, Refah Devleti, Eleştiriler** (Der. Kemâli Saybaşılı), Bağlam Yay., 1993, Ankara, ss.290-316, s.292.

[124] Köylülerin şehirlere göçüne dönük eğilimleri ifade eden bu özgürleşme, esasında feodal bağlara dönük bir özgürleşmeyi imlerken, bir yandan burjuvazinin toprak rantına kapı aralayarak onu toprak soyluluğu ile dirsek temasına sokan bir neticeyi ortaya çıkarıyor, diğer yandansa şehirlerde ticaret alanında çalışacak ucuz işgücünü ortaya çıkarıyordu; yani kırsal özgürleşme, şehirde başka bağlılıklara dönüşüyordu. Değerlendirme için bkz. Le Goff, **Ortaçağın Tüccarları ve Bankerleri**, s.62-63.

[125] Serbestleşmeyi, "özgürleşmek" değil, fakat tam kelime karşılığı olarak "başıboş hale gelme" olarak anlamak daha doğru olur.

[126] Hans Freyer, **Sanayi Çağı**, (Çev. Bedia Akarsu, Hüseyin Batuhan), Doğubatı Yay., 2.b., 2018, İstanbul, s.50-51.

[127] Hans Freyer, yeni teknik üzerinden şekillenen Sanayi Devrimi dalgalarını şu şekilde sıralamıştır: (i) Dokuma, (ii)Demir-Çelik, (iii) Ulaştırma, (iv) Kimya, (v) Elektrik, (vi) Benzinli Motor. Her bir dalga, eski tekniğe bağlı hukuki-ekonomik yapıları bozmuş ve nüfus hareketlerine bağlı yeni toplumsal sınıfların ortaya çıkışına neden olmuştur. Freyer, **Sanayi Çağı**, s.35-45.

Laissez faire düşüncesi, doğal hukuk tartışmalarının gölgesi altında gelişmiştir. Enteresan bir biçimde, *Lex Mercatoria*'yı var eden fikrî etmenlerden biri addedilen doğal hukuk düşüncesini, birkaç yüzyıl sonra ülke içinde altın ve gümüş rezervinin korunmasını amaç edinen bir model olan merkantilizmin antitezi *laissez faire laissez passer* savunucularının sığındıkları biricik liman olarak görmekteyiz. Adam Smith'in Roma İmparatorluğunun parçalanışından itibaren tarihini aktarmış olduğu ortaçağın kent-kır çatışması ve kralların lordlara karşı kentlileri himaye etme ve himaye ederken de ticari faaliyetlere güvenceler sağlama stratejisinin merkantilizme hayat verirken bir yandan da ticaret ve üretim konusunda yeni girişimlerin önünü tıkayacak setler meydana getirdiğini[128], bunların da yine doğal hukuk vasıtasıyla yıkılmaya gayret edildiğini gayet açık bir şekilde Fizyokrat düşüncede, Manchester Okulu'nda ve Amerikan Bağımsızlık Mücadelesi'nde görebiliriz. Çünkü merkantilizmin oluşturduğu bu setlerin ülkeden parasal varlığın çıkışını -dolayısıyla ithalatı- engelleyen ve sadece ihracatı salık veren özelliği, uluslararası ticareti baskılayıp, ülke içi ekonomik faktörler ve sömürgeler üzerinde aşırı denetimci ve korumacı (ki lonca düzenleri bu korumanın bir formudur) bir düzen kurmuştur. Örneğin, Fransız liberalizminin önemli ekollerinden biri olan Fizyokratlar[129], tüccarlar için kurulan ve onlara bahşedilen tekel imtiyazlarının, iç ticaret açısından korumacı sınırlamaların ve halen varlıklarını sürdüren loncaların doğal hukuka aykırılıklarını savunmuşlardır[130]. Ancak ticarete dair bakış açıları İngiliz düşüncesine göre farklıdır; toplumsal servetin esas olarak tarım yoluyla yaratıldığını, ticaret ve sanayinin bunu sadece dolaşıma soktuğunu ve ekonominin de

[128] Ortaçağın hansa, liman ve belli şehirlerin surları ile sınırlanmış ticaretinin değişiminde hiç şüphesiz merkantilizmin de ciddi etkisi vardır. Ortaçağın ticaretine ve üretim faaliyetlerine hakim lonca kuralları ve şehir adetlerini yıkarken merkantilizmin yaptığı tek şey, Polanyi'nin deyimiyle, "bu koşulları, ya İngiltere'deki yasalarla ya da Fransa'daki loncaların millileştirilmesiyle birleştirmekti" (Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.116). Merkantilizm bunu yaparken kendi yıkımına yol açacak taşları da döşemiştir. Fakat hiçbir şekilde merkantilizm, kapitalizm ve feodal ortaçağ üretim ve ticaret düşüncesi birbirine geçişleri olmayan tamamıyla ayrık ve sıralı tarihsel dönemler olarak düşünülemez. Merkantilizmi eleştiren Adam Smith'ten çok daha sonraları ortaçağa ait çok önemli ekonomik kurumlar varlıklarını sürdürmüşlerdir. Örneğin Polanyi, emeğin ve toprağın ticarileştirilmesinin 18 ve 19. Yüzyıllara dek mümkün olmadığından dem vurur. "Fransa'da loncalar ve feodal ayrıcalıklar ancak 1790'da ortadan kaldırıldı. İngiltere'de Zanaatkarlar Yasası ancak 1813-14'te, Elizabeth Devri Yoksullar Yasası ise 1834'te yürürlükten kalktı." Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.117.

[129] François Quesnay, Jean Claude Marie Vincent De Gournay, Anne Robert Jacques Turgot, La Trosne, Pierre-Samuel du Pont de Nermours, Marquis de Mirabeau ve Abbe Nicholar Baudeu gibi isimlerden oluşan 18.yy. Fransasında liberal entelektüel çevre.

[130] Galbraith, **İktisat Tarihi**, s.55-56.

esasen bir *dolaşım sistemi* olduğunu savunurlar. Fransa'nın karasal genişliği ve Smith'in dediği gibi kentlerinin kıra bağımlılığı İngiltere, Hollanda ve İskoçya gibi açık denizlere kıyısı olan ülkelere nazaran daha fazla olması nedeniyle, Fizyokratların ülkenin esas ekonomik gücünün tarımdan geldiğini ileri sürmeleri ve *produit net*'den önce toprak sahipleri ve çiftçileri destekleme önerileri gayet doğal karşılanabilir. Fakat fizyokratların ekonomik liberalizme dair oluşturdukları programlarının siyasi liberalizme ilişkin uzantıları hatalı ve çelişkili boyutlara vardığı da dile getirilmektedir. Ekonomik programlarını etkin biçimde işletmek adına mutlakiyetçi, tepeden-inmeci, kurucu rasyonalist yönetimi savunmuşlar, kuvvetler ayrılığı gibi siyasi gücün sınırlandırılmasına dair tüm liberal kazanımları terk etme yönünde eğilim sergilemişlerdir. Bu nedenle kendilerinden sonraki Fransız liberallerince benimsenme konusunda olumlu bir portre çizmezler. Örneğin, hukuk ve ekonomi korelasyonunu ele alıp işlemiş önemli düşünürlerden biri olan Frédéric Bastiat, doğal hukukçu ve korumacılık-karşıtı yönleri dolayısıyla fizyokratlardan ne kadar etkilense de, İngiliz tarzı liberal ekonomi-politiğe, özellikle Manchester Liberalizmine daha yakın bir konum almıştır[131]. Onun bakış açısına göre -Smithçi manada- *negatif* bir kavram[132] olan hukuk, "doğal meşru müdafaa hakkının kolektif organizasyonudur"[133] ve "örgütlenmiş adalet demektir"[134]; adaletin tesisi dışında hukuka *müşfik* ve *yardımsever* olma gibi misyonlar yüklemek, onu, esas görevi olan doğal hakların korunması görevinden uzaklaştırmakla kalmaz, mülkiyeti haksız biçimde ondan ona transfer eden ve hakları tahrip eden "*yasal soyguncu*" bir konuma getirir[135]. Bastiat'nın, liberal bir çerçevenin dışında tuttuğu yaşamın her alanına

[131] Bastiat ile Manchester Okulu arasındaki entelektüel yakınlığı konu alan kısa ama öz bir çalışma olarak bkz. Detmar Doering, **Frédéric Bastiat**, (Çev. Kadir Koçdemir), Liberte Yay., 1999, Ankara.
[132] Negatif bir kavram ile kastettiğini Bastiat şöyle açıklar. "*Hukukun amacı* adaletin hükümranlığını sağlamaktır ifadesi yanlıştır. Onun yerine hukukun amacı adaletsizliğin hükümran olmasını önlemektir." Bkz. Frédéric Bastiat, **Hukuk**, (Çev. Yıldıray Arsan, Atilla Yayla), Liberte Yay., 4.b., 2010, Ankara, s.38.
[133] Bastiat, **Hukuk**, s.18-19.
[134] Bastiat, **Hukuk**, s.34.
[135] Hukukun Lockeçu üç doğal hak olan yaşam, özgürlük ve mülkiyeti koruma görevi hakkında Bastiat'nın düşünceleri için bkz. Bastiat, **Hukuk**, s.19, 22. Bu asli misyonunu yitirmiş bir hukukun (müdahalecilik, korumacılık, kolektivizm, sosyalizm ve komünizm gibi türler altında) "yasal soygun"a dönüştüğü tezi hakkında bkz. Bastiat, **Hukuk**, s.27, 36. Ayrıca Bastiat, mülkiyet hakkını merkeze alarak (s.22) kavramsallaştırdığı yasal soyguna dair "gümrük vergileri, tarife dışı korumalar, sübvansiyonlar, teşvikler, artan oranlı vergiler, devlet okulları, iş güvencesi, kâr güvencesi, asgari ücret, faizsiz kredi, yoksullara yardım vb." gibi örnekler verir. Bkz. Bastiat, **Hukuk**, s.32.

müdahil hukuk kavramını, aktif yasama faaliyetinin bir ürünü olarak tasvir ettiğini görürüz. Şöyle der:

> Yaşam koşullarımızdaki belirsizlik ve güvensizliğin asıl kaynağı, devlet kararlarının sebep olduğu bu hızlı hareketlerdir. Bu tür müdahaleler, işleri daha karmaşık hale getirdiği için, devletlere, giderek artan oranlarda sorumluluklar ve yeni masraflar yüklemektedir[136].

Serbest ticareti savunan 19.yy. liberalizminin, korumacı ve merkantilist ekonomik anlayışlarla mücadelesinin kızıştığı bu yüzyılda yasal düzen ile ekonomik gelişmeler arasındaki ilişkiselliklere dikkatlerin yoğunlaştığı açık bir biçimde görülebilmektedir. *Laissez faire laissez passer* ekonomi yanlılarının İngiltere'de tahıl, gümrük, yoksul, çıraklık ve konut yasalarına ilişkin eleştirileri bunun çok açık örnekleridir[137]. Bu yasal düzenlemelerin, girişimci karakterde olmakla birlikte eli kolu yasal kısıtlamalarla bağlanmış olan İngiliz orta sınıfının aleyhine ve buna mukabil ülkenin toprak rantiyesi üzerine kurulu aristokrasisinin menfaatleri doğrultusunda ülke ekonomisini kontrol eder mahiyette olduklarının altı çizilmiştir. İngiltere'deki bu aristokratik ve merkantilist statükoya karşı, Manchester Liberalizmi yahut Manchester Okulu olarak adlandırılan çevrenin yürüttüğü ekonomik alanın müdahalesizleştirilmesi talepli mücadele epeyce etkili olmuştur. Manchester şehrinden bir politikacı (John Bright) ile bir fabrikatörün (Richard Cobden) 1840'lı yıllarda organize ettiği bu girişim Tahıl Yasaları Karşıtı Ulusal Birlik (*National Anti-Corn Law League*) isimli bir oluşumun yürütücülüğünü yapmış ve söz konusu yasaların ilgası yönündeki taleplerine bazı halk kesimlerinin de desteğini çekerek, ciddi bir başarı elde etmiştir [138].

---

[136] Bastiat, **Hukuk**, s.20.

[137] Bu yaklaşımı Adam Smith'te de görebiliriz. *Milletlerin Zenginliği* kitabı, bu tip hukuk-ekonomi ilişkisellikleri ile doludur. Yün ve koyun ticareti konusunda merkantilist yasal (çoğunlukla cezai) ve idari düzenlemeler hakkında bkz. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.718-719. Ayrıca çıraklık yasaları (s.133-134, 150-151) ve yoksul yasaları hakkında bkz. Smith, **a.g.e.**, s.150-156.

[138] Halkın aydınlatılması için 9 milyondan fazla broşür dağıtılıp çok sayıda kitle toplantıları ve serbest ticaret fuarları organize edilmiştir. Sadece 1842 yılında toplam 1,5 milyondan fazla imzayla 2880 dilekçe verilerek hükümete baskı yapılmıştır. Ilımlı bir muhafazakar olan Robert Peel'in hükümeti döneminde başarılar alınmaya başlanmış, 1846 yılında Tahıl Yasalarının ilgası süreci başlamıştır. Daha sonra liberal-whig Russell hükümeti döneminde 1651 tarihli Denizcilik Yasaları da kaldırılmıştır. 1860'lara gelindiğinde, 371 farklı gümrük vergisini kaldıran Fransa-İngiltere Serbest Ticaret Anlaşması imzalanmış ve etkileri dolayısıyla bu anlaşmaya Cobden Anlaşması denmiştir. Bkz. Doering, **Frédéric Bastiat**, s.7-8.

Manchester Okulu'nun yürüttüğü bu siyasal mücadelenin neticesi olarak ortaya çıkan hukuk-ekonomi ilişkilendirmelerinin bir başka örneğini Herbert Spencer'ın *Devlete Karşı İnsan* (*The Man versus The State - 1884*) isimli ünlü eserinde de görebiliriz. Özellikle 1860 senesinden başlayan ikinci Lord Palmerston hükümetinin ekonomiye müdahaleci yasal düzenlemelerinden pek çok örnek sunan[139] Spencer, tüm bu müdahalelerin -sefaletle mücadele yahut hümanizm gibi kisveler altında, gerekçeleri ne olursa olsun- gönüllü işbirliğinin yerine zorunlu işbirliğini ikame ettiği[140], bireyi devletin kölesi haline getiren bir totalitarizme kapı araladığı[141], insanların meydana getirdiği ve bilincin tek merkezde (bir beyinde) toplanmadığı sosyal organizmanın (yani toplumun) doğasına aykırı olduğu[142] ve daha fazla statü, daha fazla memur ve daha fazla toplumsal külfet/maliyet[143] demek olduğu şeklinde eleştirilerini sıralar.

Kurulu düzeni kapitalizmin talepleri doğrultusunda reforme etme yanlısı bir başka düşünce ise Bentham vesilesiyle yukarıda temas etmiş olduğumuz *Felsefi Radikaller* ve onların *faydacı* (*utilitarian*) sosyal felsefeleridir. Devletin zenginliğini sosyo-ekonomik düzenin gayesi olarak tanımlayan merkantilist anlayışa ve onun korumacı polis devletine (ve tüm bunların sadece toplumun küçük bir kesiminin mutluluğunu gözeten anlayışlarına) karşı, *"en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu"* ilkesine bağlı ahlaki içerikte bir siyasi teori ortaya koyan faydacılar,

---

[139] Bkz. Herbert Spencer, **Devlete Karşı İnsan**, (çev. Yavuz Selim Altındal), Litera, 2016, İstanbul, s.30-39.

[140] Spencer, **Devlete Karşı İnsan**, s.85-91.

[141] Spencer, **Devlete Karşı İnsan**, s.62, 66, 69, 77-78.

[142] Sosyal organizmanın bilincinin hücrelere yayılmış olduğu ve bir merkezde toplanmadığı ile ilgili olarak bkz. Abdullah Dinçkol, **Sosyoloji**, 2.b., Der Yay, 2019, s.52. Ayrıca Spencer'a göre canlı organizmalar mekanik düzenlere göre daha zor anlaşılır. İnsan da canlı bir organizmadır. Dolayısıyla insanlardan oluşan toplumsal sistemler de anlaşılması zor sistemlerdir. Bu sistemlere belirli girdiler yapmakla belirli çıktıların alınabilmesinin herhangi bir garantisi ve öngörülebilirliği yoktur. Spencer söz konusu öngörülemezliğin tek bir sebebi olduğunu söyler: özdeğişim (*metamorphosis*).Yani biçimdeki değişim. Örneğin, kabile reislerinden imparatorlara dönüşüm nasıl gerçekleşmiştir? Yahut iyilik ve tevazu abidesi ilk hristiyanlardan hiyerarşi, resmiyet ve kibir timsali Kilise nasıl meydana gelmiştir? Yani sosyal sistemlerde girdiler ile çıktılar uyumsuz, niyetler ile neticeler farklı olabilir. Bu yüzden müdahale fikri, öngörülemezliği ve dolayısıyla planlanamazlığı söz konusu olan insan toplumunun doğasına aykırıdır. Bkz. Spencer, **Devlete Karşı İnsan**, s.97-100. Girdiler ile çıktıların öngörülemezliği açısından Spencer'in toplumsal düzen tasavvuru, Smith-Hume çizgisi ile çok yakındır. Hume ve Smith'ten aktarımlar olarak bkz. Metin Safrati, "Görünmeyen El Metaforu", **Görünmez Adam Smith**, (Der. Mine Kara, N. Emrah Aydınonat), İletişim Yay., 2010, İstanbul, ss.197-217, s.201, 203.

[143] Spencer, **Devlete Karşı İnsan**, s.38, 72.

yukarıda da değinmiş olduğumuz Bentham'ın görüşleri ekseninde kendilerini göstermişlerdir[144]. Faydacıların görüşleri, hem 1870'lere gelindiğinde marjinal fayda teorisinin (ve neo-klasik ekonomi düşüncesine kapı açan marjinalist devrimin) Jevons, Walras ve Menger öncülüğünde şekillenişine tesir etmiş, hem de 20.yy.'ın ilk yarısında hakim ekonomik paradigma halini almış olan Refah Ekonomisinin yahut Refahçılığın (*welfarism*) iki temel geleneği addedilen Pigou ve Pareto geleneklerine (ilkine müspet, ikincisine menfi boyutta) etki etmiştir[145]. Dolayısıyla faydacılığın, hukukun ekonomik öğretisine tesirleri çeşitli kanallardan gelir. Bunlardan belki de en mühimi, hukukun ekonomik öğretisinin ayırt edici karakteri olan hukukta etkinlik sorunsalının ve etkinlik kavramının arkaplanında yer alan refah ekonomisi modellerinin faydacılıktan türetilme modeller oluşudur.

1.2.4. Faydadan Etkinliğe: Pareto ve Kaldor-Hicks Modelleri

Jeremy Bentham'ın bir ahlak ve aynı zamanda yasama ilkesi olarak hukuk, politika ve ekonomi teorilerine zerk ettiği "fayda" (*utility*) kavramı, daha sonraki dönemde sosyal bilimlerde, üzerinde en fazla düşünülüp tartışılmış kavramlardan biri halini almıştır. Özellikle refah kuramında bu kavram çok çeşitli boyutlarda tekrar tekrar irdelenmiştir. Refah ekonomisi, bilindiği üzere toplumun refah düzeyinin yükselebilmesi için alınması gereken önlemlerin neler olduğunu araştırmaya yönelik olması dolayısıyla ekonomi biliminin normatif bir dalı olarak kabul edilir. Refahın sağlanması, genel mutluluğun sağlanması ve korunması, yoğunluklu olarak ekonomi biliminin incelediği bir mesele olmasına rağmen, aynı zamanda en önde gelen siyasi-hukuki meşruiyet kaynaklarından biridir. Gerek mülkiyet haklarının gerekse bireylerin ekonomik uğraşlarının düzenlenmesi ve sınırlanması gibi pek çok konuda,

[144] Bentham bahsi geçen ilke üzerinden ahlaki ve siyasi bir teori kurmasını, yani hem ahlakı hem de siyaseti (yasamayı) tek bir ilke doğrultusunda ele almasını şöyle açıklar: "Ahlak ve siyaset arasındaki farklılığın tümü, birisinin hükümetin işlemlerini, diğerinin bireylerin tutumlarını yönlendirmesinden [ileri gelir]; ama ortak konuları, saadettir. Siyasal olarak iyi olan, ahlak bakımından kötü olamaz, meğer ki büyük sayılar için doğru olan aritmetik kuralları küçükleri için yanlış olsun." Bentham, **Yasamanın İlkeleri**, s.20-1.

[145] George J. Stigler, "The Development of Utility Theory - I", **Journal of Political Economy**, Vol.58, No.4, Aug.-1950, ss.307-327, s.315.

"genel yarar" veya "kamu yararı" gibi isimlendirmeler altında, refah kavramı bir hukuki ölçüt olarak da karşımıza çıkar[146].

Ekonomik düzende meydana gelecek bir değişikliğin refaha dönük olup olmadığını tespit edebilmek ise pek kolay değildir. Çünkü devreye sokulmuş yeni bir politika veyahut yasama organından çıkarılmış bir yasa, toplumda bir kesim insanın faydasına dönük iken başka bir kesim ya da kesimler için eski duruma nazaran ekonomik olarak daha dezavantajlı bir durum ortaya çıkarabilir. Örneğin konut kredilerinin düşürülmesine dönük bir ekonomi politikası, yatırımcıların yönelimlerini değiştirmesi bakımından, konut satıcılarının faydasına bir durum oluştururken, arsa satıcılarının kısmen dezavantajına bir durum oluşturabilir. Bilindiği üzere Benthamcı yaklaşım, daha büyük sayının faydasına dönük olan politikanın tercihini bir yasama ilkesi olarak ortaya koymuştur. Fakat büyük sayının tespiti noktasında, %51'e %49'luk dağılım durumları gibi ihtimaller[147], toplumda mutluluğun azamileştirilmesini bir sorun olarak karşımıza çıkarır. Ayrıca dağılımdan ötürü avantajlı hale gelen grupların elde ettikleri bu avantajı ne yönde kullanacakları ve bunun (toplumsal refaha pozitif etki eder biçimde) sürdürülebilir (uzun vadeli) olup olmayacağı ayrı bir sorundur. Tüm bunların toplumun geneline etki edecek biçimde temel özgürlükler konusunda ortaya çıkarabileceği problemlerse işin ne derece karmaşık olabileceğini gösterir. Dolayısıyla salt niceliksel kıyaslama, pek çok yönden, bir değişimin *gerçekten* faydalı olup olmayacağını göstermek konusunda zafiyetler barındırır. Ayrıca en büyük sayının mutluluğunun hesabında kimin yahut kimlerin mutluluğu hesaba katılacaktır?[148] Bireylerin bilgi durumu ve Aristotelesçi deyimle pratik bilgeliğe (*phronesis*)[149] sahip olup olmamaları dikkate alınacak mıdır? Diğer bir deyişle, tercihte seçici kişinin ehil olması, faydanın gerçekliği konusunda bir kriter sayılamaz mıdır? Dolayısıyla fayda hususunda niceliğin dışında nitelik üzerine de düşünen pek çok kimse çıkmıştır. Nitelikten ziyade nicelik kavramının

[146] Bkz. Benjamin N. Cardozo, **Yargı Sürecinin Doğası**, (Çev. Muzaffer Dülger, Sedat Erçin), Tekin Yay., 2018, İstanbul, s.15,38.
[147] Bir de %49'luk kesimin, onu alt etmek üzere birleşmiş üç farklı grubun koalisyonuna (%51'e) göre daha homojen bir fikir birliğine sahip oluşu ihtimalini düşündüğümüzde, Benthamcı büyük sayının tespiti noktasında daha da çıkmaza girebiliriz.
[148] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.112.
[149] Aristoteles'te *phronesis* kavramı ve modern hukuki muhakeme düşüncesine etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Sezgin Seymen Çebi, "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", **Hukuk Kuramı**, Cilt:2, Sayı:6, Kasım-Aralık 2015, ss.1-19.

önemsendiği Benthamcı faydacılığa dönük dile getirilen bu eleştiri, ilk elden bizzat öğrencisi olan John Stuart Mill tarafından yapılmıştır. Ama nitelik problemi devreye girdiği zaman, bu sefer de, her şeyi daha iyi bilen bir otoritenin fayda konusunda paternalist müdahalelerinin devreye girmesi mantıksal bir gereklilik gibi beliriverir[150] ve bu durum da ekonomide serbest seçimin varlığını bir sorunsala dönüştürür.

Bu gibi çeşitli açmazların etkisiyle modern ekonomi-politik düşünürleri fayda kavramı üzerine zamanla *formel* tanımlar üretmeye çabalar hale gelmişlerdir; ve böylelikle Benthamcı klasik faydacılığın hedonistik fayda kavrayışından neoklasik ekonomik teorinin "öncelik faydacılığı" anlayışına geçiş yaşanmıştır. Bu geçişin nedenleri, öncelikle 19.yy.'ın ortaları itibariyle ekonomi teorisinde -özellikle de değer konusunda- subjektivist düşüncenin ağırlık kazanması[151] ve nesnellik iddiası taşıyan hedonistik fayda anlayışının hem nesnellik iddiası hem de liberalizm açısından sorunlar barındıran karakteridir [152] . Faydanın öncelikler düzeniyle tanımlanması ile şu kastedilir: x'in y'ye daha öncelikli tutulup tercih edilmesi halinde, x'in y'den daha yüksek fayda getirdiği varsayılır. Bu göreli ve nispeten formel mahiyetteki fayda tanımında öncelikler sıralamasının ölçütü olarak da genellikle "ödeme yapma isteği" dikkate alınmıştır[153].

Etkinlik kavramı üzerine tartışmaların ardında fayda kavramına dönük tartışmalar yatmaktadır. Söz konusu tartışmaların gölgesinde, 19.yy. sonu ve

---

[150] Mill'in bu noktada, her ne kadar popüler yazında anti-paternalist olarak karikatürize edilse de, paternalizme ne derece olanak tanıdığı tartışmalıdır. Von Humboldt'un *bildung* kavramından üreterek üzerinde kullandığı eğitim ve öz-gelişime dayalı olarak kişinin tercihlerinde yetkinleşebileceğini ve üstün hazlara yönelebileceğini savunan Mill bunu şu bilinen kıssalarla ifade etmiştir: "Tatmine ermiş bir domuz olmaktansa memnuniyetsiz bir insan olmak, bahtiyar bir budala olmaktansa, muzdarip bir Sokrates olmak iyidir." Bkz. John Stuart Mill, "Utilitarianism (1861)", **Collected Works: Vol. 10 (Essays on Ethics, Religion and Society)**, (Ed. J. M. Robson), Canada: University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, 1969, ss.203-260, s.212. "*Faydacılık,* amacına ancak karakter asilliğinin genel olarak geliştirilmesi *(cultivation)* ile ulaşabilir." Mill, "Utilitarianism", s.214.

[151] Örnek vermek gerekirse, subjektivist Menger'in öğrencisi Mises'in fayda kavramı konusunda şu cümlesi dikkat çekicidir: "Eğer faydacılar ve iktisatçılar *fayda* derse, biz bu tabirleri eylemde bulunan insanın gözünde arzulanan şeyler oldukları için hedeflenen olgular olarak öznel bir şekilde yorumlamalıyız." Ludwig von Mises, **İnsan Eylemi: İktisat Üzerine Bir İnceleme**, (Çev. İsmail Aktar, Ed. Mustafa Acar), Liberte Yay., 2008, Ankara, s.23. Menger ile birlikte marjinalizmin kurucularından biri olarak değerlendirilen Jevons'a göre de, "bir nesne birey tarafından isteniyorsa onun için *faydalı* demektir". Aktarım: Ayşe Buğra, **İktisatçılar ve İnsanlar**: **Bir Yöntem Çalışması**, İletişim Yay., 9.b., 2013, İstanbul, s.171.

[152] John O'Neill, **Piyasa: Etik, Bilgi ve Politika**, (Çev.Şen Süer Kaya), Ayrıntı Yay., 2001, İstanbul, s.67.

[153] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.11; O'Neill, **Piyasa**, s.65.

20.yy.'ın başlarında, refah kuramı içerisinde ciddi bir kırılma yaşanmıştır. Refah kuramında *eski* ile *yeni* görüş arasında meydana geldiği zikredilen bu kırılma, eski görüşün temsilcisi addedilen Cambridge ekonomistlerinden Arthur Cecil Pigou (d.1877-ö.1959) ile yeni görüşten Mussolini dönemi düşünürü sosyolog ve refah ekonomisti Vilfredo Pareto'nun (d.1848-ö.1923) kuramları arasındaki farklılıklar üzerinden betimlenir. Bu noktada en önemli farklılık, "yeni" olarak lanse edilen görüşçe, refah kuramının değer yargılarından arındırılarak, kişiler arasındaki fayda karşılaştırmalarının terk edilmesidir[154]. Faydacı felsefenin hedonistik bakış açısıyla yakın bir anlayışa sahip olan Pigou'ya göre fayda ölçülebilirdir (*kardinal fayda anlayışı*) ve kişiler arası fayda kıyası mümkündür[155]. Pareto'ya göre ise, tam tersine, fayda ölçülemez ancak fayda getirici durumlar kendi aralarında "daha öncelikli", "daha önceliksiz", "eşit derecede/farksız" gibi *sıralamalara* konabilir (*ordinal fayda anlayışı*)[156]. Ayrıca ordinalistlere göre, kişiler arası fayda karşılaştırmaları yapmak, bireylerin özerkliklerini reddetmek gibidir, halbuki onları birbiriyle ölçülemez kılan, özerkliktir[157]. Yani faydacıların sonrasında pek çok ekonomistin üzerinde kafa yorduğu toplumun en iyi durumunun ne olduğu sorusu ile alakalı Pareto'nun önemi, özetle, faydacılığın amaç olarak tasarladığı "en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu"nun yani toplumsal refahın "nasıl ölçüleceği" hususunda yaşattığı krize bir şekilde yanıt üretebilmesinden ve formel bir teorinin geliştirilmesine katkı sağlamasından kaynaklanmıştır[158].

Vilfredo Pareto, kişilerarası fayda karşılaştırmalarına gereksinim duymaksızın karar vermede belirleyici olabilecek bir kriter tasarlamaya çalışmıştır[159]. Buna göre, bir ekonomik değişim durumunda en azından bir bireyin faydası artarken hiçbir

[154] Arda Özalp, **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, s.29
[155] Örneğin (1.Tercih) 1 kg koyun etinden alınan fayda 36 utilon (fayda birimi) ve (2. Tercih) 1 kg tavuk etinden alınan fayda 18 utilon ise, tüketici için ikinci tercihin faydası ilk tercihin faydasının yarısı kadardır. Zeynel Dinler, **Mikroekonomi**, 13.b., Ekin Yay., 2000, Bursa s.29.
[156] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.32. Pareto'dan evvel ordinal fayda anlayışı lehine kırılmanın yaşanmasına etki eden bir başka önemli isim ise Lionel Robbins'tir.
[157] Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.83; Kenneth J. Arrow, **Social Choice and Individual Values**, John Wiley and Sons Inc., 1963, United States, s.4.
[158] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.114; Gülten Kazgan, **İktisadi Düşünce: Politik İktisadın Evrimi**, Remzi Kitabevi, 9.s., 2000, İstanbul, s.361-3; Dinler, **Mikroekonomi**, s.450-1; Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, **Philosophy of Law: An Introdution to Jurisprudence**, Westview Press, 1990, Boulder, San Francisco, London, s.182-3; Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.241.
[159] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.40.

bireyin faydası azalmıyorsa, bu değişim toplumun refahını arttırmaktadır ve tercihe şayandır. Dolayısıyla Pareto kriteri, en azından bir kişinin bile durumunu kötüleştiren tüm değişimleri reddetmekte ve sosyal refah fonksiyonlarının oluşturulmasında bir kişinin bile faydasının veya çıkarının azalmasına izin vermemektedir. Toplumsal refahtaki değişimleri (iyileşmeleri ve kötüleşmeleri) bir optimum duruma göre belirler. *"En az bir kişinin refah düzeyini azaltmaksızın öteki kişilerin (en az bir kişinin) refah düzeylerini yükseltmek olanağı yok ise, o toplumun refahı optimum seviyeye erişmiş demektir."*[160]. *Pareto İlerlemesi/İyileşmesi* (*Pareto Improvement*) de, toplumu optimum olmayan konumdan optimum konuma doğru taşıyan bir değişikliği ifade eder[161]. Şöyle de denebilir; Pareto etkinliği (*Pareto efficiency*) bir bakımdan göreceli manada kullanılan bir terim olup, A durumunun B durumuna *göre* üstünlüğünü (*superiority*) bildirir; diğer taraftan ise mutlak manada kullanılan bir terim olup, Pareto optimumu sağlayan bir durumu belirtir [162].

Dolayısıyla Paretoculuk, faydacılıktan kendini bariz bir biçimde farklılaştırır. Kronman'ın verdiği örnekle, örneğin ileri zekalı kimselerle düşük zekalı kimselerin sözleşme yapabilmelerine sözleşme hukuku vasıtalarıyla (ileri zekalıların bu sözleşmeden gayriadil şekilde lehlerine netice elde etmemeleri için) dağıtıcı adalet namına karışılacaksa, faydacılar bu meseleye söz konusu sözleşme olanağının toplam faydayı arttırıp arttırmaması noktasından yaklaşırken, Paretoculuk -toplamın azamileştirilmesini önemsemeyip- "avantaj sağlama formlarına tüm ilgililerin çıkarına işleyecekse izin verir".[163]

Ayrıca Pareto Etkinliği şu üç ilkenin bir bileşimi olarak görülür[164]:

(i) *Tüketici Hâkimiyeti*: Rasyonel tüketicinin kendine daha fazla fayda sağlayan mal veya hizmetleri ötekilere tercih ettiği varsayılır. Tüketici bireylerin

---

[160] Murphy, Coleman, **Philosophy of Law**, s.183; ayrıca bkz. Dinler, **Mikro Ekonomi**, s.452.
[161] Bkz. Jules L. Coleman, "Economics and The Law: A Critical Review of Foundations of the Economic Approach to Law", **Ethics**, Vol.94, No.4, Jul.-1984, ss.649-679, s.649-651; Arda Özalp, **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, s.26.
[162] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.32; Brian Bix, **Jurisprudence: Theory and Context**, 5th.ed., Carolina Academic Press, 2009, Durham, s.205.
[163] Anthony T. Kronman, "Hukuk ve Sözleşme: Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet", (Çev. Sevtap Metin), **HFSA**, Sayı:15, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yay., 2006, İstanbul, ss.230-254, s.241.
[164] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.32; Arda Özalp, **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, s.30.

tercihleri otonomdur ve bu şekilde saygıdeğerdir. Bu yüzden onlara dışsal bir biçimde "iyi" yahut "kötü" etiketini yapıştırmanın bir anlamı yoktur.

(ii) *Non-Paternalizm:* tek önemli olan bireylerin faydasıdır; devlet buna kendinde amaç olarak başkaca ilaveler yapamaz. Ayrıca bireyin, kendi faydasının en iyi yargıcı (*the best judge principle*) olduğu varsayımı söz konusudur.

(iii) *İttifak:* faydaların dağılımına ilişkin değişiklikler herkesin onayı şartına bağlıdır; yani her bir bireyin ortaya çıkacak yeni ekonomik durumu veto hakkı vardır ve bu vetoyla beraber tüm değişim planı çıkmaza girer. "Herkesin onayı" şartı, Pareto'nun klasik faydacılıktan farkını da ortaya koyar; Pareto kuramı kimsenin feda edilmemesi mantığına bağlı işlerken, faydacılık eğer daha fazla insanın mutluluğu söz konusuysa daha ufak sayıda insanın itirazını dikkate almama üzerine kuruludur. Bu bakımdan, Pareto'nun aradığı "*iyi*"nin kimsenin itiraz etmeyeceği iyi olduğu söylenebilir.

Kimsenin durumunu kötüleştirmeme ve değişime herkesin olur vermesi kıstasları ile otonomi ve rızanın birer önkoşul olmak bakımından önemlerine vurgusu nedeniyle, Pareto yaklaşımı Kantçı düşünceyle ilgili görülmüştür[165]. Ayrıca Pareto üstünlüğünün, tanımı gereği, kendi kendini kanıtlayan (*self-evidently*) normatif bir ilke görünümünde, gönüllü tüm işlemlerde -*ceteris paribus*- piyasadaki değişim öncesi durumlara nazaran ilerleme sağladığı ortaya çıkmaktaysa da [166], *"ceteris paribus" dışlayıcılığı* ve realiteden kopukluğu nedeniyle çokça eleştiriye konu olduğu da bir gerçektir. Çünkü toplumda bazı bireylerin durumlarını iyileştirirken başkalarına zarar vermeyen bir politika veya değişim ihtimali oldukça düşüktür. Ekonomik değişimlerin kazananlarının ve kaybedenlerinin olduğu gerçek piyasalarda, özellikle dolaylı etkileri de dikkate aldığımızda, Pareto etkinliğinin sağlanma ihtimali oldukça düşüktür[167]. Ayrıca, teknoloji ve kaynaklar sürekli değişikliğe uğradığı için optimum durum da dinamik biçimde sürekli değişmektedir ve ulaşılabilir değildir. Dolayısıyla Pareto etkinliğinin fazla steril ve ütopik olduğu;

[165] Bix, **Jurisprudence**, s.205-206.
[166] Bix, **Jurisprudence**, s.205 (dn.15), 206.
[167] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.114; Bix, **Jurisprudence**, s.206.

çok az sayıda ekonomik değişimin Pareto iyileşmesi olarak görülebileceği ve hatta bu niteliği gereği onun kuramının "statüko destekçisi" olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır[168]. Bunun dışında ekonomik değişimlerde ve eylemlerde ortaya çıkan negatif dışsallık durumlarında da Pareto etkinliği oluşmaz, çünkü burada üçüncü bir kişinin yahut kişilerin dolaylı şekilde söz konusu değişimden olumsuz etkilenimi söz konusudur[169]. Son olarak, yukarıda da değinildiği üzere, Pareto optimum durumun ideal piyasa şartlarına ciddi şekilde bağlılığı söz konusudur ve bu nedenle piyasa işlemlerinin tamamıyla gönüllü cereyan ettiği, paternal müdahalelerin devreye girmediği ve özgür iradenin varlık bulduğu koşullarda Pareto kriteri uygulanabilme şansı bulur. Dolayısıyla devlet gücünün yahut zorlayıcılığının devreye girdiği durumlarda da Pareto kriterinin uygulanabilme şansı olmaz[170]. İşte tüm bu nedenlerden ötürü Pareto modelinin hukukun ekonomik analizinde kullanılmasının pek çok zafiyete gebe olacağı düşünülmüş ve Pareto modelinin hataları azaltılmış bir revizyonu olarak Kaldor-Hicks modelinin görece çok daha kullanışlı bir model olduğu kabul edilmiştir[171].

Nicholas Kaldor, Pareto etkinliğinin sağlanmasının gerçek ekonomik değişimlerde çok ender olabileceğini görerek bu etkinlik modeline *potansiyel telafi* unsurunu dahil etmiştir. Buna göre, eğer belirli bir değişim en azından bir kişiyi kazançlı duruma getirip ve hiç kimseyi zararlı duruma sokmuyorsa veya bazıları zararlı çıkmış olsa bile kazançlı çıkanlar (kendilerini zararlı durumuna sokmadan) zararlı çıkanların zararlarını *potansiyel olarak*[172] telafi edebiliyorlarsa ve bu telafiden sonra en azından bir kişi her halükarda değişim öncesi duruma göre daha kazançlı oluyorsa sosyal refah artmış demektir.

Kaldor, 19.yy.'da İngiltere'de ülkeye tahıl ithalatını zorlaştıran tahıl yasalarının ilgasının, hem ekmek fiyatlarının azalması nedeniyle tüketiciler nezdinde kazançlı bir durum, hem de ülkenin tahıl üreticilerinin gelir kaybı yaşamaları nedeniyle zararlı durum meydana getirdiğini ve bu nedenle bu durumda Paretocu

[168] Bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.36; Arda Özalp, **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, s.33.
[169] Bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.37.
[170] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.35..
[171] Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.8.
[172] Gerçekte telafi etme şartı aranmaz; telafi etme ve geride yine de net fayda kalma potansiyeli söz konusuysa Kaldor-Hicks etkinliğinin sağlandığı kabul edilir.

manada bir iyileşme ve refahtan bahsedilemeyeceğini belirtir. Kaldor bu durumda, söz konusu ekonomik değişimden kazançlı çıkanlara ek vergi konarak ve bu vergi yoluyla oluşacak fonun değişimden zararlı çıkanların gelir kayıplarının edilmesinde kullanılmasıyla refahın sağlanabileceğini belirtmiş[173] ve bu şekilde, telafi unsurunu eklemek suretiyle, Pareto modelini revize etmiştir[174]. Kaldor ile hemen hemen aynı düşünceleri paylaşan bir başka ekonomist John Hicks nedeniyle, bu modele Kaldor-Hicks modeli denmiştir.

Kaldor-Hicks kriterinin aynı zamanda rıza problemi açısından "potansiyel-Pareto etkinliği" sağladığı değerlendirmeleri yapılmaktadır[175]. Bilindiği üzere Pareto kriterinin tek bir kişinin vetosu işlemi bozacağı için rızaya dayalı bir kriter olduğu ifade edilmektedir. Kaldor-Hicks modelinin telafi unsuru sayesinde pastayı büyüttüğü ve bu nedenle rıza problemi yaratmayan bir doğaya sahip olduğu ifade edilmektedir.

1.3. HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN YAKIN TARİHİ

1.3.1. Kıta Avrupasında Yaşanan Gelişmeler

Kıta Avrupası'nda özellikle 19.yy.'ın ikinci yarısından itibaren, Rudolph von Jhering'in sosyal faydacı hukuk anlayışı ile -hem o hem de Philipp Heck'in tesirinde geliştiği kabul edilen- Çıkarlar Hukukçuluğu (*Interessenjurisprudenz*) gibi gelişmeler eşliğinde, hukuk ile toplumsal düzen arasında bağ kurma çabaları, toplumdaki çıkar çatışmalarının bir toplumsal dengeye varır biçimde çözüme kavuşturulması faaliyetinin hukuka yüklenmesi gibi rasyonel programlar üzerinden görülmeye çalışılmıştır[176]. Bu düşünce izleğinde ortaya konmaya çalışılan şey,

[173] Nicholas Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", **The Economic Journal**, Vol.49, No.195, Sept.-1939, ss.549-552, s.549-550.
[174] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.267.
[175] Jules Coleman, "The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'", **Stanford Law Review**, Vol.34, No.5, May-1982, ss.1105-1131, s.1118.
[176] Bu yaklaşımların hukukun toplumsal bağını rasyonel biçimde kurucu vasfını vurgulamamızın nedeni, hukukun irrasyonel değerlendirilebilecek seyrini de ilgi edinen Tarihçi Hukuk Okulu, toplumsal bağı önemsemeyen Kavramlar Hukukçuluğu ve toplumsal bağı subjektivizme varan bir serbestlikle -belli bir programa almadan- kurma eğilimindeki Serbest Hukuk Okulunun dışında bir söylem geliştirmelerinden ötürüdür. Bu konuda bkz. J. L. M. Elders, "Rudolph von Jhering (1818-92) and the Economics of Justice", **The Elgar Companion to Law and Economics** (Ed. Jürgen Backhaus), 2nd ed., Edward Elgar Publishing, Inc., 2005, United Kingdom, ss.568-575; Altan Heper,

özetle, modern toplumun çatışmalı doğası karşısında yargısal faaliyetin salt tümdengelimsel mantıki yorum yoluyla hayatın uyuşmazlıklarını giderip ihtiyaçlarını karşılamasının mümkün olamayacağı üzerinedir ve merkeze alınan kavram, her ne kadar ekonomik manadan çok daha geniş bir içerikte de olsa, çıkardır[177]. Çıkar kavramı aynı zamanda çalışmamız kapsamında çokça üzerinde duracağımız bir ikiliğin[178], yani hem piyasanın hem de kamu hukuku sahasının temel dinamiğidir. Foucault bu ikiliği, yönetim aklının iki farklı dayanak noktası olarak ifade eder ve tüm bu ikisinin üzerinde ve onları kapsayan, yani hem mübadelenin hem de kamu hukukuna temel addedilen kamu yararının altında yatan kavram olarak, "çıkar"a işaret eder[179].

Ekonomi ve hukuk bağlamına dair ilginin Kıta Avrupası'ndaki bir başka örneğini, yukarıdaki örnekler gibi hukuk uygulaması ile bütünleşik olmasa bile teorik düzeyde Max Weber'in (d.1864-ö.1920) *Ekonomi ve Toplum*'unda (*Wirtschaft und Gesellschaft*) görmek mümkündür. Ölümünden sonra, eşi tarafından bastırılmış (1922) bu iki ciltlik eserinde Weber'in hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkiyi yasal düzen ile ekonomik düzen tartışması üzerinden yürüttüğünü görmekteyiz. Weber, hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkiyi, hukukun salt ekonomik çıkarlara hizmet etmesi olarak sunmaz; Marksizm tarafından benimsenmiş olan ve ekonominin, altyapı olarak, hukuku zorunlu bir biçimde tek-yönlü belirlediği fikrini [180] benimsemez[181]. Weber'e göre, bir yasal düzen olarak hukuk, "toplumsal"ı kurucu nitelikte olabilir ama onu yansıtmak zorunda değildir; yani hukuk teorisinin ideal "yasal" düzeni gerçek ekonomik davranış dünyasıyla zorunlu bir ilişki içerisinde

---

"Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", **İÜHFM**, Cilt:LXXII, Sayı:1, 2014, ss.333-348. Çıkarlar hukukçuluğunun bugün de Alman hukuk sisteminde vergi hukuku gibi ekonomik mahiyeti olan alanların ekonomik düşünce ile bağını kuran bir yaklaşım olarak ele alındığı vurgulanmaktadır. Gökçay, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, s.509.

[177] Daha geniş değerlendirmeler için bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.43-45; Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 8.b., 2009, Ankara, s.51-53; Yasemin Işıktaç, Umut Koloş, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2015, İstanbul, s.48-49.

[178] "Piyasa çözümü mü, kamu hukuku çözümü (regülasyon) mü? Piyasa mı başarılı, devlet mi?" gibi sorular çalışmamız boyunca ele alınan hukuka ekonomik yaklaşım biçimlerinin üzerinde durduğu temel ikilemdir.

[179] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.40.

[180] Ki bu determinasyon fikri dışında, hukuk ve ekonomi ilişkisine dair Marksizmin -Benthamcılık ile benzer şekilde- ağırlıklı olarak "ne yapmalı?" sorusuyla uğraştığı, ilişkinin derinleştirilmesine dair tanımlayıcı bir çaba sergilemediği değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Becker, **The Economic Aprroach to Human Behavior**, s.9.

[181] Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.26.

olmayabilir. Kapitalizm ve hukuk, bu şekilde biri diğerinin asli sebebi olmaksızın paralel ve birdiğerini destekleyen bir gelişim göstermiştir[182]. Hatta Weber, "hukuk tekniğinin rasyonel kalıplarının mevcut bir ekonomik çıkara hizmet etmeden önce icat edilmesi gerektiğini" [183] ifade ederek, pek çok halde hukukun ekonomik gelişmeleri belirlediği fikrini savunur. Yasa-koyma ve yasa-bulma faaliyetlerinin duygusal, ahlaki, dini ve siyasi dinamikler nedeniyle pek çok durumda irrasyonel gelişebileceğini ifade ederken, hukukun rasyonel gelişim sahası konusunda, özellikle ekonomik alanla irtibatlı olarak özel hukuk alanına işaret eder[184]. Weber'in tezine göre, kapitalizmin Avrupa'daki yükselişinde ve kapitalist hukuki kurumların gelişiminde, dini bir faktör olarak Protestanlık ile birlikte Kıta Avrupası hukukunun temelinde bulunan Roma hukuku (mantıksal anlamda) önemli rol oynamış; hukuki uzmanlaşma ise bu süreci daha da pekiştirmiştir. Fakat Roma hukukunun mantıksal zemininin yanında Weber, yeni teknik gelişmeleri izleyen çıkar çeşitliliğini beslemesi açısından, Roma kadar mantıksal-rasyonel özellikli olmayan Ortaçağ hukukunun önemini de yadsımamaktadır[185]. Dolayısıyla formel-rasyonel gelişimin kısıtlarının aşılması konusunda ortaçağın animizm yüklü düşüncesi ve *lex mercatoria*'nın esnekliğine gönderimde bulunmaktadır. Weber'in hukukun formel-rasyonel gelişimi bahsinde önemsediği bir başka nokta ise, statüsel sözleşmelerden amaçsal sözleşmelere evrimin, dolayısıyla da hukukun gayrişahsi ve formel algılanışının serencamıdır. Hukukun bu minvalde formel-rasyonel dönüşümünün, insanlara anlaşmalarının hukuki sonuçlarını öngörebilmeleri için hesaplama olanağı sağladığından dolayı özgürlüğü arttırdığını, dolayısıyla da hukuk normunun ekonomik davranışı hesaplanabilir kıldığını ifade eder[186].

Hukuk ve ekonomi korelasyonunu ilgi çekici hale getiren bu tip dikkat çekici gelişmelerin yanında, 20.yy. şafağında, Kıta Avrupasındaki hukuk eğitiminin ekonomi bilgisi de içeren bir biçimde kurgulanması, söz konusu iki disiplinin

[182] Engin Topuzkanamış, "Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite", **DEÜHFD**, Cilt:14, Sayı:2, 2012, ss.253-274, s.257. Ayrıca bkz. Max Weber, **Ekonomi ve Toplum: Cilt:1**, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yay., 2012, İstanbul, s.431-3 (Bundan böyle kısaca: **Ekonomi ve Toplum-I**)
[183] Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.58.
[184] Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.26, 28.
[185] Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.58; Topuzkanamış, "Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite", s.257.
[186] Bkz. Weber, **Ekonomi ve Toplum-I**, s.435; Weber, **Ekonomi ve Toplum-II**, s.37; Ayrıca bkz. Deflem, **Hukuk Sosyolojisi**, s.56-57.

bütünleşik ele alınışını besleyen bir diğer faktör olmuştur. John R. Commons, bu dönemde Kıta Avrupası yüksek öğrenim kurumlarının Anglo-Amerikan üniversitelerinin önünde olduğunu vurgulamış[187], yine bir başka önemli hukuk ve ekonomi teorisyeni Friedrich Hayek, kendi jenerasyonunun ekonomi öğrenebilmek için hukuk öğrenimi aldığını belirterek, kendi teorik bütünülüğünün arkaplanındaki Avusturya eğitim sisteminin etkisine dikkat çekmiştir[188]. Kıta Avrupasına dair Commons'ın çizdiği Hayek'in doğruladığı bu portreyi Fransa özelinde Foucault'nun çalışmalarından da okuyabiliriz[189].

Hukuk ve ekonomi korelasyonu üzerine yoğunlaşan Kıta Avrupasındaki bu ilginin, söz konusu tarihsel kesit olan 19.yy. sonu 20.yy. başı itibariyle, öğretiye öncü mahiyette akademik çalışmalarla ilerleme kaydettiğinin altı çizilmiştir. Örneğin 1888 tarihinde basılmış olan Avusturyalı hukukçu-ekonomist Victor Mataja'ya (d.1857-ö.1934) [190] ait *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* ("Ulusal Ekonomi Bakımından Tazminat Hukuku") başlıklı monografinin hukukun ekonomik analizi açısından öncü mahiyette bir eser olduğu zikredilmektedir[191]. Öncü değerinin göz ardı edildiğine dair değerlendirmeler yapılan bu eserde Mataja'nın, haksız fiilden kaynaklı zarardan mesuliyet konusunda daha sonra Amerikalı yazar Guido Calabresi'nin "*zarara en düşük maliyetle engel olabilen kişinin sorumluluğuna hükmetme*" argümanını ilk olarak ele alan kişi olduğu dile getirilmektedir[192]. Mataja gibi bir başka önemli fakat değer görmeyen öncü isim olarak Erwin Steinitzer ve 1908 tarihli eseri *Ökonomische Theorie der*

[187] Commons, "Law and Economics", s.371.
[188] Friedrich A. Von Hayek, "Anayasal İktisat Üzerine Düşünceler" (Çev. Tekin Akdemir), **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.291-29, s.291.
[189] "Fransa'da uzun zaman boyunca, hatta geçtiğimiz yıllara kadar, hukuk fakültelerinin aynı zamanda, ekonomist ve hukukçuları rahatsız eden bir şekilde ekonomi politik fakülteleri de olmasının kökeninde, kuşkusuz biraz aşırıya kaçarak söylüyor olsak da, tarihsel ve temel bir olgu yatıyor: ekonomi politiği, yani piyasa özgürlüğünü, kamu hukuku, yani kamu gücünün kısıtlanması sorununu göz önünde bulundurmadan ele almak imkânsızdır." Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.35.
[190] Mataja, 1883'te 26 yaşında iken hukuk doktorasını tamamlamış, bir yıl sonra da üniversite hocalığına atanabilme şartı olarak habilitasyonunu politik-ekonomi alanında yaparak Avusturya Okulu ekonomistlerinden Böhm-Bawerk'in halefi olarak Innsbruck'te üniversite hocalığına başlamıştır. Mataja'nın bu kitabında, daha sonraki Avusturya ekonomistlerinin aksine bir yaklaşımla, hukukun ekonomik analizi vasıtasıyla sosyal planlamacılığın imkanlarını savunduğu görülmektedir. Bkz. Michael Litschka, Kristoffel Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution? Some Remarks on The Austrian School of Economics' Role in the Development of Law and Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol.29, 2010, s.77.
[191] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.59-60.
[192] Litschka, Grechenig, a.g.e., s.59.

Aktiengesellschaft ("Kamusal Korporasyonların Ekonomik Teorisi") anılmaktadır. Kitapta Steinitzer dört tip şirket modeli çerçevesinde sahiplik ve kontrol ayrımı üzerinden, çıkar odaklı davranış müşevviklerinin birbiriyle uyumsuzluğu problemlerini tartışır[193]. Bu eserlerin dışında, Austro-Marksizmin önemli ismi Karl Renner'in 1929 tarihli *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* ("Özel Hukuk Kurumları ve Toplumsal İşlevleri") başlıklı kitabıyla Marx'tan yola çıkarak görece revizyonist bir bakışla[194] hukuk normunun ekonomik ve sosyal etkilerini incelemesi de hukuk ve ekonomi korelasyonuna dair o dönemki ilginin bir başka örneğidir.

1.3.2. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaşanan Gelişmeler

Hukukun Ekonomik Öğretisinin bugünkü halinin şekillenişinde ABD'de yaşanan gelişmelerin Kıta Avrupasındaki ilginin ötesinde geçip, çok daha etkili olduğu söylenebilir; hatta yaklaşık elli yıl önce ortaya çıkmış olan realist öğretiden sonra ABD merkezli olarak ortaya çıkmış en dikkat çekici ve etkileyici öğreti olarak hukukun ekonomik öğretisi gösterilir[195]. Bunun hiç şüphesiz tarihsel bir arka planı vardır. Özellikle ABD'de hukuk alanında yine 19.yy. sonlarına doğru ekonomiye artan bir ilgi göze çarpar. Bunda sosyal bilimlerin özellikle sosyoloji ve ekonominin 19.yy. itibariyle ciddi gelişim göstermiş olması önemli rol oynamıştır. Ayrıca doğal hukuk ve pozitivizm gibi büyük düşünce geleneklerine sosyal bilimlerin gelişiminden kaynaklı eğilimler doğrultusunda alternatif arayışları da söz konusu olmuştur. Öyle ki, dinsel ve moralistik eğilimlere dayalı gelişim göstermiş ve ABD öncesinde İngiltere'de dahi ciddi tepkileri beslemiş olan (ki buna Bentham'ın Blackstone eleştirisi örnek gösterilebilir) doğal hukuk düşüncesinin 19.yy.'da çok

[193] Litschka, Grechenig, a.g.e., s.60.

[194] Renner'in revizyonist olarak nitelendirilebilecek yaklaşımı, ekonominin, bir üstyapı olan hukuku tek-yönlü belirleyeceği tezine karşı mesafeli duruşundan kaynaklanır. O hukukun arkaplanındaki ekonomik nedenlerden ziyade, varolan biçimiyle geçerli bir hukuk normunun ekonomik ve toplumsal etkileri üzerine yoğunlaşma çabasındadır. Bkz. Karl Renner, **The Institutions of Private Law and Their Social Functions**, (Çev. Otto Kahn-Freund), Routledge & Kegan Paul, 1949, London, s.56-57. Değerlendirme için bkz. Emre Partalcı, "Marx ve Ardıllarında Hukuk ve Yöntem Üzerine Notlar", **Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk II: Yöntem**, (Ed. Yasemin Işıktaç), Sümer Kitabevi, 2016, İstanbul, ss.75-108, s.97-103.

[195] Bkz. Eric M. Fink, "Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics", **Hastings Law Journal**, Vol.55, Issue:4, 2004, ss.931-964, s.932, dn.7.

rağbet görmediği bilinmektedir. Doğal hukuk düşüncesinin, 18.yy.'da ABD'nin kurucu anayasal felsefesi üzerindeki yoğunluğu çok belirgindir. Ancak 19.yy.'da karşımıza Amerikan hukuk dünyasının en parlak şahsiyeti olan Oliver Wendell Holmes Jr.'ın bir doğal hukuk karşıtı olan Bentham'a fikrî yakınlığı çıkar. Yakındır ama buna pozitivizm de denemez. Zira o dönemlerde hukuki pozitivizmin de ABD'de hükümran olamadığı, hatta pozitivizmin bozuk bir biçimi olarak lanse edilen sert formalist tutuculuklara karşı ciddi eleştirilerin ortaya çıktığı bir dönem yaşanmıştır. Bu dönemin en dikkat çekici filozoflarından John Dewey, egemenliği hukukun kaynağı olarak gören Bentham-Austin çizgisindeki hukuki pozitivizmin, özü itibariyle siyasi olan yasama aktivitesini önplanda tuttuğunu ancak siyasi etkinliklerin ekonomik faktörlerle bağlantılı yorumlanması eğiliminin artmaya başlamasıyla birlikte bu kuramın da gücünü yitirmeye başladığının altını çizer[196].

Hukuki pozitivizm ve doğal hukukçuluğun etkilerinin zayıfladığı bu dönemde Amerikan hukuk felsefesi başka yollar arama uğraşına girmiştir ve bu arayıştan ortaya çıkıp hakimiyet kuran düşünce ekolü, pragmatizm olmuştur. Holmes'un yanı sıra Roscoe Pound, Louis Brandeis ve Benjamin Cardozo gibi önemli hukukçuların ciddi ölçüde etkilenmiş oldukları pragmatizm, eğer ilgi edinilen sorunu ileri merhalelere ilerletecekse yöntem konusunda eklektizmi bir "ilkesizlik" meselesi olarak benimser ve bundan hiç mi hiç rahatsızlık duymaz. Bu yaklaşım, ayrıca gerek hukukun doğal düzeninin açıklanması gerekse hukuki akıl yürütmenin en uygun biçimlerinin tespiti açısından çeşitli sosyal bilimlerle bağdaşık ve disiplinler-arası çalışma anlayışını hukuk kuramına dahil etmiştir. Ayrıca pragmatizmin, akıl yürütme sürecini, emprisizmle kol kola ve daima daha ileriki safhalara taşıma yönündeki *ex ante* gayreti ve bunu kendi gayesi olarak sunuşu, özü gereği devamlı ve sınır tanımaksızın büyüme eğilimlerini içeren kapitalist ideoloji tarafından onun kolaylıkla kabul edilip benimsenmesine ilişkin esaslı noktalardan birini teşkil eder. Bu yüzden pragmatizm, esasında bir bilgi kuramı olmasına rağmen, kapitalist ve emperyalist ideolojilerin felsefesi olarak takdim edilmiştir[197].

[196] John Dewey, "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), **Hukuk Kuramı**, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss.30-38, s.35. (Açık Erişim: https://goo.gl/57EXXv).

[197] Pragmatizme dönük, onun kapitalist ideoloji ile bağı nedeniyle yöneltilmiş sert karşı çıkışlar ve eleştiriler mahiyetinde şu eserlere bakılabilir: Maurice Cornforth, "Pragmatizm" (Çev. Tonguç Ok),

Ekonomik akıl yürütmenin hukuk alanındaki önemini ve işlevselliğini dile getiren hukukçular arasında yukarıda bahsettiğimiz isimler sıklıkla anılmaktadır. Anı zamanda pragmatizmden de ciddi ölçüde beslenmiş bir hukukçu olan O. W. Holmes Jr. *"The Path of Law"* (1897) başlıklı meşhur yazısında "hukuk üzerine rasyonel çalışma yürüten insanın belki bir siyah-harf insanı [*black letter man*[198]] olmasına karşın, geleceğin hukukçusunun bir istatistik ve ekonomi uzmanı olacağını" ilan ederken[199], Benjamin Cardozo gibi yargıçlar da pragmatist-enstrümentalist hukuk yaklaşımlarını Holmesçu çizgide devam ettirmişlerdir[200]. 1916'da yine bir başka pragmatist yüksek mahkeme yargıcı Louis Brandeis, yargının güncel toplumsal sorunlara çare bulabilmesi açısından hukuk eğitimin farklı disiplinleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi ihtiyacına binaen profesör Hendeson'dan aktarımla "sosyoloji ve ekonomi eğitimi almayan hukukçunun kamunun düşmanı olmaya meyilli" olacağını dile getirir[201]. Tabii ki bu değerlendirmeler, arkalarından gelecek büyük yazınsal birikim nazara alındığında, sadece hukuk ve ekonominin irtibatı konusuna dikkat çekmenin dışında pek önemli sayılmazlar. Ancak bugün hukuka ekonomik yaklaşımın önemli temsilcilerinin Holmes ve Cardozo çizgisinin takipçileri oluşunun arka planını görmemize yardımcı olurlar[202].

Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi- Amerikan "Felsefesi", Doğa Yay. İstanbul, 2005, ss.47-97; Harry K. Wells, **Emperyalizmin Felsefesi Pragmatizm: Hukukta, Tarihte, Psikolojide, Eğitimde, Ahlakta, Din ve Dış Politikada İşbitiricilik Felsefesi**, (çev. Tahsin Yılmaz), Sorun Yay., İstanbul, 1986.

[198] Bu tabir, gerek dava evraklarında gerekse hukuk doktrininde esas alınan önemli noktaların ve hukuk ilkelerinin siyah-kalın harflerle yazılıp vurgulanmasını ima etmektedir, dolayısıyla Holmes'un bu tabirle ifade ettiği insan dogmatik hukukçudur. Bix, **Jurisprudence**, s.201.

[199] Oliver Wendell Holmes Jr., "The Path of Law", **Harvard Law Review**, Vol.10, No.8, 1897, ss.457-478, s.469.

[200] Bkz. Cardozo, **Yargı Sürecinin Doğası**, s.40,70,82; Muzaffer Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme", **HHFD**, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478; 20.yy.'ın başlarında Amerikan hukuk felsefesindeki pragmatist-enstrümentalist genel eğilim hakkında bkz. Ömer Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1986.

[201] Louis Brandeis, "The Living Law", **Illinois Law Review**, Vol.10, No.7, Feb-1916, ss.461-471, s.470.

[202] Posner, kendisinin fikri halefleri olan Holmes ve Cardozo üzerine münhasıran çalışmalar da yapmıştır. Oliver Wendell Holmes Jr. & Richard A. Posner, **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.**, (edited and with an introduction by Richard A. Posner), University of Chicago Press, 1992, United States; Richard A. Posner, **Cardozo: A Study in Reputation**, University of Chicago Press, 1990, Chicago, London.

Holmes ve Cardozo gibi pratik hukukçuların Amerikan hukuk felsefesine tesirleri önemli boyuttadır ve bu gibi isimlerin entelektüel tesirleri altında şekillendiği kabul edilen Sosyolojik Hukukbilimi ve Hukuki Realizm akımlarının da ekonomik bir bakış açısının hukuk kuramına alınması noktasında katkı verdikleri kabul edilir. Örneğin bu çerçeve içerisinde değerlendirilen isimlerin başında gelen Roscoe Pound'un hukukun ekonomik yorumlanması noktasında artan ilgiyi vurgulaması [203] ve bu projeksiyonu münhasıran haksız fiil hukukuna çevirme girişimi[204], ve hatta daha öncesinde önemli bir hukuki realist Karl N. Llewellyn'in sözleşme ve ticaret hukuku kapsamıyla sınırlı kalmış da olsa hukuka ekonomik veçheden yaklaşımı[205], bu noktada önemli birer girişim olarak karşımıza çıkar. Tüm bu çalışmalar Amerikan Hukuki Realizm akımını ekonomik bir bakış açısına nispeten çekmiştir[206]; öyle ki ileriki yıllarda hukuk ve ekonomi çalışmaları hukuki realizmin ardılı olarak da değerlendirilmiştir[207]. Netice itibariyle yukarıda da ifade edildiği üzere belli başlı hukuk ekollerinin ekonomi-hukuk bağlamına temasları olmuştur; ancak söz konusu ekoller, temellerinde hukuk formasyonu olan akademisyenler ve pratik hukukçularca oluşturulduğu için hukuka ekonomik yaklaşımlarının ekonomiye dair içeriği görece sınırlı kalmıştır. 20.yy.'ın ortalarından itibaren ekonomistlerin bu bağlama dair çalışmalar yapmalarıyla birlikte, hukuka ekonomik yaklaşım daha da gelişip derinleşebilmiştir.

Bugün için kendi içinde çok fazla okula bölünmüş olan hukukun ekonomik öğretisinin 20.yy.'ın başlangıcında ortaya çıkmış ilk ciddi okulunun Kurumsalcılık yahut Kurumculuk (*Institutionalism)* olarak adlandırılan okul olduğu kabul edilir.

---

[203] Roscoe Pound, "Political and Economic Interpretations of Jursiprudence", **Proceedings of the American Political Science Association (9th Annual Meeting)**, Vol. 9, 1912, ss.94-105.

[204] Roscoe Pound, "The Economic Interpretation and The Law of Torts", **Harvard Law Review**, Vol.LIII, No.3, January-1940, ss.365-385: Pound'un ayrımıyla, hukuk teorisi açısından *tarihçi okul* "politik ve idealistik" bir yorum üzerinden hukuka yaklaşır ve hukukun "bulunan" bir şey olduğu tasarımını takip eder. *Sosyolojik okul* ise ondan farklı bir şekilde "ekonomik ve mekanik" bir yorum benimser ve hukukun bulunmaktan ziyade ihtiyaçlara göre "yapılan" (insan iradesinin ürünü olan) yönü üzerinde durur.

[205] Karl N. Llewellyn, "From the Point of View of the Economist and Business Man: Relation of Current Economic and Social Problems to the Restatement of the Law", **Proceedings of the Academy of Political Science of the City of New York**, Vol.10, No.3, Jul.-1923, ss.25-34 [ss.331-340].

[206] Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century**, s.181.

[207] Morton J. Horwitz, "Law and Economics: Science or Politics?", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Issue:4, 1980, s.905-912s.905.

Thorstein Veblen (d.1857-ö.1929), Richard T. Ely (d.1854-ö.1943), Wesley C. Mitchell (d.1874-ö.1948) ve John Maurice Clark (d.1884-ö.1963) ile bilinen kurumsalcılığın hukuka dair sarkaçlarını oluşturan kişilerin başında Winsconsin Üniversitesi'nden John R. Commons (d.1862-ö.1945) gelir[208]. *Legal Foundations of Capitalism (1924)*[209] isimli kitabıyla dikkat çeken Commons'un Robert M. La Fallotte (d.1855-ö.1925) öncülüğünde Winsconsin'de güçlenen Progressive Partiye ve 1929 Büyük Ekonomik Buhran sonrasındaysa *New Deal* politikalarına[210] fikri zeminler ve esinler oluşturmuş bir iktisatçı olduğu kabul edilir[211]. Öğreti içinde ileriki dönemde gelişecek diğer okulların neredeyse hepsinin klasik liberal ve neoklasik ekonomi çizgisinde olduğu dikkate alındığında, Commons ve kurumsalcılığın hukukun ekonomik öğretisine dönük eleştirel ve heterodoks bir bakış açısı olduğu söylenebilir. Bunun çok özet bir biçimde sunumunu şu şekilde yapabiliriz:

Öncelikle Smithçi "çıkarların harmonisi" varsayımına karşı modern ekonomiyi çıkarların uyuşmazlığı ile birlikte kavramanın göz ardı edilecek bir şey olmadığını savunurlar. Bu nedenle kurumsalcılar devlet müdahalesi fikrine açıktırlar ve genellikle -öğretinin klasik liberal yönelimine ters bir biçimde- toplumsal eşitsizlikleri, ekonomik etkinlik açısından olumsuz bir faktör olarak değerlendirirler. Eşitsizliğin, ekonomik faaliyetle ilgili olarak fırsat ve katılıma zarar verdiği kabul edilir. Bu yüzden eşitlikçi bir yanları olduğu söylenebilir[212].

Commons'ın "fırsatlara haklı [*rightful*] erişim" formülüyle tanımlamış olduğu mülkiyet haklarının kolektif bir koruma altında varlık bulabileceği kabul edilir. Herkesin saldırısı durumunda bir kişinin mülkiyet hakkını elde tutabilmesi mümkün değildir; o yüzden mülkiyet hakları bireylerin ekonomik hedeflerinin kolektif

[208] Vural Fuat Savaş, **İktisatın Tarihi**, Siyasal Kitabevi, 5.b., Ankara, 2007, s.645-664 (Bölüm 32); Warren J. Samuels, "John R. Commons (1862-1945)", **The Elgar Companion to Law and Economics**, Ed. Jürgen Backhaus, 2nd Ed., Edward Elgar Publ., 2005, Cheltenham, Northamptob, s.499-507.
[209] John R. Commons, **Legal Foundations of Capitalism**, MacMillan Co., 1924, United States.
[210] *New Deal,* A.B.D.'nde özellikle 1930 sonrası dönemde, Franklin Roosevelt iktidarı altında, devletin toplumla yeniden bir anlaşma yapma çabasının isimlendirilişidir. Sosyal adaletçi politikaların, işçi haklarını güvenceye alma gayesiyle şekillenmiş *1935 Wagner Act* gibi hukuki gelişmelerin yaşandığı bir dönemdir. Bkz. Deflem, **Hukuk Sosyolojisi**, s.142
[211] Bkz. Mercuro, "Jurisprudential Niche…", s.87.
[212] William M. Dugger, "Property Rights, Law and John R. Commons", **Review of Social Economy**, Vol. 38, No. 1 April-1980, ss. 41-53, s.43, 45.

muhafazalarıdır[213]. Bu yüzden hakları doğal hak formunda kavramak manasızdır. Aynı şekilde hukuku da doğal yahut tanrısal gönderimler üzerinden kavramanın bir anlamı yoktur.

Dolayısıyla Commons, ekonomik analizin içerisine bireysel davranış üzerinde etkili kurumsal etkileri, yani kolektif ve korporatif davranışları da dahil etmek suretiyle, öğretinin daha sonradan gelişecek metodolojik bireyci ağırlığına karşıt bir konumdadır ve bu tutumunun bir yansıması olarak hukuka ve anayasal yapıya mikroekonomiyi doğrudan uygulamaz[214].

Bireyler, çevresel ve kurumsal etkilerden bağışık ve atomize bir biçimde salt kendi arzu ve isteklerin yönlendirmesiyle hareket etmezler; tersine onların genellikle kurumsal yapılar içerisinde hareket ettiklerini savunan Commons, araştırma çerçevesini kurumlar üzerinde çizer. Özgün amaçlar uğruna birbirleriyle ilişki içine girmiş bireylerin gerçekleştirdikleri işlemler bileşimi olarak açıkladığı "kurum" tanımı içine aileden derneğe, kiliseden devlete kadar pek çok yapı girer. Kurumsal etkileri ifade etmek için ise "*going concerns"* ifadesini kullanır. *Going concern*'ler toplumun mevcut kurumsal organizasyonu dahilinde işleyen kuralları (*working rules*) ifade eder ve bunlar sayesinde bireyler makul beklentiler üzerinden hareket ederler[215]. Commons bu çerçevede hukuku da kurumsal perspektif üzerinden bir "kurum" olarak ele alır[216].

Commons'un işlem analizi, işlemin taraflarının subjektif faydalarının, varsayılmış duygu ve motiflerinin ve bunların tümdengelimsel formel çıktılarının analiziyle başlamaz. İşlemin kendisinin objektif mahiyetine odaklanmakla başlar; yani burada araştırma konusu sosyal birim, tek tek bireyler değil, bir araya gelip sorunlarını çözmenin yolunu müzakere eden bireylerin meydana getirdiği işlemin kendisidir[217].

---

[213] Dugger, "Property Rights, Law and John R. Commons", s.47.
[214] Mercuro, "Jurisprudential Niche…", s.87; Glen Atkinson, "Going Concerns, Futurity and Reasonable Value", **Journal of Economic Issues**, Vol.43, No.2, January-2009, ss.433-440, s.434.
[215] Atkinson, "Going Concerns, Futurity and Reasonable Value", s.434-435.
[216] Commons, **Legal Foundations of Capitalism**, s.145.
[217] Dugger, "Property Rights, Law and John R. Commons", s.44.

Dolayısıyla 20.yy.'ın henüz başında ortaya çıkan ve bu yüzden hukukun ekonomik öğretisinin belki de ilk önemli okulu olarak nitelendirebileceğimiz kurumsalcılık, neoklasik teoriye muarız karakterinden ötürü, öğretinin sonraki gelişim seyrinin dışında, heterodoks bir konumda kalmıştır. Kurumsalcı eleştiriler dışında, neoklasik düşünce 1929 Buhranı sonrasında güçlenen Keynesçilik ile birlikte daha da zayıflamıştır. Neoklasik teorinin ancak 1960'lı yıllarda Chicago Okulu ile birlikte yeniden güçlenmeye başladığını ve Chicago rüzgarını ardına alarak hukukun ekonomik öğretisinin üzerinde domine edici bir güç haline geldiğini görürüz. Fakat bu manivela yaşanmadan evvel, Amerikan yargısı, ekonomik mantığın kendini gösterdiği ilginç gelişmelere sahne olmuştur.

1.3.3. Pratik Hukukta Gelişmeler ve Hand Formülü

ABD'de hukuk ve ekonomi öğretisinin gelişimi açısından, hukuk eğitiminde iktisat derslerinin 1930'ların sonlarından itibaren verilmesi konusunda yaşanan gelişmelerin [218] yanı sıra, 20.yy. ortalarından itibaren yargı alanında da ciddi gelişmeler yaşanmaya başlanmıştır. Haksız fiil hukuku (*Tort Law*) alanı, bu konuda en fazla üretkenlik gösterilen alanlardan biridir. Hatta hukuki ilişkilerin kendi içinde uçsuz bucaksız çeşitlenişi nedeniyle ve değişen toplumsal koşullar dahilinde, yargıçların önlerine gelen çok çeşitli haksız fiil ve zarar durumlarında sorumluluk ve tazminat miktarının dağılımını ayarlamak konusunda sürekli bir arayış içerisinde olması, *common law* yargıçlarının toplumda kaynakların etkin dağıtımında önemli rol oynadıklarının düşünülmesine neden olmuştur[219]. Zira ihmal sorumlulukları ya da üçüncü kişilerden sadır olan zararların (ekonomik tabirle negatif dışsallıkların) giderimi konusunda yaratıcı çözümler üretmede eksiklikler, önemli sosyal maliyetler meydana getirir[220]. Yargıç Learned Hand'in (d.1872-ö.1961) 1947 yılında *United States vs. Carroll Towing Co.*[221] davasında ihmal sorumluluğuna dair geliştirdiği

[218] Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.74-75.
[219] Giuseppe Dari Mattiacci, Francesco Parisi, "The Economics of Tort Law", **The Elgar Companion of Law and Economics**, 2nd. Ed., (ed. Jürgen G. Backhaus), Edward Elgar Publ., 2005, Chelthenham and Northampton, ss.87-102, s.87.
[220] Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.81.
[221] *United States vs. Carroll Towing Co*., 159 F.2d, 169-173 (2d Cir. 1947).

iktisadi formül (*Hand Formula*) bu konuda çığır açıcı olmuştur[222]. Formüle göre, ihmal sorumluluğu ile alakalı olarak, tedbirli olmanın maliyeti düşük, zarar ihtimali yüksekse ve bu şartlar altında bir kazanın vuku bulması halinde, oluşacak zarar çok büyükse davalının ihmali dolayısıyla sorumluluğuna hükmetmek gerekir. Örneğin bir süpermarkette yere dökülen sıvı bir ürünün temizlenmesinin ihmal edilmesi ve bir müşterinin bu nedenle kayıp düşmesinden kaynaklanacak hukuki sorumluluk Hand tarafından üç unsur üzerinden formüle edilir:

P = Kaza (Örnekte: Yaralanma) Olasılığı

L = Kaza (Yaralanmanın) Maliyeti

B = Kazayı Önlemenin Maliyeti

Eğer P x L > B ise, süpermarketin ihmalden dolayı sorumluluğundan bahsedemeyiz. Fakat P x L < B ise, bu durumda süpermarket ihmalinden dolayı sorumludur. Yani, diyelim ki, bir kişinin süpermarkette bu tip bir durumda kayıp düşerek yaralanma ihtimali %20 olsun ve kazadan dolayı ortaya çıkan maliyet (örneğin hastane masrafı ve ilaç ücretleri) de 5000$ olsun, bu durumda; 0,20 (P) x 5000 (L) = 1000$ eder.

Eğer süpermarketin kazayı önleme maliyeti 1000$'dan düşük ise (diyelim ki, ortalama fiyatta bir paspas takımına sahip olunması ve bir görevli çalışanın yerleri silme ile ilgili günlük ücretinin toplamı yani B = 250$ olsun) bu durumda süpermarketin ihmalen sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. Tersi durumda ise süpermarketi sorumlu tutamayız.

Hand Formülünün (PxL) hesabı (yani kazanın maliyetiyle kazanın olma ihtimalinin çarpımı) iktisat kuramındaki "beklenen maliyet" kavramına uygun biçimde formüle edilmiştir. Hem aktüeryal hesaplarla genişletilebilir bir biçimde, hem de yukarıda sunulmuş formülün matematiksel sağlamasını oluşturur şekilde, şöyle bir örnek daha verilebilir:

[222] Jerome Frank, "Some Reflections on Judge Learned Hand", **Chicago Law Review**, Vol.24, 1956-57, ss.666-705; Richard A. Posner, "Theory of Negligence", **Journal of Legal Studies**, Vol.1, 1972, ss.29-96, s.32 vd.

> Mesela, eğer belli bir tip kazanın olma ihtimali binde bir ihtimalse (0,001) ve eğer vuku bulma durumunda bu tip bir kazanın maliyeti 10.000$ ise, kazanın *beklenen maliyeti* 10 dolardır (10.000$ x 0,001=10$). Bu şu demektir: Eğer bu tip bir kazaya sebep olan aktiviteyi uzun bir zaman boyunca gözlemlemekle, ortalama 10 dolarlık bir kaza maliyeti gözlemlemiş oluyoruz. Söz konusu faaliyetin A noktasından B noktasına doğru bir otomobil hareketi olduğunu varsayalım. Eğer bu yönde otomobille 100.000 seyahat varsa, 0,001 ihtimalinin de doğru olduğunu varsayarsak 100 kaza (100.000x0,001) olacak demektir. 100 kazanın toplam maliyeti ise 1.000.000$ (10.000$x100) olacaktır. Ortalama maliyet -ki kabaca toplam seyahat sayısı (100.000) ile bölünen toplam maliyettir- 10 dolar olacaktır. Bu ise "beklenen maliyet" ile aynıdır[223].

Formül daha sonraki süreçte tekrar tekrar ele alınmış, eleştirilmiş ve revize edilmiştir. Ancak öğretinin yükselişi açısından önemli bir etki ürettiği kabul edilmektedir. Öyle ki hukuk ve ekonomi öğretisinin simge ismi Posner, Chicago'da akademisyen iken Temyiz Mahkemesi üyeliğine atandığında bir yargıç olarak Learned Hand'in ne derece etkisi altında kaldığı bilinmektedir[224].

1940'lardan itibaren ekonomik bakış açısının hukukta kullanımı haksız fiil hukukuyla sınırlı kalmamıştır. Bunun yanı sıra Amerikan rekabet ve idare hukuku alanlarında da yoğunluk kazanmıştır. Aslında bu yoğunlaşmanın kökeni 1890 *Sherman Act'*a kadar geri götürülür. Posner'ın iddiasına göre, *Sherman Act* yapıldığı esnada rekabet ve tekel ile alakalı olarak iktisatçıların görece sınırlı ve dar bakış açısı vardır ve bu, salt büyük işletmelerin gücünü sınırlamak suretiyle ekonomik etkinliği sağlamaya dönük olmuştur. Büyükleri kontrol etmeye dönük anlayış 1940 ile 1970 arasında artık kurumsallaşmasını tamamlamış bir rekabet hukukunu ve onun ekonomik analizi ihtiyacını ortaya çıkarmış; neticede tekelleşme korkusunun bir kuruntu olabileceğinden bahisle salt etkinlik problemi üzerine çalışılır hale gelinmiştir[225]. Aynı tarihsel dönemde idare hukukunun ABD'deki gelişimi ile

[223] Posner'ın *Tort Law* kitabından aynen alıntı: Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.85.
[224] Posner'ın Aaron Director ile bu konuyu ele alışından aktaran: William Domnarski, **Richard A. Posner**, Oxford University Press, 2016, NewYork, s.2.
[225] Richard A. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London, s.228-229.

hukukta ekonomik düşüncenin belirişi de birbirlerini beslemiştir. 19.yy. sonunu ve 20.yy. başını içine alan bu dönemde daha kuvvetli bir federal hükümetin oluşturulması isteğiyle Birleşik Devletler'de idari bir devlet (*administrative state*) anlayışı hakim olmuştur[226]. ABD tarihinin 19.yy. sonlarına doğru endüstriyel gelişimiyle paralel biçimde gelişen sosyal adalet talepleri ve peşi sıra 1929 Ekonomik Krizi'nin de etkisiyle iktisat düşüncesinde Keynesçiliğin, siyasi alanda ise Franklin Roosevelt'in *New Deal* politikalarının, refah devleti yahut sosyal devlet düşüncelerinin tahakkümü söz konusu olmuştur. Piyasanın başarısızlığı fikri üzerine yoğunlaşan bu fikirler grubu, ekonomik perdede refah ekonomisine, siyasal perdedeyse büyüyen yasama ve büyüyen düzenleyici iktidara entelektüel zemin oluşturmuştur. Fakat bu büyümeler, aynı zamanda kendi antitezini şekillendirerek piyasa-dışı unsurların ve devletin de başarısızlığa düşebileceği yönünde eleştiriler biçiminde kendini göstermiş[227] ve giderek konunun ekonomik analizi yönünde çeşitli girişimlerine yol açmıştır. Büyüyen yasamanın rızaya erişim maliyetlerini, büyüyen mahkeme sisteminin ise hukuk sistemindeki iç tutarlılık ve yönlenim (*direction*) maliyetlerini arttırdığı fikirleri üzerinde yoğunlaşılmıştır[228]. Bu iki maliyet sorununun ilki -daha sonra ele alacak olduğumuz- Kamu Tercihi yahut Anayasal Ekonomi Teorisi (Virginia Okulu) tarafından başlıca ilgi edinilmiş, ikincisi üzerinde ise daha ziyade Chicago Okulu'nun ve Posner'ın çalışmaları kendini göstermiştir.

Devletin büyümesi ve devlet faaliyet alanının genişlemesine karşı İkinci Dünya Savaşı sonrasında tekrar canlanan liberteryen eleştiri ile hukuk kurumlarına dönük ekonomik analiz eğilimlerinin eş-zamanlı güçlenişinin etkilerini, rekabet ve idare hukukları dışında, genişleyen bir biçimde başka hukuk sahalarında da görebilmek mümkündür. Örneğin 1970'li yıllarda iktisatçıların ceza hukukunda caydırıcılığın ekonomisi üzerine yürüttükleri çalışmalar ve özellikle Becker'in tilmizlerinden Isaac Ehrlich'in etkisi bu konuda dikkat çekici olmuştur. Öyle ki

[226] Posner idari devlet anlayışının, *New Deal* sürecinin galibi olan teknokratik kamu idaresi anlayışı olduğunu belirtir ve 1946 idari usul yasası ile ekonomik açıdan müdahaleci olsa bile kamu siyasası açısından herkesi kapsayıcı ve bir o kadar politik açıdan nötr bir anlayışın inşa edildiği iddiasıyla *Progressive Parti* mensuplarınca bunun savunulduğuna işaret eder. Bu ona göre bir bakıma II. Dünya Savaşı'nın Amerikan politikasına darbesidir de. Zira bu süreçte güç kaybına uğrayan radikal sağ ve sol gerçeği karşısında idari düzen bir politik konsensus unsuru olarak sunulmaya çalışılmıştır. Bkz. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.230.

[227] Bkz. Wolf Jr., **Piyasa veya Devlet,** s.6-7.

[228] Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.229.

Ehrlich'in caydırma modeline ABD Yüksek Mahkemesi'nin ölüm cezasını yeniden anayasal düzeyde canlandırdığı 1976 yılında *Gregg v. Georgia* kararında temas edilmiştir[229].

1.3.4. Hukukun Ekonomik Öğretisinin "Yeni" Çehresi

20.yy.'ın ikinci yarısı itibariyle hukukun ekonomik öğretisi, sadece ekonomimin işleyişini düzenleyen hukuk branşlarının incelenmesi uğraşından, hukukun tüm alanlarının incelenme uğraşına doğru bir genişleme yaşamıştır.[230] O dönem Chicago Okulu'nda çalışmakta olan Ronald H. Coase ve Yale Okulu'nun öğretim üyelerinden Guido Calabresi'nin yaptıkları çalışmalar[231], söz konusu doğrultuda genişleme eğilimli "yeni" hukuk ve ekonomi öğretisine açılan kapılar olarak değerlendirilir[232]. Calabresi ve Coase'nin etkilerinin yanı sıra, özellikle aşk ve merhamet gibi "piyasa-dışı" ve hatta "irrasyonel" olarak nitelenen davranışların bir başka Chicago ekonomisti Gary S. Becker tarafından ekonominin inceleme sahasına alınması uğraşının da, öğretinin içerik genişlemesi üzerinde etkili olduğu değerlendirmesinde bulunulur[233].

Hukukun ekonomik öğretisinin derinliğini ve bugünkü önemini kazanmasında, Coase, Calabresi ve Becker'in etkilerinin yanısıra, kurumsallaşma açısındam Chicago Üniversitesi'nden aldığı desteğin de önemli olduğu kabul edilir[234]. Henry Simons'un 1927'den itibaren Chicago Hukuk Okulu'nda görev alması ve bu süreçte hukuk öğrenimi içinde ekonomi derslerinin verilmeye

---

[229] *Gregg vs. Georgia*, 428 U.S. 153, 1976 (Bkz. Yargıç Thurgood Marshall'ın Karşı Oy Gerekçesi, dn.4)

[230] Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.12-13.

[231] Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, Vol.3, 1960, ss.1-44; Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distrubation and The Law of Torts", **Yale Law Journal**, Vol.70, 1961, ss.499-553. Çalışmamızda Coase'nin makalesinin 2013 yılındaki tekrar basımı kullanılmış ve atıflar bu versiyonun sayfalarına göre yapılmıştır. Bkz. Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, Vol.56, No:4, November-2013, ss.837-877.

[232] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.19; George Cohen, "Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View From The Bench", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 133, No. 5 (Jun., 1985), ss.1117-1166, s.1122; Fink, "Post-Realism, or Jurisprudential Logic of Late Capitalism", s.933.

[233] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.19-20.

[234] Buchanan, "Good Economics – Bad Law", s.483; Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.10, dn.5; Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.4; Posner, "Norms and Values in The Economic Approach to Law", s.2.

başlanması, peşinden Aaron Director'ün yapmış olduğu çalışmalar, öğretinin ortaya çıkışı ve bir gelenek halini alışında önemli adımlar olarak görülür[235]. *American Law and Economics Association*'ın öğretiye dair "dört kurucu baba" olarak nitelendirdiği isimlerden Guido Calabresi haricindeki üçü (Ronald Coase, Henry G. Manne ve Richard A. Posner) Chicago çevresinden kabul edilir[236].

20.yy.'ın ikinci yarısından itibaren, hukuk uygulamasında beliren bu ekonomik analiz ilgisi, çeşitli yayın faaliyetlerinin de ortaya çıkma sürecini tetiklemiştir. *Journal of Law and Economics* dergisi, Aaron Director'un genel editörlüğünde ve Coase'nin katkılarıyla Chicago Üniversitesi bünyesinde 1958 yılından itibaren çıkmaya başlamış ve bu dergi yoluyla hukuk ve ekonomi çalışmaları (ağırlıklı olarak ekonominin hukuki yapısı üzerine odaklanmakla suretiyle) ciddi bir ivme kazanmıştır. Yine Chicago Üniversitesi bünyesinde bu sefer 1971 yılında Richard A. Posner'ın editörlüğünde *Journal of Legal Studies* dergisi kurulur ve ilk sayısı 1972 yılında yayınlanır.[237] Bu iki dergi sonrasında hukuk ve ekonomi bağlamı üzerine 1970'li ve 80'li yıllarda pek çok dergi çıkarılmıştır[238]. Hukuk ve ekonomi çalışmalarına yoğun mesai harcayan Posner'in 1973 yılında *The Economic Analysis of Law* isimli ders kitabının çıkışıyla birlikte öğreti artık hukukun en popüler araştırma sahalarından biri haline gelmiştir. Bu bağlam, bireylerin yahut başkaca piyasa unsurlarının ekonomik davranışları üzerinden çalışmalarını yürütmesi hasebiyle mikro-ekonomik çalışma alanını genişleten bir açılım üretmiştir; Coase

---

[235] Ronald Coase, "Law and Economics at Chicago", **The Journal of Law and Economics**, Vol. 36, No. 1, Part 2, [John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago, Apr., 1993], ss. 239-254, s.247.

[236] Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.73, dn.38; Steven Medema, "Chicago Law and Economics", **The Elgar Companion to the Chicago School of Economics**, (Ed. Ross B. Emmett), Edward Elgar Publ., 2010, United Kingdom, ss.160-174, s.165.

[237] Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.19-20; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.3; Domnarski, **Richard Posner**, s.69; Coase, "Law and Economics at Chicago", s.251.

[238] Bu dergiler şunlardır: 1979 yılında faaliyete geçmiş olan Richard Zerbe Jr. editörlüğündeki *Research in Law and Economics*; 1981 yılında Birleşik Krallık'ta Charles Rowley ve Anthony Ogus editörlüğünde kurulmuş *International Review of Law and Economics;* 1981 yılında Peter Aranson editörlüğünde (sonradan Harold Demsetz ve Ernest Gellhorn katılmıştır) *Supreme Court Economic Review*; 1985 yılında Jerry Marshaw ve Oliver Williamson editörlüğünde kurulan *Journal of Law, Economics and Organization;* 1994 yılında Jürgen Backhaus ve Frank Stephen yönetiminde kurulan *European Journal of Law and Economics.*

gibi kimi ekonomistler öğretiye ekonomi odaklı katkılar sunarken, Posner gibi hukukçular hukuk odaklı katkılarla öğretinin sahasını genişletmiştir[239].

Posner öğretinin "yeni" görünümünü kazanmasını şu şekilde tarif eder;

> "Yeni" hukuk ve ekonomi öğretisinin özelliği, iktisadın teori ve empirik metotlarının hukuk sisteminin merkezi kurumlarına uygulanmasıdır; bu kapsama *common law*'un ihmal, sözleşme ve mülkiyet doktrinleri, ceza teorisi ve pratiği, medeni, cezai ve idari usul, yasama ve yasakoyma teorisi, yürütme ve yargının işleyişi gibi konular girer. "Eski" hukuk ve ekonomi öğretisi, ilgisini açık ekonomik ilişkileri düzenleyen yasalar ve bu yasların yeterince sınırlı olan bir alt kümesiyle (örneğin sözleşme hukukuyla) kısıtlarken, "yeni" hukuk ve ekonomi öğretisi, hukukun ekonomik analizi alanı konusunda bu tip sınırlamalar tanımaz.[240]

Coase'nin 1960 yılında *Journal of Law and Economics*'te çıkan "The Problem of Social Cost" makalesiyle birlikte hukukun ekonomik öğretisinin öncü ve etkileyici iki eserinden biri kabul edilen ve 1961'de *Yale Law Journal*'da yayımlanan "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" Guido Calabresi'yi öğretinin öncü isimlerinden biri haline getirmiştir[241]. Yale Üniversitesi'nden Calabresi ile birlikte Harvard Üniversitesi'nde Donald F. Turner da hukuk ve ekonomi öğretisine katkı yapmış diğer bir önemli hukukçu olarak gösterilmektedir. Ancak söz konusu isimlerin faaliyette bulundukları Harvard ve Yale gibi üniversitelerin, öğretinin gelişimine Chicago Üniversitesi kadar ev sahipliği yapabildikleri söylenemez[242]. Ayrıca genel yaklaşımlarının Amerikan politikası açısından Chicago okuluna nazaran sol tandanslı oluşu nedeniyle öğreti içerisinde görece azınlıkta kalan bir bakış açısını temsil eder. Chicago okulunun hukuku piyasa modeline yaklaştırma çabası, kendiliğinden oluşmuş bir hukuk düzeni olarak görülen *common law*'un arkaplanında etkinlik prensibinin olduğu iddiası ve toplumsal

[239] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.261; Coase, "Law and Economics at Chicago", s.251.
[240] Richard A. Posner, "The Economic Approach to Law", **Texas Law Review**, Vol.53, 1975, ss.757–782, s.759; benzer bir açıklama olarak bkz. William M. Landes, "The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay", **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, No. 45, 1997, ss.1-22, s.7.
[241] Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.75.
[242] Coase, "Law and Economics at Chicago", s.254.

zenginliğin artışı noktasında yasama eliyle oluşturulmuş hukuki yapılara göre *common law*'un üstün olduğu tezlerine karşı, Yale Okulu "piyasa başarısızlığı" tezine dayanarak, hukukun bu başarısızlık ve aksaklıkları düzeltici işlevi üzerinde durur ve hukuka biçilmiş bu amacı ele alan normatif önermelerle örülü bir teorik içerik oluşturur. Ayrıca hukukun tek amacının etkinlik olduğu tezine karşı, etkinlik ve bölüşüm gibi kavramların adaletin bileşenleri olduğunu, adalet, eşitlik ve fayda gibi ilkeler olmaksızın salt etkinlik ve zenginlik üretimiyle toplumsal ilerleme sağlanamayacağını savunur[243].

Virginia Okulu olarak da adlandırılan Kamu Tercihi Teorisi ya da bir başka isimlendirmeyle Anayasal İktisat okulu, hukuk ve ekonomi öğretisi içerisinde değerlendirilebilecek bir başka okuldur. Virginia Okulu'nun Chicago Okulu ile organik bağları söz konusudur. Özellikle Chicago Okulu'ndan George Stigler'in 1971 yılında yapmış olduğu çalışmayla[244] ortaya koyduğu *Çıkar Grupları Teorisi*, hem diğer Chicago ekonomistlerini hem de kamu tercihi (Virginia) ekonomistlerini ciddi derecede etkisi altına almıştır. Özetle iki teori de siyasal davranışın kişisel çıkar unsurlarıyla bezeli olduğunu ve kamusal aktörlerin kamu yararı motifiyle hareket ettiği varsayımının bir mitten ibaret olduğunu kabul ederler. Dolayısıyla düzenleyici araçlarla olsa olsa belli çıkar gruplarının çıkarları karşılanmış olur, kamunun çıkarı değil... James Buchanan'ın entelektüel gücü çevresinde oluşmuş olan bu okul, hukukun ekonomik öğretisinin fonksiyonalist kanadı kabul edilir. İleriki üç bölümde genel olarak "ana-akım" kabul edilen Chicago okulunun yanı sıra, onunla metodolojik ve aksiyomatik farklılıklarına rağmen teorik çıktıları açısından belli ölçülerde uyum gösteren iki okul Virginia ve Avusturya okulları detaylı ve karşılaştırmalı bir biçimde ele alınacaktır. Bu okulların hukuka ekonomik yaklaşıma katkıları, karşılaştırmalı bir biçimde ve (özellikle bu üç okulun dışındaki diğer hukuk ve ekonomi okullarınınki de dahil olmak üzere) onlara yöneltilen başlıca eleştiriler nakledilmeye çalışılacaktır.

---

[243] Guido Calabresi, **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**, Yale University Press, 1970, United States, s.24 vd.; Guido Calabresi, "An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Iss. 3, 1980, ss.553-562, s.557; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.262, 264-265.

[244] George Stigler, "The Theory of Economic Regulation", **Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol. 2, No. 1, Spring-1971, ss. 3-21.

İKİNCİ BÖLÜM

CHICAGO OKULU VE HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ

2.1.CHICAGO İKTİSAT OKULU

Chicago Okulu, "Yeni-Neoklasik Okul" olarak da adlandırılır. Bu okulun kurucuları olarak kabul edilen isimler 1927 yılında Iowa Üniversitesi'nden Chicago Üniversitesi'ne gelmiş Frank H. Knight ve ilk öğrencilerinden biri olan Henry C. Simons'tur. Veblen ve Pigou gibi neoklasik iktisada eleştiriler yöneltmiş iktisatçılarla entelektüel bir çekişmeye girmiş bu iki isimden Knight daha çok iktisadın felsefi ve teorik konularıyla ilgilenmiş, Simons ise ekonomi politikasına ağırlık vermiştir. Chicago Okulu'nun kurucusu addedilen Knight neoklasik Chicago teorisinin mikroekonomik boyutunu, Simons ise makroekonomik boyutunu tekrar canlandırmış isimler olarak kabul edilmektedir[1]. Bu iki isimle başlamış olan ve ilk dönemi (II. Dünya Savaşı öncesi) 1930'lar olarak kabul edilen (*pre-war*) Chicago Okulu, bir başka karşıt akım olan Keynesçiliğin zirvede olduğu dönemde yani 1940'larda sönük dönemini yaşar. Bugünü de içine alan ve üçüncü dönemi olarak kabul edilen dönem ise 1950'lerde başlar (*post-war Chicagoans*). Bu dönemde tekrar güçlenmeye başlayıp günümüze dek etkisini koruyan okulun mensuplarında iki düşünceye ciddi derecede bağlılık olduğu zikredilmektedir: (*i*) gözlemlenebilen ekonomik davranışların açıklanması noktasında neoklasik fiyat teorisine güven, (*ii*) gelirin dağılımı ve kaynakların paylaştırılması noktasında serbest piyasaların etkili ve verimli işlediği düşüncesine ve bununla ilintili olarak devletin ekonomik etkinliğinin asgarileştirilmesi gerekliliği fikrine bağlılık [2].

[1] Savaş, **İktisatın Tarihi**, s.842, 847; Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.75

[2] Melvin W. Reder, "Chicago School", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. J. Eatwell, M. Millgate, P. Newman), MacMillan Press, 1991, United Kingdom, ss.40-50, s.40; Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.74-75; Medema, "From Dismal to Dominance?", s.79.

Chicago Okulu özellikle 1960'lı yıllarda kemik kadrosunu oluşturmuş ve bu kadro 70'li ve 80'li yıllarda ekonomi dünyasını ciddi biçimde etkilemiştir. Kemik kadro içerisinde Aaron Director (d.1901-ö.2004), Ronald H. Coase (d.1910-ö.2013), George Stigler (d.1911-ö.1991), Milton Friedman (d.1912-ö.2006) ve Gary S. Becker (d.1930-ö.2014) öne çıkan isimlerdir. Bu isimlerden Aaron Director haricinde diğer hepsi Nobel ekonomi ödülü sahibi olmuştur. Söz konusu isimlerin bir kısmı Üniversitenin ekonomi bölümünde, bir kısmı ise (Director ve Coase gibi) hukuk bölümünde faaliyet göstermiştir[3].

Chicago iktisatçılarının hukukun ekonomik öğretisine çeşitli kakıları olmuştur. Okulun ismi genellikle Nobel ödüllü ünlü iktisatçı Milton Friedman ile birlikte anılır[4]. Ancak Friedman'ın hukukun ekonomik öğretisi üzerindeki etkisi diğer Chicago iktisatçılarına kıyasla azdır. Öğreti üzerinde etkili olduğu zikredilen isimlerin başında Aaron Director gelmektedir. Director daha önce de bahsettiğimiz üzere Henry Simons'tan sonra Chicago Hukuk Okulu'nda ekonomi derslerini yürütmüş ve özellikle rekabet hukukunun ekonomik analizi üzerine yoğunlaşarak çalışmalar yapmıştır. Kendi çalışma sahası ile benzer mahiyette çalışmaların derlenip kamuoyuna sunulmasında, özellikle dergi faaliyetlerinde aktif rol almıştır[5]. Bu yüzden hukuk ve ekonomi disiplininin öncü dergisi olan ve 1958 yılından itibaren Director'ün genel editörlüğünde faaliyetlerine başlayan *The Journal of Law and Economics* ciddi ölçüde rekabet hukuku ve politikası üzerine odaklanmıştır. Bu derginin sonrasında, bu sefer Richard A. Posner'ın yönetiminde 1972 itibariyle çıkarılmış olan *Journal of Legal Studies* de yine Chicago Üniversitesi bünyesinde faaliyet göstermiştir. Kısacası, gerek hukuk müfredatında okutulan ekonomi dersleri gerekse öncü dergilere ev sahipliği yapması itibariyle Chicago Üniversitesinin, disiplinin kurumsal yapılanmasına katkısı büyüktür. Ayrıca Chicago Üniversitesi rektörü Edward H. Levi'nin (d.1911-ö.2000) de hukuk ve ekonomi eğitimlerinin bazı noktalarda birbirlerine entegrasyonu konusunda katkıları olduğu dillendirilir[6].

[3] Reder, "Chicago School", s.40.
[4] Mark Skousen, "Viyana ve Chicago: İki İktisat Okulunun Hikayesi" (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), **Piyasa**, Sayı:11, Yaz-2004, ss.127-132, s.127.
[5] Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.5.
[6] Bkz. Bix, **Jurisprudence**, s.202; Domnarski, **Richard Posner**, s.60.

Chicago Okulu'nun hukukun ekonomik öğretisine katkıları genel olarak sekiz maddede özetlenebilir[7]:

(i) Bireylerin, piyasa dahilinde olduğu kadar piyasa-dışı davranışlarında da, kendi tatminlerini rasyonel biçimde azamileştirici oldukları varsayılır. Yani hukukun ve ekonominin öznesi hususunda temel varsayım aynıdır: *homo economicus*. Ayrıca üreticilerin, tüketicilerin ve kamusal karar alıcıların kararlarının ardında bireylerin seçimlerinin bulunduğu varsayılır. Yani metodolojik olarak bireyci bir varsayım üzerine kurulu neoklasik karakterde bir teoriye dayanırlar.

(ii) Bireyler piyasada olduğu kadar piyasa-dışı davranışlarında da fiyat dürtülerine karşılık verirler. Hukuk kuralları, davranışları fiyatlandırıcı bir mekanizma oluşturur. Bu mekanizma içerisinde fiyat ile arz ve talep arasındaki ekonomik yasalar, hukuku anlamlandırmada cariyet kazanır. Fiyatlandırmalar sayesinde hukuka aykırı olan davranışların her bir bileşeni yahut safhasına içkin olarak bireylerce fayda-maliyet analizi yapılır. Bu ise bireylerin o davranışı (ihlal yahut ihmal) sürdürme yahut hukuka uyma arasındaki konum alışlarının grafiğini oluşturur. Hukuk kurallarının tercihi bireylerde etkin davranış dürtülerini oluşturmalarına bağlıdır. Böylece toplam zenginlikte artış yaşanır. Bu zenginliğin bölüşümü ise bir politika konusu olup, ekonomik analizin dışında tutulur[8].

(iii) Dogmatik hukuk düşüncesinin *ex post* bakış açısının tersine, hukukun ekonomik öğretisinin bakış açısı *ex ante*'dir. Yani geçmişteki bir olayın yargılanmasının ötesinde, verilecek kararın geleceğe, gelecekte sergilenecek olası davranışlara ve toplumsal servete tesiri dikkate alınır.

(iv) Hukuk-ekonomistlerinin hukuka yönelik başlıca ön-varsayımı onun bir araç (*instrument*) olduğudur. Amaç ise hukukun dışındadır; toplumsal refah veya zenginliktir, spesifik olarak ise bu amaca yönelik ekonomik etkinliğin (*efficiency*) sağlanmasıdır[9].

---

[7] Bu hususta, esas olarak Mercuro'dan yararlanmaktayım. Bkz. Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.76-78. Ayrıca bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.75-76.

[8] Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.76.

[9] Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century**, s.184; Parisi, "Positive, Normative and Functionalist Schools in Law and Economics", s.261.

(v) Hukuk kuralları ve bunların çıktıları, ekonomik etkinlik modelleri çerçevesinde değerlendirilir. Chicago Okulu mensupları genellikle Pareto modelinden ziyade Kaldor-Hicks etkinlik modelini kullanmaya eğilimlidirler[10].

(vi) Coase'den Posner'a dek Chicago Okulu mensuplarının büyük çoğunluğunun iddiasına göre, *common law* yargıçları, geçmişten bugüne verdikleri kararlar ile toplumda servetin (Pareto yahut Kaldor-Hicks modellerine göre) etkin bir şekilde dağılımında ve artışında rol almışlardır. *Common law*'un etkinliği hipotezine dayalı olarak, onun, yasama faaliyetiyle oluşturulan yasal düzenden üstünlüğü savunulmuştur[11].

(vii) Chicago Okulu'nun hukukun pozitif ekonomik analizine ilgileri, başlangıçta yoğunlaşılan rekabet ve ekonomi hukuku gibi alanların çok ötesinde, hukukun hemen hemen her sahasına uzanacak şekilde genişlemiştir. Gary S. Becker'in bu alandaki tesiri önemlidir ve bu genişleme, ekonominin emperyalist biçimde diğer tüm sosyal bilimlere sirayeti tartışmalarında da kendisini göstermiştir. Bu emperyalizm tezine göre, ekonominin dili, diğer tüm sosyal bilimlerin -ve pek tabii ki hukukun- dili haline gelmiştir; bu da tüm anlamlandırma faaliyetini etkilemektedir. Bu ekonomist bakış açısının nedeni, ekonominin piyasayla çizilmiş sınırları olan bir bilim olarak değil, insan davranışlarını ve seçimlerini inceleyen bir bilim olarak görülmesinden kaynaklanır[12].

(viii) Ekonomiden alınan etkinlik modelleri ve sair analiz vasıtaları ile hukukun pozitif-ekonomik analizinin meyvelerini verdiği ölçüde Chicago öğretisi de kendini göstermiş olur. Keza böylelikle, yasakoyucunun ve yargı organlarının, önlerine gelen sorunlar karşısında piyasa çözümlerine bel bağlamaları ve hatta çoğu zaman piyasayı taklit edecek şekilde faaliyet göstermeleri gerektiği yönünde argümanlar ileri sürülmüştür. Bu minvalde "daha az devlet müdahalesi", "daha çok gönüllü ve rekabetçi piyasa işlemleri" ve "onlarla beraber yürüyen *common law* çözümlerinin" toplumsal zenginliğin artışı ve etkin dağılımı noktasında ideal

[10] Bkz. Richard A. Posner, "The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Issue:3, 1980, ss.487-507, s.491-2.
[11] Örneğin bkz. Richard A. Posner, "Theory of Negligence", **Journal of Legal Studies**, Vol.1, No.1, Jan.-1972, ss.29-96, s.29; Klick & Parisi, "Functional Law and Economics", s.105; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.264.
[12] Fine, Milonakis, **İktisat Emperyalizminden Acayip İktisada**, s.39.

yaklaşımlar oldukları Chicagolularca sıklıkla dillendirilen söylemler haline gelmiştir. Friedman'ın özellikle vurguladığı üzere, piyasa aksaklıklarının devlet müdahalesi ile çözümü önerilmez. Devlet müdahalesinin esneklik yoksunu, verimsiz, hantal ve bürokratik olduğu dillendirilirken, önerilen çözüm mülkiyet haklarının kusurlarından arındırılmış ve etkin bir biçimde tahsisatında görülür. Buna göre, negatif dışsallıklar gibi piyasa aksaklıkları atmosfer ve çevredeki henüz sahiplenilmemiş malların varlığından kaynaklanır[13].

Biz bu kısımda hukukun ekonomik öğretisi açısından önemli olan Chicago iktisatçılarından Coase ve Becker'ı ele alacağız. Bu iki isim, Posner'ın "yeni hukuk ve ekonomi" öğretisi olarak isimlendirdiği, yani ekonomik düzenin hukuki alanından ziyade tüm hukuk alanlarına ekonomik analizi sokan yeni bakış açısının (bir başka deyişle öğretinin bugünkü halinin) oluşmasında ismi atlanamayacak iki düşünürdür[14].

2.1.1. Coase Teoremi: Dışsallık Sorunu ve İşlem Maliyetleri Teorisi

> İktisatta bir hareket, alışkanlık, kurum ya da yasa, yalnız tek bir sonuç değil, bir sonuçlar dizisi yaratır. Bunlardan görünen ilk sonuç, sebebiyle aynı anda ortaya çıkarken; görünmeyen diğer sonuçlar, ilk sonucu bir zaman farkıyla takip eder. İşte görünmeyen bu sonuçları önceden görebilirsek kendimizi şanslı sayabiliriz. İyi bir iktisatçı ile kötü bir iktisatçı arasındaki fark, kötü iktisatçının kendisini yukarıda bahsedilen görünen sonuçlara hapsetmesidir. Oysa iyi bir iktisatçı görünen sonuçlar kadar, doğrudan gözlemlenmeyen ama önceden tahmin edilmesi gereken sonuçları da hesaba katar.[15]
>
> *Frederic Bastiat*

[13] Caslin, "Devlet ve Ekonomi", s.302-303.
[14] Posner, bu iki ismin yanında bir de Yale Okulu'ndan Guido Calabresi'nin ismini anar. Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.19-20.
[15] Frederic Bastiat, "Görünen ve Görünmeyen", (Çev. Emrah Akkurt), **Piyasa**, Sayı:6-7, 2003, ss.101-103, s.101.

Bastiat'nın dikkat çekmiş olduğu şekilde, görünen ve görünmeyen ekonomik fenomenlerin ekonomik hesaplamaya dahil edilmesi gerekliliğinin, ekonomik çıkarımların sıhhati açısından büyük önemi olduğu kabul edilmektedir. Örneğin görünmez maliyetleri yeterince tetkik edemeyen bir üretici, ürününe bu maliyetleri içeren bir fiyat belirleyemez ve neticede zarar eder. Şirket yatırım kararlarında yahut bir fabrikanın faaliyetinde hesaba katılmayan çevre kirliliği ya da emlak teşviki politikalarının hesabına dahil edilmeyen çarpık kentleşme gibi yan etkiler de benzer neticeler meydana getirir ve bu yan etkilerin üçüncü kişiler üzerinde yarattığı zararlar toplumsal ölçekte ekonomik kayıplara ve refah seviyesinde düşüşlere neden olur [16].

Bu yüzden doğrudan görünmeyen sonuçların tahlili önemlidir ve ekonomik bir işlem yahut eylemin doğrudan görünemeyen pek çok yan etkisi olabilir. Dışsallık (*externality*) kavramı işte bu yan etkileri ifade eden bir kavramdır. Örneğin, benim kötü vaziyetteki bahçe duvarımı onarıp çok güzel bir biçimde boyamış olmam, sadece benim gayrimenkulümün değerine değer katmaz. Dolaylı olarak komşu gayrimenkullerin de içinde yer aldıkları manzarayı güzelleştirmesi nedeniyle onlara da değer kazandırır. Bu, benim tamirat ve boyama işlemimin pozitif bir dışsallığıdır. Yan etkileri itibariyle refahta artış meydana getirir. Dışsallığın ayrıca olumsuz olan türleri de vardır. Örneğin, konfeksiyon atölyelerinin yoğun olduğu bir muhitteki kiralık dairelerin, atölyelerin ürettiği gürültü dolayısıyla talep düşüklüğüne bağlı fiyat düşüklükleri birer negatif dışsallıktır. Yine aynı bölgede çok fazla hırsızlık olsaydı, bu da o bölgede ikamet etme yahut iş yapabilme maliyetlerini arttıran (buna niyetlenenlerde ilave güvenlik önlemi masraflarına neden olan), yani orada mukim şahıs ve işletmelere (ya da gayrimenkulunu kiraya vermekte zorlanan ve bu yüzden fiyat düşürmek zorunda kalan mülk sahiplerine) dolaylı biçimde zarar veren bir dışsallık oluştururdu. Dolayısıyla *negatif dışsallık* kavramı, bir kimsenin eyleminin, akdî taraf vasfında olmayan üçüncü kişi yahut kişilere yansıyan olumsuz yan etkilerinin tümüne verilen isimdir. Burada genellikle o kişilerin faydasına olmayan yan etkiler meydana gelir[17]. Faydasına olmamak ise, o kişilerin sübjektif fayda ve

[16] Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.52; Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analiz**, s.122-123.

[17] Bu noktada genellikle demek zorundayız. Çünkü dışsallık kavramı ile hukuka aykırılık ve etkinsizlik kavramları her zaman ilişkili olmayabilir; hatta negatif dışsallıkla bile… Örneğin bir

beklentileriyle alakalıdır. Çevredeki üçüncü kişilerden bazıları koku, gürültü ve görüntü kirliliğine karşı duyarlıyken, bazıları duyarsızdır. Bir işkembeciden gelen kokular komşuların bazılarını rahatsız ederken bazılarının hoşuna gidebilir [18]. Dolayısıyla dışsallık problemi, zarar görenlerin sayısına göre kamusallaşan bir vasıf kazanabildiği (ör. daha geniş etki alanı olan hava kirlilikleri) gibi; hukuken talebe/şikayete bağlı gelişen bir uyuşmazlık konusu olarak (ör. bir işkembecinin üst katında yaşayan komşusu) da değerlendirilebilir.

Negatif dışsallık meydana getiren durumlarda, özel maliyetlerle ve sosyal maliyetlerin ayrıştığı kabul edilir. Fabrikaların çevreye verdiği kirlilik örneğindeki gibi, dışsallığın müsebbibi, yani faydasını maksimize etmek isteyen fabrika, salt kendi özel maliyetlerini (ör. düzenli filtre bakımı) düşündüğü için sosyal açıdan arzu edilmeyen bir biçimde davranmakta ve bu da çevredeki diğer bireylere külfet ve zarar yüklemektedir. Fabrika söz konusu zararları kendi maliyet hesabına yansıtmadığı sürece, üretimde kaynak tahsisatıyla ürettiği mal ve hizmetlerin gerçek fiyatını doğru belirleyemez. Bunun neticesinde de mevzubahis mal ve hizmetler, sosyal ölçekte olması gerekenden fazla üretilir veya tüketilir; böylece *tahsis etkinsizliği* meydana gelir [19]. Dolayısıyla negatif dışsallık kavramı, piyasa ilişkilerinin, çoğu kez Pareto etkinliğini sağlamadığı ve olumsuz yan etkiler ortaya çıkarabildiği gerçeğine dayanır. "Dışsallık kuramı, böylelikle liberal mantığın dahilinde devlet müdahalesinin meşrulaştırılmasına destek olur ve paradoksal olarak düzenleyici devletin genişleme motifleri için tükenmez bir kaynak oluşturur"[20].

Dışsallıklarla ilgili (Coase-öncesi) *geleneksel* görüşe göre, *negatif dışsallık* bir ekonomik aktörün, davranışı neticesinde başka bir ekonomik aktör ya da aktörler üzerinde maliyet ortaya çıkarması ve bunu telafi etmemesi durumudur. Örneğin, belli

---

firmanın yeni-yıkıcı bir inovasyon ile piyasaya girişi, aynı sektördeki başka firmaların müşteri kaybına yol açar ve bu onlar için bir negatif dışsallıktır. Ama rekabet düzeni ve kültürü içerisinde bunun hukuka aykırılığından bahsedilemez. Hatta geride kalan firmaların yeniden rekabet edebilir hale gelebilmesi için çözüm üretmesi noktasında dinamik etkinlik meydana getirir. Ayrıca rekabet neticesinde burada daha uygun fiyata daha kaliteli ürünler, tüketicisiyle buluşacaktır. Dolayısıyla söz konusu negatif dışsallığın etkinsiz olduğu da söylenemez. Başka bir deyişle, negatif dışsallık, ancak davranışın sosyal maliyete yol açtığı hallerde gerçek anlamıyla bir piyasa hatası olarak değerlendirilir. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analiz**, s.117.

[18] Sanlı, **a.g.e.**, s.111.

[19] Sanlı, **a.g.e.**, s.125.

[20] Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.52.

hava şartları altında bir trenin tren yolundan geçerken raylarda meydana getirdiği kıvılcımlarla bitişikteki mısır tarlalarında ufak yahut büyük çaplı yangınlar çıkarması gibi... Yahut o mısır tarlasının sahibinin kullandığı zirai gübrenin yer altı suları yoluyla yakındaki göle ulaşıp balık ölümlerine sebebiyet vermesi ve oradaki balıkçıların ekonomik kayba uğraması gibi… Geleneksel teori bu tip meselelerde maliyetin, bir tarafça diğerine yüklendiğine dair bir saptamaya dayanır. Ve devlet, iki klasik yol olan vergilendirme veya regülasyon yollarıyla, bir tarafın diğerinin zararına olacak şekilde kendisine avantaj elde etmesini engelleyerek, zenginleşmede tekrar bir dağıtım yapar yahut bir çeşit telafi mekanizması işletir.

Aynı zamanda yeni kurumsalcılık ekolünün kurucusu olarak değerlendirilmekle birlikte[21] Chicago Üniversitesinin hukuk bölümünde öğretim elemanlığı yapmış bir iktisatçı olduğu için Chicago geleneği içinde kabul edilen[22] Ronald H. Coase, literatürde *Coase Teoremi* olarak adlandırılan teoremiyle, dışsallıklar problemine farklı bir bakış açısı getirmiştir. Dışsallıkların mutlak bir biçimde tek bir tarafça diğerine yüklenen bir maliyet olarak değerlendirilemeyeceğini, iki tarafın da dışsallıkların oluşumunda etkili olabileceklerini ileri sürer. Bu tip durumlarda ortaya çıkan maliyetin iki tarafın da birbiriyle uyumsuz hareketleri neticesinde ortaya çıkabileceğini savunur. "Sorunun mütekabil (*reciprocal*) doğası" başlığı altında şunları yazar:

> Sorun, genellikle A'nın B'ye zarar verdiği şeklinde algılanır ve karar verilmesi gereken şey, A'nın nasıl kısıtlanması gerekeceği sorusuymuş gibi düşünülür. Fakat bu yanlıştır. Zira uğraştığımız sorunun doğasında mütekabiliyet (karşılıklılık) vardır. Ve bu durumda biz B'nin zararına mani olmak için bu sefer A'ya zarar vermiş oluruz. Hakkında karar verilmesi gereken esas soru şudur: A'nın B'ye mi, yoksa B'nin A'ya mı zarar

[21] Ana-akım mikroekonomik düşüncenin teorik gücünün yanında gerçeklikler karşısında zafiyetini kabul eden Coase, hem bu açığın giderimi hem de ekonomik etkinliğin belirleyicisi olarak hukuki, politik, sosyal kurumların ekonomik perdeden incelenme gerekliliğine işaret eder. Kurumsal yapıları inceleme kapsamına alması dolayısıyla "Yeni Kurumsalcı Okul"un babası addedilen Coase, ayrıca "Mülkiyet Hakları Teorisi" olarak adlandırılan yaklaşımın da kurucusu sayılır. Bkz. Ronald Coase, "Yeni Kurumsal İktisat", (Çev. İnan Bozkurt), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.194-198; Buchholz, **Ölü İktisatçılardan Yeni Fikirler**, s.244-251; Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.47

[22] Bkz. Steven G. Medema, "Ronald Harry Coase", **The Elgar Companion to the Chicago School of Economics**, (Ed. Ross B. Emmett), Edward Elgar Publ., 2010, United Kingdom, ss.259-264; Mercuro, "Jurisprudential Niche...", s.73.

vermesine müsaade edilmelidir? Mesele, daha ağır olan zarardan kaçınmaktır[23].

Dışsallıkların mütekabil doğasının yanı sıra, Coase Teoremi, piyasa içinde oluşan negatif dışsallıkların arka planında esasen işlem maliyetlerinin olduğunu savunur. *İşlem maliyetleri* (*transaction costs*), mübadele sürecini aksatan her türlü faktörü tanımlamakta kullanılan kavramdır; Mübadele taraflarının iletişime geçmesini engelleyici fiziki faktörlerden, üzerinde pazarlık yürütülecek konuya yahut varlığa ilişkin belirsizlik durumlarının hemen hemen hepsi birer işlem maliyeti olarak değerlendirilir.

Coase, negatif dışsallıkların doğasına dair bu iki noktada ortaya koyduğu bakış açısına ilaveten dışsallık sorununun çözümü açısından da klasik geleneksel yolların dışında bir çözüm yolu önerir. Negatif dışsallık sorununa dair iki geleneksel çözüm yolu söz konusudur: (*i*) *Regülasyon*, (*ii*) *Vergilendirme.* Bu iki yolda da dışsallık sorununa kamusal otorite yani devlet el atmaktadır. Coase'nin üçüncü yolu ise (*iii*) *Mülkiyet Hakları Teorisi* yoluyla işin çözümlenmesidir.

(i) Regülasyon: Dışsallıkları birer piyasa başarısızlığı olarak tarif eden Paul Samuelson gibi iktisatçılar, bunları gidermek yahut azaltmak için etkin devlet müdahalesi yani regülasyon fikri üzerinde yoğunlaşırlar. Fakat bu durumda regülasyonun planlandığı gibi işleyip işlemediği hususunda gözlem ve denetim maliyetleri oluşacaktır ve bunlar da yine birer toplumsal maliyet unsurlarıdır. Mısır tarlası örneğinde, devletin mısır tarlaları ile demiryolu arasındaki 5 metrelik alanın ekilmeyeceğine dair düzenleme yapması durumunda, kilometrelerce alanın denetimi, denetim için kaynak, araç ve personel tahsisi birer kamusal maliyet olarak göze alınmak zorundadır. Üretim kotaları, filtre sistemi zorunlulukları gibi daha pek çok regülasyon örneği verilebilir.

(ii) Vergilendirme: Arthur Cecil Pigou gibi bazı yeniden dağıtımcı refah iktisatçıları ise, negatif dışsallığın müsebbibi görünen (yani zarardan en az maliyetle kendini sakınabilecek olan) ekonomik aktörlere vergi yükü konması suretiyle dışsallıkların giderimini önermişlerdir [24]. Etrafa yayılan zarar oranında vergi

[23] Coase, "The Problem of Social Cost", s.837-8.
[24] Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.30.

salınması gibi, bir davranışın toplumsal zararları oranında müsebbibe külfet yüklenmesi, yahut fikri mülkiyetin yine denk bir ödül (fikri hak tahsisi) karşılığında kamuya açıklanması gibi durumlar da Pigoucu vergilendirme mantığıyla aynı şekilde işler. Hepsinin altında bir çeşit denkleştirici adalet nosyonu bulunmaktadır. Pigou'nun çözümü, dışsallığın tek bir tarafın faaliyetinden kaynaklandığı fikrine dayanır ve bu nedenle devletin, oluşan bu piyasa aksaklığını gidermeye dönük, müdahalesini gerekli görür. Bu görüş, Chicago Okulu'nun kurucusu addedilen Frank H. Knight tarafından eleştirilmiştir. Knight, Pigou'nun kaynakların kendiliğinden etkin dağıtılması konusunda piyasanın başarısız olduğu tezinin arkaplanında aslında mülkiyet haklarının tahsisatı konusunda devletin başarısızlığının yattığını iddia eder[25]. Knight'ın Pigou'ya dönük bu eleştirisi Coase tarafından geliştirilmiştir.

(iii) Mülkiyet Hakları Teorisi (Coase Teoremi): Devlet müdahalesine kapı aralayan yukarıdaki iki çözüm, Coase'ye göre, tarafların karşılıklı pazarlık yoluyla çözüm üretebilme ihtimalini dışlamaktadır. Öyle ki bu üçüncü yolda regülasyon ya da vergilendirmede olduğu gibi işlem ve gözlem maliyetleri yoktur. Zira gerek zarar oluşma riskini hesap etmeye dayalı biçimde vergi miktarını belirlemek, gerekse regüle edilen faaliyetin gerektiği gibi yürüyüp yürümediğini gözlemek, devlet açısından büyük bir bilgi (maliyet) sorunudur. Fakat Coase'ye göre, probleme bir özel hukuk sorunuymuş gibi bakar ve pazarlık esasını kabul edersek, sorunun sosyal maliyeti de az olacaktır; zira kamusal tedbirler, gözlemler, denetimler ve kamu personeli istihdamına lüzum kalmayacaktır[26].

Coase'nin negatif dışsallıkların sebebi noktasında tek bir tarafa odaklanmamak gerektiğini, sorunun çoğu zaman karşılıklılık arz eden (*reciprocal*) bir doğaya sahip olduğunu düşündüğünü söylemiştik. Ve esas mesele, etkin bir çözüm bulabilmektir. Yani bu düşünceye göre, yolundan giderken bitişikteki tarlalara kıvılcım saçıp yangınlara neden olan tren örneğinde, treni işleten firmayı, zararın tek müsebbibi göremeyiz. Onun geçtiği yerin bitişiğinde ekim yapan ve önlem almayan çiftçiler de bu olaydan sorumludurlar. Ayrıca belki onların kıvılcımların tarlalarına ulaşmalarını önleme amacıyla alabilecekleri basit önlemler, tren işletmecisinin

[25] Savaş, **İktisatın Tarihi**, s.843.
[26] Bkz. Coase, "The Problem of Social Cost", s.850

önlemlerinden ya da devlet edimlerinden (vergilendirme ve regülasyondan) daha az maliyetli, dolayısıyla daha etkin çözüm olabilir.

Coase bu iddiasını 1879 yılında vuku bulmuş *Sturges v. Bridgman Davası* üzerinden örneklendirir ve savunur[27]. Davaya konu uyuşmazlıkta çalışmak için sessizliğe ihtiyacı olan bir doktor ile işi gereği gürültülü bir makine çalıştırmak durumunda olan konfeksiyoncu komşusunun çatışan menfaatleri ele alınmıştır. Coase'nin çözümü, şu matematiksel gösterimle ifade edebilir[28]:

- Doktorun kârı K(d), zararı Z(d) olarak gösterilsin. Aynı şekilde konfeksiyoncunun da kârı K(k) ve zararı Z(k) olarak gösterilsin.
- Makine kurulumu öncesinde doktorun geliri G(d), konfeksiyoncunun geliri G(k).
- Makinenin çalışması nedeniyle doktora gelen zarar H, konfeksiyoncunun yararı B olarak gösterilsin.
- X ise doktor ve konfeksiyoncu arasındaki ödeme miktarını ifade etsin.

Hakkın, yahut Coaseci tabirle mülkiyet hakkının, iki muhtemel temel (başlangıç) dağılım durumuna göre pazarlık ve sonuç etkinliği şöyle olacaktır:

Durum 1: Doktorun sessiz bir ofiste çalışma hakkına sahip olduğu kabul edilsin. Bu durumda konfeksiyoncunun makine çalıştırmasına müsaade edilmez ve tarafların karşılıklı kâr durumları şöyle olur:

$$K(d) = G(d) - Z(d)$$

$$K(k) = G(k) - Z(k)$$

Eğer B > H ise, bu durumda konfeksiyoncu doktora X miktar zarar giderimi ödemesi yapar. Eğer B > X > H mümkünse, bu durumda doktor zararı karşılandığı için makinenin çalıştırılmasına razı olur ve tarafların karşılıklı kâr durumları da şöyle formüle edilir:

$$K(d) = G(d) + (-H + X) - Z(d)$$

[27] Bkz. Coase, "The Problem of Social Cost", s.844 vd.; *Sturges v Bridgman* (1879) LR 11 Ch D 852.
[28] Bu matematiksel gösterim Coase'ye ait değildir. Bu gösterim için şu kaynaktan istifade edilmiştir: Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1123.

$$K(k) = G(k) + (B–X) – Z(k)$$

Bu durumun sonucunda hem K(d) hem de K(k) artmış olur ve iki taraf da pazarlıktan kârlı çıkar. Ama eğer B < H olsaydı, bu durumda konfeksiyoncu makine kullanmayacaktı; çünkü ne yaparsa yapsın K(k) düşmüş olacaktı.

Durum 2: Konfeksiyoncunun makineyi çalıştırma hakkı olduğu kabul edilsin. Bu durumda konfeksiyoncu makineyi kullanır ve tarafların karşılıklı kâr durumları şöyle olur:

$$K(d) = G(d) – X – Z(d)$$

$$K(k) = G(k) + B – Z(k)$$

Bu durumda eğer B > H ise, doktor makinenin çalışmasına müsaade edecek ve gürültüyü çekecektir, çünkü pazarlık yoluyla kârını yükseltebilmesinin imkanı yoktur. Ama tersi (B < H) söz konusuysa ve B < X < H mümkünse, bu durumda doktor X miktar ödeme yapma yoluyla konfeksiyoncu ile anlaşarak gürültüden kurtulabilir. Hem K(d) hem de K(k)'nın artış yaşayacağı bu durumda kâr durumları şu hale gelir:

$$K(d) = G(d) – X – Z(d)$$

$$K(k) = G(k) + X – Z(k)$$

Görüldüğü üzere, yukarıdaki iki durum, hak sahipliğinin belli şekillerde tanımlanması üzerinden pazarlık durumlarının olası neticelerindeki etkinlik durumlarını gösterir. Teoremin en çok vurgulanan ve belki de en önemli addedilen çıktısı hakların tahsisi (*allocation of rights*) konusundadır. Kimin neye sahip olduğu yahut hakkı olduğu belli olmadan pazarlık yapılamaz. Bu yüzden hakların başlangıçta nasıl tahsis edildiği (*initial allocation*) önemlidir. Fakat tez şudur: hakların kimlere tahsis edildiğinin, serbest bir mübadele süreci içerisinde pazarlıklara müsaade edildiği sürece, etkin neticelere varma açısından bir önemi yoktur[29]. Çünkü

[29] Coase, "The Problem of Social Cost", s.850; Cooter, bunu şöyle yorumluyor: "haklar hukuk tarafından hatalı dağıtılmış olsa bile, serbest mübadele vasıtasıyla piyasa bu hataları düzeltir. Bu yorum şunu destekler: hukukun etkinliğini sağlamak, hukuki hak sahipliklerinin serbestçe mübadelesinin önündeki engelleri kaldırmaktan geçer." Bkz. Cooter, "Coase Theorem", s.51; Ayrıca

serbest mübadele düzeni içerisinde varlıklar, kendilerine en fazla değer verenlerin elinde toplanacaktır ve etkinlik bu sürece dair bir kavramdır[30]. Yani Dworkin yahut Rawls gibi teorisyenlerce üzerinde durulan "başlangıç durumu" kavramının Coase teoreminde sadece pazarlığa başlama noktasında belirlilik oluşturması açısından bir önemi vardır; bu noktada tahsisin "adil" bir dağılıma denk düşüp düşmediğinin herhangi bir önemi yoktur.[31]

Coase'in tabiriyle mülkiyet haklarının tahsisi, teoreme göre, işlem maliyetlerini azaltması nedeniyle önemlidir. Bunun "müştereklerin trajedisi" konusuyla yakın bir ilgisi vardır. Zira teoreme göre, kamusal mülkiyet durumlarında, mülkiyet durumunun belirsizliğinin dışsallıkların ortaya çıkışında çok önemli bir neden olduğu gösterilmektedir. Mesela atmosfer yahut bir göl kimseye ait olmadığı için, bunlardan yararlanan kimselerden bazıları kirlilik üretmekte daha rahat davranarak, diğer yararlananlar üzerinde negatif dışsallıklar meydana getirmektedirler. Bir göl yakınında kurulmuş bir endüstriyel tesis ile gene göl kıyısında kano kiralayan bir işletmenin durumu buna örnek olabilir. Göl üzerinde mülkiyet hakları tanımlanmadığından, tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için pazarlık yapmalarında işlem maliyetleri yüksek olmaktadır.

Coase'nin dışsallık problemini işlem maliyetleri çerçevesinde ele alıp çözme girişiminin, piyasa başarısızlığı (*market failure*) durumuna dair de önemli yansımaları olmuştur. Coase'in kuramında ekonomik dışsallıkların varlığı işlem maliyetlerine bağlı olduğu için, piyasa başarısızlığının bir önemi kalmamakta, dolayısıyla piyasa başarısızlığına bağlı olarak devlet müdahaleciliğine makul bir gerekçe de kalmamaktadır[32]. Çare ise özel mülkiyet haklarının piyasa içerisinde etkin bir biçimde tanımlanışından geçer. Çünkü bir kurum olarak özel mülkiyet, gerçek dünyada insanlar arası mübadele süreçlerinde işlem maliyetleri sıfır olmadığı için, esasen işlem maliyetlerinin azaltılması eğiliminden ortaya çıkmıştır. Kimin nelere hakkı olduğunun bilinmesi, mübadele süreçlerinin daha verimli işlemesini sağlar. Bu

---

bkz. Bix, **Jurisprudence**, s.210; A. Mitchell Polinsky, **An Introduction to Law and Economics**, Aspen Law and Business, 2nd. Ed., 1989, United States, s.12.

[30] Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.30.

[31] Bkz. ve Karş. Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.3, 29; Coleman, "Economics and the Law", s.657.

[32] Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.17.

noktada mülkiyet hakkından maddi bir varlığın sahipliği anlaşılmamalıdır. Maddi varlık, bir soyutlama içerisinde, haklar demeti olarak düşünülmelidir. Yani o malın fiziken sahibi olmak, Roma hukukundan gelme klasik formülasyonla, onu kullanmak (*usus*), semerelerinden faydalanmak (*fructus*), ve üzerinde tasarruf etmek (*abusus*) haklarını içerdiği gibi, *ekonomik açıdan* maddi varlığın piyasada işlem görebilen ve değer ihtiva eden her bir özelliğinin (örneğin, bir araba için, güvenlik, rahatlık, hız, imaj gibi) hak sahipliğini de içerir[33]. Hatta iktisatçı gözüyle o malın özelliklerinin nasıl kullanılacağı da ekonomik açıdan bir hak sahipliği meselesi olarak düşünülmektedir. Örneğin, bir lokanta işletme ruhsatı sahibi olmakla, etrafa yemek kokusu saçma; bir arabaya sahip olmakla da etrafa egzoz dumanı saçma hakkına sahip olunduğu düşünülmektedir[34]. Ya da mesela tarla örneğinde mümkün olduğu üzere, hukuk tarafından ilk hak sahiplikleri dağıtıldığında tarla sahiplerinin tren şirketinden tazminat isteme hakları belirlendikten sonra, piyasa bu hak sahipliklerini mübadele süreci içine alabilir. Böylece çiftçiler bu talep haklarını belli bir ücret karşılığında kullanmayabilirler; diğer bir deyişle talep etme haklarını, talep etme şeklinde kullanmayıp, (ücreti mukabil) talep etmeme şeklinde kullanabilirler, yani satabilirler. Aynı şey tren şirketi için de geçerlidir. Yani hukuk onlara "kıvılcım saçma hakkı" verse bile onlar bu kıvılcım saçma haklarını satabilirler[35]. Bu imkanlar evreni, dışsallığın sübjektif değere bağlı addedilişiyle uyumludur. Gürültüden, kokudan vb. yan etkilerden rahatsız olan üçüncü kişiler pazarlık sürecine girecek, sübjektif değer ve beklenti skalalarına göre bu tip durumlara karşı kayıtsız kalanlar ise söz konusu süreçlere hiç dahil olmayacaklardır.

---

[33] Örneğin bkz. Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.53, dn.2.

[34] Tabii ki, bu konu epeyce tartışmalıdır. Örneğin bu tip bir bakış açısından, peşinen para cezasını ödemek suretiyle, sigara içilmesi yasaklanmış bir alanda mülkiyetine sahip bulunduğum sigarayı içme hakkımı kullanmam yahut benim bir araca sahip olmakla, o aracı emniyet şeridinden sürme hakkına da sahip olduğum düşünülebilir. Bu nedenle ceza alacağımı bilsem bile, davranışım gene de ekonomik bir davranış olabilir: acele etmenin getirisi ile trafik cezası almanın götürüsünü tartıp, benim açımdan o esnada kârlı olduğuna karar vererek ceza yeme pahasına böyle davranmış olabilirim; çünkü bir yere yetişmem o an için çok önemli olabilir. Mülkiyet hakkının sınırını, başkalarının mülkiyet haklarından yararlanmalarına olanak bırakma sınırı olarak belirleyen klasik anlayışın bu noktada felsefi bir açmazı varmış gibi sunulmaktadır. Ve bu noktada bazı çalışmalarda hukuki hak ile ekonomik hak arasında bir farklılık varmış gibi sunulmaktadır (örneğin bkz. Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.52, 81-82, 93). Ama ekonomik davranış hukuki olmakla eş değildir ve bu anlayış ekonomik çıkarı, bir hak olarak tarif etmesi nedeniyle hukuki açıdan sorunludur. Bkz. aş. s.337 vd.

[35] Robert D. Cooter, "Coase Theorem", **The New Palgrave: The World of Economics**, MacMillan, 1991, United Kingdom, ss.52-57; s.53.

Coase teoreminin diğer bir çıktısı, *dışsallık problemine genel bir çözüm bulunamayacağıdır*[36]. Buna göre, vergi gibi "genel" bir çözüm, diğer çözüm alternatiflerini ve meselenin spesifik boyutlarını bir kenara iter. Oysa "pazarlık" yöntemi, uyuşmazlığın spesifik unsurlarının görüşülüp tartışılması ve sonuca bağlanmasına olanak verir; bu nedenle pazarlığın neticeleri ekonomik açıdan regülatif çözümlere nazaran çok daha etkin olarak yorumlanır. Ayrıca Coase'nin önerdiği yolla, negatif dışsallıkların da pazarlığa alınması neticesinde, bir *dışsallıklar piyasası* oluşmuş, böylece de negatif dışsallık kavramı piyasa başarısızlığı tanımının kapsamından çıkarılmış olur[37].

Coase Teoremi 1960'lı yıllarda Chicago okulu içinde gayet tesirli olmuştur ve bu tesir ciddi ölçüde genişlemiştir. Her ne kadar, normatif değil, pozitif olarak etkinlik üzerine geliştirilmiş bir iddia içerdiği iddia edilse de, etkinliğin sağlanmasında tekil ve dağınık (merkezileşmemiş, *decentralized*) ekonomik aktörlerin rollerinin büyük olduğunu vurgulaması nedeniyle Chicago entelektüellerindeki devlet faaliyetine karşı genel olumsuz ve minimize etme odaklı bakış açısı ile gayet uyumlu bir görüntü sunar[38]. Devlet müdahalesi yanlısı sol cenah refah ekonomistlerine karşıt bir içeriği olduğu konusunda genel bir kanaat oluşmuş olan[39] Coase teoreminin fiyat kuramına uzanan bu etkisi, üretilen bir malın yahut oluşan fiyatın denge durumu üzerinden tarifine dayanır. Teorem, dışsal müdahalelerin (örneğin devlet eliyle yapılanların) doğal denge durumunu bozacağı ve oluşmuş bu yapay fiyatlar üzerinden dönen piyasa işlemlerinin etkin bir biçimde yürütülemeyeceği iddiasını içerir[40].

Coase'nin entelektüel çabasının merkezinde daima ekonomik düzenin işleyişi problemi yer almakta ve hukuksa bu işleyişe etkisi dolayısıyla ikincil planda yer almaktadır. Kendisi bunu şöyle ifade eder:

> Gördüğüm kadarıyla [hukuk ve ekonomi ilişkisine dair] mesele iki kısma bölünmüştür. İlki, … ekonominin hukuku analiz etmekte kullanılması, yani

[36] Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.51.
[37] Wolf Jr., **Piyasa veya Devlet**, s.21.
[38] Reder, "Chicago School", s.48-49; Coleman, "Economics and the Law", s.657.
[39] Horwitz, "Law and Economics: Science or Politics?", s.906.
[40] Bkz. Bix, **Jurisprudence**, s.208.

> hukukun ekonomik analizidir… Bense ekonomik sistemin işlemesiyle ilgiliyim… İlgili olduğum şey, hukuk sisteminin işleyişinin ekonomik sistemin işleyişi üzerindeki etkisidir[41].

Buna rağmen teorem, hukukun hemen hemen bütün alanlarına ekonomik analizi sokan bir anahtarmış gibi değerlendirilir[42]. Teoreme göre, zarar hallerine ilişkin sorumluluğun saptanmasında yargıçların toplam sosyal maliyeti -ki bunun içine işlem maliyetleri ve fırsat maliyetleri de girmektedir- göz önüne alarak karar vermesi gerektiği savunulmaktadır[43]. Dolayısıyla yargıcın önüne, tarafların sorumluluklarını değerlendirirken bir maliyet hesabı tablosu konmaktadır. Fakat bunun *yargı süreci içerisinde* ne tür işlem maliyetleri oluşturabileceği apayrı bir sorun olarak kenarda durmaktadır. Örneğin, dışsallıklara dair gelişen uyuşmazlıklarda, daha düşük maliyetle sorunu çözebilecek tarafın sorumlululuğunun etkin bir çözüm oluşturduğunu kabul edecek olursak, bu sefer yargıç maliyet tahminleri ile uğraşmak zorunda kalacak, taraflar da yargı süreci boyunca kendi maliyetlerinin daha ağır olduğunu göstermeye çabalayacaklardır.

Teoremin ayrıca devlet faaliyetini minimize edici özelliği itibariyle, her tür hukuki problemi özel hukuk uyuşmazlığı formuna dönüştürücü bir yönü de söz konusudur. Bu doğrultuda ortaya çıkan bakış açısının özel mülkiyet hakkınının sınırsız yorumlanmasına zemin hazırlamasının yanında, devredilmez hak kavramı ve sosyal haklar gibi hukuki kurumlarla da çeşitli açılardan uyuşmazlıkları söz konusudur[44]. Buna rağmen Coase teoreminin tüm uyuşmazlıkları pazarlığa dökerken aynı zamanda kamusallıkları tasfiye edici özelliğinin "toplumsal sermaye" açısından olumlu yönleri olduğu da dile getirilir[45]. Bu itibarla Coaseci pazarlığın, güçlü bir sivil toplumun oluşumu için toplumsal sermayeyi arttırıcı, devletten önce sivil girişimlerin çözüm üretmede inisiyatif alıp girişimde bulunma gücünü arttırıcı etkisinden dem vurulmakta, örneğin bir gölü kirleten fabrikaya karşı (meselenin

[41] Ronald Coase, "Law and Economics and A. W. Brian Simpson", **The Journal of Legal Studies**, Vol.25, No.1, Jan.-1996, ss.103-119, s.103-105.
[42] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.20.
[43] Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.257.
[44] Bkz. aş. s.322.
[45] Francis Fukuyama, **Büyük Çözülme: İnsanın Doğası ve Toplumsal Düzenin Yeniden Oluşması**, (Çev. Zeynep Avcı, Aslı Telli Aydemir), Sabah Kitap, 2000, İstanbul, s.31

çözümünü devlete bırakmadan) bireysel pek çok başvuruyu harekete geçiren bir gücü sağlayıcı özelliğine vurgu yapılmaktadır.

2.1.2. Gary S. Becker: Beşeri Sermaye ve Yayılmacı İktisat

> Benim argümanımın can damarı, insan davranışlarının bazen azamileştirme temelli oluşup bazen oluşmadıkları, bazen daimi tercihlerle bazense gelgeç tercihlerle şekillendikleri, yahut bazen bilginin optimal birikimi eşliğinde bazense bu olmadan neticelendikleri biçimlerinde bölümlere ayrılamayacağıdır (*not compartmentalized*). Tersine, bütün insan davranışları şu kapsayıcı bileşenlerden mündemiç bir biçimde ele alınabilir: daimi tercihler setinden yapacağı seçimlerle faydalarını maksimize eden ve optimal miktarda bilgi ve piyasa çeşitliliği içindeki diğer girdilerin birikimini yapan davranışlar olarak…[46]
>
> *Gary S. Becker*

1992 yılında Nobel Ekonomi Ödülü'nü kazanan Gary S. Becker, uzun yıllar Chicago İktisat Okulu'nda hem iktisat hem de sosyoloji alanlarında çalışmıştır[47]. Mantıksal pozitivist ve emprisisttir. Fayda maksimizatörü insanı pür bencil bir varlık kavrayışıyla ele almayan Becker rasyonel tercih kuramını ve ana akım neoklasik ilkeleri, insan davranışının genelde ekonomik olduğu düşünülmeyen alanlarına, "piyasa-dışı" (*non-market*) davranışlar olarak adlandırılan sahaya da uygulamıştır. Bu noktada, bir başlangıç noktası olarak kabul edilen çalışması ırk ayrımcılığı ekonomisi üzerine hazırlamış olduğu -1957 yılında basılan- doktora tezidir[48]. Ekonomik bakış açısının yayılmacı kimliğini açığa vuran Becker'in bu noktada, ekonomik düşünceyi, bir zenginlik bilimi olmaktan seçim kuramına doğru çeken marjinalist çizginin[49] radikal bir takipçisi olduğunu söyleyebiliriz.

---

[46] Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.14.

[47] İktisat lisans eğitimini 1951'de Princeton Üniversitesi'nde tamamlayan Becker, 1955 yılında Chicago Üniversitesi'nde doktorasını tamamlamıştır. 1957-1968 yılları arasında Columbia Üniversitesi'nde çalışan Becker, 1968'den itibaren Chicago Üniversitesi'ne geri dönmüş ve yaşamı boyunca burada kalmıştır.

[48] Posner, "Norms and Values in The Economic Approach to Law", s.2.

[49] Jevons, Marshall ve Menger'in katkılarıyla iktisadın yönteminde çok önemli bir değişim olmuştur. Nesnel emek-değer kuramından öznel fayda kuramına doğru evrilen bir çizgide ekonomik düşünce

Becker, *iktisat* kavramını "insanların materyal ihtiyaçlarının karşılanmasını" yahut "piyasa sektörünü" inceleyen disiplin olarak ele alan dar tanımları kabul etmemiştir[50]. Çünkü *kıtlık* ve *seçim* kavramları, politik karar süreçlerinden, ailevi yaşantıyı yahut bilimsel bir araştırmayı ilgilendiren süreçlere dek yaşamın her alanında varlıklarını gösteren kavramlardır. Şöyle der[51]:

> İster piyasa sektörünün parasal fiyatları, isterse piyasa-dışı sektöre atfedilmiş "gölge/akis" (*shadow*) fiyatlar olsun, tüm fiyatlar kıt kaynakların kullanımının fırsat maliyetlerinin ölçüsüdür ve ekonomik yaklaşımın öngörüde bulunduğu karşılık, piyasa fiyatları gibi gölge fiyatlara da aynı türden verilen karşılıktır.

Geniş manada ele aldığı fiyat kavramından görüldüğü üzere, Becker "piyasa-dışı" olarak kabul görmüş fenomenlere de fiyat analizi uygular. Bu fiyat kavramı, kıt kaynakların tahsisini belirler, ekonomik aktörlerin arzularını ve hareketlerini sınırlar ve düzenler; Becker'in deyimiyle toplum kuramında "yapı"lara yüklenen rollerin çoğunu, hatta tümünü fiyat kavramı üstlenir[52].

Becker'in sistemini kuran aksiyomlar: *(i)* maksimizasyon ilkesi, *(ii)* piyasa dengesi -yani piyasanın kendi kendini regüle etmesi- ve *(iii)* tercihler açısından insan yönelimlerindeki sabitliktir. Bu üç aksiyom, onun deyimiyle ekonomik analizin kalbi mahiyetindedir[53]. Ayrıca Becker, neoklasik öğretiden sapar bir biçimde, ekonomik davranışta öznelerin tam bilgi sahibi oldukları ve maliyetsiz işlemlerle iştigal ettikleri varsayımlarını kabul etmez; bu yüzden eksik bilgi durumunun "irrasyonalite" ile, maliyetli işlemin de "dengesiz/gelgeç (*volatile*) davranış" ile benzeştirilmemesi gerektiğini söyler, bunlar da ekonomik rasyonalite konsepti içinde ele alınmaya müsait davranış örüntüleridir[54].

---

zenginliğin yaratılmasından çok bireyin seçimlerine odaklanır hale gelmiştir. Değerin kaynağı artık, nesnelerin içerdiği emek miktarında (yani nesnelerin özelliklerinde) değil, onları kullanan bireylerin değerlendirmelerinde aranmaya başlanmıştır. Böylece esas ilgi, insanın zihin kategorileri üzerinde toplanmıştır. Bkz. Buğra, **İktisatçılar ve İnsanlar**, s.170.

[50] Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.3-4.

[51] Becker, **a.g.e.**, s.6.

[52] Becker, **a.g.e.**, s.5.

[53] Becker, **a.g.e.**, s.5.

[54] Becker, **a.g.e.**, s.6, 153-154.

Davranışlara yön vermede fayda/maliyet tartımı yerine, sevgi, aşk, kin, takıntı ve bağımlılık gibi rasyonalite-dışı addedilen motiflerin rol oynadığı alanlarda Becker'ın hukuk ve ekonomi öğretisinin kapsamını genişleten katkıları olmuştur. Bu bakış açısı nedeniyle hukuk ve ekonomi öğretisi, hukukun sadece ekonomiyle kesiştiği sahanın (ör. haksız fiil, mülkiyet, rekabet, ticaret ve şirketler hukuku gibi) çok ötesine (ör. aile hukuku ve ceza hukuku gibi) genişlemiştir. Yani hukukun ekonomik öğretisinin "eski" ve "yeni" versiyonları arasındaki geçişi, Becker'ın yapmış olduğu etki (irrasyonalitenin ekonomisi) sağlamıştır[55].

Ekonomik düşünmeyi -neredeyse[56]- *tüm* insan davranışlarını açıklamada kullanmak anlamında "iktisadi emperyalizm" yahut "ekonomizm" olarak değerlendirilen[57] bu yaklaşımı çerçevesinde Becker'ın en göze çarpan çalışmalarından biri suç üzerine olmuştur[58]. Özellikle Bentham ve Beccaria ile başlayan suçun ekonomik analizinin uzun yıllar boyunca üstü tozlu bir biçimde bekleyişinin ardından 1968 yılındaki makalesiyle[59] Becker, suçu anomi, psikolojik yetersizlik yahut kalıtsal faktörlere bağlılıkla yorumlayan Emile Durkheim ve İtalyan Kriminoloji Okulu gibi klasik yaklaşımlara karşı, onu ekonomik perspektiften bir "rasyonel seçim" problemi olarak ele almıştır[60]. Buna göre suç, *herhangi bir iş gibi zaman alan ve gelir getirisi olan bir aktivitedir. Suçluluk da tam zamanlı yahut yarı zamanlı bir iş olarak görülebilir*. Cezalandırma faaliyeti ise, suç teşkil eden eylemlerden tam bir şekilde caydırıcılık sağlama amacından, bu eylemlere ilişkin

[55] "Eski" Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, hukuk ve ekonomi disiplinlerinin kesişim alanlarında, özellikle de rekabet ve regülasyon alanlarında kendini göstermişken, "yeni" öğreti, hukuk tarihi ve hukuk felsefesine kadar hukukun her sahasında kendini gösterir. Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.6.
[56] "Neredeyse" kaydını koymamız gerekir, çünkü Becker da bu konuda kayıt koyar. Örneğin bazı savaş gereklilikleri gibi durumları açıklamak konusunda ekonomik teorinin yetersizliklerinden söz etmiştir. Bkz. Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.9.
[57] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.68.
[58] Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach". **The Journal of Political Economy**. Vol.76, No.2, 1968, ss.169–217.
[59] Öyle ki Becker, kendisinin Bentham ve Beccaria'nın bir takipçisi olduğunu belirtir. Buna göre bu iki düşünür, ekonomik düşünceyi suç ve cezaya ilişkin kullanmışlar fakat devam eden yüzyıllık zaman diliminde bu düşünüş terk edilmiştir. Kendisinin makalede güttüğü amacın, bu düşünceyi diriltmek ve modernize etmek olduğunu yazar. Becker, "Crime and Punishment", s.209.
[60] Becker, "Crime and Punishment", s.170.

maliyetlerin faillerce içselleştirilmesini sağlama uğraşı üzerine yoğunlaşmıştır. Çünkü etkin caydırma, içselleştirme ile sağlanabilir [61].

Suç işlemeyi bir rasyonel seçim problemi olarak ele alan Becker'a göre, bireyler fayda-maliyet hesabı yaparak suç işleyip işlememe yönünde karar alırlar. Fayda-maliyet hesabının içinde alternatif maliyet hesabı yapılması suç işleyip işlememe kararına varılması noktasında önem kazanır. *Alternatif maliyet*, suç dışındaki "ikinci en iyi" eylemin fayda ve maliyeti üzerine kuruludur. Yani suçun faydasının (S_f) suçun maliyetinden (S_m) yüksekliği, alternatif eylemin -örneğin yasal bir biçimde çalışmanın- faydasının ($Æ_f$) alternatif eylemin maliyetinden ($Æ_m$) yüksekliğine nispeten daha fazla olduğu hallerde suç, *rasyonel bir seçim* olarak yorumlanmaktadır[62].

$$\{ [(S_f) - (S_m)] - [(Æ_f) - (Æ_m)] \} > 0$$

- Cinsiyet, yaş, ırk, eğitim, yaşanılan bölge, reel ücret ve işsizlik gibi faktörler bireylerin bu denklemde alternatif eylem kazancının (yani $Æ_f - Æ_m$) seviyesini belirlerken;
- Suç işleme durumunda, suça ilişkin belirlenmiş cezanın etkinliği (ör. caydırıcı etkisi), suç öncesi ve sonrasında yapılacak masraflar (ör. hazırlık işlemleri ve delil karartma maliyeti) ve suça ilişkin diğer risk faktörleri (ör. yakalanma ihtimali) ise (S_m)'ye eklemlenerek suçtan kazancın seviyesini belirler.

Suç ve ceza politikası ve bu politikanın ekonomik analizi açısından Becker'in üzerinde durduğu şu değişkenler önemlidir:

(i) Suç olarak tanımlanmış davranış: *O*

(ii) Suçun varlığının anlaşılması ve sanığın belirlenip "suçlu" bulunması ihtimali: *p*

[61] Becker, "Crime and Punishment", s.207-209; Ayrıca bkz. Hylton, "Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics", s.89. Cezanın bir maliyet olarak içselleştirilmesi yönünde ceza hukuku politikası hedefini John Stuart Mill'in kısa bir yazısında görebiliriz. Mill bu makaledeki görüşlerini, suçluluğun nedenlerini toplumsal koşullarda ve özellikle de mülkiyet kurumunda gören ve bu yüzden rehabilitif ceza anlayışını savunan Robert Owen taraftarları karşı ortaya koyduğu argümanlar eşliğinde dillendirir. Bkz. John Stuart Mill, "Cezalandırma Üzerine" (Çev. Muzaffer Dülger), **Hukuk Kuramı**, Cezalandırma Üzerine", (Çev. Muzaffer Dülger), **Hukuk Kuramı**, Cilt:4, Sayı:3, Mayıs-Haziran 2017, ss.14-18.

[62] Formülasyon için bkz. Güvel, **Suç ve Ceza Ekonomisi**, s.50.

(iii) Hükmedilen cezanın büyüklüğü ve formu (hapis, ölüm, denetim, tazminat vb.): *f*

Becker'in yaptığı suç ve cezanın ekonomik analizi temelde bu üç ana değişkenin korelasyonu çerçevesinde şekillenir. Suç ve ceza politikasına ilişkin *optimal karar*, suçtan elde edilen gelirin neden olduğu sosyal kaybı minimize eden karardır[63]. Burada kayıpları önemli ölçüde *p* ve *f* değişkenlerinin içeriğini belirleyen uygulamalar meydana getirir (ör. şüphelilerin yakalanması ve cezalandırılması süreçlerinin oluşturacağı toplumsal maliyetler); ve Becker bu *p* ve *f* değişkenlerinin karşılıklı bir ekonomik denge durumu içerisinde optimal seviyesinin belirlendiğini savunur[64]. Becker, suç nedeniyle oluşacak sosyal kaybın minimizasyonu maksadının, cezalandırmada güdülen klasik amaçların (öç alma, kefaret, caydırma, rehabilitasyon, güvenlik sağlama ve tazmin etme) dışında tutulduğunu, banal ve yabansı addedildiğini belirtir. Ancak kendi görüşünün bu ayrıksı duran maksat üzerinden hukuka aykırı davranışlarla optimal mücadelenin esaslarını belirlemek olduğunu ifade eder. Çünkü suç davranışıyla optimal mücadelenin, toplumda kaynakların optimal tahsisatı probleminin önemli bir parçası olduğu düşünür[65].

Becker, ceza politikası açısından parasal cezaların diğer ceza formlarından (hapis, belli faaliyetlerden men yahut denetimli serbestlik vb.) daha masrafsız ve ekonomik olduğunu savunur. Parasal cezalar sayesinde bir yandan suçlunun cezalandırılıp öte yandan suç dolayısıyla oluşmuş zararların tazmin edilebildiğini, ayrıca kamusal kaynakların muhafaza edilerek, *p* ve *f*'nin optimal belirleniminin basitleştirilip kolaylaştırıldığını iddia eder. Bu yüzden günümüzde parasal cezaların diğerlerine göre *öncelikli* hale geldiğini ve önemlerini giderek arttırdıklarını belirtir[66].

[63] Becker, "Crime and Punishment", s.207; Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.77.
[64] Becker, "Crime and Punishment", s.207; Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.77.
[65] Becker, "Crime and Punishment", s.209; Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.79.
[66] Becker, "Crime and Punishment", s.208; Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.78.

Becker, suç ve ceza hukuku dışında evlilik, aile ilişkileri, madde bağımlılığı ve özellikle çalışma hayatındaki ayrımcılık problemlerinin ekonomik analizini de yapmıştır. Bu gibi alanlarda sevgi, aşk, sağlıktan kaynaklı bilişsel problemler ve takıntı gibi hallerin rasyonel hesap yapmaya engel olduğu kabul edilirken, Becker bu alanları da genelde şirket ve tüketiciye atfedilen analitik çerçeveye, diğer bir deyişle rasyonel seçim konseptinin çatısı altına almıştır. Örneğin, ailevi ilişkiler sevgi ve aşk gibi duyguların çerçevesiyle sınırlandırılamaz. İnsanlar gelecekteki refahlarını maksimize edecek kişileri kendilerine eş olarak seçmektedirler. Örtülü (*implicit*) piyasa anlamında bir "evlilik piyasası" vardır[67] ve her bir bekar erkek ve kadının bu piyasada beliren değerleri söz konusudur. Evlilik içi ilişkiler de önemli ölçüde rasyonel hesaplamaya dayalı anlaşmalar vasıtasıyla yürütülmektedir. Örneğin, çocuk yapmak ve bunun sayısını belirlemek, onları yetiştirmek ve bu süreçte onlara dönük ilgi seviyesini belirlemek aslında ebeveynlerin rasyonel hesaplarına dayalı geleceğe ilişkin "yatırım" kararlarıdır[68]. Hatta insanların eş seçerken dikkat ettikleri kıstaslar da gelecek nesillerin oluşturulmasında dikkate alınan yatırım kararlarıdır. Bu kıstaslar nesillerin fizyolojik ve psikolojik özelliklerini belirleyecek kıstaslar da olabilir (genetik ve fizyolojik özellikler, psikolojik faktörler, hastalık geçmişleri vb.); onlara iyi bir ekonomik güç bırakmaya dönük maddi kıstaslar da (ailevi zenginlik, iş ve yetenek durumu vb.). Dolayısıyla Becker'in aileyi küçük bir üretim birimi, bir fabrika olarak gördüğü rahatlıkla söylenebilir.

Dolayısıyla Becker'in *homo economicus*'u, izleri Smith ve Bentham'a dek sürülen, sermayesini kullanarak mübadele süreçleri içerisinde üretici-tüketici-girişimci aktör tipi *homo economicus*'tan başka bir tipe evrilmiştir; burada sermaye kişinin kendisidir (*human-capital*). Çocuklara yapılan her bir yatırım (iyi bir eğitim, psikolojik gelişimi için ailevi ilgi alaka, dil öğretimi, sportif yeteneklerinin gelişimi vb.), sermayedar olarak ebeveynlerin geleceğe dönük beklentileri doğrultusundadır ve katma değer üretir. Becker'in çizmiş olduğu ve bizzat insanı sermaye unsuru haline getiren bakış açısı Michel Foucault ve Wendy Donner gibi yazarlarca

[67] Bu kavramı Becker gibi Posner da kullanır. Örnek olarak bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.230.
[68] Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.10.

neoliberalizmin birey modelini tarifte kullanılmıştır. Bu sebeple Becker'in neoliberalizm tartışmaları kapsamında önemli bir isim olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Posner'ın deyimiyle, iktisatçıların birbirlerinin teoremlerini geliştirme, eleştirme, yıkma ya da yeniden formüle etme biçiminde beliren ve kendi içlerinde kümelenen çalışma biçimlerinden farklı olarak, Becker hayatın somut ve çokça hukuki problemleri üzerinde çalışmalar yapmıştır[69]. Bu yüzden o, gerçek insanı - irrasyonel olduğu değerlendirmeleri yapılan yanları ile birlikte iktisadi analizin kapsamına almaya çalışmıştır. Dolayısıyla onun rasyonel insan modeline ve onun her hareketinin rasyonalite çatısı altında ele alınabileceğine çok sağlam bir inancı vardır. Hatta bu noktada zayıf bir rasyonalite tasavvuruna sahip olan öğretinin bir başka önemli ismi Calabresi'yle ayrı kamplara bölünmüşlerdir; öyle ki Becker'in bu sert rasyonalite anlayışı daha sonra Chicago Okulu (özellikle de Posner) tarafından da genel manada takip edilmiştir[70]. Spesifik olarak irrasyonel olarak değerlendirilen eylemlerin piyasa düzeyinde rasyonel analizinin gayet mümkün olduğunu, irrasyonel bireysel davranışların sonuçlarının da rasyonalite varsayımı üzerinden çözümlenebileceğini savunur[71]. İnsan zihninin yanılgılara açık kapıları olmasına ve bu alanlarda şekillenen davranışların irrasyonalite kalıbında tarif edilişine rağmen, bu onların öngörülebilir olmadıkları anlamına gelmez ve düzenlilik gösterdikleri ölçüde rasyonel değerlendirme çatısı altında incelenebilecekleri kabul edilir[72].

Becker'ın hukuk dahil neredeyse tüm sosyal bilimleri hakimiyet altına alan ekonomik analiz akımının ve dolayısıyla hukukun ekonomik analizinin yeni veçhesinin oluşumunda esas kurucu role sahip olan kişi olduğu dillendirilir. Bu noktada baskın figürün bugün Posner olduğu kabul edilse bile, hukukun ekonomik analizine giden esas yolun *National Bureau of Economic Research*'ten (NBER)

[69] Bkz. Richard A. Posner, "Gary Becker's Contributions to Law and Economics", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2 (June-1993), ss.211-215; Atilla Yayla, "Gary Becker'ın Ardından", **Yeni Şafak** (24/05/2014), https://www.yenisafak.com/yazarlar/atillayayla/gary-beckerin-ardindan-53582

[70] Hylton, "Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", s.100.

[71] Becker, **The Economic Approach to Human Behaviour**, s.153-154.

[72] Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.84; Dan Ariely, **Akıldışı ama Öngörülebilir**, (Çev. Asiye Hekimoğlu Gül), Filiz Şar, Optimist Yay., 3.b., 2013, İstanbul; Dan Ariely, **Akıldışının Mantığı**, (Çev. Asiye Hekimoğlu Gül), Optimist Yay., 3.b., 2014, İstanbul.

geçtiği söylenir[73] ve Posner, kendi görüşlerini sertleştirmesinin ardında, Becker'ın davetiyle bahsi geçen kurumun faaliyetlerine dahil oluşunu gösterir[74]. Becker ve onun doktora öğrencileri olan, William Landes ve caydırıcılığın ekonomisi üzerine çalışmalar yapan bir başka ekonomist Isaac Ehrlich bu kurumun faaliyetlerine Posner'dan daha önce dahil olmuştur ve Landes'in ifadesiyle, ekonomik analizin hukuk alanında kullanımı konusunda iyi bir hukukçuya dönük ihtiyaçlarını Posner çok iyi bir şekilde karşılamıştır[75]. Becker'in yıllar içinde Posner ile ilişkileri ciddi ölçüde sıklaşmış ve bakış açıları benzeşmiştir. Onunla birlikte ortak bir blog kurarak bir süre ortak yayınlar da yapmışlardır. Bu yüzden hukuk ve ekonomi literatüründe bu ikili "Becker-Posner Çizgisi" biçiminde dahi lanse edilmişlerdir.

2.2. RICHARD A. POSNER VE HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ

Richard Allan Posner (d.1939 - …), Cass Sunstein'ın deyimiyle, hukuk alanında Nobel Ödülü verilecek olsa bunun bir numaralı adayı olacak derecede şöhret kazanmış, bir "hukuk devriminin öncüsü" olarak nitelendirilecek seviyede etki üretmiş bir hukukçudur[76]. Etkisi akademik sahada yazdığı altmışın üzerindeki kitap

[73] Marciano, "Buchanan versus Posner", s.195.
[74] Richard A. Posner, "Gary Becker's Contributions to Law and Economics", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2 (June-1993), ss.211-215, s.214.
[75] Landes, "The Art of Law and Economics" s.10.
[76] Posner ve hukukun ekonomik analizi, günümüzde ABD'yi aşan bir etki üretmiştir. Kıta'da ve özellikle Almanya'da bu alanda yapılan çalışma sayısı her geçen gün artmaktadır. Posner ve teorisi üzerine çalışmalar, 2000'li yılların başından itibaren Türkiye'de de artış göstermektedir. (Konu üzerinde öncü ve tanıtıcı çalışmalar olarak Bkz. Fuat Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", **Piyasa**, 2002/2, ss.3-23; Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Cilt:8, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yay., 2003, İstanbul, ss.58-68; Vural Fuat Savaş, "Hukuk ve İktisat", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:1, sayı:2, 2005, İstanbul, ss.3-13) Bu konuda iki doktora tezi kaleme alınmıştır. İlki Kerem Cem Sanlı tarafından teorinin Türk özel hukukuna uygulandığı tezdir (Kerem Cem Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, (Danışman: Cevdet Yavuz, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, İstanbul). İkincisi ise Sezal Çınar Özkan tarafından yazılmıştır ve Posner'ın pragmatist yargılama düşüncesi üzerine odaklanılmıştır (Sezal Çınar Özkan, **Richard Rorty'nin Neo-Pragmatizminde ve Richard Posner'ın Bilimsel Pragmatizminde Hukuki Yorum İçin Ortak Standartlar**, (Danışman: Gülriz Uygur), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, Ankara). Posner ve hukukun ekonomik analizi konusu üzerine makale biçiminde yazılmış diğer Türkçe eserler olarak bkz. Muzaffer Dülger, "Hukuki Pragmatizm: Pragmatik Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard A. Posner", **Hukuk ve İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2019, İzmir, ss.96-128; Sezal Çınar Özkan, "Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı: Richard Posner'ın Katkıları", **Hukuk ve İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2019, İzmir, ss.79-95; Serdar Yay,

ve yüzlerce makalesiyle sınırlı değildir. Aynı zamanda bir federal yargıç olarak Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 7. Dairesinde 40 yıla yakın görev yapmış ve 78 yaşındayken istediği (2017 yılındaki) emekliliği itibariyle[77] arkasında 3300'e yakın sayıda mahkeme kararı bırakmıştır[78].

Posner'ı gerek Amerikan hukuk dünyasında gerekse de -artan şekilde- dünyada önemli bir isim haline getiren, hukukun ekonomik analizi konusunda yapmış olduğu çalışmalar ve hatta bu yaklaşımın en etkili sözcüsü halini almış olmasıdır.[79] *Hukukun Ekonomik Analizi*, hukuk kural ve kurumlarının oluşum, yapı ve etkilerini kavramak ve değerlendirmek amacıyla, ekonomik düşünme vasıtalarının hukuka uygulanmasıdır. Bu çerçevede ekonomi bilimi, hukukun hem anlaşılması hem de kritize edilmesi (özellikle de hukuki kural ve kurumların etkinlik ve verimliliğinin değerlendirilmesi) için güçlü bir araç olarak kabul edilmiştir[80]. Analizde veriler genellikle hukuktan, araçlarsa ekonomi biliminden alınır. Posner, yargıçlık kariyerine başlayana dek editörlüğünü yürüttüğü *Journal of Legal Studies*'in bu alandaki misyonunu tarif ederken, bunun "hukuk sisteminin anlaşılması ve geliştirilmesi için ekonomiye başvurma" olduğunu söyler. Posner'in kendi akademik yaşamına biçtiği amacı da izah eden bu yaklaşım derginin, yine Chicago merkezli çıkarılan ve Aaron Director ile Ronald Coase yürütücülüğündeki diğer bir dergi olan *Journal of Law and Economics*'ten farkını da ortaya koymaya dönüktür.

"Hukukun İktisadi Analizi: Richard A. Posner'in Hukuk ve İktisat Yaklaşımına Katkıları", **Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Ek Sayı, Aralık-2019, ss.415-440.

[77] Ki kendisi, yargıçların özellikleri (özellikle de yaşları) üzerine yaptığı çalışmalarında, bir federal yargıcın emekliliği için üst sınırı 80 yaş olarak düşünmektedir. Bir röportajında da bu konuya değinir. Bkz. https://slate.com/news-and-politics/2017/07/should-there-be-age-limits-for-federal-judges.html

[78] Bkz. Cass R. Sunstein, "Bir Hukuk Devriminin Öncüsü: Richard A. Posner", (Çev. Şahin Ardıyok), 29/08/2018, http://www.rekabetregulasyon.com/bir-hukuk-devriminin-oncusu-richard-posner/ ; Debra Cassens Weiss, "Why Did Posner Retire? He Cites 'Difficulty' With His Colleagues On One Issue", abajournal.com, 07/09/2017, https://www.abajournal.com/news/article/why_did_posner_retire_he_cites_difficulty_with_his_colleagues_on_one_issue Posner'in emekliliğe ayrılmak isteyişinin ardında, *pro se* davaları olarak adlandırılan ve kişinin vekilsiz takip ettiği davalar konusunda, görev yaptığı mahkemenin diğer üyeleriyle husumet yaşaması olduğu iddia edilir. Bu konuda bkz. David Lat, "The Backstory Behind Judge Richard Posner's Retirement", abovethelaw.com, (07/09/2017) https://abovethelaw.com/2017/09/the-backstory-behind-judge-richard-posners-retirement/ Posner bu davalara diğer yargıçların ayrımcı bir biçimde yaklaştığını düşünmektedir ve hatta emekliliği sonrası 2018 yılında bu konuda *Justice for Pro Se's* isimli bir kitap da yayımlamıştır.

[79] Sunstein, "Bir Hukuk Devriminin Öncüsü: Richard A. Posner"; Coase, "Law and Economics at Chicago", s.251.

[80] Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", s.3.

Çünkü Posner'a göre, *Journal of Law and Economics,* kendilerinin hukuk-merkezli yaklaşımlarının aksine ekonomi-merkezli olup "ekonomik sistemin işleyişini anlayıp geliştirmek için hukuki ve diğer kurumsal faktörlerin ilişkisini" inceleme üzerine yoğunlaşmıştır[81].

Posner, Chicago Okulu ile daima yakın temas içerisinde olmuştur [82]. 1960'larda Stanford'da çalışmaktayken Chicago Üniversitesi'nden Aaron Director ile tanışıp birlikte çalışmaya başlamasıyla beraber bu çevreye dahil olmuştur[83]. 1969 yılından itibaren ise hukuk ve ekonomi öğretisinin beşiği olarak addedilen Chicago Üniversitesi'nde çalışmaya başlamıştır. Posner'ın Chicago Hukuk Okulu'ndaki çalışma hayatı 4 Aralık 1981 tarihinde (Ronald Reagan'ın ABD başkanı seçilmesi ve 20 Ocak 1981 itibariyle göreve başlamasından sonra) 42 yaşındayken Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 7. Dairesi'ne yargıç olarak seçilmesine dek sürmüştür. Chicago'da çalıştığı 1969-1981 yılları arasındaki dönem, Coase, Becker, Stigler, Director ve Friedman gibi dönemin önde gelen iktisatçılarının hemen hemen hepsinin Chicago'da (bir kısmı hukuk bir kısmıysa ekonomi bölümlerinde) bulundukları, Chicago'nun en parlak dönemi olarak değerlendirilen döneme denk düşer [84]. Yine bu dönem, ekonomi düşüncesindeki Keynesyen hegemonyanın bitişi olarak değerlendirilen 1971 finansal krizini içine alır ve neoliberal politikaların çıkışa geçtiği bir aralığa karşılık gelir. Nitekim 1981'de ABD'de bu politikaları tüm gücüyle devreye sokan Reagan Dönemi başlayacaktır. Posner'ın yargıç olarak seçilmesi ile Reagan iktidarı arasında birtakım ilişkilendirmeler uzun zamandır kurulagelmektedir. Özellikle Chicago eksenli hukuk ve ekonomi öğretisinin düzenleme karşıtı karakteriyle cumhuriyetçi Reagan hükümetinin neoliberal karakteri özleri itibariyle benzeştirilir[85]. Bununla birlikte Posner'in yine de Cumhuriyetçi

[81] Aktarımlar için bkz. Domnarski, **Richard Posner**, s.69.

[82] Posner ve Chicago Okulu'nun ilişkisi üzerine değerlendirmelere birkaç örnek olarak bkz. Liebhafsky, "Price Theory as Jurisprudence", s.25; Savaş, "Hukuk ve İktisat", s.4; Raymond Wacks, **Hukuk Kuramını Anlamak**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver), Astana Yay., 2018, Ankara, s.361; Ronald Dworkin, "In Praise of Theory", **Arizona State University Law Journal**, Vol.29, 1997, ss.353-376, s.361; Culp, "Judex Economicus", s.97.

[83] Medema, "From Dismal to Dominance?", s.73-74.

[84] Domnarski, **Richard Posner**, s.59.

[85] Bkz. Domnarski, **Richard Posner**, s.2, 187; Liebhafsky, "Law and Economics from Different Perspectives", s.1818; Hukuk fakültelerinde hukuk ve ekonomi programlarının oluşturulmasına John M. Olin Vakfı gibi muhafazakar-ağırlıklı organizasyonların finansal destekleri hakkında bkz. Medema, "Chicago Law and Economics", s.170.

Parti'nin politik çizgisinde olduğunu söylemek kolay değildir; zira görünürde kendini tarafsız bir konumda tutmaya gayret ettiğini gözlemleyebiliriz[86]. Hatta 2008 Ekonomik Krizi'nin nedenlerini ve olası çıkış yollarını tartıştığı *A Failure of Capitalism*[87] başlıklı eserinde krizi, devletin yanlış ekonomi politikalarına dayandırma gibi pür serbest piyasacı argümanları hiç kullanmaksızın, başlı başına bir "piyasa başarısızlığı" olarak yorumlar[88]; Cumhuriyetçi Parti'nin ekonomik muhafazakarlık üzerine kurulu liberteryen-piyasacı arkaplanının ve kontrolsüz piyasanın verimliliğini savunma noktasında abartıya kaçan tutumlarının bu konuda hata ürettiğini söyler[89]. Cumhuriyetçilerin (muhafazakarların) piyasanın meziyetlerini abartma, demokrat müdahalecilerinse bunları küçümseme eğilimlerinin, doğruluğu kanıtlanmamış düşüncelere dayalı olduğunu belirtir ve kendisini bu iki kutbun dışında *pragmatik liberal* (gerektiğinde iki cenahın da yollarını denemekten çekinmeyen) bir çözüm arayıcısı olarak portrelendirir[90].

Posner, şaşkınlık verecek derecede üretken bir yazardır[91]. Eserlerinin pek çoğunda daha önce yazmış olduğu ve kimisi çeşitli dergilerde yayınlamış makaleleri

---

[86] Hatta cumhuriyetçi ve demokrat partilere bölünmüş olan Amerikan siyasi düzenini bir "duopol" olarak yorumlar ve rekabetçi kimliğine eleştiriler yöneltir. Bkz. Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.152-153.

[87] Eser, günümüz itibariyle, Posner'in Türkçeye kazandırılmış tek eseridir. Türkçesi: Richard A. Posner, **Kapitalizmin Çöküşü**, (Çev. Nurcan İnce Ateş), Bizim Kitaplar Yay., 2009, İstanbul.

[88] Bkz. Posner, **Kapitalizmin Çöküşü**, s.10, 173, 220.

[89] Bkz. Posner, **Kapitalizmin Çöküşü**, s.10, 220, 222, 223-4, 227.

[90] Posner, **Kapitalizmin Çöküşü**, s.223-5; Benzer şekilde: Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.281

[91] Burada makalelerini ayrı ayrı belirtmemize imkan yoktur. Kitap olarak basılmış eserlerini yazmamız, üretkenliğini göstermeye yeter de artar: *Economic Analysis of Law* (1973), *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), *The Economics of Justice* (1981), *Tort Law Cases and Economic Analysis* (1982), *Federal Courts* (1985), *Law and Literature (1988)*, *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Sex and Reason* (1992), *Cardozo: A Study in Reputation* (1993), *Overcoming Law* (1995), *Law and Legal Theory in UK and USA* (1997), *The Essential Holmes* (1997), *Aging and Old Age* (1997), *Natural Monopoly and Its Regulation* (1999), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (2002), *Public Intellectuals* (2001), *Breaking the Deadlock* (2001), *Frontiers of Legal Theory* (2004), *Catastrophe: Risk and Response* (2004), *Law, Pragmatism and Democracy* (2005), *Preventing Surprise Attacks* (2005), *Not A Suicide Pact* (2006), *Countering Terrorism* (2007), *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton* (2009), *How Judges Think* (2010), *The Crisis of Capitalist Democracy* (2010), *A Failure of Capitalism* (2009), *Remaking Domestic Intelligence* (2011), *Reflections on Judging* (2013), *Divergent Paths: The Academy and The Judiciary* (2016), *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses* (2017), *Reforming the Federal Judiciary* (2017), *Improving Federal Judiciary* (2017), *Justice for Pro Se's* (2018) olarak gösterilebilir. Ayrıca başka yazarlarla ortak çalışmaları da olmuştur: Anthony Kronman ile birlikte *The Economics of Contract Law* (1979); *Economics of Corporation Law and Securities Regulation* (1980); William Landes ile birlikte *The Economic Structure of Tort Law* (1987), *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003); Tomas Philipson ile birlikte *Private Choices and Public Health*

derlenmiştir. Yine bunların büyük çoğunluğu Amerikan hukukunun pek çok sahasında, başta rekabet, sözleşme, mülkiyet ve haksız fiil hukuku olmak üzere, ekonomik analizin uygulanması ile ilgilidir. Ayrıca Birleşik Devletler'de yaşanmış hukuki ve ekonomik kriz dönemleri ile ilgili güncel değerlendirmelerini yansıttığı kitapları da ciddi miktardadır. Hak verilecektir ki, bu devasa külliyatın tamamı bizim çalışmamızın bağlamı içerisinde değildir. Bu yüzden Posner'ın ekonomik analizinin (Amerikan hukukuna spesifik yansımaları değil fakat) genel çerçevesini ve temel problemlerini sunduğu çalışmalarıyla genel hukuk teorisine dair kendi görüşlerini yansıttığı çalışmalarına odaklanılmıştır. Bunların yanı sıra Posner'ın Amerikan yargı teşkilatı üzerine yazılmış eserleri, yargıçların düşünüp karar verme süreçlerini araştıran çalışmaları ve Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin N. Cardozo ve Henry Friendly gibi yargıçlar üzerine hazırladığı özgün ve derleme eserleri dikkate alınırsa, onun yargılama faaliyeti ve metodolojisi üzerine özel olarak yoğunlaşmış bir ilgisi olduğunu söylemek zor olmaz. Dolayısıyla gerektiği ölçüde, bu tip yazıları da çalışmamız kapsamına dahil edilecektir. Eser sayısının çokluğu yanında Posner'ın bunların birçoğunda, daha evvel yazdıklarını önemli ölçüde tekrar ettiğini de belirtmemiz gerekir.

Posner'in hukukun ekonomik öğretisi açısından öneminin dayandırılmış olduğu 1973 tarihli ünlü kitabı *Economic Analysis of Law*, esasında hukuk öğrencilerine temel bir kaynak oluşturmak maksadıyla tasarlanmış bir ders kitabıdır. Üzerine onlarca değerlendirme yazısı kaleme alınmış bu kitabın, bir ders kitabı olarak tasarlanmış olması dolayısıyla fikri değerini düşürücü[92] basitlemelerle yüklü olduğundan, matematiksel bir dilin gerektiği oranda kulanılmamış olmasına[93]kadar pek çok eleştiriyi üzerinde topladığını belirtmek gerekir. Hukukun çok çeşitli

(1993); Katherine Silbaugh ile birlikte *A Guide to America's Sex Laws* (1998), Francesco Parisi ile birlikte *The Economic Structure of the Law* (2001), *Economics of Private Law* (2001), *Economics of Public Law* (2001), *The Coase Theorem* (2013); Jeffrey Friedman ile birlikte *What Caused the Financial Crisis* (2010); Eric E. Posner ile birlikte *Contract Law and Theory* (2011); Gary S. Becker ile birlikte *Uncommon Sense* (2012); David Dorsen ile birlikte *Henry Friendly: The Greatest Judge of His Era* (2012); Lee Epstein ve William Landes ile birlikte *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (2012); Nicholas Georgakopoulos ile birlikte *The Logic of Securities Law* (2018).

[92] Bkz. Buchanan, "Good Economics – Bad Law", s.483.

[93] Bkz. Peter A. Diamond, "Posner's Economic Analysis of Law", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.5, No.1, Spring-1974, s.294-300, s.295.

alanlarında ekonomik analizin neler gösterdiği ve nasıl kullanıldığına dair örneklerin derlendiği bu kitap, Posner'ın düşünce dünyasını anlayabilmek için tek başına yeterli değildir. Onun *Economics of Justice*, *Problems of Jurisprudence* ve *Problematics of Moral and Legal Theory* gibi diğer belli başlı eserleriyle birlikte ele alınıp okunması daha aydınlatıcı olacaktır.

2.2.1. Posner'ın Ekonomik Hukuk Öğretisinin Genel Karakteri

Posner'ın hukukta ekonomik düşünmenin gerekliliği üzerine yüzlerce yazı kaleme almasının nedeni nedir? Bunun altında muhakkak çok çeşitli sebepler aranabilir. Yaklaşımının kapitalist üretim biçiminin cari olduğu bir toplumsal sisteme içkin bir gereklilikten kaynaklandığı düşünülebilir; ya da sosyal bilimlerde ekonomik emperyalizmin hukuka doğru bir uzantısı olarak da görülmesi mümkündür. Zira emperyalist ekonomist Becker ile Posner'in yakınlığı malumdur. Ne denirse densin ama bunun altında hukuk ve ekonomi disiplinlerine dair belli bakış açılarının yattığı muhakkaktır.

Posner'a göre hukukta ekonomik düşünme gerekliliğinin altında yatan temel sebep, hukukun hiçbir zaman *kendi kendine yeten*, dolayısıyla *otonom* bir disiplin olamadığı ve olamayacağı düşüncesinden ileri gelmektedir[94]. Hukukun otonom bir disiplin olmadığına dair düşüncesinde, benzer iddialar içeren hukuki realizm akımının tesirleri pekala vardır ve bunu Posner da reddetmez; hatta hukukun ekonomik öğretisinin, günümüzde hukuki realizmin en başta gelen mevkidaşı ve alternatifi olduğunu vurgular[95]. Hukuki realizm ile hukukun ekonomik öğretisi arasındaki en fazla dillendirilen farklılık ve hatta karşıtlık ise, ilkinin toplumun yeniden biçimlendirilmesi fikrine açıklığı fakat ikincisinin bu tip bir arkaplanı olmadığı şeklindedir. Hatta Friedman, Coase ve Stigler'in kurumsalcılığa dönük yapmış oldukları eleştirilere benzer mahiyette eleştirilerin Posner ve Medema gibi

[94] Domnarski, **Richard Posner**, s.4; Brian Bix, "Richard Posner", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, Vol.II, (Ed: Christopher B. Gray), Garland Publ., 1999, New York and London, ss.665-666, s.666; otonomi vurgusu bakımından ayrıca bkz. Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.83.

[95] Bkz. Posner, **Overcoming Law**, s.3; Richard A. Posner, "The Present Situation in Legal Scholarship", **Yale Law Journal**, Vol.90, No.5, Apr.-1981, ss.113-130, s.120; Benzer değerlendirmeler ikincil literatürde de epeyce vardır. Örneğin bkz. Horwitz, "Law and Economics", s.905; Engle, "Law and Economics", s.54.

yazarlarca hukuki realizme yönelik dillendirildiğini görmekteyiz: 20.yy.'ın hemen başında, biri hukuk diğeri ekonomi biliminde belirmiş bu iki yaklaşımın metotsuzluklarından, hükmetme ve müdahale etme konusunda acemice hevesler barındırdıklarından ve hadsiz bir normatif karakter taşıdıklarından dem vurulmaktadır[96].

Hukukun otonom olmayan bu vasfının yanısıra Posner'in iktisat kavrayışı da, öğretinin temel kurgusu açısından önem taşımaktadır. Ona göre, iktisat, salt konu alanı (ekonomik düzen) çerçevesinde tanımlanmaz, bir açık-uçlu kavramlar, araçlar ve metotlar seti olarak tanımlanır[97]. Ayrıca sadece ekonomik düzenin işleyişini incelemez, genel olarak -Beckerci biçimde[98]- insanın istekleri ile bağlantılı biçimde ve kaynakların kıtlığı durumunda *rasyonel seçim* süreçlerinin tamamını inceleyen bir bilimdir; o yüzden bizim hukuki olarak nitelendirdiğimiz konuların hemen hemen hepsi ekonomik açıdan incelenmeye son derece müsaittir[99]. Ve hatta hukuk dogmatiği içinden görünemeyen gerçekliklerin ekonomik bir bakış açısı ile görülebilmesinin ihtimalinden bahsedilmektedir. Bu itibarla, Posner'a göre, hukukun ekonomik öğretisi olarak adlandırılan yaklaşımın önemi, hem hukuki karar verme sürecinin mahiyetinin açıklaması hem de bu edimsel süreci *nesnel* bir zemin üzerine oturtmasından kaynaklanır[100]. Kendi kendine yeterli ve otonom olması mümkün olmayan bir hukuk algısı nedeniyle hukukta canlılığın devamı için ekonomik analiz ve pragmatizmi çözüm olarak gören Posner, kendi hukuk kuramını "*ekonomik analizle tatlandırılmış hukuki pragmatizm*" olarak nitelendirir[101].

Bazı yazarlar, Posner'in, ortaya koyduğu kuramla, *common law* tasarımını idealize ettiğini; bunun daha önce -1870'lerde- normalde Posner ile yan yana konamayacak bir yazar olan Christopher Langdell tarafından denendiğini ama sekteye uğradığını iddia ederler. Buna göre Langdell, *common law*'un geleneksel karmaşık yapısını bilimsel, tümdengelimsel, rasyonel ve öngörülebilirlik sağlayan bir

[96] Hukuk ve ekonomi anlayışı ile hukuki realizm karşılaştırmalarına dair toplu bir bakış sunması itibariyle bkz. Medema, "From Dismal to Dominance?", s.79-83.
[97] Bkz. Richard A. Posner, "The Law and Economics Movement", **The American Economic Review**, Vol.77, No.2, May-1987, ss.1–13, s.2; Posner, **Economic Analysis of Law**, s.3.
[98] Harnay, Marciano, "Posner, Economics and The Law", s.224.
[99] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.3.
[100] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.353.
[101] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.288.

metot üzerinden yeniden formüle ederek, *laissez faire* kapitalist bir özel hukuk modeli olarak "yeni" *common law* sistemini -hukuk devleti kavramının bir alternatifini sağlayacak şekilde- oluşturmak istemiş, fakat formalist yönleri dolayısıyla pek çok eleştiriyle muhatap olmuştur. *Laissez faire* kapitalizmin meşrulaştırılması maksadı doğrultusunda *common law* üzerine yapılmış bu girişim, David B. Ingram'a göre, Posner tarafından bu sefer ekonomik etkinlik, araçsal rasyonalite ve rasyonel seçim kavramlarının yoldaşlığında, farklı bir içerikte, yinelenmiştir[102].

Posner'in hukuki akıl yürütmenin içine ekonomik akıl yürütmeyi sokması, hukuki düşünme biçimlerinin klasik formları arasına alternatif bir yöntemi dahil etme girişimi olarak yorumlanmıştır. Hukuki akıl yürütmenin klasik biçimi, mantıki-sistematik akıl yürütmedir ve bunda mantık kuralları ve hukukun sistemik yapısından ileri gelen ilkelerden faydalanılır. Yargıcın takdir hakkının ortaya çıktığı koşullarda -onun iyiniyet ve dürüstlük değerlendirmelerine imkan tanır ölçüde- ahlaki gerekçelendirmelerin yargısal süreçte rol oynaması ise ikinci bir -doğal hukukçu- değerlendirme biçimini daha karşımıza çıkarır. Bu iki yol, ister esas isterse tâli yol olsun, bir şekilde her hukuk sisteminde ve o sisteme dair tartışmalarda karşımıza çıkar. Ancak Brian Bix'in de ifade ettiği üzere ilki (yani mantıki-sistematik akıl yürütme) "zor/çetin dava" durumlarında, ikincisi yani ahlaki argümantasyon ise "modern toplumlarda ahlaki bir konsensusun olmaması" nedeniyle sıklıkla çıkmaza girer[103]. Posnerci ekolün önümüze koyma iddiasında olduğu *üçüncü yol* ise yargısal süreçte ekonomik akıl yürütmedir. İleride göreceğimiz üzere Posner'in klasik düşünme formlara karşı eleştirilerini de içeren bu üçüncü yolun işleyebilmesi için bazı aksiyomatik kabuller söz konusudur:

(i) *Rasyonalite ve Tatmin Maksimizasyonu: İnsan*, arzularını doyurma yönünde yaşamını idame eden ve amaçları doğrultusunda faydasını (mutluluk, haz, tatmin) rasyonel biçimde maksimize eden bir varlıktır. İktisat biliminin temel varsayımı insanın doğal yönüne dayandırılan bu özçıkar (*self-interest*)

[102] Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.227-8; Benzer şekilde Langdell ile Posner'in kuramlarının benzerliklerini vurgulaması dolayısıyla bkz. Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.84; Aksi görüş olarak bkz. Parisi, "Positive, Normative and Functionalist Schools in Law and Economics", s.261.
[103] Bix, **Jurisprudence**, s.203.

varsayımıdır[104]. *Rasyonalite* ise seçim yapan kimsenin, amaçlarına dönük en iyi araçları seçmesi demektir[105]. İnsanların tümü (çocuklar ve kısıtlılar gibi ufak bir kısım hariç) arzularını tatmin etmede ve bu yönde belirlenmiş amaçlarına ulaşmada rasyonel şekilde faydalarını azamileştirmeci davranış sergilerler. Bu eğilimleri, seçim içeren tüm aktivitelerinde görülür (dolayısıyla psikoz yahut alkol-uyuşturucu bilinçsizliği durumları hariçtir). Posner'a göre, rasyonel tatmin maksimizasyonu ilkesi sadece bireyler için değil yasakoyucular için de geçerlidir; dolayısıyla onların bu ilkeyi kenara itecek şekilde salt kamu yararı motifiyle siyasal davranış sergiledikleri, ona göre, bir mitten öteye geçmez [106].

(ii) Ex Ante Bakış Açısı: Klasik bir hukukçu ile bir iktisatçının olaylara bakış açıları birbirinden farklıdır. Hukukçu vakaları genellikle *ex post* olarak değerlendirir, örneğin dikkatsiz bir boyacı olan X, boyadığı binanın altından geçmekte olan Y'nin kıyafetlerine zarar verdiyse, hukuk geçmiş bir zamanda yaşanmış bu vaka üzerinden kusur ve tazminat değerlendirmesi yapar; fakat bir iktisatçı geleceğe dönük olarak yani *ex ante* bu tür kazaların yaşanma oranının toplamda nasıl azaltılabileceğinin ya da bunun azaltılma olanaklarının oluşturacağı maliyetlerin değerlendirmesini yapar. Bununla birlikte her ne olursa olsun yargıcın bu vakayı değerlendirerek vereceği karar ile geleceğe çok çeşitli biçimlerde etki edeceği de unutulmamalıdır. Bu hem spesifik vakanın ilgilileri açısından böyledir, hem de verilecek kararın emsal oluşturabilme potansiyeli nedeniyle tüm hukuk sistemine etkisi açısından… Dolayısıyla bir hukukçu için ekonomik yaklaşımın salık

[104] Bununla birlikte, Posner, rasyonel maksimizasyonun bilinçli hesaplama (*conscious calculating*) ile karıştırılmaması gerektiğini söyler. Yine aynı şekilde bencillik (*selfishness*) ile de öz-çıkar (*self-interest*) motifi karıştırılmamalıdır. Birey öz-çıkarına uygun hareket eder ama bunun bencillik şeklinde olması bir zorunluluk değildir; çünkü başkalarının çıkarı ve mutluluğu da kişinin kendi çıkarına olabilir. Öz-çıkarına göre davranan bireyi o yüzden, kendi tercihlerine uyumlu biçimde hareket eden (çünkü kendisi ile ilgili doğruyu en iyi kendisi bilen) birey olarak kavrayabiliriz ve bu kavrayış ahlak yüklü bir kavrayış değildir. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.3-4; Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.11.

[105] Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", s.1551.

[106] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.353-354.

verdiği başlıca hususlardan biri, *ex ante* yaklaşım, diğer bir deyişle onun gelecek zamanı göz ardı edemeyeceğidir[107].

(iii) Diyalog-Pazarlık: Toplumda çok çeşitli insanlar, arzular, amaçlar ve değerler söz konusudur ve insanlar bunları takip ederken isteklerini birbirlerininkiyle mukayese edip görüşmeyi, görüşmeme durumuna tercih ederler. Ve bunun sıklıkla yapılmasını da az yapılmasına tercih ederler. Durkheimci tabirle organik dayanışmanın cari olduğu, yani işbölümünün gelişkin olduğu toplumlardaki diyalog-pazarlık süreçlerini esas alan bu bakış açısı, bu yüzden rıza ve otonomi koşulları altında seyreden piyasa işlemlerinin toplumdaki toplam mutluluğu arttırdığını savunur; örneğin, A, B'nin pul koleksiyonunu satın almak için 100$ ödemeye razı ise ve B de pul koleksiyonunu elinden çıkarmak için 90$'ı yeterli görüyorsa, bu durumda alım-satımın 90 ilâ 100 dolar arasında gerçekleşmesiyle birlikte her ikisi de daha değerli gördükleri yeni ekonomik varlıklarına kavuşmuş olur. Böylece her iki kişinin de mutluluk durumu, satış sözleşmesinden önceki duruma göre artış gösterdiği için toplumdaki toplam mutluluk ve zenginlik de artmış olur[108]. Örneğin satışın 100$'dan gerçekleştiğini varsayarsak, toplam zenginliğin 10 $ arttığını tespit ederiz[109]. Eğer A, 100$ vermeye razı haldeyken ufak bir pazarlık ile malı 95$'a satın almış olursa, bu durumda da toplam zenginlik 10$ artar; A ve B 5'er dolar zenginleşir ama toplam zenginlik 10$ artar[110].

[107] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.22.
[108] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.120; Posner, "Wealth Maximization Revisited", s.86; Bix, **Jurisprudence**, s.203, 205;
[109] Benzer örnekler olara bkz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.356; Posner, "Norms and Values in The Economic Approach to Law", s.9-10; Ayrıca karş. Mathis, **Justice Instead of Justice?**, s.150.
[110] Mathis, **Justice Instead of Justice?**, s.150; Benzer şekilde bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku**, s.16.

Durum		A kişisi	B kişisi	TOPLAM ZENGİNLİK
X	**Satış Öncesi Sahip Olunan Ekonomik Değer**	100 $ (Nakit Para)	90 $ (dan aşağı bir fiyata satmaya razı olmayacağı Pul Koleksiyonu)	190 $
Y	**Satış Sonrası Sahip Olunan Ekonomik Değer**	100 $ (feda ederek satın aldığı Pul Koleksiyonu)	100 $ (Nakit Para)	200 $

Tablo 2.1: Serbest Pazarlık Süreci ve Toplumsal Zenginlik

Ayrıca görüldüğü üzere, Y durumu X durumuna göre Pareto üstün konumdadır. Çünkü gönüllü bir mübadele söz konusu olmuş ve en az bir kişi önceki durumdan daha kazançlı hale gelmiş (daha büyük bir ekonomik değeri eline geçirmiş), diğer kişiyse eski duruma göre daha kötü bir konuma düşmemiştir[111]. Hatta A kişisi eğer Y durumuna geçerken o pul koleksiyonu için 100 dolarını gözden çıkarıyorsa, bu davranışın ekonomik yorumu, onun gözünde o nesnenin 100 dolardan da kıymetli olduğu yönündedir. Dolayısıyla bu varsayım çerçevesinde aslında gönüllü kurulan bu işlemden iki taraf da daha fazla ekonomik değer elde ederek ayrılmaktadırlar ve toplam refah yükselmektedir[112]. Bu varsayımsal şemada, gerçekleştirilen piyasa işleminin etkilediği üçüncü kişiler bulunmamaktadır; bu sayede toplam değer artışını azaltacak harici bir unsur (negatif dışsallık) da söz konusu değildir. Bu böyle olmakla birlikte, Posner da bu tip üçüncü kişilerin etkilenmediği izole piyasa işlemlerinin gerçekte çok nadir olacağını kabul ederek Pareto kuralının her tür hukuki ilişkiyi kucaklayabilecek bir kural olarak görülemeyeceğini belirtir[113].

Posner, "aktüel piyasa" / "hipotetik piyasa" ayrımı yaparak, gönüllü mübadele temelli aktüel piyasalarda işlemlerden kaynaklı tatmin ve toplam

[111] Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.242; Ratnapala, **Jurisprudence**, s.246.

[112] Sanlı'nın deyimiyle "kararlaştırılan fiyatın, alıcının ödemeye hazır olduğu en yüksek tutar (*willingness to pay-WTP*) ile arasındaki fark tüketici artığını, sağlayıcının [satıcının] kabul etmeye hazır olduğu en düşük tutar (*willingness to accept – WTA*) ile arasındaki fark ise üretici artığını oluşturur. Bu ikisinin toplamı, sözleşmenin yarattığı artık değer (*total surplus*) veya toplam refah olarak adlandırılır." Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku**, s.18.

[113] Posner, "The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication", s.489.

mutluluğun bariz biçimde kendiliğinden arttığını, hipotetik piyasalarda ise gönüllü değil fakat dolaylı ve şartlı yoldan bunun gerçekleşebildiğini ifade eder. Örneğin insanların istenci dışında gerçekleşmiş olaylar neticesinde oluşan ekonomik değişimler, ki haksız fiiller ve hatta konusu suç teşkil eden eylemler, hipotetik piyasalar meydana getirir. Bu tür değişimler sonrasında yaşanacak zenginlik transferleri, dolaylı olarak, tazminat ve ceza şartlarının gerçekleşmesi vesilesiyle meydana gelir[114]. *Eylem* bazında hipotetik piyasaların açıklanışı bu olmakla birlikte, *kişi* bazında da hipotetik piyasa konusu olarak doğmamış çocukların piyasa işlemleri üzerindeki etkisi gösterilir[115]. Posner, hipotetik piyasa tanımıyla düşünme evrenini "gönüllü" mübadele işlemleri ile sınırlamadığını göstermektedir ve bu genişlemeci piyasa kavramı vesilesiyle, bir nevi Beckerci çizgiyi sürdürdüğü ve ekonomik analizi tüm hukuki alana uygulama gayesi güttüğü de pekala söylenebilir.

Gönüllü mübadelenin piyasanın toplamı açısından verim ve etkinlik doğuracağı tezinin bir başka ifadesi de ekonomik varlıkların, serbest piyasa süreci içerisinde onlara en fazla değer verenlerin elinde toplanacağıdır[116]. Hukuki açıdan bu ilke, hakların tahsisatı meselesi kapsamında da geçerlidir. Posner'ın deyimiyle, "bir işçinin emeğini satma hakkı yahut bir kadının cinsel partnerini belirleme hakkı ardındaki ekonomik neden budur."[117] Dolayısıyla Posner'a göre bir toplumdaki zenginliğin artışı, o toplumdaki kaynakların ve malların, onlara en fazla değeri biçenlerin elinde toplanmasıyla mümkün olur[118].

---

[114] Yale Okulundan Calabresi ve Melamed ise, hakların korunması hususunda mülkiyet kullarının ve sorumluluk kurallarının vasıta olarak işlev görmesini izah ederken benzer bir yaklaşım sergiler. İlki gönüllü işlemler yoluyla hakların transfer edilmesini güvenceye alırken ve çoğunlukla daha etkinken, ikincisi bu yol mümkün olmadığında devlet müdahalesini devreye sokarak transferi gerçekleştirir. Bkz. Guido Calabresi, Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules And Inalienability: One View of The Cathedral", **Harvard Law Review**, Vol.85, No.6, 1972, ss.1089–1128, s.1106-1110; Ayrıca bkz. ve karş. Ratnapala, **Jurisprudence**, s.253; Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", s.9.

[115] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.157.

[116] Posner'a göre, *ekonomik değer,* bir kişi bir şey için ne kadar ödeme yapmaya razıysa odur. Ya da o kişi zaten o şeyin sahibiyse, onu ne kadara elinden çıkarmaya razı olursa odur. Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.11

[117] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.125.

[118] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.152.

2.2.1.1. Pozitivizm

Posner bir pozitivisttir. Klasik doğa bilimleri ve sosyal bilimler ayrımında bilim kavramının arkaplanına dair "açıklama" ya da "anlama" meselesinin ağırlıklı olarak "açıklama" tarafında durur. Onun bu bilimsel pozitivizminin hem *ekonomik pozitivizm* hem de *hukuki pozitivizme* uzanan sarkaçları vardır[119]. Ekonomik pozitivizm bakımından Chicago Okulu'nun pozitivist tümdengelimci düşünce karakterinin bir takipçisidir[120]. Hukuk kuramına yansıyan pozitivizmi ise hukuka ahlaki/metafizik zemin bulma çabalarını eleştirisinde, bunları bilimselliğin dışına iterek felsefe alanına bırakışında ve hukukun ekonomik analizini esas itibarıyla pozitif analize dayandırma iddiası ya da uğraşında görünüm kazanır[121].

Posner, ekonomi bilimindeki köklü pozitif/normatif ayrımına[122] benzer şekilde, hukukun ekonomik analizini de pozitif ve normatif analiz olmak üzere iki boyuta ayırır. *Pozitif Analiz*, nesneleri oldukları gibi açıklarken, *normatif analiz* "olan"ın tespiti üzerinden "ne yapmalı"nın cevaplarına dönük çıkarımlar üretir[123]. Pozitif analiz, ekonomi biliminin araçlarını kullanmak suretiyle spesifik bir hukuk kuralının, tanımlanmış amacına uygun olup olmadığının tespitidir[124]. Normatif boyut ise, tüm tekil pozitif araştırmaların üzerinde hukuk kurallarına ve genel olarak hukuka bir amaç yükler ve bu amaca uygun olup olmadığının değerlendirmesini yapar. Pozitif analizde, bir *değer yargısı bildirilmeksizin*, yani incelenen hukuk

---

[119] Todd J. Zwycki, Anthony B. Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Review**, Vol.93, 2008, ss.559-603, s.559; Hylton, "Law and Economics versus Economic Analysis of Law", s.4.

[120] Engle, "Law and Economics", s.33.

[121] Domnarski, **Richard Posner**, s.4;

[122] Ekonomide normatif ve pozitif ayrımı, açık bir biçimde ilk olarak John Maynard Keynes'in babası John Neville Keynes tarafından 1890 yılında *The Scope and Method of Political Economy* isimli eserinde yapılmıştır. Ama bu isimlendirme ile olmasa bile benzer bir ayrım J.N.Keynes'in öncesinde Nassau Senior ve John Stuart Mill tarafından da yapılmıştır. Bkz. Demir, **İktisat Metodolojisi**, s.46-47.

[123] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.21.

[124] Örneğin "kiracıyı korumak" amacını gözeterek yapılmış (yani korumacı ve dağıtıcı adalet esasına tabi) bir yasa ile bir konutun bakım ve temizlik giderleri mülk sahibine (kiralayan) bırakılmış ise, ekonomik analiz bunun olası neticelerini "büyük sayılar kuralı" doğrultusunda ortaya koyarak, örneğin söz konusu giderlerin kâr arttırmak amacında olan kiralayanlar tarafından konut kira ücretlerine yansıtılabileceği ve dolayısıyla genel olarak kiraların yükseleceği ve düşük gelirli insanların kiralık ev bulmakta güçlük çekeceklerini ortaya koyabilir ve aslında söz konusu yasanın hiç de amacına uygun netice vermeyeceğini ileri sürebilir. Örnek için bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analiz**, s.17-20. Ayrıca bkz. Murphy, Coleman, **Philosophy of Law**, s.181-2.

normunun bir değer ölçüsünde "iyi" yahut "kötü" olduğu söylenmeksizin, o hukuk kurallarının insan davranışı üzerindeki etkileri ve bunun toplumsal yansımalarının empirik testi yapılır ve açıklayıcı çıktılar üretilir. Normatif analiz ise son tahlilde yasakoyucu veyahut norm oluşturma sürecine sistemik katkısı oranında yargıç tarafından hukukun amacı olarak addedilen ölçütün kendi faaliyet sahalarında bir değerlendirme ölçütü olarak ele alınıp uygulanması ile alakalıdır[125]. Örneğin mevcut kusur ve kusursuz sorumluluk kurallarının kaza sayısı üzerindeki etkisinin ortaya çıkarılması pozitif analizin konusunu oluşturur. Sorumluluk hukuku, eğer kazaları azaltıyorsa, "iyi" değer yargısıyla değerlendirilir; ki bu ve bu yönde *ex ante* öneriler konuya normatif yaklaşım şekilleridir[126].

Kuralların etkisinin pozitif testi ve saptanışının ötesinde, mevcut yapıyı "iyi" ve "arzu edilir" gibi değer yargılarıyla değerlendirme anlamında normatif analiz, genellikle pozitif analiz de içerir[127]. Posner da normatif önermelerin ardına pozitif analiz yerleştirme gerekliliğini belirtmesi itibariyle pozitivist bakış açısını açığa vurur. "İyi"-"kötü" gibi değerlendirmeler illa ki normatif bir ölçüte göre yapılır; hukukun ekonomik öğretisinin normatif bir ölçüt olarak sunduğu ise *Etkinlik* [128] (*efficiency*) kavramıdır. Ekonomik açıdan etkin ve verimli çıktılara işaret eden bu kavramın açılımı mahiyetinde telaffuz edilen başkaca kavramlar olarak "servet/zenginlik maksimizasyonu" (*wealth maximization*) ve refah maksimiziasyonu (*welfare maximization*) kavramlarına da öğreti içerisinde sıklıkla rastlanılmaktadır[129]. İleride detaylarına gireceğimiz üzere, Posner'in bu hususta seçtiği kavram servet/zenginlik maksimizasyonudur.

---

[125] Murphy, Coleman, **Philosophy of Law**, s.182.
[126] Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", s.4.
[127] Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.27. Aksi görüş olarak, normatif analizin bir değer yargısına yaslandığı ve pozitif analize eşlik etmek zorunda olmadığı fikri için bkz. Buchanan, "Good Economics – Bad Law", s.485.
[128] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.3; Murphy, Coleman, **Philosophy of Law**, s.181; Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.20;
[129] Bu noktada zenginlik ile refah arasındaki fark basit bir kelime seçimi farklılığı değildir. Arkaplanında ideolojik tutumlar söz konusudur. Refah devleti ve refah iktisadı ile kavgalı bir camia olan Chicago çevresiyle yakın ilişkisi, Posner'ın bu kavramları bilinçli tercih ettiği fikrini uyandırmaktadır. Refahçı (*welfarist*) anlayış ile kavgalı bir iktisatçı refah kavramını kullanmak yerine zenginlik kavramını tercih ederken kastettiği maksimizasyon, muhakkak ki topluma yayılımı olan dağıtımcı (*distributive*) bir zenginlik değildir.

Normatif çıktıların ardında gerekli gördüğü pozitif analiz nedeniyle Posner'in pozitivizminin altında bilimsellik ve nesnellik vurguları bulunmaktadır. Kendisini açıklayıcı (*explanatory*) ve kestirimci (*predictive*) bir surette takdim etmesine olanak yaratan bu pozitif boyut, onun hukukun ekonomik analizini değer açısından nötr (*value-neutral*) bir fikrî zemine sahipmiş gibi betimlemesinde de görülür. Bu yüzden analizin, sadece ve iddia edildiği gibi liberal düşünceyle değil, muhafazakar ve sair ideolojik içeriklerle de barışık ve uyarlanmacı olduğu belirtilir[130]. Bununla birlikte analizin teorik zemininin teşekkülünde benimsenmiş kavramsal dağarcıktan (örneğin, *refah* yahut *fayda* gibi kavramlar yerine *servet* gibi kavramların seçiminden) tutun da, daha pek çok açıdan bu iddianın sahihliği pek tabii ki sorgulanmaya açıktır[131].

Posner'in pozitivizminin bir başka boyutu onun, hukuk ve ahlak ayrımına dair görüşlerinde kendini gösterir. Ahlak teorisi içerisinde kendi pozisyonunu *"pragmatik etik şüphecilik"* olarak adlandırır ve bunun metaetik bir bakış açısı olduğunu belirtir. Buna göre, ahlak yereldir, görelidir, oluşumu itibariyle tarihsel ve kültüreldir; evrensel değildir; ayrıca çekişmelidir; yani hiçbir ahlaki görüş bir diğerinden hiyerarşik bakımdan üstün değildir. İşte bu nedenlerden ötürü de ahlak hukuka temel yapılamaz. Yargı kararlarının ahlaki temellendirilmesi bu yüzden hukukun sübjektivizme emanet edilmesinin bizzat kendisidir[132]. Ayrıca Posner hukuk-ahlak ayrımını, hukukun asgari nesnelliğinin temini amaçlı savunur. Zira modern toplumda ahlaki alan son derece heterojendir, çoğulluk arzeder. Ayrıca adalet ve hakkaniyet gibi ahlaki kavramlar bu yüzden *ad hoc* özellik de taşır ve nesnel bir içerikten yoksundurlar. Dolayısıyla hukukun bu çoğulluk ve belirsizlik üzerinde temellendirilmesi mümkün değildir[133]. Bu yüzden Posner hukuka ahlaki bir temel bulma işiyle ilgilenmez ve bu husus onun doğal hukuk eleştirisinin merkezini oluşturur[134]. Özellikle ABD gibi ahlaki kabuller açısından çoğulluk ve heterojenlik

[130] Bu konuda Posner'dan aktarımlar yapan: Fink, "Post-Realism, or Jurisprudential Logic of Late Capitalism", s.933, dn.12.
[131] Benzer kuşkuları yansıtması dolayısıyla bkz. Martha C. Nussbaum, "Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis and Nicholas Mercuro), Routledge, London and New York, 2015, ss.16-31, s.17.
[132] Bkz. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.ix, 7-8.
[133] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.360.
[134] Richard Posner, "Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", **Arizona State Law Journal**, Vol:29, 1997, s.377-388, s.383; Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.457-8.

arz eden toplumlarda pragmatizmin nihai arabulucu (*ultimate arbiter*) olduğunu savunur[135].

Posner, hukuki pozitivizmin en kaba haliyle hukuku, arkasında devletin zor gücü bulunan bir buyruğa bağlı tanımlamasını eksik bulur. Onun hukuku tanımlayışında buyruk kuramına hukuk devletine özgü üç unsur eşlik eder. Buna göre hukuktan bahsedebilmemiz için ortada *(i)* bir buyruk olmasının yanı sıra, bu buyruğun *(ii)* eşit konumdakilere eşit muamele etmesi, *(iii)* umumi ve *(iv)* usulî bir çerçevede tatbik edilmesi gerekir[136].

Hukuki pozitivizmin, yetkilendirilmiş bir otoritenin buyruklarını hukuk olarak görmesi itibariyle, hukuk düzeni içinde tarihselci, interdisipliner ve karşılaştırmalı çalışmalara yer bırakmayacağı düşünülebilir; bu nedenle haliyle hem pragmatizme hem de ekonomik analize kapılarının kapalı olduğuna ilişkin bir görüntü vermesi son derece mümkündür[137]. Oysa Posner, ilginç bir biçimde, hukuki pozitivizmin en önde gelen isimlerinden biri olan Hans Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nın ekonomik analize açık kapı bıraktığını iddia etmiştir[138]. Hatta bunu liberalizm tartışmaları kapsamında Kelsen'e hücum eden Hayek'i alaşağı eder şekilde yapar. Bir Chicago dostu klasik liberal Hayek'in Kelsen'e yönelttiği eleştirileri değerlendirmesinde Posner açık bir şekilde Kelsenci tarafta yer almıştır. Fakat hukuk üzerine interdisipliner çalışma sahasına ılımlılığı Kelsen-Hayek bağlamında değerlendirirken Posner'in bu interdisipliner sahanın gerekliliğini salt ekonomik analizi buyur edici bir biçimde kurguladığını görmek zor değildir. Bu yargıyı, onun hukuk felsefesine ve hukuk sosyolojisine dair bakış açısını yansıttığı eserlerinden çekip çıkarabilmek mümkündür.

Posner'ın pozitivizme yakın duruşuna dair bahsedilmesi gereken son hususu da işte bu konu oluşturur; O, pragmatizmi hukuk felsefesinin, ekonomik analizi ise hukuk sosyolojisinin önüne koymuştur. Bu doğrultuda Posner, pragmatist

[135] Posner, "Norms and Values in The Economic Approach to Law", s.13.
[136] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.242.
[137] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.52-53.
[138] İleride Hayek bölümünde detaylandıracak olduğumuz bu eleştirinin kaynağı şu makaledir: Richard A. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol.1, No.0, 2005, ss.147-166; Ayrıca bkz. Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.52-53.

düşüncenin dışında tüm felsefeyi, işe yarar neticelere varamayan spekülatif tartışmalar yığını gibi gören ve bu açıdan radikal diyebileceğimiz bir bakış açısına sahiptir. Bu bakış açısı, pek tabii pragmatizmin metafiziği ve kesinlik arayışlarını reddeden doğasının felsefi çıkmazları ve soru işaretleri ile hemhal vaziyettedir. Hukuk sosyolojisinin zayıflığını ise, onun normatif gücünün ekonomik analize göre çok daha düşük olduğundan bahisle ortaya koymaya çalışır. Başta Weber olmak üzere, hukuk sosyologlarının hukuk araştırmalarına yapmış oldukları öncü katkıları reddetmez. Bununla birlikte, hukukun işlerliği açısından sosyologların piyasa üzerine yaptıkları araştırmalar, Posner'a göre, ekonomistlerin ve ekonomist zihniyetli hukukçuların daha güçlü araç ve argümanlar eşliğinde yaptıkları çalışmaların gerisinde kalmıştır[139].

2.2.1.2. Hukuki Pragmatizm

Amerikan felsefesinin sahiplenip kendi karakterini ciddi ölçüde üzerine kurmuş olduğu iddia edilen pragmatizm, Posner tarafından da benimsenmiş ve onun düşünce dünyasını -pozitivizmi de aşacak ölçüde- şekillendiren ana etmenlerden biri haline gelmiştir. Bugün pragmatizmin hukuk düşüncesinde yeri sorgulandığında karşılaşılacak ilk isimlerden biri Posner'dır.

Pragmatizmin, Posner'dan önce de, Amerikan hukuk kuramını ciddi boyutlarda etkilediğini görürüz; Oliver Wendell Holmes Jr. ve Benjamin Cardozo gibi ünlü yargıçlar, akademik dünyadan Roscoe Pound gibi önemli hukuk düşünürleri ve Hukuki Realizm, Sosyolojik Hukukbilimi ya da Eleştirel Hukuk Çalışmaları gibi ekollerin bir şekilde pragmatizmle teması olmuştur[140]. Posner da eserlerinde pragmatik düşünme karakterini överek, bunun aslında hukuku, hukuk akademisine sinmiş klasik-dogmatik hukukçu bakış açısından daha iyi kavrayıp açıkladığını iddia eder. Posner pragmatizmin Amerikan hukuk dünyasına etkisini şu şekilde över: "Pragmatizm, Amerikan yargı *ethos*'unun en iyi tarifidir ve aynı

[139] Richard A. Posner, "The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol.2, 1995, ss.265-278, s.273.

[140] Holmes ve Cardozo'nun pragmatik hukuk düşüncesini içeriklendirmeleri ve bunların pragmatizmin felsefi kaynakları ile temasını içeren daha geniş bir değerlendirme için bkz. Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", ss.449-478. Holmes ve Cardozo'nun yaklaşımları ile Posner'in "yeni" pragmatik hukuk düşüncesinin karşılaştırmalı bir incelemesi olarak bkz. Dülger, "Hukuki Pragmatizm", ss.96-128.

zamanda yargısal performansı arttırmanın en iyi rehberidir, böylece yargısal rolün olgusal olduğu kadar normatif açıdan da en iyi teorisidir".[141] Çünkü pragmatizm ilgili olduğu sorunlara "somut, tecrübi ve illüzyonsuz bir biçimde, insan aklının kısıtlılıklarının, insan bilgisinin darlığının, kültürler-arası transfer olanaklarının güçlüğünün, hakikate erişilemezliğin, bir araştırmada farklı araştırma yollarının açık tutulmasının sonuçsal öneminin ve söz konusu araştırmanın toplumsal ve kültürel bağlılıklarının farkındalığıyla ve herşeyin ötesinde toplumsal düşünce ve eylemlere *kendinde amaçlar* olarak değil de kıymet biçilmiş beşeri amaçların vasıtaları olarak kıymet biçilerek" yaklaşmakta ısrarlı olmuştur[142]. Posner'in tarifiyle pragmatizm;

> [Ö]zcü (*essentialist*) olmaktan ziyade, *pratik* ve *araçsalcı [instrumentalist]* bir yaklaşımdır; neyin işlediği ve neyin kullanışlı olduğu ile ilgilenir, o şeyin gerçekte *ne* olduğuyla değil. Bu yüzden ileri-bakışlıdır [*forward-looking*]; devamlılığı/süreğenliği 'geçmiş' ile değerlendirir ve geçmişe ise yalnızca şimdinin ve geleceğin problemlerinin üstesinden gelebilmemize yardımcı olduğu ölçüde değer verir.[143]

Posner, hukuki pragmatizmin esasen "günlük pragmatizmi" (*everyday pragmatism*) kullandığını, bunun "felsefi pragmatizm" ile ilgili olmakla birlikte, birebir aynı şey olmadığını söyler[144]. Posner'ın tanımlamasıyla *günlük pragmatizm*: soyut teoriye sahip olmayan, hedef odaklı ve insanın çeşitli değerlerine ve ideallerine kolaylıkla adapte olabilen, yeniliklere açık, zıtlıkları uzlaştırabilen, ilke olmaksızın politika üreten ama bu politikliği kamu düzeni içinde düşünerek olasılıklardan en iyi olan seçeneğe yönlenme biçiminde düşünme ve eylem tarzıdır[145]. "Günlük pragmatizm" ifadesiyle hukuki akıl yürütmede formalizmi reddeden (*anti-formalism*) bir anti-temelselcilik (*anti-foundationalism)* biçiminin yanı sıra sorunları çözmede sağduyuya (*common sense*) başvurmayı da ifade etmeye çalışır[146]. Posner'in sağduyuculuğu yumuşak da olsa bir tür konvansiyonalizme kapı aralar, ancak yargıca

---

[141] Posner'dan aktaran: Michael Sullivan, Daniel J. Solove, "Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism", **Yale Law Journal**, Vol.113, 2003, ss.687-741, s.688. (Bundan sonra kısaca: "Richard Posner and Legal Pragmatism")
[142] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.465.
[143] Posner, **Overcoming Law**, s.4.
[144] Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.227-228.
[145] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.50-51.
[146] Sullivan, Solove, "Richard Posner and Legal Pragmatism", s.689; Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.227-228.

yüklediği ilave sorumluluklar, bilhassa da etkinlik hususunda ekonomik uzanımları olan analiz yapma gereksinimi, bu konvansiyonların katı halde tutulmasından ziyade pragmatik gelişimlerine katkı sunar ve imkân tanır.

Posner, çeşitli eserlerinde pragmatizmin hukukta kullanımına dair sunduğu içeriği aydınlatmaya çalışır ve bu içeriğin unsurlarını sayarken konunun belli başlı kavramlar çerçevesinde şekillendiğini görürüz. Örneğin *The Problems of Jurisprudence* isimli kitabında özleri itibariyle ontolojik, epistemolojik, gelenekçi ve hermenötik hukuk teorilerinin karşısında Hukuki Pragmatizmi savunan Posner, söz konusu diğer teorilerin hukukta belirliliğin ve özellikle de nesnelliğin temininde başarısız olduklarını iddia eder. Bu noktada hukuki pragmatizm Posner tarafından üç temel özelliği dolayısıyla nesnellikte başarı getiren bir yaklaşım olarak sunulur: *(i)* Anti-temelselcilik, *(ii)* Sonuçsalcılık, *(iii)* Anti-formalizm.

Posner "*What Has Pragmatism Offer to Law?*" başlıklı makalesinde ise hukuki pragmatizmin esaslı unsurlarını şunlar olarak sıralar; *(i)* pragmatist felsefenin hakikat ve gerçeklik gibi metafizik kavramlara inançsızlığını benimseyip sürdürmek, *(ii)* sonuçları ile test edilen önermelerin kullanımını (sonuçsalcılık - *consequentalism*) savunmak, *(iii)* katı bir objektivite fikrine bağlı olmaksızın beşeri ihtiyaçlar üzerine kurulu hukuki tasarımlarda ısrarcı olmak[147]. Dolayısıyla iki eserinde de ifade ettiği temel unsurlar birbirleriyle örtüşen unsurlardır.

Sonuçsalcı ve anti-temelselci düşünüşün, klasik felsefi pragmatizmin Posner'in hukuki pragmatizmine doğrudan katkıları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Sonuçsalcılık, pragmatizmin, felsefi sorunları metafizik tartışmaların çıkmaz sokaklarından kurtarma uğraşının bir görünümüdür. İki farklı kavram yahut iki zıt fikirden birinin yahut öbürünün kabul edilişi durumunda, seçimlerin ikisi de aynı sonucu verecekse, örneğin ikisi de bizi metafizik bir çıkmaza sokuyorsa, ikisinin de pragmatizm açısından hiç bir anlamı yoktur. Pragmatizm, seçimlerin olası sonuçları üzerinden ilerlemeyi benimser. Ve o olası sonuçlardan, bizi daha ileri ve gelişkin sonuçlara ulaştıracak gibi gözükeni, yani pragmatik adımlar atabilmemize olanak

[147] Richard A. Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", **Southern California Law Review**, Vol.63, 1990, ss.1653-1670, s.1660-1.

tanıyanı (araçsal doğruyu) seçmeyi önerir[148]. Hata yapmak önemli değildir, deneme-yanılma süreci pragmatizmin dışladığı bir süreç değildir.

Klasik felsefi pragmatizmin anti-temelselci (*anti-foundationalist*) karakteri Posner'ın pragmatizminde de açık şekilde hissedilir. Bu ise kendini iki ana sorun ekseninde açık ve net bir biçimde gösterir. İlki, hukukun temelinin ahlakta aranmasının boşunalığı ve hataları üzerinedir. Bunun gerekçelendirmesini ise Posner (onun pozitivizmini konu alan başlık altında zikrettiğimiz üzere) "pragmatik etik şüphecilik" ile yapar. Diğer ana sorun ise, "kuralların soy testi" meselesidir. Bu minvalde Posner'ın hukuki pozitivizmin genel kabullerinden pragmatizm cenahına ne derece koptuğunu da görebiliriz. Genel olarak hem pozitivizm hem de formalizm açısından, meşru kökeni belirlenemeyen bir hak yahut yükümlülükten bahsedilemez[149]. Oysa pragmatik bir hukuk teorisi bu tip bir soy araştırmasını, ileriye dönük -*ex ante*- bir fayda sağlamadığı sürece, gereksiz görür. Bunun, felsefi pragmatizmin ilerlemeci karakteriyle de ilgisi vardır; düşünce ve düşüncenin ilerlemesine vesile olmadığı sürece, düşüncenin temeli ile ilgili spekülasyon yapmak pragmatizme göre düşünme edimini köreltir.

Posner, hukuki pragmatizmin karakteristik özelliklerinden birinin deneyimselcilik (*experimentalism*) olduğuna işaret ederken, bu noktada da onun gene pozitivizmin geleneksel karakterinden ayrıldığını görürüz; "bir pozitivist hukukçu hukukun otoriter [kaynaklarına] daha fazla ağırlık verirken, bir pragmatist hukukçu ondan ziyade vakalara ağırlık verir" ve Posner'ın deyimiyle hukuki pragmatizmin en kısa ve öz tarifi de budur.[150]

> İdrak [*intelligence*], çevreye uyarlanmacıdır, yani ona nihai hakikatlere giden yolu bulabilmek açısından bir araç diyemeyiz; bu sebeple pragmatistler en iyi araştırma metodunun deneyimsel [*experimental*] metot olduğuna inanırlar. Bu da, fiziki ve toplumsal çevremiz hakkında en iyi biçimde öngörü oluşturup onu kontrol edebilme yolunu bulabilmemiz açısından denenebilecek tüm yolları bir şekilde denemek demektir. Deneyimselciliğin

[148] Karş. William James, **Pragmatizm**, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim Yay. 2015, İstanbul, s.68; Ayrıca bkz. Dülger, "Hukuk, Evrim ve Pragma", s.456.
[149] Posner, "Pragmatic Adjudication", s.4; Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law?", s.1663-4.
[150] Posner, "Pragmatic Adjudiaction", s.8.

> söz konusu modeli, bariz bir biçimde *doğal seleksiyon* olmuştur, bu da bir nevi deneme yanılma sürecidir. Doğal seleksiyonun bir teleolojisi yoktur, keza deneyimselciliğin de hakikati keşfetmek konusunda reçete yazdığı söylenemez. […/…] Pragmatizm de neticeleri önceden salık vermez[151].

Posner, pragmatizm bağlamında kesinlikçi düşüncelere karşı şüpheciliğe ve yanılabilirciliğe (*fallibilism*) eserlerinde sıklıkla vurgu yapar[152]. Bunun altyapısında *pragmatik doğruluk* kavrayışı bulunmaktadır. Pragmatist felsefede bilginin ve buna bağlı olarak önermelerin doğruluğunun daimi bir evrim hali içinde olduğu kabul edilir[153]. Bu "sürekli oluş" kavrayışı dolayısıyla zaman ve mekan dışı bir doğruluk anlayışından söz edebilmek güçtür ve bu yöndeki iddialara karşı şüpheyle yaklaşılır[154]. Ancak Posner, yine de hukuki pragmatizmin esas olarak yanılabilircilik (*fallibilism*) ile uyuştuğunu, şüphecilik ve görecilik (*relativism*) ile çok daha sınırlı bir uyuşma alanına sahip olduğunun altını çizer[155]. Zira pür şüphecilikle hukuk gibi pratik bir alanda bir adım bile ileriye atılamayacağı malumdur. Dolayısıyla, esas olan, sarsılmaz birer doğru olarak lanse edilen ve yaratıcı düşünce üzerinde baskı oluşturan her türlü kalıplaşmış düşünceye karşı şüpheli tutum alabilmektir, ileriye gitmek üzere atacağımız her adımın doğru adım olup olmadığından şüphe duymak değil... Sarsılmazlık atfedilen kanaatler de sarsılabilir. Ahlaki alanda birbiriyle kıyas edilemez değerlerin bir arada olduğu bir toplumda yargıcın sarsılmaz kanıları ile diğer insanların sarsılmaz kanıları pekala uyuşmayabilir. Bu yüzden, verilen yargı kararlarında onların toplumca benimsenmesinin dikkate alınması açık bir gereklilik olduğu için, kararlara temel oluşturan kabullere katiyet/sarsılmazlık addedilmesi fayda sağlamayacaktır[156].

Pragmatist ilerlemecilik, Amerikan hukukunun önemli bir yapısal unsurunu problematik hale dönüştürür: Emsal kararlara bağlılık. Posner'a göre yargıç, devamlı surette, ileriye dönük öngörüye dayalı (*forward-looking, ex ante*) bir bakış açısına

[151] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.9.
[152] Örneğin bkz. Posner, "Pragmatic Adjudication", s.20; Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s. 3-17, 228.
[153] Ayrıca Posner pragmatizmde Peirce'den süregelen bir yanlışlamacı (*falsificationist*) bilim anlayışının hâkim olduğunu söyler, hatta Peirce'nin yanlışlamacılığı ile Karl Popper'inkinin benzerliğine dikkat çeker. Bkz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.464.
[154] Posner, **Law, Pragmatizm and Democracy**, s.72.
[155] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.7-8.
[156] Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.259..

sahip olmalı ve yargılama işlevini bu bakış açısı doğrultusunda yürütmelidir. Bu yüzden emsale uyup uymama konusunda pragmatist yargıç gözü kapalı davranmaz, ileriye dönük olumlu kazanımlar söz konusuysa emsali reddedebilir, fakat sadece konjonktürel bir kazanım için hukuki belirlilik alt üst edilecekse de emsale uymamazlık etmez, uyar[157]. Bu yüzden Posner'ın deyimiyle, bir pragmatist açısından emsale bağlılık bir politikadır, vazife değildir[158]. Kesinlikçi düşünceye itirazı ile bu *ad hoc* yargılama mantığı birleştirildiğinde, Posner'in hukuk kuralı tarifi de daha anlamlı hale gelir:

> Çoğu kez hukuk kuralları, muğlak (*vague*), açık uçlu (*open-ended*), belli belirsiz biçimde temellendirilmiş (*tenuously grounded*), yüksek derecede çekişmeli/tartışmalı (*highly contestable*) ve 'değiştirilebilir'den de öte sıksık değiştirilmiş/biçimi bozulmuş (*not only alterable but also frequently altered*) haldedir. Bu yüzden bir yargıcın bakış açısından onlar emir yahut düzenden (*order*) ziyade, uygulama yahut rehbere benzerdirler [159].

Dolayısıyla hukuk, ister pozitif yazılı kaynaklardan isterse emsal kararlardan çıkarılmış olsun, hukuk kurallarının başlı başına belirlemiş olduğu bir yapıdan ziyade, pragmatik olarak sürekli değiştirilen ve evrilen bir içerikten ibarettir. Bu noktada esas belirleyici kritik konumu yasamaya değil, yargıya ait gören Posner, Holmesvari bir tutumla hukukun mantıki gerekçelendirilmesinin karşısına deneyimciliği, formalizmin karşısına pragmatizmi konumlandırır;

> Kabaca, hukuki pragmatizm bir şekilde felsefi pragmatizmle nasıl örtüşüyorsa, hukuki formalizm de Platonizm ve ortodoks felsefi gelenekle öyle örtüşür. Hukuki formalizmin vurgu yaptığı kavram *mantık* iken, hukuki pragmatizmin vurgusu *deneyim*edir. Formalizm hukukun siyasal-ideolojik bileşenlerini reddetme anlamına gelirken, anti-formalist yaklaşımlar formalizme yönelik iki iddianın arasında birşeyler söylerler; ilki formalizmin hukuki karar vermede etkili olan politik saikleri örten sahte bir yaklaşım

[157] Posner, "Pragmatic Adjudication", s.8.
[158] Posner, **Overcoming Law**, s.4.
[159] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.455.

> olduğu şeklidedir, diğer iddia ise formalizmin kötü kararlar ürettiği şeklindedir.[160]

Posner *pragmatist* ve *sonuçsalcı* bakış açısını da hukuki yorum faaliyetini tanımlarken gözler önüne serer:

> Yorum, görünürdeki şeyin bir metin olduğunun yalnızca hatırlatıcısıdır. Yoruma dayalı karar vermenin esası da, alternatif kararların neticelerinin göz önünde bulundurulmasıdır.[161]

Buna göre sonuçsalcı bir biçimde önündeki davaya bakan yargıç, uygulayacağı kuralların ve yapacağı yorumların muhtemel sonuçlarını birbiriyle karşılaştırır ve pragmatist bir bakış açısına sahipse, pragmatik açıdan *en iyi* sonuca yönelir[162].

> Bir pragmatist, örneğin, insanın özgür iradesi vardır önermesinin bir hakikat olup olmadığını soruşturmaz, bu önermeyi kabul etme yahut reddetme durumlarımızda *bizim için* ne neticelerin ortaya çıkacağını soruşturur. Bu nedenle pragmatist ileriye-bakışlıdır ve anti-gelenekselcidir.[163]

Posner'in hukuki yorum üzerine düşüncelerine pragmatizmin önemli derecede etkisi bulunmaktadır. Formalizmin hukukta yorumu, mantıkî bir uğraş olarak görmesine dair Posner, (Holmes-Cardozo çizgisinde) karşıt bir konum edinir. Formalizm, var olan kuralların içine hukuki kavramları hapsederek kuralları değiştirilemez bir yapıya büründürüp küflendirir. Devamlı değişim halindeki sosyal ihtiyaçların karşılanması konusunda hukuka yüklenen işlevi, söz konusu kavramlara bağlılığın gerisine atar. Oysa yorumun sınırları "kavramın faydası şüphenin kıyısına vardığı" andan itibaren genişleyen (*expansive*) bir niteliğe bürünür[164]. Pragmatik

[160] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.19.
[161] Posner, **The Problems of Jurisprudence,** s.460.
[162] Posner "en iyi" kriterini, "pratik akıl", "makuliyet" ve "etkililik" kriterleriyle birlikte pragmatik yargılama kriterleri olarak belirtir. Kimi yazarlar "en iyi" kriterini sübjektif bir değerlendirmeye açık bulup açık bir standart oluşturmadığı için eleştirmektedirler, kimileri ise Posner'ın bu kriterle refah maksimizasyonunu ifade ettiğini savunurlar. Tartışma için bkz. Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.89.
[163] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.6.
[164] Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1664.

yorum, bu yüzden yorum alternatiflerinin sonuçları üzerinden fikir yürüterek, en iyi sonucu elde etmeyi hedefler[165].

Posner'in pragmatizmi ile hukukta ekonomik düşüncenin kullanımı üzerine düşünceleri pek çok noktada birbiriyle örtüşmektedir. Pragmatizmin devreye soktuğu sonuçsalcılık (sonuçlara bakarak en iyi seçeneğe yönelme) ve daima geleceği gözeten ve ileriyi hedefleyen (*ex ante*) düşünce yapısı, bu örtüşme noktalarından en belirgin olanları olarak öne çıkmaktadır..

2.2.2. Hukukun Ekonomik Analizi

2.2.2.1. Hukukun Fiyat Teorisi

Hukuku ve temel hukuki kavramları ekonomik açıdan tanımlamak, bir ekonomik dil kullanımı örneğidir. Aşağıda açıklanacağı üzere Posner, yasa, mahkeme kararı ve emsal karar gibi temel hukuki kavramları ekonominin diliyle tanımlamış, onları ekonomik lisana tercüme etmiştir. Ekonomik iletişim ise fiyat sinyalleri ile sürdürülür. Dolayısıyla sosyal fenomenlerin ekonominin diliyle tanımlanması ve açıklanması meselesi söz konusu olduğunda fiyat teorisi ve ona bağlı talep, arz ve denge gibi kavramlara sıklıkla başvurulur. Hukukun ekonomik analizi kapsamında Posner'ın hukukbilimine en esaslı katkılarından biri de, fiyat teorisini hukukun pek çok sahasında uygulamasıdır[166]. Onun deyimiyle, *Common law* kuralları, her zaman istenmeyen davranışlara fiyatlar yapıştırmak suretiyle onlardan kaçınma güdüleri üretmiştir[167]. Rekabetçi düzen içinde hareket eden tüketicilerin ve üreticilerin fiyatları nasıl belirlediğiyle ilgilenen Neoklasik mikroekonomi ve fiyat teorisi, bu nedenle, Posner'ın ekonomik analizinin temelidir[168]. Neoklasik fiyat teorisinin iki hipotezi vardır:

(i) *Kaynaklar sınırlıdır,* dolayısıyla ekonomik aktör seçim yapmak mecburiyetinde kalır ve önündeki seçeneklerden birini seçerken aynı zamanda diğerinden vazgeçmiş olur. Vazgeçmeye, fırsat maliyeti

[165] Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1664; Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.460.
[166] Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1132.
[167] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.359.
[168] Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1118.

(*opportunity cost*) denir. Bir bütün olarak seçip-vazgeçme eyleminin kendisine ise *tradeoff* denir.

(ii) *Ekonomik aktör, kaynaklar arasında seçim yaparken, kişisel faydasını, rasyonel olarak, azamileştirecek şekilde davranış gösterir*[169]. Bu noktada talep ve arz yasaları çalışır. Tüketici, kendi faydasını azamileştireceği için, fiyatı azalan ürüne dönük talebini arttırır, fiyatı yükselen ürüne dönük talebiniyse azaltır; bu durumda ya ikame ürünlere yönelir (ikame etkisi / *substitution effect*) ya da satın-alım/tüketim miktarını düşürür (bütçe etkisi / *income effect*) çünkü fiyatlardaki yükselme onun gelirinde görece düşüşe neden olmuştur. Aynı şekilde üretici de kendi çıkarını (kârını) azamileştirme yönünde davranış göstereceği üzere, fiyatı yükselen ürünün arzını arttırır, fiyatı azalan ürününse arzını azaltır.

Kısaca rasyonel fayda maksimizasyonu ve kaynakların sınırlılığı olarak ifade edilebilecek olan bu iki hipotez, Posner'a göre, sadece ekonomik aktörler olmaları dolayısıyla tüketicilerin ve üreticilerin davranışlarını bünyesine almakla kalmaz; aynı zamanda, bir kişinin cezai sorumluluğunu doğuracak bir fiili yapıp yapmaması, bir kişinin yaşadığı bir problemi dava sürecine taşıyıp taşımaması, bir seçmenin yahut milletvekilinin bir adayı yahut yasa teklifini oylayıp oylamaması, bir sürücünün hızlı yahut yavaş araba kullanması, bir yayanın kör cesaretle işlek bir caddeden geçmeye kalkışıp kalkışmaması, bir yargıcın bir vakada kararını ne yönde kullanacağı gibi pek çok meseleyi kucaklamaktadır[170]. Bu seçeneklerin tümünün belli fiyatları vardır ve rasyonel birey hesap ederek seçimini gerçekleştirir. Örneğin mahremiyet bir çeşit "ekonomik mal" olarak tanımlanıp, talep ve arz koşulları altında oluşacak fiyatlandırmalar yoluyla incelenip açıklanabilir. Mahremiyeti *gizlilik* ve *yalnızlık* olmak üzere iki veçhede ele alan Posner, gelir artışı ile birlikte bunlara (özellikle de bireysel tutum ve davranışların müşevviki yalnızlığa) dönük talebin artacağını belirtir. Genel olarak, teknolojik ilerlemeler ve gelirdeki artışlar insanların

[169] Pek tabii ki bu ekonomik aktör kavrayışı içerisinde küçük çocukların ve ciddi biçimde akli melekelerin gerilik olan insanların yeri yoktur. Ayrıca onların davranışları kapsamında da temyiz kudretini ciddi biçimde etkileyen psikoz, alkol ve uyuşturucu kullanımı gibi durumlar söz konusu olamaz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.353.
[170] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.353-4.

özgürlüklerini (özellikle de politik özgürlüklerini) kullanma kapasitelerinde yükselmeler meydana getirse de, mahremiyet konusunda birtakım istisnalardan söz edilebilir. Örneğin, bir teknolojik ilerleme olan internetin kullanım alanının genişlemesiyle beraber, bir mahremiyet meselesi olan kişisel verilerin muhafazası (gizliliği) görece daha da maliyetli hale gelmiştir[171].

Posner'in Learned Hand'den mülhem şekilde hukukun ekonomik analizinde beklenen/umulan (*expected*) fayda-maliyet hesaplarını da çokça kullandığını görmekteyiz. Örneğin, beklenen maliyet hesabı üzerinden haksız fiil yahut ceza sorumluluğu konusuna 1870 yılında vuku bulmuş bir dava üzerinden temas eder: *Eckert v. Long Island Railroad* Davası. Davaya konu olayda kalabalık bir muhite hızını azaltmaksızın ve uyarı işaretleri yapmaksızın yaklaşmakta olan bir tren ve onun güzergahı üzerinde raylarda oyun oynayan üç dört yaşlarında bir çocuk fark eden Eckert, koşup çocuğu kenara fırlatır ama kendisi ölür. Eckert'ın karısı konuyu mahkemeye taşır. Dava sürecinde tren işletmesi kendi ihmali sorumluluğuna, Eckert'in kendini düşünmeksizin hareket etmek suretiyle katılım gösterdiğine dair bir savunma yapar ama mahkeme Eckert'ın kendini kurtarabilecekmiş gibi çocuğu kurtarmaya kalkışmasını yanlış bir hareket değil, bilakis o koşullarda bir görev olarak yorumlar ve tren işletmesinin bu konuda öne sürdüğü argümanı haksız bulur. Posner'in bu kararı yorumlayışı beklenen fayda-maliyet analizi çerçevesindedir. Buna göre o yaşta bir çocuğun Eckert'in girişimi olmaksızın o tehlikeden kurtuluşu daha düşük bir ihtimal olduğu için Eckert'in hareketinde beklenen fayda vardır. Tren işletmesi ise hız kesmeme yönündeki ihmali nedeniyle çocuğun ebeveynlerinin kendilerinden beklenen kurtarma sorumluluğunu azaltmakta ve meydana getirdiği yüksek işlem maliyeti nedeniyle kendisini mecburen Eckert'in kurtarma girişiminin oluşturduğu kaybın giderimcisi haline getirmektedir.[172]

2.2.2.2. Hukuki Kavramların Ekonomik Tercümesi

Posner, hukukçuların salt dogmatik hukuk bilgisiyle kavradıkları hukuki bilginin ekonomik bir bakış açısıyla tahlil edilirse başka türlü kavranabileceğine

[171]Richard A. Posner, "Huxley'e Karşı Orwell: Ekonomi, Teknoloji, Mahremiyet ve Hiciv", (Çev. Aysun Sezen), **Doğubatı (Distopya)**, Sayı:80, 2017, ss.223-254, s.229-230.
[172] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.230-231.

işaret eder. Bu tahlil ve kavrayış ise önemli ölçüde hukuki kavramların ekonominin kavramlarıyla tanımlanışına dayalı şekillenmektedir. Yasa kavramından emsal karara, devlet organizasyonundan mahkemelerin fonksiyonuna dek pek çok temel kavramın fiyat, denge, tekelleşme ve fayda-maliyet karşılaştırması gibi ekonomik düşünce unsurlarıyla bezeli bir biçimde tanımlandığını görürüz.

Posner, ekonomik perspektiften bakıldığında yasama faaliyetinin ürünü olan yasanın (*statute*), pazarlık neticesinde varılan bir anlaşma (*deal*) olduğunu düşünmektedir. Bunun altında, onun yasama faaliyetini çıkar grupları teorisi (*interest group theory*)[173] olarak adlandırılan cepheden kavrayışı yatar[174]. Buna göre, seçmen de seçilen de birer rasyonel tatmin maksimizatörüdür ve yapılacak olan bir seçimin neticesi olarak beklentileri kendi çıkarlarının en yüksek tatminidir. Seçilmiş kişiler de ileriki seçimlerde tekrar tekrar seçilebilmek motifiyle yani yine kişisel çıkar motifiyle hareket ederler; dolayısıyla yasama faaliyeti içerisinde yürüttükleri faaliyetlerde kamu çıkarı odaklı düşünme yerine kişisel çıkar motifleri daha öndedir.

Seçim süreçleri içerisinde seçmenlerin, kendi yaşamsal ihtiyaç ve koşturmacaları arasında, seçimlere dönük bireysel odaklanım, zaman ve efor sarfetme düzeyleri sınırlıdır. Dolayısıyla organize oluşumlar seçim süreçlerinde daha etkin rol alırlar. Çıkar grupları olarak adlandırlan bu organize toplumsal oluşumlar ile seçime katılacak olan partiler ve adayları arasında destek ile vaat koşulları altında yürütülmüş pazarlıklar neticesinde seçimler neticelenir. Dolayısıyla seçimler neticesinde oluşmuş yasama organlarının yasa çıkarma faaliyetlerini birer anlaşma (*deal*) olarak okumak pekala mümkündür. Bu yasalar eliyle, organize olmamış

[173] *Çıkar Grupları Teorisi,* Chicago ve Virginia ekonomistlerinin ortak biçimde benimsedikleri bir teoridir. Regülasyon teorisi içerisinden duhul etmiştir ve iş dünyasının regülasyonlardan doğrudan etkilenmesi nedeniyle yürüttükleri lobicilik faaliyetlerini, regülasyondan sorumlu uzmanları kendi taraflarına çekmeye çalışarak, rant yaratarak ve kollayarak kendilerini karar süreçlerine bir şekilde müdahil hale getirmelerini ilgi konusu yapar. Temel metinler: George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.2, No.1, Spring-1971, ss.3-21.; Richard A. Posner, "Theories of Economic Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.5, No.2, Autumn-1974, ss.335-358; Gary S. Becker, "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", **The Quarterly Journal of Economics**, Vol.98, No.3, August-1983, ss.371-400; Türkçe'de kaynaklar olarak: Coşkun Can Aktan, Yusuf Tuğrul Karaaslan, "Regülasyon Ekonomisi ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi", **Kamu Ekonomisi ve Kamu Politikası**, (Ed.Coşkun Can Aktan vd.) Seçkin Yay., 2.b., Ankara, 2006; Can Türe, **Neoliberalizm Kıskacında Kamu Hizmetlerini Yeniden Düşünmek**, Salyangoz Yay. 2014, İstanbul.

[174] Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1129.

bireylerden organize olmuş bireylere (yani çıkar gruplarına) servet transferleri gerçekleşir[175].

Tıpkı yasa kavramındaki gibi regülasyon kavramına da çıkar grupları bakış açısıyla yaklaşan Posner, onu, çıkar gruplarınca talep edilen ve hükümetçe arz olunan bir ürün (*product*) olarak tarif eder. Bu yüzden regülasyonun *per se* "genel tüketici menfaati" doğrultusunda yapıldığını da düşünemeyeceğimizi söyler. Dolayısıyla regülasyonu tanımlamakta kullanılan ekonomik dilin, kamu yararı kavramını tanımlamakta kullanıldığını da açık bir biçimde görürüz; zira idari regülasyonların amaç unsuru olarak genellikle kullanılan "kamu yararı" kavramı yerine "genel tüketici menfaati" (*general consumer interest*) kavramını kullanır. İdari düzenlemeler, tüketici olarak yeniden tanımlanan vatandaşlara dönük arz olunan ama esas olarak arka planında çıkar gruplarının yer aldığı birer ekonomik üründürler[176].

Posner, devlet organizasyonunun temel yapısını, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını ve bunların işleyişlerini ekonomik bir veçheden tanımlamaktadır. Posner, anayasal yapının ekonomik analizi bahsinde, konuya kuvvetler ayrılığının ekonomik boyutunu açıklayarak başlar; kuvvetler ayrılığı doktrininin yasama, yürütme ve yargıyı ihtiva eden yapısının ve bunun Amerikan yasama anlayışına temsilciler meclisi, senato ve başkanın veto gücü biçiminde uzanışının altında yatan temel hassasiyetin devlette zorlayıcı gücün tekelleşmesini önlemek olduğunu iddia eder[177].

Posner'a göre yasakoyma faaliyetinin *başında olduğu düşünülen* yasama organı, yasa yapmakla "tamamlanmış" bir şey yapmış olmaz. Yasanın yorumlanıp uygulanması gereklidir ve bu uğraş mahkemelerce yerine getirilir. Dolayısıyla yasama organı sürecin başındaki organdır ama yasakoyma faaliyetini tek başına yerine getirmez, başlayıp bitiremez; mahkemeler yasamanın vekilidirler (*agent*) ve kendi faaliyetleri çerçevesinde yasakoyma ediminin devamını gerçekleştirirler. Ayrıca ABD'deki Başkan-Senato-Temsilciler Meclisi'nden oluşan "çok başlı (*multiheaded*)" ve "*tricameralist*" yasama yapısı, çalıştırılması *maliyetli* bir yapı

[175] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.354-355.
[176] Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.339.
[177] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.582-3.

olması dolayısıyla, Kıta Avrupası hukuk sistemlerine nazaran mahkemeleri daha fazla yardıma çağırır; yargıçlar ikili bir vazife üstlenirler: ilki yasama alanına sinmiş olan çıkar grupları anlaşmalarını yani yasaları yorumlamak, ikincisi ise uyuşmazlık çözümü konusunda buyurgan mahiyette bir kamu hizmeti görmek[178]. Bu süreçte yasama eliyle çıkmış yasanın (*statute*), ekonomik veçheden bir anlaşma (*deal*) olması dolayısıyla, daha önceki seçilenler tarafından yapılmış ama güncel anlaşmalar gereği ortadan kaldırılması gereken anlaşmaları (yani yasaları) ilga etmek amaçlı olması muhtemeldir. Yargıçlar ve mahkemeler bu girişimlere kimi zaman yardımcı olur, kimi zamansa direnir[179].

Yasaların halihazırda yapılmış anlaşmalar olarak yorumlanmasının dışında mahkemelerin diğer işlevi olan "uyuşmazlık çözme" biçimindeki kamu hizmetinin (!)[180] ekonomik veçheden görünüşü de hukuk dogmatiğininkine göre farklıdır. Örneğin, iki kişinin birbirine tek taraflı yahut karşılıklı zarar verme durumlarında hukuk dogmatiği bu iki kişi arasında geçmişte vuku bulmuş olay yahut kazaya göre tazminat durumuna karar vermeyle ilgilidir. Posner'a göre, konuya ekonomi gözlüğüyle bakmak, hukuk dogmatiğine nazaran çok daha gelecek odaklıdır (*forward looking, ex ante*); gelecekte oluşacak kaza durumlarının nasıl azaltılacağı ve bunun daha az maliyetle nasıl yapılacağını sorun edinir. Diğer bir deyişle, hukukun çeşitli alanlarında etkinliğin sağlanması ve ekonomik değerlerin yükseltilmesi yönünde dizaynının savunulması, *ex ante* bir bakış açısıyla birlikte yürür. Örneğin, ihmal sorumluluğunu düzenleyen hukuk kurallarının, tarafların ekonomik zararlardan en az masrafla kaçınma yöntemlerini kullanacakları şekilde hak ve yükümlülükleri

[178] Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.247; Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.355.
[179] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.355.
[180] Buna ne derece kamu hizmeti denebileceği de net değildir. Örneğin Posner, her ne kadar mahkemelerin ikili fonksiyonundan birinin uyuşmazlıkları çözmek konusunda hizmet vermek olduğunu çeşitli eserlerinde belirtmiş olsa da (bkz. yuk., dn.178) *The Federal Courts* (1985) isimli eserinde davaların ve temyiz başvurularının, ekonomik açıdan, mahkemelerce satılan ve taraflarca satın alınan birer "ürün" (*product*) olduğunu da yazar. Bu ürünün arzı, hukuki hakların ne genişlikte ve içerikte tanımlanmış olduğuna bağlıdır. Örneğin bir tür kazadan kusursuz sorumluluğun (*strict liability*) tanımlandığını ve sorumlulukta ihmal seviyesine önem verilmediği ihtimalinde, kazazedelerin davaya yönlenmesi konusunda müşevvik oluştuğu ve dava sayısında -meydana gelecek kaza oranında- artış yaşanacağı öngörülebilir. Doğrudan aktarımlar için bkz. Culp, "Judex Economicus", s.104, dn.43. Ayrıca Landes ile birlikte kaleme aldığı daha eski tarihli bir makalede de mahkemelerin fonksiyonunu kamu hizmeti profilinin dışına çıkaran bir anlayışa sahip oldukları görülmektedir. Bkz. William M. Landes, Richard A. Posner, "Adjudication as a Private Good", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 8, No. 2, 1979, ss. 235-284

tahsis etmesi beklenir. Sözleşme hukuku kurallarının da mübadele süreçlerindeki aksaklıkları minimize edecek ve mübadele maliyetlerini azaltacak bir dizayna sahip olması savunulur[181].

Dolayısıyla, ekonomik açıdan, fiyatlandırmak suretiyle davranışları yönlendirici karakterdeki "mahkeme kararı, gelecekte benzer şekilde davranıp başkalarına zarar veren kişilerin bunu tazmin etmek zorunda bırakılacaklarına dair bir uyarıdır"[182]. Oysa o an davalaşmış durumdaki kişiler ve klasik hukuk dogmatiği üzerinden düşünen avukatları tarafından, geçmişte vuku bulmuş mevzubahis olaya endeksli gelişmiş uyuşmazlığın nasıl çözümleneceği önemlidir; zaman olarak *ilerisi* (yani bu kararın *ex ante* boyutu) ve kişi olarak *ötekisi* (yani davanın dışında kalan üçüncü kişiler ya da negatif dışsallıklar) birincil derecede önemli değildir. Oysa adalet ve hakkaniyet kavramları, tekil bir davadaki iki tarafın arasında neyin adil veya hakkaniyetli olacağından daha geniş anlamlara sahiptir. Posner'a göre *ex post* düşüncenin sınırlarına hapsolmuş hatalı ve bir o kadar da genelleşmiş eğilimin tersine, yargıçların geleceği ve verecekleri kararların gelecekteki etkilerini görmezlikten gelememeleri gerekir. Dolayısıyla bu bakış açısının genel olarak hukukçunun düşünüşü için de geçerli addedilmesi gerekir.

Mahkeme kararlarının Anglo-Amerikan hukuk sistemi açısından bir hukuk kaynağı olarak değeri malumdur. Fakat Posner'in gözünde *common law* yargıçlarının emsal karara bağlılıkları, gerçekte, onların pragmatik muhakemelerinin takdirî ve politik boyutunu gizleme stratejisi ve bir retorik kurgudan ibarettir[183]; emsale bağlılık bu yüzden bir politikadır, vazife değildir. Onlara bağlılık, ancak daha etkin sonuçlara olanak verdikleri ölçüde değerlidir**.** Posner'a göre, emsal kararlar (*precedents*) birer hukuki bilgi kaynağıdır ve bu bilgilerin kullanımı yani davalaşma (*litigation*) ile ekonomik bir *denge* durumu içerisinde gelişim gösterirler. Bu şu demektir: eğer herhangi bir mesele hususunda yeterli seviyede ve güncele dair bilgi veren emsal karar bulunuyorsa, insanlar bu emsaller yoluyla ileriyi görebilecekleri için davalaşma yerine sulh ile mutabakat (*settlement*) yollarını tercih ederler, çünkü hem ileriye

[181] Baker, "The Ideology of The Economic Analysis of Law", s.5.
[182] Posner, **Economic Anaylsis of Law**, s.22.
[183] Bkz. Richard A. Posner, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, 2001, Cambridge, Massachusetts, s.154; Posner, **The Problems of Jurisprudence**,s.460.

dönük tahminleri bu bilgiler sayesinde kuvvetlenir hem de dava yolu sulh yolundan daha maliyetlidir. Fakat eğer yeterli düzeyde emsal yoksa, bu sefer insanların davalaşma oranında artış yaşanır ve bu davalardan sonra oluşacak emsaller yeterli seviyeye ulaştığında dava ile emsal karar dengesi tekrar oluşmuş olur[184].

Denge ve fayda-maliyet analizi gibi ekonomik unsurların varlığını Posner'a göre hukukun ve hukuki düşüncenin pek çok sahasında bulabiliriz. Bunlardan biri de yorum faaliyetinde görülür. Formalizmin hukuki yorum faaliyetine bir mantıkî uğraş biçimini verişine pragmatist setler çekerek sonuçsalcı bir yorum anlayışını savunan Posner, bir vakada hangi tür yorum yönteminin benimseneceğine (pragmatizmin alet kutusundan hangi aracın seçileceğine) ilişkin ekonomik bir yaklaşım sergiler. Bu çerçevede yorum türü ile *normatif değişiklik maliyeti* arasında bağ kurar. Bu bağlantıya dayanarak, örneğin bir anayasal normun değiştirilmesinin bir kanun değişikliğinden çok daha maliyetli olduğundan bahisle, anayasal normların görece daha esnek (*flexible*) yorumlanması gerekliliğini savunur[185].

2.2.3. Etkinlik Kavramı

2.2.3.1. Etkinliği Tanımlamak: Servet Maksimizasyonu

> Ekonomik teoriden çıkarılmış bir kuralın nihai sınayıcısı, bu çıkarımın zerafeti yahut mantıksallığı değil, kuralın toplumsal zenginlik üzerindeki etkisidir[186].
>
> *Richard A. Posner*

Posner, hukukun temel ilkesi ve gayesi konusunda klasik-geleneksel görüşlerce öne çıkarılan adalet kavramının yerine etkinlik (*efficiency*) kavramını geçirmektedir. Etkinlik kavramının arka planında ise "servet maksimizasyonu" (*wealth maximization*) kavramı yer almaktadır. Bu konuyu pek çok kitabı ve makalesinde işleyen, pek çok eleştiri alan ve bunlara cevap vermek zorunda kalan Posner'in, konuyu aydınlatmak bağlamında yaptığı uğraşlar olarak şunları görürüz; öncelikle servet maksimizasyonu kavramının faydacı felsefenin fayda

[184] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.358-359.
[185] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.581.
[186] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.362.

maksimizasyonu ve refah iktisadının refah kavramından farkını ortaya koymaya çalışmıştır. Bu farklılıkların ortaya konması, servet maksimizasyonunun ne anlama geldiğini yeterince anlaşılır kılmaktadır Ayrıca servet maksimizasyonuna bağlı olarak tanımladığı etkinlik ilkesinin adalet kavramı karşısındaki gücünü vurguladığı yazıları söz konusudur. Son olarak Posner'in bu konuda yapmaya çalıştığı bir diğer şeyin etkinlik kavramının tarihsel ve sistemik gerekçelendirilmesi olduğunu görürüz. Bu gerekçelendirmeyi *common law* sisteminin ve *common law* yargıçlarının sağduyularının arka planında saklı vaziyette işleyen esas ilkenin etkinlik olduğu iddiaları ve *common law* methiyeleri eşliğinde yapmıştır.

2.2.3.2. Servet Maksimizasyonu İlkesinin Faydacı (Utilitarian) ve Refahçı (Welfarist) Yaklaşımlardan Farkı

Posner, mülkiyet hakları ve sözleşmenin diğer tüm hukuki kurumlara ön geldiğini ve mevcut hukuki kurumların bu dayanaklara katkıda bulunup onları geliştirmek yolunda dizayn edilmesi gerektiğini savunur[187]. Bu yüzden ekonomik etkinliği, hukukta iyileştirme ve reform konularında hukukçulara rehber normatif bir ilke ve aynı zamanda bir amaç olarak sunar[188]. Bu ilke hiç şüphesiz, hukuka rehber mahiyette düşünülmüş eşitlik ve adalet gibi konvansiyonel ahlaki/politik kavramlarının dışında bir kavramdır [189] . Posner'ın hukuk teorisinin önemli hassasiyetlerinden biri de, hukuku etkin kılmanın yanısıra hukukta nesnelliğin sağlanmasıdır. Hukukta nesnelliğin, modern toplumda homojenliğinden bahsedilemeyecek ahlaki temellendirme vasıtasıyla sağlanamayacağını belirtir ve çözüm olarak referansta bulunduğu kavram yine etkinliktir. Posner'in hukuk bilimine yeni bir yüksek kriter olarak sunduğu etkinlik kavramı, hukuki nesnelliğin ekonomi biliminin zeminine kaymasına neden olmuştur. Zira bu bakış açısına göre, hukuki normların etkinliğinin ölçülmesinde ekonomi biliminin araçlarının kullanımı, çıkan

[187] Richard A. Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", **The World Bank Observer**, Vol.13, No.1, 1998, s.1-2.
[188] Bkz. Posner, "Theory of Negligence", s.32-34.
[189] Krever, "Law, Development, and The Political Closure Under Neoliberalism", s.22

sonucun göreceliliğe mahkûm olmayan, bilimsel bir nesnelliğe kavuşmasına yarayacaktır[190].

Etkinlik tartışmasının tarihi, hukukun ekonomik öğretisinin son şeklini alışının da bir nevi tarihi demektir. Posner hukukun ekonomik analizinin doğuşunu Amerikan rekabet (*anti-trust*) hukukunun ve idare hukukunun gelişimiyle paralel bir sürece dayandırır. Ona göre, *Sherman Act* yapıldığı esnada rekabet ve tekel ile alakalı olarak iktisatçıların görece sınırlı ve dar bakış açısı salt büyük işletmelerin gücünü sınırlamak suretiyle ("büyük kötüdür" inancıyla) ekonomik etkinliği sağlamaya dönük olmuştur. Bu anlayış, 1940'lardan başlayarak 1970'lerde artık kurumsallaşmasını tamamlamış vaziyete ulaşan rekabet hukukunu meydana getirirken, aynı zamanda tedricen bu hukuki alanın ekonomik analizi ihtiyacını da başlatmış ve neticede tekelleşme karşıtlığının bir kuruntu olabileceğinden bahisle, tekel problemi merkezi konumunu kaybetmiş ve etkinlik problemi üzerine daha fazla odaklanır hale gelinmiştir[191].

Posner, etkinlik kavramının maddi (*substantive*) ve usulî (*procedural*) olmak üzere iki manası olduğundan bahseder. "Bir kural, bir dışsallığı içselleştiren bir hüküm ortaya koyduğunda ya da kaynakların etkin tahsisatında bir artış meydana getirdiğinde, maddi manada etkin" kabul edilir. "Bir kuralın, hukuk sisteminin kullanım maliyetlerini azaltacak yahut doğru kullanımını arttıracak biçimde dizayn edilmesi ise usulî açıdan etkin" olduğunu gösterir[192].

Her şekilde, Posner'in teorisinde bir sonuca etkin diyebilmek o sonucun zenginlik açısından nasıl bir değişim yaptığına bağlıdır. Dolayısıyla etkinlik kavramının arkasında servet/zenginlik maksimizasyonu (*wealth maximization*)

---

[190] Sezal Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", **HHFD**, Cilt:3, Sayı:1, 2013, ss.85-98, s.92.

[191] Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.228-229; "Yeni Chicago Okulu"nun rekabet hukukunda bir amaç tartışması biçiminde "büyük kötüdür" anlayışı yerine "rekabet hukukunun amacı ekonomik etkinliğin sağlanmasıdır" anlayışını yerleştirmesi ve özellike *Procter v. Gamble* davasının etkisiyle birlikte A.B.D. Federal Ticaret Komisyonu'nun 1980'ler itibariyle "küçük teşebbüslerin korunması" amacını neredeyse terk ederek, terk edilen meseleden arındırılmış bir biçimde "ekonomik etkinliğin sağlanması"nı amaçsallaştırması ile alakalı ayrıca bkz. Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması**, s.30, 34-35.

[192] Richard A. Posner, "Creating a Legal Framework for Economic Development", **The World Bank Research Observer**, Vol.13, No.1, Feb.-1991, ss.1-11, s.4.

kavramı yatmaktadır. Posner, terimleri bilinçli seçmiştir. Azamileştirme yahut maksimizasyon kavramının önüne seçtiği kavram, faydacıların "fayda"sı (*utility*) veya "mutluluk"u (*happiness*) ya da refah ekonomistlerinin "refah"ı (*welfare*) değil, Adam Smith'in *Wealth of Nations*'ındaki *wealth*[193] yani servet/zenginliktir. Nitekim servet maksimizasyonu ilkesini ele aldığı tüm yazılarında, kendi teorisinin, faydacı felsefe ve refah iktisadının konuya katkılarından ne derece farklılıklar içerdiğini anlatmaya çalıştığı hemen fark edilebilir.

Refah kavramı, bilindiği üzere, genellikle bir toplumdaki zenginliğin o toplumdaki dağılımı meselelerini de kapsayıcı bir anlam barındırmaktadır. Refahın mutlulukla doğrudan ve birebir ilişkili değerlendirilemeyeceğini, mesela müreffeh ülkelerde yaşayan insanların fakir ülkelerde yaşayanlara kıyasla daha mutlu addedilemeyeceğini söyleyen Posner, Adam Smith'in zenginlik kavramını ele almasına münhasıran değinir. Posner'a göre Smith, insanların zenginleşmeyle beraber daha mutlu olacaklarına inandıklarına dair tam olarak doğru olmayan ama bir

---

[193] *Servet yahut zenginlik kavramı*, değerlendirmelere *nesnel* bir çerçeve biçmeyi, onu fiyat mekanizması içerisine oturtmayı ifade eder. Zira Posner servet kavramının iki fiyat türü ölçeğinde tartılabilen her tür maddi ve gayrimaddi mal ve hizmetlerin toplamını ifade ettiğini belirtmiştir; bu iki fiyat türü ise (i) teklif fiyatı (*offer price*), yani kişilerin henüz sahip olmadıkları şeyleri almak için ödemeye gönüllü olacakları miktar; (ii) isteme fiyatı (*asking price*) yani insanların sahip oldukları şeyleri satmak için talep edecekleri miktardır. Bkz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.356. Örneğin yukarıda ele aldığımız alışveriş ilişkisindeki gibi 90 liradan aşağıya satmayacağım bir pul koleksiyonuna maksimum 100 lira değer biçen bir kişiyle yaptığım pazarlığın 90 ile 100 lira arasında olumlu sonuçlanması durumunda toplumdaki para miktarı artmasa da değer artışı (herkesin alışveriş öncesine göre daha yüksek değer verdiği şeylerin ellerinde kalması) nedeniyle zenginlik artmaktadır. Yani Posner'a göre zenginlik, gayri safi milli hasılaya göre tanımlanan -salt parasal- manada bir kavram değildir; bir toplumdaki maddi-gayrimaddi tüm varlıklara ve bu varlıkların alışveriş süreçlerinde onlara verilen değerlerin toplamına ilişkin bir kavramdır. Bkz. Posner, "Wealth Maximization Revisited", s.86-88.

Posner, bir başka makalesinde ise zenginliği, subjektif değer ve risk unsurunu da içerir şekilde, geniş bir manada kavradığını belirtir: "Ödeme isteğiyle desteklenmeyen istekleri sıklıkla ve örtülü biçimde dışlamalarının ve o suretle *fayda*yı benim *zenginlik* terimine yüklediğim manada yeniden tanımlamalarının haricinde, iktisatçılar *fayda* kelimesini felsefecilerle hemen hemen aynı manada kullanırlar. İktisatçılar ayırca *zenginlik* ve *değer* terimlerini de benimkinden daha dar bir manada, kesin olmayan bir iyi durumun faydasını yahut riske kayıtsız (*risk neutral*) birine olan maliyetini kastetmek için kullanırlar. Bu şekilde %10 ihtimalle 1000$ kazanma *değer*inin 100$ olduğunu söyleriz; bununla birlikte söz konusu ihtimale dayalı beklentinin faydası, bireyin riski üstlenme yahut riskten kaçınma tercihine göre, 100$'dan düşük ya da yüksek olabilir. Bu yüzden ben *zenginlik* ve *değer* kavramlarını, örneğin risk-sever birinin bir piyango biletine harcayacağı para miktarını da kapsayacak şekilde, daha geniş bir manada kullanmaktayım." Richard A. Posner, "The Value Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, 1980, s.243-252, s.243, dn.3.

o kadar geniş kabul görmüş bir inanışa işaret etmiş ve her şeye rağmen bu inanışın -her ne kadar tümüyle haklı olmasa da- beşeri ilerlemenin tetikleyicisi olduğunu belirtmiştir. Bu Smithçi bakış açısı, Posner'in servet kavramına biçtiği normatif değer açısından önemlidir. Devamında fayda, mutluluk ya da refah yerine niçin "servet" kavramını ilkeselleştirdiğini üç neden üzerinden açıklar[194]:

(i) Etik davranışla alakalı sezgilerimizle uyum açısından zenginliği aramak, mutluluğu aramaya kıyasla daha elverişli ve mümkündür.

(ii) Bir etik teorinin formel elementleri açısından (denkleştirici-düzeltici/*corrective* adalet ve hak nosyonlarını içerir biçimde) zenginlik ilkesi, faydacı ilkeye göre daha uygundur.

(iii) Bu uygunlukla ilintili olarak, zenginlik kriteri, mutluluktan yahut faydadan çok daha fazla kesinlik ve belirlilik ifade eder. Parasal bir karşılığı vardır ve bu ölçüde kesinlik sağlar. Ayrıca yine faydadan farklı olarak kişiler arası da karşılaştırılabilirdir.

Posner'ın bu ayrım gütme hassasiyetlerine rağmen literatürde çok geniş bir kabulle Posner'in temsil ettiği hukukun ekonomik analizi yaklaşımı faydacılığın modern bir revizyonu olarak değerlendirilir[195]; ve yaklaşımın *raison d'etre'*sinin (yani varlık sebebinin) de, faydacılığın noksanlıklarının arındırılması suretiyle kullanışlı yanlarının alınması olarak tarif edilir. Faydacılığın benimsediği temel kabullerin birçoğunu, örneğin fayda maksimizatörü insan kavrayışını, ekonomik rasyonaliteyi ve insan davranışlarının fiyatlandırma mekanizmasıyla yönlendirilebileceği anlayışını hukukun ekonomik analizinde de kabul görmesi, ikisi arasındaki ilişkilendirme tezlerini kuvvetlendirir. Ancak Posner bu ilişkilendirmeyi her ne kadar anlaşılabilir bulmakla[196] birlikte, tam olarak kabul etmez. Bir kavramsal

[194] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.122.

[195] Bix, **Jurisprudence**, s.203, 207; H.L.A. Hart, "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", **Georgia Law Review**, Vol.11, No.5, Sept.-1977, ss.969-989, s.987-988; Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.145.

[196] Posner'a göre faydacılık ile ekonomik düşünceyi ilişkilendirme problemi, esas olarak refah kuramının sırtını önemli ölçüde faydacılığa yaslamış olmasından kaynaklanmıştır. Örneğin Pigou gibi refah ekonomistleri bunu çok açık şekilde yapmışlardır. Ayrıca fayda kavramı ile refah kavramı bu literatürde çoğu kez birbirini ikame edecek şekilde kullanılmıştır. Son olarak ise faydacılığın politik meşruiyet kıstası ile refahçı yaklaşımın kıstasının özde aynı oluşu, Posner'in bu ikisi arasındaki ilişkilendirmeyi makul olarak değerlendirmesinin başlıca sebeplerini teşkil eder. Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.104-105.

değişiklik yaparak faydacılığın refah kuramına uzanan çıktısı mahiyetindeki refah maksimizasyonu kavramının yerine servet/zenginlik maksimizasyonunu normatif bir ilke olarak tanımlamakla kendi kuramıyla faydacı felsefeyi birbirinden ayıran esas unsuru ortaya koyduğunu belirtir[197]. Posner'ın etkinlik kavramını tahlil edebilmemiz için, onun kendi düşüncelerini faydacı öğretiden ayırma biçimini ve bu noktada ortaya koyduğu bir normatif ölçüt olan "servet maksimizasyonu" ilkesini anlayabilmemiz gerekir[198].

Bilindiği üzere ekonomik düşünce, rasyonel insanın, kıt kaynak koşulları altındaki davranışlarını fayda-zarar mukayesesi altında en fazla kişisel faydayı getirecek şekilde planlayıp sergilemesini ilgi edinir. Faydacılığın hem bir ahlak hem de yasama ilkesi olarak kabul ettiği *en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu ilkesi* (diğer bir tabirle *fayda ilkesi*) ise bir toplumsal tercihin meşru olanını, o *toplumda* hazzı, faydayı, mutluluğu azamileştiren, veyahut tersini yani acıyı, zararı ve maliyetleri ise en aza indiren tercih olarak addeder. Yani bu ekonomik düşünce ile faydacı düşüncenin ortaklaştıkları ana unsur, fayda-zarar (maliyet) tartımıdır. Ayrıca ikisi de insanın doğal bencilliği anlayışı üzerine kurgulanmıştır. Bununla birlikte, faydacılıktaki en büyük sayının en büyük mutluluğunun teminini bir meşruiyet koşulu olarak ekonomik düşünceye olduğu gibi teşmil edebilmek mümkün değildir. Bu, ekonomik düşüncenin bütününe değil ama olsa olsa normatif bir alanı olan refah ekonomisine yansıtılabilir. Çünkü faydacılıkta (en azından Benthamcı versiyonunda) birey önemsizleşirken genel mutluluk önemli addedilir.

20.yy. liberal düşünürlerinin pek çoğunca yapılan faydacı liberalizm – klasik liberalizm ayrımına [199] paralel şekilde Posner'in da, faydacılığı, onun merkezi planlama modeli çerçevesinde yeniden dağıtımcı ve paternalistik karakterine vurgu yapmak suretiyle, eleştirdiğini ve kendi kuramını ondan ayırmaya çalıştığını

---

[197] Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.104-5; Ayrıca benzer bir değerlendirme olarak bkz. Wacks, **Hukuk Kuramını Anlamak**, s.363-4.

[198] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.143.

[199] Liberalizmin ahlaki boyutunu ele alıp kendi içindeki bölünmelerinden biri olarak "faydacı liberalizm" başlığını münhasıran irdeleyen Türkçe yayımlanmış bir çalışma olarak bkz. Francisco Vergara, **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, (Çev. Bülent Arıbaş), İletişim Yay., 2006, İstanbul, ss.57-122.

görmekteyiz[200]. Yeniden dağıtım veya gelir dağılımında denge gibi adlandırmalar altında devlet müdahaleciliğini servet maksimizasyonu ilkesine aykırı gören Posner, bu tür müdahaleci yöntemlerle toplumda üretken insanların aleyhine olacak biçimde üretken olmayan insanların desteklenmesinin meşrulaştırılabilir bir yanı olmadığını belirtir[201]. Hatta Posner, faydacılığın müdahaleci doğasına zıt oluşu nedeniyle servet maksimizasyonu sisteminin Kantçı eleştirilere karşı da korumalı olduğunun altını çizer. Çünkü faydacılığın tersine servet maksimizasyonu sisteminde, açık ya da zımni olsun, "rıza" (*consent*) önemlidir; işlemler bu şekilde kurulur ve işlem taraflarının rızası hilafına, onların çıkarları üzerinde dışsal bir müdahale yahut dayatma sistem-dışı kabul edilir[202]. Dolayısıyla "rıza" kavramına yaptığı vurgu da, onun, kendi kuramını faydacılıktan ayırt etme vasıtalarından birini teşkil eder[203].

Faydacılık, niceliğini belirlemek başlı başına bir sorun olan duygusal bir durum, yani mutlulukla ve buna dönük eğilimi bildiren sübjektif bir kavram olan fayda ile ilgilenir. Oysa Posner'ın servet maksimizasyonu anlayışı servet/zenginlik ile ilgilenir ve bunun ölçümü yahut hesabı diğer kavramların muğlaklığıyla kıyas edilemez derecede kolaydır. Faydacılık toplumdaki mutluluk durumu ile ilgilenirken, servet maksimizasyonu odaklı bakış açısı zenginlik seviyesi ile ilgilenir. Konu mutluluk olunca, bir şeylerin kullanılıp tüketilerek mutluluk halinin elde edilmesi mesele edinilir. Böyle olunca da, faydacılık esas itibarıyla tüketim odaklı bir yaklaşım olarak karşımıza çıkar; oysa servet maksimizasyonu üretim odaklı bir anlayıştır; üretme, kazanma ve zenginleşme odaklı[204].

Posner'a göre faydacılığın en önemli açık veren noktası, Bentham'ın insanların faydalarını toplamak suretiyle onları bireyler olarak değil sosyal

[200] Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.115; Ayrıca benzer bir değerlendirme olarak bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.160.
[201] Richard A. Posner, "The Justice of Economics", *Economia delle scelte pubbliche*, Vol. 1 (1987), s.15- s.24'den naklen konuyu aktaran: Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.155. Posner'ın gözünde meşru sayılabilecek devlet müdahalecilikleri: suçları azaltmak, yoksulluğu (gönüllü bağışlar üzerinden) hafifletmek, ülkenin siyasi rahatlığının muhafazasını sağlamak ve eğitimi (özellikle de üretken olmaya sevk etmek üzere yoksulların ve toplumun üretici olmayan kesiminin eğitimini) desteklemek gibi müdahaleciliklerdir. Bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.155-6.
[202] Posner, "Norms and Values in The Economic Approach to Law", s.10.
[203] Medema, "From Dismal to Dominance?", s.76.
[204] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.155.

organizmanın hücreleriymiş gibi görmesinden kaynaklanır[205]. Faydacılık, hazlar arasında niteliksel bir ayrım yapmayıp sadece doyum seviyesinin yüksekliği üzerinden meseleleri tahlil etme iddiasında olduğu[206] ve ayrıca eğer genelin (daha büyük sayıda duyumsayan varlığın) mutluluğunu sağlayacaksa küçük sayıların mutluluğunun feda edilmesine (en uç örnek olarak, bir masumun kurban edilmesine) olanak sağladığı[207] gerekçeleriyle "ahlaki canavarlık" eleştirilerine maruz kalmaktadır. Fakat Posner servet maksimizasyonu ilkesinin, bu tip mutluluk tatmini seviyeleri ve karşılaştırmalarıyla uğraşmadığını, daha belirli, haddi hududu olan zenginlik üretimi ile ilgilendiğini ve bu çerçeve içerisinde faydacılığın tersine haklara önem verdiğini belirterek, söz konusu eleştirilerden azade olduğunu savunmaktadır[208].

Posner'in deyimiyle, etik bir norm olarak servet maksimizasyonu, hem tercihlere hem de rızaya (ilkine faydacılık, ikincisine Kantçılık gibi) değer verişiyle kendini diğer etik teorilerden üstün kılmıştır[209]. Posner, servet maksimazasyonu düşüncesinin, sınırlandırılmış bir faydacılık (*constrained utilitarianism*) olarak da görülebileceğini söyler. Buradaki sınırlama, *ad hoc* bir sınırlama biçiminde değil, karşılıklı rıza prensibi üzerinden temin edilir ve insanların faydalarını maksimize etme yollarını sadece piyasa ve piyasa modeli kapsamındaki kurumsal yapılar üzerinden bulabileceklerini çerçeve edinir[210]. Piyasa işlemlerinin tarafların karşılıklı rızaları üzerinden işlediği düşünülür fakat bu taraflar arasındaki rızai durumun

[205] Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.115. Ayrıca bkz. Posner, **Frontiers**, s.97'den aktararak konuyu tartışan: Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.21.

[206] Hazzı arttırma ilkesi ve egoizm ile sınırlı bir biçimde ele alınması nedeniyle faydacılığa "domuz öğretisi" yakıştırmaları yapılmıştır. Ancak konu tartışmalıdır. Örneğin faydacı filozofların en meşhurlarından biri olan John Stuart Mill, hazlar arasında nitelik açıdan farklılıklar olduğunu savunması nedeniyle bu eleştirilerden uzak tutulmak durumundadır.

[207] Bir uçak kaçırma vakasında korsanların uçağı şehre düşürme tehditlerine karşı, uçak şehir semalarına varmadan içindeki masumlarla birlikte (daha büyük kayıpların yaşanmaması için) düşürülecek midir? Ya da bütün bir ülkenin elektrik ihtiyacını gidermek adına küçük bir yörede yaşayan insanların ekseriyetinin rızası hilafına oradaki bir doğal güzellik (örneğin bir vadi yahut şelale) tahrip edilerek baraj altında mı bırakılacaktır? Bu gibi kritik sorular eşliğinde, bireylerin ve bireysel mutlulukların sayısal bir hesapla daha büyük mutluluklar için yahut kamu yararı gereğince feda edilip edilmeyeceği sorunsalı faydacılığa dönük tartışmaların önemli bir kısmını teşkil eder.

[208] Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.116, 131-2.; Posner, "The Value of Wealth", s.248; Tartışma olarak ayrıca bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.158-9.

[209] Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", s.496; Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.143.

[210] Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", s.497.

üçüncü kişiler üzerindeki etkisi rızai değil, tersine zorlayıcı olabilir. Bu durum servet maksimizasyonu sisteminin bir açığı ve eleştirisi olarak dillendirilmektedir. Fakat Posner bu yöndeki eleştirilerin abartılı eleştiriler olduğunu söylemektedir[211]. Zira kendisi bu etkinlik şablonuna (herhangi bir kimseye zarar vermeden, diğer herkesin olabildiğince durumunu iyileştirme anlamında) Pareto etkinliği üzerinden bakmaz, daha gelişkin ve üçüncü kişi sorunlarını da kapsamına alan ve tazminat yoluyla bu sorunları çözme yolunu benimseyen ve pastayı olabildiğince büyütmeyi hedefleyen bir etkinlik perspektifinden bakar[212]. Dolayısıyla Kaldor-Hicks modeli ile daha çok uyumludur.

Bazı yazarlara göre, Posner'in servet maksimizasyonu ilkesinin arka planında birebir Kaldor-Hicks modeli bulunmaktadır; hatta ikisinin muadil kavramlar olduğunu bizzat Posner da ifade etmektedir[213]. Şöyle bir örnekle açıklamak ve hatırlamak gerekirse:

	X (1.ihtimal)	Y (2.ihtimal)
P kişisi	+1000	+300
Q kişisi	-300	+200
Toplam	+700	+500

Tablo 2.2: Kaldor-Hicks Modeli ve Servet Maksimizasyonu

Kaynakların yeniden dağıtıldığı, böylece Z durumundan X ve Y olmak üzere iki farklı duruma geçiş ihtimalini düşünelim. Y durumuna geçilmesi durumunda, eski duruma (yani Z'ye) göre P kişisi 300 $, Q kişisi 200 $ daha kazançlı olacaktır. X durumuna geçme durumunda ise -eski duruma (Z) göre- P kişisi 1000 $ kazançlı olurken, Q kişisi 300 $ zararlı olacaktır. Burada Kaldor-Hicks kriterine göre Y durumuna kıyasla X durumu daha etkindir. Çünkü bu durumda Q kişisi eskiye oranla daha zararlı duruma geçse bile P kişisi onun durumunu telafi edecek ve hala kendisini Z ve Y durumlarına göre kazançlı tutacak kadar zenginleşmiştir. Q'ya en az

[211] Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", s.497.
[212] Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1126.
[213] Bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.153; Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.242-3; Posner, "The Value of Wealth", s.244.

500 $ vererek onu Y durumundaki hale getirebilir (-300 + 500 = 200 $) ve bu durumda hala kendi elinde Y durumundakine (300 $) kıyasla daha yüksek bir değer kalır (1000 – 500 = 500 $). Yani Kaldor-Hicks kriteriyle sosyal serveti maksimize etmeninin sosyal değeri de maksimize edeceğini ileri sürülmektedir[214]. Posner da toplumda servetin artması durumunu normatif bir ilke addederek, bu servetin dağılımını bireylerin birbirini telafi etmesi koşuluna bırakmıştır. Bu yüzden dağılımda devletin müdahalesini akla getiren refah (*welfare*) kavramı yerine servet/zenginlik (*wealth*) kavramını tercih ettiğini görüyoruz. X durumunda P, Q'yu hiç önemsemez ve zararını telafi etmezse bu durumda Posner'in hipotetik piyasalar olarak isimlendirdiği süreçler devreye girecektir, zira o aynı Becker gibi piyasa hukukun ekonomik analizini salt gönüllü piyasa işlemleri ile sınırlamamaktadır[215].

Kaldor-Hicks modelinin yanında Posner'ın bakış açısının Coase Teoremi ile de son derece ortak noktaları olduğu söylenmektedir [216] . Keza Posner'ın düşüncesinde hukuk, gönüllü ve özgür işleyişi durumunda toplam serveti arttıracağına inanılan piyasayı taklit eder ("*mimicking the market*") ve etmelidir de. Bu ise şu demektir: Bilindiği üzere Coase'nin vergilendirme ve regülasyon seçenekleri dışında yeni-kurumsalcı mülkiyet hakları teorisi çerçevesinde sunduğu *piyasacı çözüm*, etkinliğin özgür pazarlıklarda saklı olduğuna dayanır. Posner'ın yaklaşımına göre hukuk da işte bu Coaseci pazarlığın neticelerinin mahkemelerce (hukuki hakların onlara en çok değer biçenlere tahsisatı suretiyle[217]) karar şekline dönüştürmek suretiyle piyasa mimiklerini sergileyebilir hale gelir ve bu şekilde kaynaklar hukuk eliyle piyasada dağılabileceği gibi dağıtılmış olur[218]. Posner'in Coase teoremini takip eden çizgisini *Economic Analysis of Law*'un regülasyon ile ilgili kısmında görmek mümkündür. Regülasyonu çıkar gruplarınca talep edilen ve hükümetçe arz olunan bir ürün (*product*) olarak tarif eden Posner, bu yüzden onun *per se* "genel tüketici menfaati" doğrultusunda yapıldığını da düşünemeyeceğimizi söyler[219]. Devamında ise örneğin bir kirlilik sorununu regülasyon yoluyla mı yoksa

[214] Örnek ve değerlendirme için bkz. Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.242-3.
[215] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.12.
[216] Coleman, "Economics and the Law", s.658.
[217] Coleman, a.g.e., s.662.
[218] Coleman, a.g.e., s.658.
[219] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.339.

common law (haksız fiil, sorumluluk ve tazminat hukuku) yoluyla mı çözmenin daha etkin olacağı sorusunu sorar ve regülasyon bahsinde klasik bir biçimde toplumsal maliyet itirazını dillendirir[220]. Genel olarak Posner, etkinliğin sağlanması konusunda, piyasa çözümlerini mahkemelerden, mahkemeleri ise yasama faaliyeti vasıtasıyla üretilen çözümlerden daha etkin görür[221].

2.2.3.3. Adalet Yerine Etkinlik

Posner'a göre etkinlik kavramı, yargısal karar üretme faaliyeti bağlamında tek savunulabilir kriterdir, çünkü çok fazla arkasında durulan adalet kavramı hakkında akademik, ahlaki yahut politik hiç bir konsensus bulunmadığı için adalet yargısal karar üretimi sürecinde kriter oluşturamayacak derecede anlam kargaşası yaratır[222]. Bu yüzden bir kuralın meşruiyetinin sınayıcısı, adil olup olmamasına değil, toplumsal zenginlikteki etkisine bağlıdır. Bu anlayış doğrultusunda Posner'ın, etkinlik kavramını (ve onun açıklaması mahiyetindeki servet maksimizasyonu ilkesini) adalet kavramının yerine geçecek bir güçle donattığını görmekteyiz: "Etkinlik terimi, benim tanımladığım şekliyle, özellikle *common law* yargılamalarında yargıçlara atfedilen yeterli bir adalet kavrayışıdır." [223] "Servet maksimizasyonu sadece haklar ve hukuki çözümler için bir temel sağlamaz, genel olarak hukuk kavramının kendisi için bir temel teşkil eder." [224] "Yargılama faaliyetinin bir kriteri olarak, faaliyetler ve kurumlar, ne derece toplumun zenginliği maksimize ediyorsa, o derece adildir ve iyidir."[225]

Posner, geleneksel-klasik görüşlerce hukukun ilkesi ve gayesi addedilen adalet kavramının yerine etkinlik kavramını geçirirken, gerek hukuki pragmatizm gerekse ekonomik *ex ante* bakış açısı önemli rol oynamaktadır ve onun adalet kavrayışı üzerinde ciddi etkiler oluşturmaktadır. Pragmatist ilerlemeci/*ex ante* nosyon, Aristoteles'in denkleştirici yahut düzeltici (*corrective*) adalet olarak nitelediği adalet kavrayışına tezat bir bakış açısı sunar. Posner'ın hukukta dogmatik

[220] Posner, **a.g.e.**, s.343.
[221] Culp, "Judex Economicus", s.102.
[222] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.264.
[223] Posner, **The Economics of Justice**, s.6.
[224] Posner, **a.g.e.**, s.74.
[225] Posner, **a.g.e.**, s.115.

düşünce olarak nitelendirdiği (ekonomik bakış açısı sorunlu olan yahut hiç olmayan) klasik hukuk düşüncesinde kabul gören adalet kavrayışlarından biri olan *denkleştirici adalet*, geçmişte vuku bulmuş uyuşmazlıklardan kaynaklanan hesapların görülmesi ve ihlallerin meydana getirdiği zararların bir telafi ile denkleştirilmesinin ya da düzeltilmesinin altında yatan adalet kavrayışıdır; bir diğer deyişle eski hale iadenin mantığıdır. Fakat bu adalet kavrayışı hukuka ekonomik yaklaşımın ilerlemeci ve geleceğe dönük *ex ante* doğası ile uyumlu değildir, çünkü geçmişe dönüktür. Pragmatik-ekonomik bakış açısına göre ise hukuk, gelecekteki hedeflere ulaşmak için kullanılacak bir araçtır[226].

Posner'in etkinlik kavramını ilkeselleştirirken adalete verilen geleneksel payeyi benimsememesinin bir diğer nedeni muhtemelen refah teriminin çağrıştırdığı gibi adalet teriminin de dağıtım kavramını çağrıştırması dolayısıyladır[227]. Zira kendisi de diğer Chicago okulu mensupları gibi dağıtıcı adalet kavramını, piyasa düzenine yabancı bir kavram olarak görür. Piyasayı taklit edecek bir hukuk kavrayışı açısından da bu kavram ve onun sosyal adalet biçiminde telaffuz edilen türevleri, tabiatıyla yabancı ve uyumsuz kavramlar olacaktır.

2.2.3.4. Common Law'un Etkinliği Tezi

Bazı yazarlara göre, servet maksimizasyonu ilkesi, Posner'in kuramında Kelsen'in *grundnorm*'u ve Hart'ın ikincil kuralları, özellikle de tanıma ve değiştirme kuralları gibi bir işlev görür[228]. Bu nedenle hukukun ekonomik analizinin birincil hipotezi, *common law* düzeninde hukuk kural, kurum ve usulleri üzerinde baskın şekillendirici faktörünün, servet maksimizasyonu temelli bir etkinlik nosyonu olduğudur. Bu hipotezin arka planında *common law*'un büyük oranda 19.yy.'ın, yani kapitalist üretimin temel dinamik olduğu bir asrın ürünü olduğu değerlendirmesi yatar[229].

Bir kuralın meşruiyetinin sınayıcısı, adil olup olmamasına değil, toplumsal zenginlikteki etkisine bağlıdır. Gerek Coase gerekse Posner gibi yazarlar, common

[226] Posner, "What Has Pragmatism Offer to Law", s.1657.
[227] Benzer bir görüş olarak bkz. Calabresi, "An Exchange: About Law and Economics", s.558: "Benim görüşüme göre, adalet dili, etkinlikten farklı olarak, zenginliğin dağıtımı dilidir."
[228] Liebhafsky, "Law and Economics from Different Perspectives", s.1819.
[229] Değerlendirme için bkz. Posner, "The Value of Wealth", s.250.

law yargıçlarının geçmişten bugüne verdikleri kararlar ile kaynakları devamlı yeniden dağıttıkları, toplumsal zenginliği arttırdıkları ve pastayı büyütmeye çalıştıklarına dair değerlendirmelerde bulunurlar[230].

Bu değerlendirilmelere örnek olarak Posner, Amerikan hukuk tarihinden çeşitli örnekler verir. Örneğin bunlardan biri doğalgaz ve petrolün mülkiyet biçiminin belirginlik kazanması sürecinde ortaya çıkmıştır. Henüz mülkiyet durumu belirlenmemiş bu emtianın analojik olarak müteessis mülkiyet hakkı kurallarından hangisinin içine alınacağı (örneğin gayrimenkul mülkiyeti gibi üzerindeki toprağın sahipliğine bağlı mı yoksa yabani hayvanların sahiplenilmesine dair zilyetliğe bağlı kurallara mı tabi kılınacağı) gibi tartışmalar gündeme gelmiştir. Burada *common law* çözümleri, Posner'in iddiasına göre, genellikle sonuçsalcı (yani ihtimallere dayanan karşılaştırmada en iyi sonucu vereni dikkate alan) değerlendirmeler içermiş ve toplumsal boyutta maliyetler/israflar yaratmayan, aksine zenginliği arttırmaya dönük eğilimleri barındırmıştır. Örneğin petrolün yer altında akışkan, yeri değişken ve yerüstü mülkiyet sınırlarının aynı anda pek çoğunun birden altında olabileceğinden bahisle, eğer zilyetliğe bağlı bir mülkiyet hakkı içinde değerlendirilirse, bu varlığın yeryüzüne çıkarılması için bir pompalama yarışının yaşanacağı ve kaynakların israf edileceği sonucuna varılarak zilyetlik esası bu noktada benimsenmemiştir. Bu şekilde, Posner, toplumsal zenginliğe etkileri doğrultusunda kuralların, her an daha etkin kurallarla ikame olduğu evrimsel bir hukuki değişimin söz konusu olduğunu ifade etmektedir[231].

Servet maksimizasyonu çerçevesinde oluşmuş *common law* kültürüne güzel bir örnek olarak Posner, 1842 tarihli *Farwell v. Boston & Worcester R.R.* davası kapsamındaki Yargıç Lemuel Shaw'un görüşlerine işaret eder[232]. Shaw'un bu davada, daha sonra "*fellow servant rule*" olarak isimlendirilecek bir *common law*

[230] Coase, "The Problem of Social Cost", s.853-855; Ratnapala, **Jurisprudence**, s.256-259.
[231] Örnek ve değerlendirmeler için bkz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.362. Posner, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, s.258; Posner, "Pragmatic Adjudication", s.6-7.
[232] Bkz. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.359, 252 vd.; Aynı içtihadın Birleşik Krallık'taki daha eski tarihli versiyonuna Lippmann da temas etmektedir: *Priestley v. Fowler (1837)*. Bkz. Lippmann, **The Good Society**, s.188-189. Lippmann'ın mahkeme kararını yorumlayışına dönük eleştirileri ve ayrıca işverenler lehine geliştirilmiş bu içtihadın mucidi olan İngiliz yargıçların sosyal statüleri üzerine değinileri için bkz. Pound, "The Economic Interpretation and The Law of Torts", s.373-375.

ilkesinin yaratıcısı olduğu söylenir. İşçinin işini icra ederken başına gelecek zararlar nedeniyle tazminat belirlenmesi hususunda uzun süre bu *common law* ilkesine dayanılmıştır. Buna göre eğer bir işçi, bir başka işçinin ihmali dolayısıyla zarar görürse, işverenden önce sorumlu kabul edilen kişi, zarar gören işçiyle birlikte çalışmakta olan –zarar görenin yakınındaki- işçidir (*co-worker*). Bu kural nedeniyle zarar gören işçinin işverene dava açması önlenmiş ve işveren lehine bir koruma sağlanmıştır. Morgan, Carnegie ve Rockefeller gibi dev şirketlerinin doğduğu bir dönemin şafağında bu tip sermayeyi koruyucu kararların ekonomik gücün yoğunlaşmasında büyük katkısı olmuştur. Ve bunu, meseleye eğer Posner gibi servet maksimizasyonu çerçevesinde (yani bunun adil toplumsal dağılımını dikkate almaksızın) bakıyorsak, hiç şüphesiz olumlu değerlendiririz. Kaynaklar, zenginliği arttırıcı üretici güçler elinde kalacak şekilde etkin dağılmıştır[233].

> Gönüllü işlemlerin maliyetlerinin düşük olduğu bir çerçevede *common law d*oktrinleri, işlemlerini piyasa aracılığıyla (ister *sarih,* isterse -evlilik piyasası gibi- *örtülü* manada piyasalar yoluyla) gerçekleştirmeleri yönünde insanları kanalize eden güdüler yaratır. Bu ise mülkiyet haklarının yaratılması (geniş bir biçimde tanımlanması) ve hukuki tedbirler, eski hale iadeler, cezalandırmaya konu zararlar ve konusu suç oluşturan eylemlere özgü cezalandırmalar yoluyla koruma altına alınır. Kaynakların gönüllü işlemler yoluyla dağıtım maliyetinin yanına yaklaşılmaz derecede yüksek olduğu bir çerçevede ise -diğer bir deyişle piyasa işlemlerinin mümkün olmadığı durumlarda- *common law* piyasayı taklit edecek şekilde davranışları fiyatlandırır. Örneğin haksız fiil hukuku sistemi kaza sorumluluklarını demiryolu işletmecisi ile çiftçi, araç sürücüsü ile yaya, doktor ile hasta arasında (burada yüksek işlem maliyetlerinin kaynağı ne ise) piyasa işleyebilseydi onun yapacak olduğu şekilde kaynakların dağıtımını güvenli hale getirecek biçimde pay eder[234].

Refahı veya zenginliği arttırmak ya da pastayı büyütmek anlamında tarihin belli bir döneminde etkin kural olarak nitelendirilebilecek hukuk kuralları, zaman

[233] Posner'in hakların etkin tahsisi ya da sorumluluğun etkin yüklenişi saçayakları üzerinden kurguladığı hukukta etkinlik kavramının arka planında, zenginliğin, onu etkin kullanacak üretici güçler elinde toplanması nosyonu bulunduğuna ve çok güçlü olduğu hususunda bir değerlendirme olarak bkz. Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", s.9-10.
[234] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.230.

geçtikçe ve koşullar yenilendikçe etkinsiz hale gelebilir. *Common law'*un etkinliği hipoteziyle, arz olunan bakış açısı, *common law*'un evrimsel bir mantıkla etkin kuralları etkin olmayanlar yerine seçişi ve ikame edişidir. Burada onun, aktif bir yasamaya dayalı olmaktan ziyade mahkemelerin karar üretme dinamizmiyle bağlı oluşu dikkate alınır. Dolayısıyla kurucu akla dayalı yapılanmaktan ziyade, Hayek'in *nomos* ve *kozmos* kavramlarına benzer bir biçimde, piyasa gibi evrilir. Zaten Posner'ın öncesinde *common law*'un etkinliği söylemine, Hayek'in de onu bir *kendiliğinden* düzen olarak olumlamak suretiyle katılmış olduğu malumdur. Hatta Hayek'in biraz daha öncesinde İtalyan hukukçu Bruno Leoni, Hayek'in övgüsüne çok benzer bir *common law* övgüsü kaleme alır[235]. Fakat bu yaklaşımların Posner'ınki ile temel hususlarda farklılıkları bulunmaktadır. Söz konusu yaklaşımlar, hukukun bu evrimsel sürecinde *common law* yargıçlarının hukuk-bulma faaliyetine atıfta bulunurlar; yargıçlar *common law* sahasında kendiliğinden gelişmiş prensipler üzerinden yeni sorunlara cevap vererek hukuku dinamik bir biçimde şekillendirirler. Posner ise, *common law*'un basit bir biçimde hukuk-bulma faaliyeti ile şekillenen bir sistem gibi değerlendirilmesini kabul etmez. Yargıçlara çok daha aslî bir fonksiyon yükler; yargı sürecinin bir keşif değil aynı zamanda bir yaratım süreci olduğuna dair Holmes-Cardozo-Amerikan hukuki realizm çizgisini benimser. Priest ve Rubin gibi başkaca yazarlar ise etkinlik kavramına dönük bu evrimsel mekanizmanın esas dişlisinin yargıçlar değil dava tarafları olduğunu belirterek yargıç-merkezli bu düşünceye eleştiri getirirler[236].

Posner, pek çok eserinde, gerek tarihsel gerekse güncel örneklerle, çok sayıda hukuk tartışmasını etkinlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Bunlar sadece özel hukuk konularına ilişkin örnekler değildir; ceza hukukundan anayasal temel hak ve özgürlüklerin korunma rejimine kadar pek çok örnek üzerinden hukuku ekonomik bir teste tabi tutar ve kuralların etkinliğini değerlendirir. Örneğin bu değerlendirmelerden bir tanesi ölüm cezasının etkinliği problemi üzerinedir[237]. Etkinlik üzerinden konuya yaklaşıldığında meselenin ne kadar çok cepheden ele

[235] Bruno Leoni, **Freedom and the Law**, D. Van Nostrand Company Inc., William Volker Fund, 1961, United States, United Kingdom and Canada.
[236] Hylton, "Law and Economics versus Economic Analysis of Law", s.5.
[237] Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.136-7.

alınması gerektiğini gösterir. Dört bakımdan konuyu ele alır: *(i)* İlki bu tip bir cezanın başka suçlar üzerinde caydırıcılık oluşturması noktasında diğer hafif cezalara kıyasla etkin olup olmadığı üzerinedir. Bu konuda Posner, Isaac Ehrlich'in 70'li yıllarda yaptığı çalışmalara gönderimde bulunur ve konu üzerinde bir uzlaşımın oluşamadığını dile getirir. Dikkat çektiği husussa idam cezasının marjinal caydırıcılığı üzerinedir. Örneğin adam öldürme suçunun cezası idam olduğu vakit, suç işleyenin subjektif infaz beklentisi +1'e, bundan sonra işleyebileceği suç ve tekerrürlerin marjinal maliyeti ise 0'a yaklaşır ve kişide ilave suçlar işleme eğilimi ortaya çıkmış olur. *(ii)* İkincisi, ölüm cezası gerektiren suça dönük olarak kişide bir caydırıcılık üretip üretmediğidir ki bunda şüphe götürür bir şey bulunmaz; ancak problem, yaşama karşı biçilen değerin ne olduğuna varır ve ölüm cezalarının yine insan öldürme eylemlerine karşı tahsis edilmesinde makul bir noktaya oturur. *(iii)* Üçüncüsü, masum birinin bu cezaya konu bir suçtan yargılanma ihtimalinde doğacak olan maliyet üzerinedir; ki adli hata durumlarında ortaya çıkabilecek bu maliyet çok yüksek bir maliyettir. *(iv)* Dördüncü nokta ise alternatif cezalara nispetle ölüm cezasının infazının maliyet seviyesidir. Bu noktada Posner, ölüm cezası istemiyle yargılama sürecinin maliyeti ne kadar yüksekse, bunun infaz maliyetinin -hapis ve adli kontrol gibi uygulamalara oranla- o denli düşük olduğuna dikkat çeker.

Bir başka örnek, bugün *Unutulma Hakkı* olarak lanse edilen kendi döneminde mahremiyet hakkı içerisinde değerlendirilen bir soruna ilişkindir[238]: *Melvin v. Reid (1931) davası*. Davacı bir zamanlar fahişelik yapmış, bir cinayet davasında yargılanıp beraat etmiş ve sonrasında fuhuşu bırakıp, yaşadığı yeri değiştirip, kişisel geçmişini gizleyerek evlenmiş ve nihayet hayatını normalleştirebilmiş bir kadındır. Beraatinden 7 yıl sonra Melvin isimli bu kadını ifşa ederek geçmişte yaşanan bu vakayı ve davayı konu olarak işleyen "The Red Kimono" isimli bir film yapılmış ve gösterime konmuştur. Soru: kadının bu haberden olumsuz etkilenip mahremiyet hakkına dayanarak bir hukuki sonuç elde edebilmesini, servet maksimizasyonu ilkesi üzerinden temellendirebilir miyiz? Posner 'hayır' cevabını verir. Analizi şu şekildedir: bir kişinin kendisi hakkında bilgileri gizlemesi, o kişinin diğer kişilerle yapacağı ekonomik ve sosyal işlemlerde kendisine avantaj sağlama isteğinden

[238] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.137-8.

kaynaklanır. Bilgi gizlemenin ekonomik yorumunu bu şekilde yapan Posner, örnekte davacı Melvin tarafından mahremiyet olarak lanse edilen bilgi saklamayı, bir ürünün hatalı yönlerinin satıcısı tarafından örtbas edilmesiyle benzeştirir. Bunun ise sadece açık piyasa ilişkilerinde değil, örtük (*implicit*) piyasa ilişkilerinde de yaşanabileceğini söyler ve evlilik piyasasının bu tür örtük bir piyasa olduğunu dile getirir[239]. Gerçek vaka birinci derece yargılamada Melvin'in aleyhine neticelense de, California temyiz yargısı, California anayasasında yer alan "bir kişinin mutluluğu takip ve elde edebilme hakkı" üzerinden bir yorum yaparak, Melvin'in isminin -istense saklanabilecekken- filmde aynen kullanılması dolayısıyla mahremiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir; çünkü mahkemenin yorumuna göre anayasal düzenleme bir kişinin ileriki hayatında kendini rehabilite edip hayatına yeni bir yön vermesi durumunu korumaktadır.

2.2.4. Posner'a Yönelik Eleştiriler

2.2.4.1. Metodolojik Eleştiriler

Görüşleriyle Posner, çağdaş hukuk düşüncesi üzerine klasik formları en fazla sarsan isimlerden biri olmuştur. Haliyle ona yöneltilmiş eleştiriler de bir o kadar fazladır. 70'li yıllardan günümüze, liberallerden, liberteryenlere, eleştirel hukuk çalışmalarından neoliberalizm tartışmacılarına dek, çok çeşitli cephelerden kendisine dönük yapılmış eleştirilerin bir şeceresini tutabilmek başlı başına bir iştir. Dolayısıyla burada elimizden gelebilecek tek şey, Posner eleştirileri arasından en öne çıkanlarını ve spesifik meselelere değil fakat teorisinin bütününü ilgilendirir ölçüde kapsayıcı olanlarını sunabilmek ve bunlar vasıtasıyla Posner'ın ekonomik hukuk öğretisinin artı ve eksilerinin bir tahlilini yapmaya çalışmaktır.

Eleştiri sahasını, iki temel başlık altında sınıflandırabiliriz. İlki, onun iktisadi düşünceyi hukuki muhakemede kullanması dolayısıyla, bu iki farklı disiplinin metodolojik uyuşmazlıklarından kaynaklanan sorunları vurgulayan eleştirileri kapsar. İkincisi ise onun servet maksimizasyonu kavramına dayalı etkinlik kavramına hukuki düşüncede biçtiği role ve öneme yönelik yapılan eleştirilerdir.

[239] Bu noktada Posner'in evlilik kurumuna Beckerci bir perspektiften yaklaştığını gayet tabii söyleyebiliriz.

Metodolojik eleştirilerin en başında, hukuki düşünüşün yönünü değiştirme girişimi olarak ekonomik düşüncenin neoklasik içeriğinin hukukçu için -hukuki problemlerin giriftliğini çözebilmek için- yeterli görülemeyecek derecede *basit* varsayımlara dayandığı iddiası gelir. Bu yönüyle Posner'in tümdengelimsel bakış açısının son derece indirgemeci (*reductionist*) bir noktaya ulaştığını, ekonomik analize konu olamayacak (devredilemez hak konsepti gibi ekonomik ikamesi ve/veya piyasası oluşmamış) hukuki değerleri ve konuları bile bu indirgeme girdabına çektiği eleştirilerinde bulunulur[240]. Fakat Posner, hukukta ekonomik akıl yürütme biçimini *bilimsel* bir çerçeveye alabilmenin yolunun -kimilerince indirgemecilik olarak nitelendirilen- bu soyutlamaların kullanımından geçtiği savunmasında bulunur[241].

Ayrıca salt fayda-maliyet analizi, amaç açısından nötrdür (*end-neutral*), yani verili herhangi bir amaca uygulanabilir, onun gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini sadece gösterir. Ancak hukuk kuralları sonuç açısından nötr değildir, bir sonucun taraftarıdır, onun gerçekleşmesini amaçlar. Sorular şunlardır: *(i)* Hukukun çok çeşitli dallarını içerir şekilde takip ettiği hedefler ve amaçların kaçta kaçı aynı zamanda ekonomik karakterdedir? (Genellikle yaşam hakkı ve insan onuru gibi hukuki değerlerin ön planda tutulduğu alanların ekonomikliği soru işaretidir. Örneğin, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin üzerindeki yoğun talep, yaşamı tehdit eden bu maddeler üzerindeki hukuki kısıtları kaldırmaya yetmemektedir.) *(ii)* Ekonomik analizin normatif çıktıları, hukukun ekonomik olmayan amaçları ile nasıl bağdaştırılabilir ya da bütün olarak hukuka bir "olması gereken" olarak nasıl teşmil edilebilir? Klasik hukukçu yaklaşımı, ekonomik analizin servet yahut refahta maksimizasyon olarak beliren normatif çıktısının hukukun pek çok farklı amacının hepsine birden teşmil edilemeyeceği yönündedir[242]. Dolayısıyla mesele, 'olan'dan 'olması gereken'in çıkarılamayacağını bildiren klasik itiraza çıkar. Fakat Posner bu itiraza karşı, bir etik ilke olarak servet maksimizasyonunun kendisi

[240] Bkz. Culp, "Judex Economicus", s.98; Engle, "Law and Economics", s.58;
[241] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.16.
[242] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.13.

tarafından hiçbir zaman evrensel olarak tek geçerli etik kod olarak lanse edilmediğini, bunun sadece makul bir yaklaşım olduğunu iddia ettiğini dile getir.[243]

Metodolojik bir başka eleştiri, Posner'ın da zihnindeki bir başka neoklasik varsayım olan *homo economicus* tasarımı ve bilgi problemine dairdir. Modellerin, tam rekabet koşullarına erişilmiş bir piyasa varsayımı kapsamında kullanıldığı bu teorik zeminde, ekonomik aktör olarak birey tam bilgi sahibi imiş gibi değerlendirilir[244]. Bunun eleştirisini, sistem-içi bir eleştiri olarak bireylerin ve kamusal otoritelerin tek tek bilgi yeterliliğine ulaşamayacaklarını savunan Avusturya Okulu'nda ve biraz heterodoks bir eleştiri olarak insan aklının sınırlılığını iktisadi düşünce içerisinde de kabul edip savunan Davranışsal İktisat (*Behavioral Economics*) yazınında görmekteyiz.[245]

Metodolojik açıdan temel eleştirilerden bir diğeri ise, Posner'in kuramının iç çelişkilerle yüklü olduğuna dairdir. En temel ve yapısal çelişkilerden biri, Posner'ın bir yandan mülkiyet ve sözleşmenin kurucu vasfına işaret etmesi[246], diğer yandan hukuku piyasanın güdümüne teslim etmek isteyişidir. Oysa piyasanın oluşumu açısından verili (mülkiyet ve sözleşme ilişkilerine dair) bir haklar düzeni gereklidir. Yani bu eleştiriye göre, hukukun mu piyasayı öncelediği yoksa piyasanın mı hukuku öncelediğine dair net bir başlangıç açıklaması ve kanıtlaması sunmadan sonuç çıkarmak gibi iç çelişkiler içeren bir kuram geliştirmiştir Posner[247].

Posner'ın kuramına ve genel olarak ana-akım Chicago yaklaşımına dönük eleştirilerin ağırlıklı kısmı, konunun normatif analiz kısmına ve normatif/pozitif ayrımının suniliğine yöneliktir. Bu noktada normatif analizin pozitif analizi baskılayarak söz konusu ayrımı manasız kıldığını iddia ederler. Bu eleştirilere göre, ayrıca, eleştirilerin yoğunlaştığı normatif boyutun hataları öylesine derindir ki, öğretinin pozitif ve tanımlayıcı (*descriptive*) yönlerini de hatalara boğmaktadır[248]. Ayrıca etkinlik kavramının öğreti üzerindeki gücü, hukukun ekonomik analizine

[243] Posner, "Wealth Maximization Revisited", s.89-90
[244] Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.85-86, 95-96.
[245] Bkz. aş. s.301 vd.
[246] Bkz. yuk. s.130.
[247] Bu konuda bkz. Veljanovski; "Wealth Maximization, Law and Ethics", s.6.
[248] Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.191.

dönük olarak, onun esasında hukuku işlevsiz hale getirdiği ve ekonominin kurallarının egemenliğinde bir hukuk sistemi tasarladığı eleştirilerine de temel oluşturmaktadır [249] . Eleştirilerin, bu yönüyle ekonomik emperyalizmin hukuk düşüncesini kuşatıcılığına yöneldiği de pekala söylenebilir.

Ekonomik analizin hukukta metodolojik bir araç olarak kullanımı önerisini görev üstlenme noktasında Posner her ne kadar önde gelen isimlerden biri de olsa, bunu kendisinin ne ölçüde gerçekleştirebildiği de ayrı bir soru işaretidir. 1984 ve 85 yıllarında yazılmış üç makalede Posner'ın temyiz mahkemesi üyeliği döneminde (ki bilindiği üzere 1981 yılında atanmıştır) karara bağlanmış ve kendisinin imzasının olduğu 200'ü aşkın davadan sadece 20'sinin ekonomik analiz içerdiği, ayrıca kendisine ait eserlerde kullandığı 120 mahkeme kararının 98'inin kendisinin müdahil olmadığı kararlar olduğu vurgulanmıştır[250].

2.2.4.2. Servet Maksimizasyonu İlkesine Eleştiriler

Posner'a dönük itirazların başlıcaları, yukarıda da görüldüğü üzere, onun servet maksimizasyonu ilkesi ve bu ilkeden üretilmiş etkinlik kavramına dönüktür. Ronald Dworkin, Jules L. Coleman ve Cento Venjanovski gibi isimler, Posner'ın zenginliğe içsel (*intrinsic*) bir değer yüklediğini iddia ederek, bu anlayışa karşı çıkarlar ve zenginliğin ancak ve ancak araçsal bir değer ifade edebileceği itirazında bulunurlar[251]. Posner'ın servetin azamileştirilmesi perspektifinin eleştirmenlerinden biri de Calabresi'dir. O, Posner'ın tersine, genel fayda ve eşitlik gibi başkaca

[249] Nancy Levit, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", **Northwestern University Law Review**, Vol. 85, No. 2, 1991, ss.494-518, s.499; Michel Rosenfeld, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardozo Law Reviev**, Vol.18, 1996-1997, ss.97-151, s.116.; Aktaran: Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", s.93.

[250] Bkz. Warren J. Samuels, Nicholas Mercuro, "Posnerian Law and Economics on the Bench", **International Review of Law and Economics**, Vol.4, No.2, February-1984, ss.107-130; Lincoln Caplan, "Is the Supreme Court Ready for This Kind of Free-Market Justice?", **Washington Post**, 30/09/1984; Cohen, "Posnerian Jurisprudence", s.1131, dn.81.

[251] Bkz. Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.194, 200; Jules L. Coleman, "Efficiency, Utility, and Wealth Maximization", **Hofstra Law Review**, Vol.8, 1980, ss.509-551, s.527; Cento G. Veljanovski; "Wealth Maximization, Law and Ethics: On the Limits of Economic Efficiency", **International Review of Law and Economics**, Vol. 1, 1981, ss.5-28, s.8.

amaçlara katkı sağlamadığı sürece, salt toplumdaki zenginlik seviyesinin arttırılmasının toplumu daha ileri taşıyamayacağını savunur[252].

Posner'ın servet maksimizasyonu ilkesi, klasik hukuk dogmatiğinin ağırlıklı olarak insan onuru üzerine kurguladığı "devredilemez hak" konseptinin içini boşalttığı eleştirisine uğramaktadır. Örneğin, bu hususta, tarihsel bir örnek olarak kölelik gibi bir kurumun Posner'ca nasıl değerlendirdiğine bakabiliriz. Posner, köleliğin, hapishanelerdeki zorunlu çalışma uygulamalarında, farklı kisvede de olsa sürdüğünü, bu yüzden köleliğin ahlaki temelde ve geniş boyutta kınanmasının esasında bir anlamı olmadığını; onun kötülenmesinin altında yatan esas sebebin, ücretli işçiliğe nazaran üretim süreçlerinde gözlem maliyetlerinin yüksekliği ve veriminin düşüklüğü olduğunu dile getirir[253]. Mathis, ekonomik emperyalizm boyutu üzerinden yaklaşarak Posner'ın bu yaklaşımını eleştirir; Buna göre, ekonomik emperyalizm yaşamın tüm alanlarını kıtlık problemine indirger, üzerinde pazarlık yapılabilir ve mübadeleye elverişli (yerine dengi konabilir) addeder. Fakat Mathis, Kant'ın amaçlar evreninde değer ile onuru ayıran, değerlerin ikame olunabilir ve fakat onurun -bunların hepsinin üzerinde- başka bir şeyle değiştirilemeyen, ikame olunamayan doğasına dair anlayışına vurgu yaparak, Posner'in servet maksimizasyonu temelli etkinlik yaklaşımının insan onuru açısından sıkıntılar barındıran bir yaklaşım olduğu eleştirisinde bulunur[254].

Posner'ın, hukuku piyasa simülasyonu gibi çalıştırma gayretinden, ondaki piyasaya olan güveni anlayabiliriz. Bu piyasa güveni, piyasanın etkinlik ve verimlilik ürettiği fikrinden gelir. Ancak Posner bu üretimin kimin lehine oluştuğu konusuna girmez[255]. Kaldor-Hicks modeline göre, olası kaynak dağılımlarından toplumun farklı kesimlerince asimetrik kazanımlar olabilir; ancak bu başlı başına bir sorun değildir. Önemli olan, servetin toplamda olabildiğince artışı, pastanın

[252] Guido Calabresi, "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", **Hofstra Law Review**, Vol.8, 1980, ss.553-562, s.556; Parisi, "Positive, Normative and Functionalist Schools in Law and Economics", s.262.
[253] Richard A. Posner, "Wealth Maximization Revisited", **Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy**, Vol.2, 1985, ss.85-105, s.94.
[254] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.172.
[255] Engle, "Law and Economics", s.34.

büyümesidir[256]; bunun çeşitli toplumsal kesimlere çeşitli ölçülere göre dağıtımı problemi (dağıtıcı adalet) devre dışı tutulmaktadır. Devre dışı bırakılan bu duruma, Stiglitz ve Harvey gibi yazarlarca "sızıntı/damlama (*trickle-down*) ekonomisi" denmektedir[257]. Bu mantıkta, zenginliğin *yukarıdan aşağıya* sızarak yayılacağı, "yükselen suların tüm gemileri yüzdüreceği" kabul edilir. Söz konusu yaklaşım Smithçi kendiliğindenciliğin radikal bir yorumu olmakla beraber Chicago ve Avusturya okulundan bazı yazarların tekeli başlı başına bir problem olarak görmeyi bırakan "yeni" bakış açısıyla da uyumludur. Fakat bu yönüyle, gerek dağıtıcı adalet taraftarları ve refah iktisatçılarından gerekse neoliberalizmin sömürü yönüne vurgu yapan diğer yazarlardan gelen eleştiriler, doğal olarak Posner'in servet maksimizasyonuna da yönelmektedir.

Refah gibi kavramlara mesafeli durarak servet/zenginlik kavramı üzerine bir düşünce sistemi kurmak isteyişi, Posner'in, refah ve onunla ilintili adalet, dağıtım ve eşitlik gibi kavramlara karşı bir antipatisi olduğu şüphesini kuvvetlendirmektedir. Etkinliğin, tüketici ödeme isteğine endekslenmesi, ödeme isteğinin de ödeme yeterliliğine dayalı olması, toplumda ekonomik açıdan güçlü olanın etkin çözümlerde anahtar pozisyonda olduğu gibi bir sonuca varmaktadır[258]. C. E. Baker, Posner'ın bu şematizasyonu eleştirir ve şöyle der: eğer toplumdaki servet ve gelirin halihazır bölüşümü gayriadil ise zorunlu olarak tüketici ödeme isteği de gayriadil sonuçlar üretecektir[259]. Bu adalet problemi, toplumda bir kesimin başka bir kesimin ekonomik iktidarı altında kalmasına dek ilerleyebilir. Posner da bunu fark etmiş ama önemli bir sorun olarak görmemiştir; organ ve bebek piyasasının hukukileştirilmesini savunduğu yazısında tüketici ödeme isteğinin zorunlu olarak toplumun yoksul kesimini yahut yoksul ülkelerin insanlarını donör veya bebek satıcısı haline getireceğini ama bunun gene de genel bir zenginleşmeye yol açacağını savunur. Yani tüketici ödeme isteği, toplumda bir kesimi diğer kesimin kölesi yapabilir ama bu

[256] Cohen, "Posnerian Jurisprudence…", s.1126.
[257] Bkz. Philippe Aghion, Patrick Bolton, "A Theory of Trickle-Down Growth and Development", **Review of Economic Studies**, Vol.64, 1997, ss.151-172; Joseph E. Stiglitz, **Küreselleşme: Büyük Hayal Kırıklığı**, (Çev. Arzu Taşçıoğlu, Deniz Vural), Plan B Yay., 2.b., 2002, İstanbul, s.99-102; Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.72-73 (Sızıntı ekonomisinin Stiglitz ve Harvey'ce olumlanmadığını, aksine eleştirildiğini de ayrıca belirtmiş olalım.)
[258] Coleman, "Economics and the Law", s.662.
[259] Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law", s.6; Benzer bir eleştiri için bkz. Veljanovski; "Wealth Maximization, Law and Ethics", s.12.

durum gene de açlıktan iyidir[260]. Posner'ın bu görüşleri, onun savunduğu şekliyle servet maksimizasyonu sisteminin yeni hakların oluşumu ve tahsisatı noktasında mevcut avantajlı kesimler lehine sonuçlar üreteceği, dolayısıyla dezavantajlı kesimlerin dezavantajlarını arttıracağı ve gelir dengesizliklerinde derinleşmelere neden olacağı fikirlerine kaynaklık etmiştir. Bu yönde endişelerini bildiren yazarlardan biri de, dezavantajlılık noktasında Rawls-benzeri hassasiyetler barındıran Anthony Kronman'dır[261]. Kronman, Posner'ın tersine, "doğal piyango" olarak adlandırılan toplumdaki kabiliyet ve handikap dağılımlarını dikkate alan ve bu dağılımdan kaynaklı dezavantajları giderici bir hukuk politikasını savunmaktadır.

Posner'ın etkinlik kavramının dağıtıcı adalet perspektifinin dışında ve salt zenginliğin maksimize edilmesi nosyonuna bağlı oluşu, kendisi her türlü düşünceye adapte edilebilen pragmatik ve amaç-çoğulcu bir hukuk kuramına can verme iddiası gütse de, bu iddianın inandırıcılığına olumsuz bir etki yapmıştır. Zira amaçları takipte bir ikincil amaç olarak tasarladığı "ekonomik etkinlik" ve "liberal bireycilik" nosyonlarının, amaç-çoğulcu hukuk teorisini domine ettiği ve *pragmatik* biçimde açık kapı bırakılmış diğer amaçlara kapı kapattığı yönünde eleştiriler söz konusudur[262].

2.2.4.3. Dworkin - Posner Tartışması

Posner'ın pragmatizm ve ekonomik analiz olmak üzere esas olarak iki temel taşına oturan hukuk kuramına yöneltilmiş en geniş çaplı eleştirilerden biri Ronald Dworkin'den gelmiştir. Dworkin'in hem hukuki pragmatizm hem de ekonomik analize (özellikle de servet maksimizasyonu ilkesine) yönelttiği eleştirlerine karşı Posner tarafından pek çok cevap metni kaleme alınmıştır. İkili arasında, ilginçtir, ikincil literatürde hemen hemen hiç üzerinde durulmamış[263] olan bu tartışmanın

---

[260] Eleştiri için bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.168-171;

[261] Anthony T. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9 1980, ss.227-242, s.240.

[262] Sezal Çınar Özkan, "Pragmatizm Hukuka Ne Önerebilir?", **HHFD**, C.7, S.1, 2017, ss.311–332, s.328. Çınar Özkan'ın dile getirdiği bu eleştirinin kaynağı Michael Rosenfeld'dir. Bkz. Michel Rosenfeld, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justive without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardozo Law Review**, vol.18, 1996-1997, ss.97-151.

[263] Dworkin'in eleştirel karakteri ve çeşitli yazarlarla arasında yaşanan entelektüel tartışmalar, çağdaş hukuk ve siyaset felsefesi literatüründe çokça incelenmiştir. Ancak bu konuda yazılmış belli başlı eserlerde Dworkin ile Posner arasında yaşanmış tartışmaya hiç değinilmemiştir. Örneğin şu Dworkin

yıllara yayıldığını görmekteyiz. Dworkin 1980 yılında "*Is Wealth A Value?*" başlıklı bir eleştiri kaleme alır[264] ve Posner buna aynı yıl içerisinde "*The Value of Wealth: A Reply to Dworkin and Kronman*" başlıklı yazısıyla[265] cevap verir. Calabresi'nin de Dworkin'in bu makalesine yazmış olduğu cevap[266] ile tartışma büyür ve aynı yıl içinde Dworkin cevaplara cevap mahiyetinde "*Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner*" başlıklı bir makale daha yayımlar[267]. 1986 yılına gelindiğinde Dworkin *Law's Empire'*ı (*Hukukun Hükümranlığı*) bastırır ve Posner'ın gerek pragmatizmine gerekse hukuka ekonomik yaklaşımına dönük eleştirilerini sürdürür. 1997 yılında ise *Arizona State Law Journal*'ın 29. Cildinde ise Dworkin ile Posner'ın birbirlerine karşı yazmış oldukları ve "teori ve teorik düşünce" konusunu merkeze alan iki yazı yayımlanır[268].

Dworkin, Posner'in servet maksimizasyonu ilkesini pek çok yönden eleştirir. Zengin toplumun zengin olmayan toplumdan daha bir iyi toplum olduğunu söylemek, toplumu kişileştirmektir (*personification*) der[269]. Zenginlik tek başına bir iyiliğe karşılık gelmez, o genellikle başka amaçlara aracı bir kavramdır. Dolayısıyla servet maksimizasyonu tek başına bir amaç olmaktan çok uzaktır. Servet yahut zenginlik bir sosyal değer (*social value*) bileşeni (*component*) de değildir. Çünkü zenginlik, Dworkin'e göre kendinde amaç (*end in itself*) veya kendi başına değerli değildir, başka bir hedefe ulaşmak adına arzulanır[270].

Servet maksimizasyonu ilkesine dönük eleştirilerinin çoğunu Dworkin'in "Is Wealth a Value?" başlıklı makalesinde bulabiliriz. Dworkin'in bu makalesinde

---

monografilerinin isim dizinlerinde Posner maddesi bile geçmemektedir: Justine Burnley (Ed.), **Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin**, Blackwell Publ., 2004, United Kingdom; Arthur Ripstein, **Ronald Dworkin**, Cambridge University Press, 2007, United Kingdom.

[264] Ronald Dworkin, "Is Wealth a Value?" **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, 1980, ss.191-226.

[265] Richard A. Posner, "The Value of Wealth: A Reply to Dworkin and Kronman", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, 1980, ss.243-252.

[266] Guido Calabresi, "An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Issue: 3, 1980, ss.553-562.

[267] Ronald Dworkin, "Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner", **Hofstra Law Review**, Vol.8, Issue:3, 1980, ss.563-590.

[268] Ronald Dworkin, "In Praise of Theory", **Arizona State University Law Journal**, Vol.29, 1997, ss.353-376.; Richard A. Posner, "Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", **Arizona State Law Journal**, Vol.29, 1997, ss.377-388.

[269] Bkz. Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.194; Dworkin **Hukukun Hükümranlığı**, s.358.

[270] Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.195.

gönüllü mübadele ile her şekilde toplumsal servette bir değer/zenginlik artışı[271] yaşandığına (çünkü her seferinde malın ona en fazla değer verenin eline geçtiğine) ilişkin neoklasik kabule eleştiri getirdiğini görüyoruz. Bunu bir malın devamlı surette A'dan B'ye ve B'den A'ya geçişini ve bunun döngüsel olarak devamlı tekrar edişi ihtimaline dayanarak yapar; bu durumda toplumsal zenginlik artmış mıdır? Dworkin'in saçmaya indirgeyerek ele aldığı bu varsayımın başka hatalı yönleri vardır. Bunlardan bir diğeri de, sübjektif değerden ve davranışsalcı iktisatçıların çok fazla ele alıp kullandıkları sahiplik etkisinden kaynaklanır. Örneğin 5$ vererek katıldığım bir çekilişte kazandığım Wimbledon tenis turnuvası biletlerini, belki çekilişi kaybetseydim 20$ bile vermeyecekken, 50$'a satmaya razı gelememem, servet maksimizasyonuna dayalı mübadele kavramının irrasyonel gediklerinden biridir: eldeki varlığa, pazarlık sürecinde daima daha çok kıymet biçilir[272].

Dworkin'in anladığı şekliyle, servet maksimizasyonu, kaynakların onlara en fazla değer verenlerin elinde toplanmasıyla oluşur, hukukun görevi de kaynakların onlara en fazla değer verenlerin elinde toplanmasını sağlayacak kurallar sistemini işletmesidir. Kaynakların bu şekilde tahsisatı, onlara en fazla değer verenlerin, diğer bir deyişle onlara en fazla parasal ödeme yapmaya irade gösteren ve en önemlisi de bu yönde ekonomik gücü olan kişilerin varlığına bağlıdır[273]. Dolayısıyla Posner'in bu ilkesinden toplumda ekonomik açıdan güçlü olanların iradesine göre hukukun piyasa mekanizmasını taklit ettiği bir düzen ortaya çıkar. Dworkin'in eşitlikçi bakış açısına ve fırsat eşitliği ilkesine zıt bir bakış açısıdır bu.

Dworkin'in hukuk kavramı ile Posner'inki temelden birbiriyle uyumsuzdur. Dworkin bilindiği üzere hukuk teorisi içerisinde prensipler ile siyasaları ayırır. Prensipler, hakları tarif eden önermelerken, siyasalar amaçları tarif eden önermelerdir. Dworkin ekonomik etkinlik kavramını kolektif bir amaç olarak ifade eder ama bu amaç tek amaç değildir; zira gelirin yeniden dağıtımı da bir kolektif amaçtır. Bu amaçlar mutlak değildir. Dworkin'in teorisinde mutlak bir amaç varsa o da "eşit muamele ve eşit saygıdır". Bu mutlak amaç onun liberal hukuk ve siyaset

[271] Değer ve zenginlik kavramları arasındaki ilişkiye dair bkz. yuk. s.131, dn.193.
[272] Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.192.
[273] Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.191.

felsefesinin dayandığı birincil ilkeyi de ifade eder[274]. Dworkin'in Posner eleştirisinin altındaki önemli bir unsur amaç-siyasa ile hak-prensip arasındaki bu ikiliklerden kaynaklanır ve ekonomik analiz hukuk yargısında ilkeselliği dışlayarak, Dworkin'e göre, amaç ya da siyasa merkezli bir tavır alır.

Nitekim Dworkin *Hukukun Hükümranlığı*'nda, şu ana kadar hukukun ekonomik analizi hususunda bahsettiklerimiz nazara alındığında bir mahkemenin ekonomik analiz yapmasına örnek teşkil ettiğini söylemenin yanlış sayılamayacağı bir vakadan bahseder; ama bunu bir ekonomik analiz örneği olarak değil, yargının siyasa (*policy*) temelli karar verme örneği olarak ifade eder[275]. *McLoughlin v. O'Brian* (1983) davasında Bayan McLoughlin, eşinin ve çocuklarının bir trafik kazasında yaralandıklarını kazadan iki saat sonra evindeyken öğrenir ve doğru hastaneye gider. Çocuklarının birinin ölümü ve diğerlerinin ağır yaralandığı haberini almasıyla büyük bir psikolojik zarar gördüğünü ileri sürerek, kazada sorumluluğu olan diğer tarafa manevi tazminat davası açar. Bu konuda pek çok emsal karar ile talebinin haklılığını gerekçelendirir. Ancak ilk derece mahkemesi bu talebi reddeder. Çünkü söz konusu emsaller, kazadan manevi zarar gören kişinin genellikle kaza esnasında kaza yerinde bulunduğu, kazaya ve ölüme bizzat şahit olduğu gibi durumlar üzerine kuruludur. Bunun dışında mahkemece, zarar verenin sorumluluğuna dair Amerikan hukukunda kabul edilmiş kriterlere somut vakada rastlanılmadığı belirtilir. Bu yüzden somut vaka ile dayanak gösterilen emsallerdeki vakalar mütereffik (*distinguishable*/ayırt edilebilir; birbirinden farklı) kabul edilir ve tazminat talebi reddedilir. McLoughlin temyiz yargısına konuyu aksettirdiğinde de netice alamayacaktır; fakat temyiz yargısının konuyu değerlendirme biçimi ilke derece mahkemesininkine göre farklıdır.

> Temyiz Mahkemesine göre, daha geniş bir sorumluluk alanını kabul ederek kaza yerinde olmayan yakınların maruz kaldığı zararları da kapsamak, toplumun bütünü açısından pek çok ters etkiye sahip olacaktı. Manevi zararlar için çok daha fazla dava açılmasını teşvik edecek, bu da

[274] Liebhafsky, "Law and Economics from Different Perspectives", s.1820.
[275] Hukukun ekonomik analizinin esasında politik karakterde bir yaklaşım olduğuna dair vurguyu Dworkin'in başka çalışmalarında da yaptığını görmekteyiz. Örneğin bkz. Dworkin, "Is Wealth a Value?", s.191.

> mahkemelerde zaten var olan iş yükü fazlalığını daha da vahim hale getirecekti. Gerçekten ciddi bir manevi zarara uğramamış ancak böyle bir zararın var olduğunu söyleyecek doktorları bulabilecek kişilerin düzmece talepleri için yeni fırsatlara kapı açılmış olacaktı. Sorumluluk sigortalarının maliyetinde artışa neden olacak, araç kullanmayı daha pahalı hale getirecek, muhtemelen maddi durumları iyi olmayanların hiç araç kullanamaması söz konusu olacaktı. Kaza yerinden uzaktayken gerçekten manevi zarara uğrayanların taleplerinin kanıtlanması daha da zorlaşacak, dava açma süreçlerindeki belirsizlikler bunların durumlarını daha da karmaşık hale getirecek, tazmin edilmelerini geciktirecekti[276].

Kararda, temyiz mahkemesinin ekonomik bir bakış açısıyla *ex ante* ve sonuçsalcı bir biçimde kâr-zarar kıyaslaması yaptığı açıktır. Ancak Dworkin, bu bakış açısını ekonomik analiz biçiminde değil, bir "siyasa değerlendirmesi" olarak lanse etmeyi tercih etmiştir.

Dworkin'in, hukuki bir kisvede siyasa üretimi ile ekonomik analiz arasında kurmuş olduğu bağ, esasında ekonomik analiz ile pragmatizmin arasındaki bağı da göstermektedir. *Ex ante* yaklaşım ve sonuçsalcılık unsurları gibi, pratiğe önem verme boyutuyla da ekonomik analiz ile pragmatizmin örtüştüğü bir başka nokta üzerinden Dworkin, Posner'a yüklenir. "*In Praise of Theory*" başlıklı makalesiyle Posner'i hukuki düşünceden teoriyi dışlayan bir "anti-teorist" olarak niteler[277]. Fakat Posner'a göre bu eleştiri yersizdir. Çünkü Dworkin felsefe ile teori kavramlarını neredeyse eşitlemiş ve kendisinin teorik düşünceye yüklediği anlam ve önemden farklı teorilere sahip olanları anti-teorist olarak etiketlemiştir. Bu yüzden Posner, pragmatik bakış açısını niteleyen sıfatların -pratiklik, enstrümentalizm, ileriye-bakışlılık, şüphecilik, aktivizm, empirizm, antidogmatizm ve deneyimselcilik- pek çoğunun Dworkin'in teorisinde olmadığı için onun kendisini anti-teorist ilan ettiğini söyler[278].

Hukuki pragmatizm, hukukun sosyal ihtiyaçlara cevap üretebilmesi uğruna, Posner'in de kabul edeceği ve "gerektiğinde" klozuyla yumuşatacağı bir biçimde,

[276] Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s.50-51.
[277] Dworkin, "In Praise of Theory", s.353-354.
[278] Posner, "Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", s.377, 379, 384.

teorik bağımlılıklardan kurtulmanın aygıtlarını tasarlar. Dworkin hukuki pragmatizmin bu karakterini siyasaları bir strateji olarak hukuk kılıfına büründürme ve bunu yaparken esasında hakları ciddiye almama yönleriyle topa tutar. Bunu hukuki pragmatizmi bir yorumsamacı hukuk teorisi olarak kendi görüşü olan bütünlük olarak hukuk (*law as integrity*) düşüncesinin karşısında konumlandırmak suretiyle gerçekleştirir.

Dworkin'in "uzlaşımcılık" (*conventionalism*), "hukuki pragmatizm" ve kendi bakış açısı olan "bütünlük olarak hukuk" arasında yürüttüğü bu tartışma, esas itibariyle hukukta değişim problemi üzerine kuruludur. Toplumsal değişimlere hukukun adaptasyonu konusunda pragmatizmin uzlaşımcılıktan çok daha elverişli ve güçlü bir teori olduğunu defalarca belirtir Dworkin[279]. Çünkü hukuki pragmatizm, toplumsal ve ekonomik değişimlerle karşılaşıldığında, bu değişimlere cevap vermeyen hukuki konvansiyonlara (uzlaşımlara) bağlı kalmak mecburiyetinde hissetmez kendisini; oysa uzlaşımcılık sıkı sıkıya "bağlı kalmak" demektir. Hukuki pragmatizm, *mümkün olan en iyi sonuç* üzerine bir değerlendirme yapar. Uzlaşımları dikkate almaz ise bu durum hukukta belirlilik adına hiç şüphesiz bir firedir, çünkü yepyeni bir şey dile getirilmiştir. Ayrıca bunun, yargının siyasi otoriteyi sarsıcı bir edimi olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Pragmatizm tam da bu noktada uzlaşımlara uymak ile uymamak arasında bir değerlendirme yapar; uymama durumunda elde edilecek sosyal kazanımlar daha fazla ise ve bu kazanımlar zararları tam olarak karşılama seviyesinin üzerindeyse uymama yönünde bir tavır alır. Ama eğer zararlar daha fazla olacaksa pragmatizm uzlaşımcı da davranabilir. Dworkin, pragmatizmin gerektiğinde uzlaşımcılık yönünde kendini harekete geçirme potansiyeli nedeniyle onu uzlaşımcılıktan daha güçlü bir yorumsamacı hukuk teorisi olarak gördüğünü pek çok kez belirtir[280]. Bazen hukuki pragmatizm hukukta yenilik doğurucu edimini, sanki verili uzlaşımlara uyuyormuş gibi bir stratejiyle yürütür ve

[279] Bkz. Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s.129, 1192-3, 194, 198, 202.

[280] Bkz. Dworkin **Hukukun Hükümranlığı**, s.129, 194, 198, 202. Dworkin, ayrıca bir ayrım daha yaparak, yorumsamacı teoriler ile semantik teorileri ayırır. Semantik teoriler (hukuki pozitivizm, doğal hukuk teorileri, hukuki realizm) hukukun tanımlanması, "*hukuk şudur; ...*" açıklaması üzerine içeriği şekillenen teorilerdir. Yorumsamacı teoriler ise (uzlaşımcılık, hukuki pragmatizm ve bütünlük olarak hukuk görüşü) semantik bir tez üzerine değil, hukukun yorumlanması üzerine kurulu anlayışlardır. Bkz. Dworkin **Hukukun Hükümranlığı**, s.129.

bir normu yorumlarken "aslında normdan şu çıkıyor" diyerek yeniliğini yapar. Dworkin buna hukuki pragmatizmin "asil yalan" (*noble lie*) stratejisi der.

Pragmatistler hukuki hakları ciddiye almaz, çünkü hukuki haklar onların gözünde en iyi geleceğin hizmetkarlarıdır, bu amaçla inşa edilmiş enstrümanlardır ve bağımsız bir güçleri yoktur; bu yüzden en iyi geleceğe karşı baskın çıkmalarını kabul etmemek gerekir. Pragmatist yargıçların inanışları -Dworkin'e göre- bu olmakla birlikte, onlar *asil yalan* stratejisine benzer bir sahteciliği daha strateji edinirler ve bu haklar sanki varmış gibi davranarak (*as if strategy*) kararlarının meşruiyetine gölge düşürmezler; ama bunu böyle yaparken esasında hakları da ciddiye almazlar. Böyle davranmalarının nedeni, Dworkin'e göre, yargıçların toplum tarafından hakları dikkate alarak davranmaya koşullandırılmış oluşudur[281].

Dworkin'in eleştirel safına yakın bir konum alarak Jules Coleman da etkinlik kavramına biçilen önemin, yargılama faaliyetine dair geleneksel bakış açısına tezatlık arz ettiği tespitinde bulunur. Ona göre yargılama faaliyeti, geleneksel olarak, kullanışlı bir sosyal politikanın desteklenmesi ve böylece ekonomik bir argümana tözsel bir önem atfedilmesinden ziyade, haklar ve yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ilgilenmiştir. Oysa ekonomik analiz yaklaşımı ilki üzerinde durmak suretiyle yargılama faaliyeti kapsamında kurulu hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinden ziyade onların sürekli bir biçimde yaratılması fikrini beslemektedir[282].

Özellikle Dworkin'e cephe alarak, Posner, kendisinin "zayıf epistemolojilere tutsak olmaya karşı" direncinin, kuralsızlık ve sübjektivizm biçiminde çarpıtılıp öyle sunulduğunu iddia eder[283]. Dworkin'e göre, "bir pragmatist, yargıcın mevcut koşullar dahilinde gelecek için yapabilecek olduğunun her zaman en iyisini yapması gerektiğini düşünür; bunu ilke olarak tutarlılığa saygı ve onu emniyetli kılma ihtiyacı ile kontrol edilmeksizin ve diğer resmi yetkililer benzer bir durumda nasıl karar vermiş oldukları yahut verecekleri düşüncesiyle bağlı olmaksızın düşünür."[284] Oysa Posner'a göre bu haksız bir ithamdır, zira pozitivist bir yargıç sadece geçmişle

[281] Dworkin **Hukukun Hükümranlığı**, s.206-207.
[282] Coleman, "Efficiency, Utility, and Wealth Maximization", s.551.
[283] Posner, "Pragmatic Adjudication", s.3.
[284] Dworkin, *Law's Empire,* 1986, s.161'den aktaran: Posner, "Pragmatic Adjudication", s.4.

tutarlılığı dikkate alır, pragmatist yargıç ise bu geçmişle tutarlılığın gelecek için en iyi sonucu verebilecek olanını dikkate alır. Pozitivist yargıçta kesinlikçilik ön plandadır, hukukun anlamı pozitif hukuk ile tükenmiş haldedir; pozitif hukukta kökü olmayan bir hak yahut yükümlülük söz konusu olamaz[285]. Pragmatist yargıçsa geçmiş kararlarla tutarlılığı kendinde amaç olarak görmez, sadece bugünün sorununa en iyi çözümü üretmede vasıta olarak görür. Buna rağmen o, geçmiş kural ve kararlarla gene de ve hatta epey ilgilidir. Zira bu geçmiş, bilgi birikimidir. Bunları inkar etmek zaten Posner'in deyimiyle başlı başına aptalcadır. Emsal birikiminden onu sarsar şekilde ayrılan karar doğal olarak zaten sallantılı bir zeminde kalacaktır[286]

[285] Posner, "Pragmatic Adjudication", s.4.
[286] Posner, "Pragmatic Adjudication", s.5.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVUSTURYA OKULU, FRIEDRICH A. HAYEK ve ÖZEL HUKUK TOPLUMU

3.1. AVUSTURYA OKULU, LUDWİG VON MİSES VE PRAKSİYOLOJİ

Hukuka ekonomik açıdan yaklaşan iktisat ekollerinin bir diğeri Avusturya Okuludur. İktisat teorisinde bu okul, kendine mahsus özellikleri nedeniyle, neoklasik teorinin bir yan dalı olarak yahut bağımsız bir okul olarak görülebilmektedir[1]. Avusturya Okulu'nun temsilcileri üç kuşakta sınıflandırılır: İlk kuşak Carl Menger, Leon Walras, Eugen Böhm-Bawerk olarak; ikinci kuşak, Ludwig von Mises ve Friedrich Hayek başta olmak üzere Machlup, Morganstern, Haberler ve Mayer gibi iktisatçılar olarak; üçüncü kuşak ise başta Murray N. Rothbard ve Israel Kirzner olmak üzere Rizzo, Garrison gibi isimler olarak sınıflandırılır.

19.yy.'ın ortalarında Alman Tarihçi Okulu'na[2] karşı entelektüel bir mücadele içerisine olan Carl Menger tarafından Avusturya'da temelleri atılan, Franz Brentano gibi isimlerden etkilenen ve II. Dünya Savaşı döneminde Mises ve Hayek ile birlikte Kıta Avrupasından Anglo-Amerikan coğrafyaya göç edip 1970'ler itibarıyla rönesansını yaşamış olan Avusturya Okulu'nun ekonomi teorisine sunduğu en önemli katkılar; marjinalizm, subjektif değer kuramı ve girişimciliğin önemini vurgulama başlıkları altında toplanabilir. Bunun politik-ekonomiye yansımaları ise 20.yy. liberalizmini (hatta özellikle "neo-liberalizm" olarak adlandırılan II. Dünya Savaşı sonrası liberalizmi) çok derin bir biçimde etkileyecek şekilde Keynesçilik, Sosyalizm, Devletçilik, Müdahalecilik ve Merkezi Planlama gibi akım ve kavramlara

[1] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.61-2.

[2] Alman Tarihçi Okulu, Hegel felsefesiyle etkileşim içinde olgunlaşmış bir okuldur. Ekonomik yasaları, hatta arz ve talep gibi klasik iktisat teorisinin temel yasalarını göz ardı etmişler ve iktisatı tarihsel ve pratik bir disiplin olarak görmüşlerdir. İktisatı, hane idaresi bilimiyle ilişkilendiren Aristotelesçi yaklaşımla benzer biçimde, devlet idaresi bilimi olarak gören kameralist-merkantilist bir yaklaşımları vardır. Bkz. David Gordon, **Avusturya İktisadı'nın Felsefi Kökleri**, (Çev. Necmiddin Bağdadioğlu), Liberte Yay., 2000, Ankara, s.2-3.

savaş açmak şeklinde gelişmiştir. Yine bunun sosyal adalet kavramını reddetme ve klasik liberalizmin temel ilkeleri olarak iddia ettikleri birtakım ilkelere geri-dönüş çalışmaları biçiminde siyaset felsefesine yansımaları olmuştur[3]. Avusturya Okuluna, girişimciliğin önemini vurgulamaları, piyasa aktörleri olarak girişimcilerin piyasa süreci içerisinde bilgiyi daha etkin kullanacaklarını ve devletin bu yetkinlik seviyesine ulaşamayacağını iddia etmeleri nedeniyle "piyasa süreci teorisi" de denmektedir[4].

Girişimcilik, Avusturya Okulu açısından ve onun kendiliğinden düzen kavrayışı açısından önemlidir. Çünkü ekonomik düzeni (hatta ekonomik düzene dayalı olarak yorumladıkları sosyal düzeni) neoklasik denge modellerine sığdırılamayacak şekilde *dinamik* görürler ve bu düzen içerisinde bilgi, hiçbir ekonomik aktörün tam olarak sahip olamayacağı ölçüde aktörler arasında yayılmış haldedir. Dolayısıyla her ekonomik aktör, dinamik piyasa içerisinde algıladığı şartlara ve fiyatların kendisine yolladığı sinyallere göre, sonu gelmez bir girişim edimi içerisindedir[5]. Bu süreç, ekonomik denge kavramını, belirsizlik (dolayısıyla piyasa fırsatları), kendiliğindenlik, evrimsellik ve dinamizm gibi kavramlarla konsolide etmekte ve Avusturya Okulu'nu neoklasik teorinin içerisinde ayrıksı bir konuma çekmektedir.

Avusturya ekonomistleri ayrıca, faydada optimizasyon temelli bir yaklaşımı benimsemedikleri için de neoklasik teori içinde ayrıksı bir konum edinmişlerdir. Çünkü bireylerin faydalarını maksimize edip, maliyetlerini minimize ettikleri optimal seviyelerin belirlenmesi, hem piyasa sürecinin *dinamik* bir süreç olması nedeniyle mümkün değildir, hem de değer ve fayda konusunda sübjektivist olan (yani değerin ve faydanın birey için sübjektif kavramlar olduğunu düşündükleri için) Avusturya Okulu mensupları "sosyal maliyet" yahut "sosyal refah" gibi kavramların objektif olarak ölçümlenmeye müsait kavramlar olmadığını, dolayısıyla ekonomik politikalar

[3] Eugen Maria Schulak, Herbert Unterköfker, **Austurian Schools of Economics**: **A History of Its Ideas, Ambassadors, and Istitutions**, (Trans.by Arlene Oost-Zinner), Ludwig von Mises Istitute, 2011, Alabama, s.xv-xvi; Savaş, **İktisatın Tarihi**, s.1019-1030; Gordon, **Avusturya İktisadının Felsefi Kökleri**, s.14; Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.104.
[4] Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.63-64.
[5] Mercuro, "Jurisprudential Niche...", s.108-109.

açsından kriter vasfında olamayacaklarını savunurlar[6]. Bu noktada Chicago Okulu gibi diğer neoklasik okulların üzerinde durdukları etkinlik (*efficiency*) kavramı 'bireysel'in ötesinde bir anlama sahip olamaz; yani etkinlik sadece, tek tek bireylerin kendi amaçlarının peşinde koşmaları ile ilgili olabilir[7].

Avusturya geleneğinin iktisatçıları, iktisatın "amaçlı" insan eylemini ele aldığına dair bireyci bir metodolojik zemin üzerinde iddialarını ileri sürerler[8]. Avusturya Okulu'nun metodolojisini kavrayabilmenin anahtarı olarak lanse edilen[9] *Praksiyoloji*, Mises'in insan eylemi bilimini adlandırmak için kullandığı terimdir[10]. Yunanca edim, hareket, eylem manasına gelen πρᾶξις (*praxis*) kelimesinden gelir. Mises'e göre sosyal bilimler içinde değerlendirilen hemen hemen tüm bilimler praksiyolojinin alt dallarıdır[11]. Metodolojik açıdan praksiyolojik yaklaşımın en gelişmiş biçimde kullanıldığı alan ise ekonomi bilimidir. Praksiyoloji insan eyleminin formel teorisidir ve bu nedenle daha ziyade yoruma bağlı disiplinler olmaları hasebiyle, hem bir üst kavram olarak kendisinin hem de içeriklendirmiş olduğu iktisadın sosyoloji ve tarihten farklılığını ortaya koyar[12].

Praksiyolojinin konusu olan eylem kavramı, kıt araçların gelecekte bir noktada en acil ihtiyaçların karşılanması için kullanılması ile ilgilidir ve ekonomi teorisinin gerçekleri araçlarla amaçların spesifik muhtevalarını değil, onlar arasındaki *formel* ilişkileri ihtiva eder. Bu ise felsefi bir ayrım olan *olan* ve *olması gereken* ayrımında, olması gerekenle ilgilenilmediği anlayışına dek uzanır[13]. Ayrıca praksiyoloji bir *olan*

---

[6] Mercuro, a.g.e., s.106.
[7] Mercuro, a.g.e., s.106
[8] Ekonominin araştırma nesnesi olarak insan eylemine odaklanması, Avusturya ekolü içerisinde farklı biçimlerde gelişmiştir. Mises'te bu rasyonalist bir çizgidedir. Hayek ise anti-rasyonalisttir ama gene de ekonomik kavrayışı bireyin dışına çıkmaz, "amaçlı" olan bireylerdir, hukuka ve devlete bir amaç yüklenmesine karşı çıkar.
[9] Murray Rothbard, "Praxeology: The Methodology of Autrian Economics", **The Foundations of Modern Ausrian Economics**, (Ed.: Edwin G. Dolan), Sheed&Ward, Inc., 1976, Kansas City. (*Kısaca*: Rothbard, "Praxeology").
[10] Mises'ten önce onun praksiyolojisine benzer bir düşünsel zeminde çalışmalarını yürütenler illa ki olmuştur. Rothbard buna örnek olarak J. B. Say ve Nassau W. Senior'u verir. Bkz. Rothbard, "Praxeology", s.19
[11] Mises, **İnsan Eylemi**, s.10.
[12] Bkz. Graf, "Action-Based Jurisprudence", s.4-8.
[13] Bu nedenle örneğin Rothbard praksiyoloji ile iktisadın *olan* ile ilgili (deskriptif) olduğunu fakat ahlak felsefesinin *olması gereken* ile ilgili (normatif) olduğunu; dolayısıyla ikisinin birbirlerinden farklı olduklarının altını çizer. Murray N. Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet (Cilt-1)**, (Çev. Ahmet Uzun, Ayşe Meral Uzun), Liberte Yay., 2009, Ankara, s.62-3.

olarak sadece eylemi inceleyerek, düşünme ile eylemde bulunma arasındaki psikoloji sahasına giren ilişkileri incelemeyi de konu dışına atar[14].

Mises praksiyolojinin ilkelerini özel olarak *İnsan Eylemi* (*Human Action: A Treatise on Economics -1949*) isimli kapsamlı kitabında sunar. Öğrencisi Rothbard ise *İnsan, İktisat ve Devlet* (*Man, Economy, and the State - 1962*) isimli iki ciltlik eserinde praksiyolojik kuramı geliştirmeye, tüm ekonomi biliminin alanına uygulamaya çalışır.

Mises'e göre insan eylemi *amaçlı* bir davranıştır:

> Eylem, iradenin harekete geçirilmesi ve fiiliyata dönüştürülmesidir; amaçları ve niyetleri hedeflemesidir; egonun çevrenin şartlarına ve teşviklerine anlamlı cevabı niteliğindedir; hayatını belirleyen evrenin durumuna kişinin bilincinin ayarlanmasıdır… Bilinçli veya amaçlı davranış [ise], bilinçsiz davranışlarla, yani refleksler ve vücut hücrelerinin ve sinirlerin uyarıcılara karşı verdiği iradesiz tepkilerle taban tabana zıttır.[15]

Eylem, ihtiyatlı bir biçimde düşünmeye dayalı (*deliberative*) yahut inanca dayalı olabilir; doğrudan (yapmak) yahut dolaylı (yaptırmak) olabilir; pozitif eylem biçiminde (tüketmek) yahut negatif eylem biçiminde (tüketmemek; birikim yapmak) olabilir; icraî yahut ihmalî de olabilir[16]. Ama her şekilde *amaçlıdır*, his ve dürtülerin esareti altında değildir. İnsan, hislerinden kaynaklı dilek ve arzularını belli ölçü ve sınırlar dahilinde hizaya getirebilme, seçim yapabilme yani rasyonelleştirme ehliyetini haiz bir varlıktır (ör. cinsel hazla her gördüğü kadına tecavüz etmez, sevmediği her kişiyi öldürmez). İnsanı hayvandan ayıran fark da, eylemlerini bu şekilde amaçlı olarak ayarlamasıdır[17]. Mises'in iddiasıyla, insan eylemi zorunlu olarak ve daima *rasyoneldir*. Bir başka Avusturya ekonomisti Machlup, söz konusu *geniş* rasyonalite kavrayışını, rasyonel *homo economicus*'un salt parasal kâr maksimizatörü olarak değerlendirilmemesi gerektiğinden bahisle, şöyle izah eder: "*homo economicus,* ekonomik teorinin hipotetik-dedüktif sisteminin bir öncül olarak

[14] Mises, **İnsan Eylemi**, s.24.
[15] Mises, **a.g.e.**, s.13. Bilinçsiz yani refleksif hareketin eylem olarak kabul edilmemiş olması, onun amaçsız olmasından dolayıdır. Rothbard, "Praxeology", s.19.
[16] Mises, **a.g.e.**, s.14-15.
[17] Mises, **a.g.e.**, s.19.

kullanılma savının metaforik ve figüratif bir açıklamasından ibarettir." [18] Bu çerçevede, Misesçi Avusturya ekolünün rasyonalite anlayışı ile neoklasik rasyonalite kavrayışının arasındaki en büyük farkın da şu olduğu söylenir: ilkinde *homo economicus*, amaçları ve tercihleri tamamlanmış (tamlığa kavuşmuş, *complete*) bir varlığı ve buna göre de rasyonalite bir fayda azamileştirmesini ifade ederken, ikincisinde *homo economicus* amaçlarını seçebilen ve bu süreçte yeni yeni amaç-araç bağlantılarını da keşfedebilen bir varlıktır[19].

İnsanı eyleme sevk edici önkoşullar olarak Mises, insanın mükemmel bir varlık olmamasını gösterir. Mükemmel olmadığı içindir ki insan *homo agens* yani eyleyen insandır. Kendi durumunu, hep tatmin seviyesi daha yüksek seviyeye ulaştırmaya çabalar. Mutlu insan, amacına ulaşan değil, daha doğru ve *görece* bir açıklamayla, amacına ulaşmasıyla birlikte "öncesine kıyasla *daha* mutlu" olan insandır[20]. İnsan kendi benliğinin koşullarını iyileştirmek adına hareket ederken ve amaçları doğrultusunda tatmini hedeflerken, bu tatmine sadece kendisi tarafından kanaat getirilir, yani *değerlendirme ve değer subjektiftir*;

> İnsanı rahatsız hissettiren veya daha az rahatsız hissettiren, kendi iradesi ve değer yargısı, öznel değerlemesi ve kişiliği tarafından yani bizzat kendisi tarafından tespit edilir. Hiç kimse, bir başkasını mutlu etme emrini verecek pozisyonda değildir.[21]

Dolayısıyla praksiyolojinin *mutluluk* kavramı da şu şekilde ortaya çıkar: "Praksiyoloji, eylemin nihai amaçlarına karşı kayıtsızdır… Amaçların değil araçların bilimidir. Mutluluk terimini de tamamen formel anlamda kullanır." [22] Felsefe tarihinin Epikürcü ve Faydacı temsilcileri mutluluğu formel bir biçimde ele almamış, içeriğe ilişkin fikir yürütmüşlerdir. Praksiyoloji ise bu felsefelerin kavramlarını, yani fayda kavramını, değerleri, amaçları ve eylemleri, *içeriksel değil formel* açıdan ele alır [23]. Eylemin nihai amacı ve kaynakları ile ilgilenmez, amaca ulaşmak için

[18] Aktaran: Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.67.
[19] Litschka, Grechenig, a.g.e., s.70.
[20] Mises, **İnsan Eylemi**, s.16.
[21] Mises, **a.g.e.**, s.16, 22.
[22] Mises, **a.g.e.**, s.17.
[23] Rothbard, "Praxeology", s.30; O'Neill, **Piyasa**, s.65.

kullanılan araçların pratiği ile ilgilenir. Seçilen araçların fayda ve maliyetlerinin rasyonel bir biçimde ele alınmasıyla ilgilenir[24].

> Doğal hukuk, insana "mutluluk bilimini", onu gerçek mutluluğa götürecek yolu temin eder. Buna karşılık praksiyoloji yahut ekonomi bilimi, yakından ilişkili olduğu faydacı felsefe ile birlikte, "mutluluk" kavramına salt formel manasıyla, yani insanların -her ne sebeple olursa olsun- değer ölçeklerinin üzerine koydukları amaçlarının gerçekleştirilmesi anlamıyla yaklaşır[25].

Praksiyolojinin incelediği insan eylemi Rothbard'ın sınıflamasına göre şu şekildedir[26]: (i) insan eylemi öncelikle *bilinçli* bir davranış olarak farzedilir; çeşitli duygular (öfke, neşe vb.) eşliğinde davranış olabilir, yeter ki bilinçli biçimde olsun. (ii) Eylem, aynı zamanda diğer insanlar tarafından anlamlı bir biçimde yorumlanabilirdir. (iii) Görünürde amaçsaldır. (iv) Sadece bireysel aktörler tarafından yerine getirilir[27]. (v) İnsan eylemde bulunurken sadece amacı arzu etmeyecek, ona erişim yollarını (araçları) da seçecek ve uslamlaması içine alacaktır[28]. (vi) Eylem, geleceğe dönük olarak ve geleceğe ilişkin bilgisizlik ve bundan kaynaklı belirsizlik çerçevesinde, tahminî ya da öngörüsel bir biçimde sergilenir.

Araçlar konusunu biraz daha açmak gerekir. İnsan davranışına etki eden dışsal-çevresel sahada çeşitli faktörler vardır ve bunlardan insanın değiştiremeyeceklerine "genel davranış koşulları" denir. Değiştirebildiklerine ise "araçlar" denir. İnsan amaçlarını olduğu gibi bunlara ulaşmaktaki araçlarını da çeşitli açılardan öncelik-sonralık sırasına koyar. İşte buna da "değerlendirme" denir; amaç ve araçlardan kimileri daha önceliklidir kimileri değildir. Bu değerlendirmedeki en

---

[24] Mises, **İnsan Eylemi**, s.18.

[25] Murray N. Rothbard, **Ethics of Liberty**, New York University Press, 1998, New York, s.12 (Karş. Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.12)

[26] Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet – I**, s.1- ; Rothbard, "Praxeology", s.20-1.

[27] Diğer sosyal bilimler açısından da etki üretecek olan bu bilimsel metodolojinin merkezinde birey bulunur. Esas olan bireylerdir. "Grupların , toplulukların ya da devletlerin çeşitli muayyen bireylerin eylemleri olarak vuku bulmayan davranışları yahut amaçları diye bir şey yoktur." Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet – I**, s.3. Rothbard, "Praxeology", s.30.

[28] Amaç ve araç ayrımı, "*tüm insan davranışlarına kök salmış zorunlu mantıksal bir ayrımdır*". İnsan amaca doğru hareket ediyorsa, belirlediği rota ne olursa olsun, sırf bu gerçekten dolayı (*ipso facto*) araçları kullanmak zorundadır. Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet – I**, s.66. Amaç-araç bağıntısı, doğal olarak nedenselliği de (yani sebep/etki-sonuç bağıntısını da) bir eylem kategorisi olarak varsayar. Mises, **İnsan Eylemi**, s.24.

önemli neden araçların sınırlılığı, kıt oluşu gerçeğidir. Kıt olmadığı düşünülen varlıklar (ör. Hava) bu yüzden araç olarak düşünülmez[29].

Formel bir eylem teorisini praksiyoloji kavramı çerçevesinde geliştirmek suretiyle Avusturya ekolünün metodolojik başlangıç noktalarını tasarlamış olan Mises'in (daha sonraki Avusturya ekonomistlerinin de sürdürdüğü) bir başka önemli uğraşı, sosyalist ekonomilerin mantıksal geçersizliklerini ispat etmedir. Bu noktada Mises'in Otto Neurath ile sürdürmüş olduğu fikri çatışma mühimdir. Özetle, Neurath'a göre sosyalist ekonomik düzen, malların sadece kullanım değerlerinin dikkate alındığı ve bu yüzden de parasal ölçütün kabul edilmediği "aynî bir ekonomik" düzendir. Bu düzen içinde alınan ekonomik kararlar, tek bir ölçü birimi olmaması nedeniyle seçim alternatiflerinin doğrudan karşılaştırılmasını zorunlu kılar. Para gibi tek bir ölçütün değer konusunda belirleyici addedilemeyeceğini Neurath, ilginç bir şekilde hedonistik-faydacı bir boyutta temellendirir; Haz maksimizasyonu bir amaç olarak verili bile olsa, durumları tamamen teknik bir düzenlemeye sokma imkanı yoktur; çünkü hazlar tekil bir değer birimi bazında karşılaştırılamaz. Mises'e göre ise ekonomik karar alma süreci, en basit bireysel kararlar dışında, alternatif durumların değerlerinin hesaplanıp kıyaslanabileceği tek bir ölçüm birimini gerektirir. Metaların öznel kullanım değerleri, Mises'e göre hesaplama için hiçbir veri sağlamaz, çünkü "marjinal fayda değerle ilgili herhangi bir birim sağlamaz"[30]. Değer yargıları da ölçüm yapmaya yaramaz; sadece tercihleri düzenler ve derecelendirir. Buna karşın piyasadaki *parasal fiyatlar* ortak bir ölçüm birimi sağlar. Kullanım değil ama mübadele değerine dayalı (dolayısıyla objektifleşmiş) hesaplamalar, değerleri ortak bir birime indirgememize olanak sağlar. Dolayısıyla ekonomik karar alışlardaki seçeneklerin rasyonel kıyası, mübadele değerlerini ölçen parasal fiyatları gerektirir ve böylelikle de bireylerce alternatiflerin avantajlarına dair değerlendirmeler yapılabilir[31]. Evet, Neurath'ın dediği gibi "ekonomi dışı" varlıklar ile ekonomik varlıklar arasında seçim yapma durumlarında bir ölçüt krizi yaşanabilir ama bu durum Mises'e göre para ekonomisinin hatası değildir. Bu tip hallerde, ister

[29] Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet – I**, s.3-7.
[30] Ludwig von Mises, **Sosyalizm: İktisadi ve Sosyolojik Bir Tahlil**, (Çev. Yusuf Şahin), Liberte Yay., 2007, Ankara, s.109.
[31] O'Neill, **Piyasa**, s.188-189, 191; Mises, **İnsan Eylemi**, s.206-207, 209; Mises, **Sosyalizm**, s.108-118.

kabul edelim ister etmeyelim, fiyatsız mallara fiyat koyan "örtük (*implicit*) muhasebeciler" gibi davranırız[32].

Sosyalist planlamaya dayalı ekonomik düzen anlayışlarına dönük Mises'in "kuramsal olarak mümkün değildir" biçimide iddia ettiği, sert ve mantık temelli eleştirisi, daha sonra öğrencisi Friedrich Hayek ve İngiliz iktisatçı Lionel Robbins tarafından devam ettirilmiş ve sosyalist planlamanın "pratik olarak" mümkün olamayacağı şeklinde bir içeriğe dönüştürülerek, (mantıken değil ama) epistemolojik boyutta gerekçelendirilmesi yapılmıştır[33].

3.2. NEO-AVUSTURYA OKULU: FRIEDRICH A. HAYEK

Bir yandan politik merkezi sosyalizme (austro-sosyalizm) kayan, diğer yandan antisemit popülizmle sarmalanan Avusturya'da 1899 yılında doğan, 1921'de hukukta, 1923'de ise siyaset bilimi alanında doktora dereceleri almış olan, gençliğinde İngiltere kökenli sosyalist eğilimler barındıran bir toplumsal reform düşüncesi olan Fabianizmden etkilenmiş olan Hayek, Ludwig Mises ile tanışıp derslerine iştirak ettikten sonra fikirlerini klasik liberalizmin zeminine çekerek[34], 20. asrın belki de en önemli liberal düşünürü olarak karşımıza çıkar[35].

---

[32] O'Neill, **Piyasa**, s.193.
[33] O'Neill, **Piyasa**, s.185-186.
[34] Hayek'i klasik liberalizmin çağdaş bir yorumcusu olarak betimlememiz, onun kendi kendini betimleyişine dayanır. Kimi yazarlar bu konumlandırmayı kabul ederken, kimileri kabul etmez. Kabul etmeyen ve bu konu üzerinde münhasıran duran Vergara'ya göre, bazı liberaller "klasik liberal" olarak nitelendirilemeyecek özelliklere sahip olmalarına rağmen, bilinçli bir şekilde klasik liberalizmin içine alınmaktadırlar. Hayek bunlardan biridir. Vergara onu (Spencer, Bastiat, Friedman, Mises ve Machlup gibi isimlerle birlikte) "ultra-liberal" olarak niteler. Ultra-liberaller ile klasik liberaller arasında çok açık farklar vardır. Kamusal eğitimden, kamu hizmetlerine yahut devletin ekonomik müdahaleciliğine kadar pek çok önemli meseleye dair, klasik liberaller birtakım nihai ilkelere göre fikirlerini monist bir yapıda inşa ederler. Kimisi fayda ilkesine, kimisi doğal hukuka yahut adalet kavramına yaslanır, ama yapı monisttir. Ultra-liberaller ise özgürlük olarak gösterdikleri paravanın ardında son derece eklektik bir biçimde çok çeşitli ilkeleri özgürlüğün yanına adapte ederler ve burada klasikler gibi monist bir yapıdan bahsedemeyiz. Hayek de böyledir; örneğin eğitim konusunda fayda ilkesine, artan oranlı vergilere itiraz noktasında yasal eşitlik ilkesine sarılır. Diğer önemli fark; klasik liberaller devlet müdahalesini sınırlı da olsa kimi zaman başvurulabilecek bir yol olarak görürken, ultra liberaller bu konuda radikal bir devlet müdahalesi karşıtlığı güderler ve devlet faaliyetini salt güvenliğe indirgerler. Bu ise toplumsal uyumun ultra liberallerin zihninde muhakkak kendiliğinden gerçekleşeceği ve özel çıkarların mutlaka genel çıkar ile uyumlu olduğu inanışına bağlıdır. Klasik liberallere göreyse özel çıkar ile genel çıkar "muhakkak" değil, "çoğu kez" uyuşur ve genel uyum kendiliğinden değil, bazı

1931 yılında Lionel Robbins'in davetiyle London School of Economics and Political Science'a (LSE) davet edilmiş olan Hayek, ertesi yıl bu üniversitenin kadrosunda yer bulmuş ve 1950 yılına dek İngiltere'de yaşamıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonlarına doğru *Kölelik Yolu'*nu [36] yayınlamasıyla birlikte (1944) İngiltere'de ve Amerika'da, düşman coğrafyadan çıkıp gelmiş bir liberal olarak çok ilgi görür ve giderek onun minimal devlet tezi, Amerika'da cumhuriyetçilerin, *New Deal* yanlısı demokratlara ve Sovyet sosyalizmine karşı neredeyse sarıldıkları bir dini akide halini alır. 1950'de LSE'den ayrılarak, davet almış olduğu Chicago Üniversitesi'ne geçer ve -1962'de Freiburg Üniversitesi'ne gidene dek- tam on iki yılını burada geçirir.

Komünist Enternasyonel'den esinle "Liberal Enternasyonel" biçiminde güçlü ifadelerle tarif olunan *Mont-Pelerin Topluluğu,* II. Dünya Savaşı sonrasında dünyada liberal düşünce ve politikalara yön çizmek gayesiyle Hayek'in girişimleriyle oluşturulmuş, ilk toplantısını 1947'de yapan bu cemiyet uzun müddet onun yönetiminde faaliyet göstermiştir. Yedi Nobel ödüllü ekonomist çıkarmış olan[37] bu cemiyet neoliberalizmin entelektüel merkezi olarak da gösterilmektedir. Hayek'in politik arenaya sunduğu "az yasama" ve "özelleştirme" yanlısı olan, bununla birlikte "sosyal adalet" gereği yeniden-paylaştırıcı politikalara da karşıt olan fikirleri; keza karşı karşıya geldiği Keynesçiliğin tersine tam istihdama odaklanmayan ve devletin ekonomik küçülmesini temin edecek (ör. konut sübvansiyonlarıyla sosyal güvenlik harcamalarını) kısma stratejileri 1980'lerden itibaren yeni dünya düzeninin inşasında ciddi rol oynamıştır.

---

zamanlar yapay bir biçimde (devlet katkısıyla) sağlanır. Hatta Smith'in kişisel bencilliklerden genel iyiye gidişatı "çoğu zaman" ibaresiyle sunumu (bkz.yuk.s.33) Vergara'ya göre, çoğu kez görmezden gelinmektedir. Bkz. Vergara, **Liberalizmin Felsefi Temelleri**, s.165-189.

[35] Özet biçimde geçtiğimiz Hayek'in entelektüel biyografisi hakkında, yararlanmış olduğumuz kaynakların şu bölümlerinden daha ayrıntılı bilgi edinilebilir: Butler, **Hayek**, s.1-17; Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.1-7.

[36] Friedrich August von Hayek, **Kölelik Yolu**, (Çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldıray Arsan, Atilla Yayla), Liberte Yay., 4.b., 2010, Ankara.

[37] Friedrich August von Hayek (1974), Milton Friedman (1976), George Stigler (1982), James M. Buchanan (1986), Ronald H. Coase (1991), Gary Becker (1992), Vernon L. Smith (2002).

Hayek Avusturya Okulu içinde kendini şekillendirmiştir ama bazı farklı düşünce unsurları itibariyle Mises ve ardılı Rothbard[38] gibi isimlerle tam olarak aynı çizgiye oturmaz. Örneğin Mises bir rasyonalist, Hayek ise antirasyonalist bir Humecudur. O yüzden bazı yazarlar Hayek etkisiyle oluşan çizgiyi "Neo-Avusturya İktisat Okulu" olarak adlandırırlar[39]. Keza rasyonalizmini doğal hukukçu bir içerikle harmanlayan Rothbard'ın liberalliği piyasa-anarşizmine varan ahlaki savlarla bezeliyken, Hayek doğal hukuk felsefesine mesafeli, anarşizmin ise epey uzağındadır.

Hayek'in çeşitli alanlarda eğitim görmüş ve yine pek çok sosyal bilim alanında ürünler vermiş olması, onu çok farklı disiplinlerden gelen araştırmacıların ilgi odağı haline getirmiştir. İktisatçılar kadar hukukçu ve siyaset bilimciler de Hayek üzerine ciddi okumalar yapmışlardır[40]. Hayek'in hukuk literatürü içerisinde ele alınışı, özellikle Türkçe literatüre baktığımızda, genellikle onun hukuk devleti ve liberal bir hukuk düzeninin mahiyeti hususunda yazdıkları üzerine dönen tartışmalardan müteşekkildir. Ancak hukukun ekonomik öğretisi içerisinde de, Hayek'e ve Avusturya Okulu'na, onlardaki hukuk ve ekonomi bağlamına özgülenmiş çalışmalar sayıca hiç de azımsanacak boyutta değildir[41]. Amacım, Hayek'in bu yöndeki etkilerini de aydınlatmak doğrultusundadır.

---

[38] Hayek'in İngiltere sonrası ABD yolculuğu gibi Mises'in de yolu ABD'ne düşmüştür. Fakat Hayek Chicago'ya, Mises ise New York Üniversitesi'ne gitmiştir. Mises'in burada etkilediği kişiler Rothbard ve Kirzner gibi isimlerdir. Avusturya Okulu'nun üçüncü kuşağını oluşturan bu kişilerin Mises'in görüşlerine Hayek'e göre daha yakın kaldıkları söylenebilir. Örneğin Rothbard Mises'in rasyonalist çizgisini korumuş, onu bireyci anarşist ve doğal hukukçu ahlaki içerikle birleştirmiştir. Bkz. Mercuro, "Jurisprudential Niche…", s.105; Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.3-30.

[39] Bkz. Aktan, **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, s.146 vd.

[40] Türkiye'de Hayek üzerine yapılmış ve yayınlanmış başlıca monografik çalışmalar şunlardır: Sururi Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, Liberte Yay., 2001, Ankara; Atilla Yayla, **Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi**, Profil Yay., 2014, İstanbul; Furkan Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, Adalet Yay., 2017, Ankara. Ayrıca çeviri monografiler olarak bkz. Eamonn Butler, **Hayek: Çağımız İktisat ve Siyaset Felsefesine Katkısı**, (Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya) Liberte Yay., 2001, Ankara; Donald J. Boudreaux, **Yeni Başlayanlar için Hayek**, (Çev. İlkay Yılmaz), Liberplus Yay., 2017, İstanbul.

[41] Josef Sima, "Praxeology as Law and Economics", **Journal of Libertarian Studies**, Vol.18, No.2, Spring-2004, s.73-89; Larry J. Sechrest, "Praxeology, Economics and Law: Issues and Implications", **Quarterly Journal of Austrian Economics**, Vol.7, No.4, Winter-2004, s.19- ; Konrad Graf, "Action-Based Jurisprudence: Praxeological Legal Theory in Relation to Economic Theory, Ethics, and Legal Practice", **Libertarian Papers**, Vol.3, Art.No.19, 2011, s.1-75. Walter Block, "Austrian Law and Economics: Contributions of Adolf Reinach and Murray Rothbard on Law, Economics and

3.2.1. Kozmos ve Taxis: Hayek'te Düzen Kavramı

Hayek, "Kurucu Rasyonalizm" olarak adlandırılan ve kaynak olarak Descartesçi Kartezyenizm ile Hobbes ve Rousseau eksenli sözleşmeci felsefelerden beslenen ve hatta Benthamcılık gibi örneklerle kendini daha net biçimlerde göstermiş olan "toplumu yeniden tasarlama" anlayışlarının her türlüsüne karşıdır[42]. Kurucu rasyonalizme karşı bu duruşu, onun düşünce dünyasındaki en önemli yerlerden birini işgal eder. Bu karşı duruş, onu İskoç Aydınlanması ve Humecu felsefenin hamiliğine götürmüştür. Humecu felsefede aklın sınırlılığının kavranışı ile birlikte, toplumsal kurumların aklın bilinçli tasarımları olmadığının, bilakis tarihsel süreçte insanın ve toplumsal gerçekliğin doğasıyla *kendiliğinden* ortaya çıkıp evrildiklerinin kabulü söz konusudur[43].

Düzen bahsinde "Doğal" ile "Yapay" (yani insan tasarımından gelen) düzen kavramlarının arasında kalan ve David Hume, Adam Smith, Bernard Mandeville ve Adam Ferguson gibi filozoflarca formüle edilen ara-kavram, "*insan eyleminin sonucu, ama insan tasarımının değil*" biçiminde tarif edilir. İşte Hayek'in sosyal düzen tasavvurunun temelinde bu anlayış bulunmaktadır ve "Kendiliğinden Düzen" (*Spontaneous Order*) olarak lanse edilir. Buna göre, uygarlığın ürünleri, insanın gaî ve bilinçli tasarımından kaynaklanmayan ama yine de insan eylemlerinin sonucu olan, kısacası planlanmamış bir sosyal evrim sürecinin çıktılarıdır[44]. O yüzden düzen içinde bir *ratio* aranacaksa, sadece evrimsel bir akıldan ve *Evrimci* bir rasyonalizmden bahsetmek mümkündür[45].

Praxeology", **Quarterly Journal of Austrian Economics**, Vol.7, No.4, Winter-2004, ss.69-85; Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.57-79.

[42] Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.10-11. Kurucu rasyonalizmin yanlışlığının ispatının, ona dayanmış tüm siyasal ve sosyal düşüncelerin de yanlışlığının ispatı olacaktır; Hayek işte tam da bunu amaçladığını söyler ve kurucu rasyonalizmle ilişkili bulduğu birtakım düşünce okulları ve disiplinlerini hatalarla yüklü bulur: Siyasal iktidara bağlı biçimde hukuku ve kendini var eden *hukuki pozitivizm akımı*, toplum tasarımını amaçlayan *faydacı felsefe*, yine çıktılarını fütürist biçimde oluşturup çoğunlukla toplum tasarımlarına yol göstermeyi hedef edinen *sosyoloji disiplini* ve en tehlikeli tasarımcı zihniyet olan *sosyalist ideoloji* olarak gösterir bunları ve hepsinin totalitarizme kapı açtığını iddia eder. Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.11.

[43] Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.14.

[44] Butler, **Hayek**, s.21; Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.16-18.

[45] Hayek, bu yüzden Kurucu Rayonalizmin karşısında konumlandırdığı "Evrimci" (yahut Popper'in tabiriyle "Eleştirel/Tenkitçi") Rasyonalizm düşüncesi içerisinde değerlendirilir. Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.11. Başka bir yerde ise Hayek şöyle der: "Eğer rasyonalizmle kastedilen aklı

Hayek, kendiliğinden düzenin insana dair "doğal" düzen olmadığına *Fatal Conceit (1988)* isimli eserinde de değinir. Buna göre, özel mülkiyet fikri, piyasaların oluşumu, tekil insanın kendi toplumsal bağlamından farklılaşmasına olanak veren ve öğrenilen ahlaki ve yasal kuralların gelişimi gibi sosyal-evrimsel nedenlere bağlı olarak, insanların doğal (ilkel ve içgüdüsel) toplumsallığından[46] "gelişmiş" bir toplumsallığa aşamalı bir geçiş süreci söz konusu olmuştur[47].

Hayek iki tip düzenden bahseder: *Taxis* ve *Kozmos*[48]. *Taxis*, dışsal bir belirleyicisi olan ve onun tarafından bilinçli olarak yaratılmış yapay düzendir. Basittir, dışsal belirleyicisinin tasarımı doğrultusunda belli oranda kompleks hale dönüştürülebilir ve dışarıdan denetlenip yönlendirilebilir. *Kozmos* ise karmaşık ve girift yapıda bir düzendir; dışsal bir belirleyicisi yoktur; *kendiliğinden* oluşur ve dönüşür. Küçük ve basit toplumlar, birer *taxis* olarak, dışsal belirleyici bir akıl tarafından somut *amaçlar* doğrultusunda oluşturulup yönlendirilebilir. Büyük toplumlarsa[49] *kozmos* türünden düzenlerdir; bilinemeyecek kadar çok amacın soyut kurallar çerçevesinde etkileşimsel bağlılık ve uyumunu yansıttıkları için kurucu akıl tarafından *taxis* düzenler gibi tek bir merkezden planlanıp yönlendirilemezler[50]. Örneğin *piyasa*, bireysel hedef ve maksatlarını elde etme uğraşı veren birçok insanın eylemlerinin ürünü olarak kendiliğinden oluşmuştur. Dolayısıyla piyasa düzeninin kendisine belli ve özel bir amaç yükleme işi dış bir kaynaktan yapılamaz, zira piyasa

---

olabildiğince etkili kılmak ise, ben kendim bir rasyonalistim. Bununla beraber, şayet terim müdrik aklın tek tek her bir eylemi tayin etmesi anlamına geliyorsa, ben bir rasyonalist değilim…" Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.40.

[46] Hayek bu ilkel ve içgüdüsel toplumsallığın, hiç de Hobbes'un doğa hali tasarımındaki gibi olmadığını düşünür. İnsanın ilkel toplumsallığında, sürekli savaş içinde hali oluşu, yalnızlığı ve bencilliği söz konusu değildir. İlkel insan, kendi toplumsal çevresi içerisinde dayanışmacı ve altruist bir kolektif bir bilinçle yaşar. Bkz. Friedrich A. Von Hayek, **The Fatal Conceit: The Errors of Socialism**, Routledge, 4.b., 1992 [1st.publ:1988], London, s.12.

[47] Hayek, **The Fatal Conceit**, s.19-20.

[48] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.47-71.

[49] Hayek "Büyük Toplum" kavramını Adam Smith'ten aldığını belirtir. Bununla Karl Popper'in "Açık Toplum" olarak adlandırdığı toplumu ima ettiğini de yazar. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.7. Açık Toplum kavramı daha sonra George Soros tarafından da kullanılmıştır. Bkz. George Soros, **Açık Toplum**: **Küresel Kapitalizmde Reform**, Çev. Doğan Selçuk Öztürk, Truva Yay., 2004, İstanbul.

[50] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.85; Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.57-61; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.10-12.

düzeni bireylerin ayrı ve farklı amaçlarına hizmet eder. Bu yüzden politikanın da bireylerin piyasa sürecini özgürce kullanmalarına engel olmaması gerekir[51].

Kozmos türünden düzenlerin dışsal bir akıl tarafından belirlenip idare olunamamasının bir diğer nedeni "bilgi" problemidir. Kartezyen düşüncenin bir eyleme tam rasyonellik yükleyebilmesi, o eylemle ilgili gerçeklerin tam bilgisine vakıf olmayı gerektirir, oysa "toplum içinde sergilenen bir eylemin başarısı herhangi bir kimsenin muhtemelen bilebileceğinden çok daha fazla miktardaki olgulara bağlıdır."[52] O yüzden toplumsal kurumları başlı başına bilinçli insan tasarımları olarak görebilmek ve bu anlayış temelinde onlara müdahale edebilmek mümkün değildir. Aynı bilişsel bakış açısı Hayek'in sosyal bilimler anlayışınca da desteklenir. Pozitif bilimlerde inceleme nesneleri pozitif-objektif olgularken, sosyal bilimlerde inceleme alanına beşeri unsurlar karıştığı için ahlaki bir varlık olan insanın değer yargısı sorunu devreye girer. Değer yargıları da insanların bilgi, ilgi, zekâ seviyesi, çevre koşulları gibi faktörlere göre değişeceği için değerlerin objektivitesinden bahsedebilmek mümkün değildir. O yüzden değer bahsinde Hayek subjektivisttir[53]. Bu tip bir bakış açısı, haliyle, objektif gerekçelendirmelerle kendini meşrulaştırmaya çalışan ve yine objektivite üreten (ya da kimine göre 'dayatan') merkezi, rasyonel ve kurucu planlamacılıktan ziyade, değer konusunda çoğulluğa ve görecelliğe imkân tanıyan bireyci ve adem-i merkeziyetçi bir anlayış olması hasebiyle kendiliğinden düzen fikrine daha uyumlu görünür. Hayek'e göre ancak böyle bir düzen içinde yukarıda arz olunan "bilgi" sorunu aşılabilir. Örneğin rekabet ve serbestlik koşullarında "fiyat sistemi", piyasa düzenine ilişkin bilginin yine piyasaya *yayılmış* bir biçimde sunulduğu bir mekanizmayı meydana getirir[54].

---

[51] Butler, **Hayek**, s.59, 62.
[52] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.18-19.
[53] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.311; Ayrıca bkz. Aktan, **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, s.148; Kararmaz, **a.g.e.**, s.50.
[54] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.85-86. Hayek, yayılmış bilgi anlayışına bağlı olarak, merkezileştirilemez otonom ekonomik karar-alıcıların (yani bireylerin) eylemlerinin neoklasik iktisattaki genel denge skalasıyla ele alınamayacağını iddia ederek, genel denge teorisine karşıt bir ekonomik perspektif geliştirir. Bkz. Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.33. Smith'in ekonomik itki olarak sunduğu öz-sevginin (self-love) yerine, Hayek bilgiyi koyar. Bilginin quantumu (nicem) ise paradır. Para ayrıca menşei itibariyle emeğin temsilidir, ama geleceğe etkisi itibariyle emeğin temsilinden fazlasıdır, yatırımların kaynağını teşkil eder. Bkz. Engle, "Law and Economics", s.37-38, dn.26,27.

İşte bu şekilde Hayek sosyal düzenin yapısını, *Kozmos-Taxis* ayrımı ışığında tahlil etmiş, düzende değişim meselesini ise bilgi problemi çerçevesinde ele almıştır. Büyük toplumlar olarak adlandırdığı *kozmos* düzenleri, insan eylemi sonucu fakat insan tasarımının sonucu değildirler. Ayrıca onların tam bilgisinin edinimi hususunda tekil insan aklı yetersizdir. İşte bu nedenlerden ötürü onların dışsal bir akıl tarafından tam bir biçimde planlanıp yönlendirilebilmeleri mümkün değildir. Bu toplum teorisi içinde incelenen toplumsal kurumlar da, doğal ve yapay arasında kalarak, kompleks düzenlilikler olarak beşeriyete dönük kullanılırlıkları ve yararları nispetinde *kendiliğinden* dönüşüm içerisindedirler. Bu düzenler üzerinde -ileriye dönük edinilebilir bilgi ve tahmin düzeyinde- birtakım ıslahlar yapılabilir yahut çok ihtimam isteyecek şekilde değişimler ayarlanabilir; ama kurucu akıl mantığıyla faaliyet yürütülemez, çünkü bu durum toplumsal düzende olsa olsa tahribata yol açar[55].

Hayek toplumsal ve ekonomik düzenin kendiliğindenliği üzerine oluşturduğu bu teorik zemin üzerinde önemli bir siyasal tartışmayı kendi adına temellendirmiş olur. Bu tartışma içerisinde Hayek'in yapmış olduğu şey, merkeziyetçi ve planlamacı ekonomik politikanın (doğal olarak bunun bir türü olan Keynesçiliğin)[56] ve en "kötü"

[55] Bkz. ve Karş. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.67; Butler, **Hayek**, s.24-26, 34; Rabia Sağlam, **Liberalizm, Adalet ve Ütopya: Hayek, Rawls, Dworkin ve Nozick**, Legal Yay., 2008, İstanbul, s.11, dn.15.

[56] *Planlamacılık* ile Hayek'in kast ettiği şey, bireylerin şahsi hedef ve planları dahilinde davranış göstermesi değildir, zira her birey bilgi ve zeka koşulları dahilinde kendi yaşamını bu şekilde planlar yapıp uygulayarak idame ettirir. Yani insanları "plancı" diye kınayacaksak, pür kaderci kişiler dışında herkesi kınamamız gerekir. Bu planlar doğrultusunda sergilenen iktisadi davranışları inceleyen iktisat bilimine de Hayek'in bir lafı yoktur. Onun karşı çıktığı plancılık, "plancı" bireylerin serbestçe planlarını icraya koyabilecekleri bir düzenin genel hatlarını belirginleştirmek ve korumak yerine, merkezi bir otoritenin tamamıyla kendisinin benimsediği amaç ve tasarladığı plan doğrultusunda ekonomik kaynakları dağıtarak, ekonomiyi düzenlemesidir. (Hayek, **Kölelik Yolu**, s.65-66) Eleştirinin içeriği Eamonn Butler'in özetlemesi üzerinden şu şekilde aktarılabilir: Öncelikle, daha evvel de söylendiği üzere, merkezi bir otorite, kompleks ve karmaşık bir düzeni dışsal bir akıl olarak idare edebilecek bilgi seviyesine hiçbir zaman sahip olamaz. Ekonomiye müdahale mekanizmasının merkezinde yer alacak denge modeli oluşturamaz, çünkü piyasa doğası gereği statik değil, dinamiktir (Butler, **Hayek**, s.78-79). Planlamacılığın olduğu yerde özel sektör devamlı bürokrasiyi gözlemlemek ve takip etmek zorunda kalır, bu da onun etkin işlemesine ket vurur (Butler, **Hayek**, s.100). Planlamacılık, ayrımcı statüler yaratan siyasaları kuvvetlendirerek sosyalist ve totaliter rejimlere yol açar (Butler, **Hayek**, s.107) Planlı ve kolektivist komuta ekonomilerinde bireyler, kendilerinden daha yüksek ideal ve amaçların araçlarıdır ve söz konusu idealler için engelleri aşabilecek güçte değildirler. (Butler, **Hayek**, s.109) Planlamacılığın olanak verdiği kolektivist toplumda liderlik, diktatörlük biçiminde olağanlaşır; toplumsal bilgi kontrol altında tutulmak için maniple edilir (tarih, hukuk ve iktisat yeniden yazılır); kolektivist ahlak da böyle bir otorite tarafından seçilmiş belli görevlerin yerine

haliyle sosyalist düzenin[57] eleştirisidir. Hayek'in nazarında birbiriyle çok yakın ve irtibatlı olan bu iki eleştiri odağı, klasik liberalizmin özgür toplum idealiyle tamamıyla karşıt bir biçimde totalitarizmi besleyen pek çok nüveyi içerlerinde barındırır. Bu bahisle sosyalist fikirlerle beslenmekte olan, dışsal bir aklın hesabı ve oranlamasıyla yapılan yeniden paylaştırmalar yahut adalet dağıtımları da Hayek'in zihnindeki büyük düzenin iç mantığıyla uyuşmaz. Çünkü adalet fikri, bir bilinçlilik durumunda ortaya çıkar; kendiliğindenlik durumuna ise adalet yahut adaletsizlik nitelendirmeleri ile yaklaşılamaz[58]. Yeniden paylaştırmayla meşgul bir siyasal modelde, siyasal iktidar elindeki imkanlarla oy potansiyelini muhafaza etmek amacıyla bu dağıtımı yaparken, muhalefet de güçlenebilmek amacıyla vaadlerini devamlı arttırır. Böyle bir toplumda kaynaklar verimli kullanılamaz, "dürüst yönetim" imkansızlaşır, dolayısıyla Hayek'in nazarında dağıtıcı adalet fikri esasında anti-sosyal ve ahlak-dışıdır[59].

Taxis düzenlerin belli bir amaç doğrultusunda yönlendirilir olduğunu, fakat *kozmos* düzenler dahilinde amaçsallıktan bahsedilemeyeceğini söylemiştik. Bunun insan doğası ile de önemli bir irtibatı vardır. Kurucu rasyonalizmde insan, *amaç-izleyen* bir varlıktır; ama Hayek'e göre insan amaç izlemekle birlikte aynı zamanda *kural- izleyen* de bir varlıktır[60]. Zira *taxis* düzenler olarak bahsettiğimiz basit

---

getirilmesini ve merkezi plana katkıda bulunan yararlı alışkanlıklar edinilmesini gerektirir. Butler, **Hayek**, s.114-115.

[57] Hayek, merkezi planlamanın yürütüldüğü sosyalist rejimlerde, bireysel özgürlükler lehine sınırlandırılmış hükümet modelinin ve bireylerin müdahale edilemez özel alanlarının ortadan kalkacağını savunur. Butler, **Hayek**, s.106.

[58] Mustafa Erdoğan'ın ifadesiyle, "Hayek'e göre, ancak insan davranışları âdil veya adaletsiz olarak nitelenebilir. Bilinçli insan davranışlarının sonucu olmayan durumlar adalet açısından değerlendirilemez. Çünkü, hiç kimsenin sorumluluğunda olmayan veya hiç kimsenin değiştiremeyeceği durumlardan dolayı kimse kınanamaz. Dolayısıyla, hiç kimsenin bilinçli olarak yaratmadığı bir kendiliğinden düzenin sonuçları adalet açısından değerlendirilemez. Hayek'e göre, doğal olaylar nasıl adalet açısından değerlendirme konusu yapılamazsa, bireyin gücünün dışında kalan toplumsal süreçlerin sonuçları da böyle bir değerlendirmeye tâbi tutulamaz." Bkz. Mustafa Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, Hukuk Yay., 2017, Ankara, s.120. Bu yüzden Hayek, düzenin kendiliğinden işleyişinin bireyler üzerindeki sonuçlarının adil ya da gayriadil değerlendirilemeyeceğini, düzene dair gelişmiş oyun kurallarının *usulî* çerçevede adil olmasının (ya da en azından gayriadil olmamasının) makulen beklenebileceğini belirtir. Bkz. Friedrich August von Hayek, "Liberalizm", (Çev. Ünsal Çetin), **Liberalizm El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte, 2.b., 2017, Ankara, ss.19-62, s.49.

[59] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.619.

[60] "İnsan tarafından ancak kısmen bilinen bir dünyada bireyin kendisini başarıya sevk etmesi problemi, insana gayet güzel hizmet eden fakat insanın Kartezyen anlamda doğru olduğunu bilmediği ve bilemeyeceği kuralları izlemek suretiyle halledilmiştir." Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.27. Ayrıca bkz. Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.15.

toplumlar dayanışma güdüsü içerisinde bir arada tutulabilirken, büyük ve karmaşık toplumların temel öğesi *dayanışma* değil *kurallardır*. Kendiliğinden doğan düzenler, iç unsurlarının belli kurallara uymasından hasıl olurlar[61]. Kurallar; bir düzen içinde nasıl hareket edileceğinin bilgisini ihtiva ederler; ayrıca bir toplumun düzeni açısından o düzenin tekil ögelerinin yararlarına yansıyacak biçimde kullanışlılık ve verimlilik sağladıkları ölçüde varlıklarını devam ettirirler, aksi takdirde dönüşür yahut seleksiyona uğrayarak ortadan kaybolurlar[62]. İnsan, amaç yanında kural izleyen bir varlık olduğu için içinde bulunduğu toplumun kurallarına deneyimsel bir biçimde bilinçli-bilinçsiz uyma eğilimi gösterir. Tıpkı bir çocuğun, içinde bulunduğu toplumun dil kurallarına kendiliğinden ve bilinçsizce adapte olup tedricen konuşabilme yetisine kavuşması veya bir insanın, içinde bulunduğu topluluğa kendini kabul ettirme yollarını bulması, yani telaffuz edemese bile anladığı kurallara ve kuralların çizdiği çizgilere uyması gibi[63]… Hayek, sunmuş olduğu *kurala uyma* modelinin temellerini evrimsel epistemoloji üzerine çalışması olan *Sensory Order*'da daha detaylı bir biçimde işlemiştir. İnsanın dünyayı algısı, "teori-yönletimli" ya da "tahmine dayalı" olabilir ve bu yollarla daha önceden oluşturulmuş sınıflandırmaları öğrenmeye dayanır. Öğrenme süreci ise türlerin deneyim birikimlerinin bir yansıması olarak evrimsel süreçte de olabilir, kültürel aktarımla öğrenme biçiminde de[64]… Düzen içinde hareket edebilmenin ve beklentilerin sınırlarını gösteren bu kurallar, illa hukuk kuralları gibi pozitif normlar olmak zorunda değildir. Ahlak kuralları ve gelenekler şeklinde de belirebilir. Hatta gelenekler gibi *biçimsel olmayan* ve esneyip dönüşebilir mahiyetteki kurallar, niteliği gereği dışsal belirlenime elverişli olmayan ve karmaşıklığı icabı özgürlüğü de gerektiren kendiliğinden düzenlerin tabiatına ziyadesiyle uygundur[65].

---

[61] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.57.
[62] Bkz. Butler, **Hayek**, s.27, 32.
[63] Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.27-28, 96, 98-103. "Kurallara uygun biçimde hareket ettikleri sürece, bireylerin kuralların bilinçli olarak farkında olmaları gerekli değildir. Kuralları, ifade edilmiş terimler halinde, şöyledir ve şöyledir şeklinde bilmeleri (*knowing that*) gerekmeksizin, kurallara uygun olarak nasıl hareket edileceğini bilmeleri (*knowing how*) yeterlidir." Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.130.
[64] Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.546; Ayrıca Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.98.
[65] Bkz. Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.29; Butler, **Hayek**, s.37.

3.2.2. Nomos ve Thesis: Hayek'in Hukuk Teorisi

Hayek, bir iktisatçı olmakla birlikte entelektüel yörüngesini hukuk ve siyaset bilimine kaydırmış, özellikle son kırk yılını hukuki kurumlar üzerinde çalışmaya hasrederek, klasik liberalizmin temel felsefesi doğrultusunda ve yukarıda izah olunan düzen fikri çerçevesinde liberal bir hukuk düzeninin zeminini ortaya çıkarmaya çalışmıştır[66]. Hayek, klasik liberalizmin temel eğilimlerinden biri olan iktisadi özgürlük ile bireysel ve siyasi özgürlüğü birbirine neredeyse tamamen eş özgürlük kavrayışları olarak kabullenmiştir[67]. Buna paralel olarak da piyasa düzenini salt ekonomik faaliyetlerin döndüğü bir alan olarak görmez; *piyasa,* bireylerin deneyim, bilgi ve amaçlarının birbiriyle uyumlu olarak bir araya geldiği özgür bir ortam, çok merkezli (*polycentric*) bir düzendir[68]. Özgürlüğü İngiliz özgürlükçü geleneğiyle[69] bağdaşık biçimde ve "negatif özgürlük" odaklı[70] kavrayan Hayek'e göre, *özgür bir toplum*, kuralsız, yasasız veya hükümet gücünün olmadığı bir toplum değildir; insanlar tarafından daha önceden bilinen kurallar vasıtasıyla yönetimin sınırlandırıldığı toplumdur[71]. Yani özgür bir toplumda *kurallar* ve *kurumlar* olmalıdır; geçmiş nesillerin deneyiminden gelerek uygarlığın ağır işleyen test edilme sürecinden geçen birer "bilgi taşıyıcısı" mahiyetindeki bu kurallar ve kurumlar olmaksızın insanların menfaatlerini uzlaştıracak "doğal bir harmoni" yoktur[72]. Hayek'in özgürlük kavrayışının tersi olan zorlama (*coercion*[73]) gerçeğine karşı bireylerin korunmasının yegâne yolu, meşru bir zorlamanın (yani devlet gücünün) belli sınırlar/kurallar dahilinde kurumsallaşmasıdır. Yani özgür bir toplumda dahi olsa bu kuvvete ihtiyaç vardır; ancak söz konusu kuvvet önceden *belirli* ve *malum* kurallarla faaliyet alanı belirli sınırlar içine alınmış ve böylelikle *özgür* ve *sorumlu*

---

[66] Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.98.
[67] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.35.
[68] Kararmaz, **a.g.e**, s.54; Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.548.
[69] İngiliz özgürlük kavrayışı düşünsel olarak İskoç Aydınlanması'ndan beslenir, ayrıca kendiliğindenliğe daha uygun biçimde sistematik olmayan ve tecrübi bir yapıdayken, bunun bozuk bir yorumu olan Fransız özgürlükçülüğü kurgucu, rasyonalist ve pozitif edimsel bir içeriğe sahiptir. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.99-101.
[70] Benzer değerlendirmeler için bkz. Yayla, **Özgürlük Yolu**, s.40; Kararmaz, **a.g.e**, s.52, 60.
[71] Bu şekilde Hayek kendisini anarko-bireyci kapitalizmin dışında tutmuştur Bkz. Butler, **Hayek**, s.39.
[72] Bkz. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.233-251; Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.64-65.
[73] Hayek zorlama konusunda bir ayrım yapar: hal ve şartların bizi şunu ya da bunu yapmak zorunda bırakması (*compell*) ile meselenin içine başka bir insan iradesinin karışması ve onun önümdeki seçeneklerden birini seçişimi manipüle ederek beni kedi iradesinin aracı yapması durumu (*coerce*) birbirinden farklıdır. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.213-4.

bireylerin öngörerek faaliyette bulunabildikleri bir düzeni muhafaza eden özellikte olmalıdır. Bu, onun "hukuk devleti" kavrayışının merkezini oluşturur.

3.2.2.1. Hukuk Düzeni Kavrayışı ve Nomos-Thesis Ayrımı

Taxis ve *Kozmos* ayrımına paralel biçimde kurallar da Hayek tarafından iki tür altında sınıflandırılır: "Thesis" ve "Nomos". *Thesis*, dışsal bir belirleyici tarafından bilinçli bir insan tasarımı olarak oluşturulan *yapay* kurallardır. Siyasal sistem içinde yasama eliyle oluşturulan *organizasyon kuralları* bu türdendir. *Nomos* ise dışsal bir belirleyici tarafından oluşturulmayan, bir evrim süreci içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan *adil davranış kuralları*dır[74]. Hayek'e göre ***hukuk normlarının asıl kaynağı,*** onları yapıp, duyuran ve uygulayanmış gibi görünen şefler, yargıçlar, yönetimler yahut yasama ve yönetim organları değildir, kendiliğinden düzen içinde insan topluluklarının tekâmülî seçimidir; bunlar söz konusu otoriteler tarafından yaratılamaz, sadece keşfedilir yahut ifade edilip açıklığa kavuşturulur[75]. Yani Hayek'in *nomos* adı altında izah ettiği kurallar, diğer bir deyişle kendiliğinden düzen içinde kendiliğinden evrilip ortaya çıkan adil davranış kuralları, hukukun özünü oluşturur. Bu düşünce, hem hukukun meşru kaynağı olarak yasamaya değil, geleneğe (*custom*) ağırlık verir[76], hem de hukuku bir akıl ürünü yahut irade tasarımı olarak açıklayan hukuki pozitivizmin reddiyesi mahiyetindedir.

Özetle, yukarıdaki izahata uygun olarak hukuk normlarının ortaya çık(arıl)ışına dair iki yoldan bahsedilebilir ve ayrım şu şekilde açıklanabilir:

(i) İlk yol, Kurucu Rasyonalizme uygun biçimde, tepeden inmeci ve merkezi planlama yoluyla kuralların oluşturulmasıdır. Bu genellikle süper-aktif bir yasama ve güçlü bir bürokrasi ile şekillenen bir hükümet teşkilatı içerisinde meydana gelir. Neticede toplumu tastamam düzenleyebilmek için oldukça fazla ekonomik bilgi gerekir ve bu yolla toplumsal düzenin bütünüyle tasarlanması haliyle başarısızlığa mahkumdur. Bu kabil bir tasarım fikrin liberalizmin Mises ve Hayekçe vurgulanan

[74] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.123-159, 161-186. Van den Hauwe'nin özetlemesiyle adil davranış kuralları nitelikleri itibariyle negatif, amaçtan bağımsız (*purpose-independent*), soyut, genel-geçer ve süreğendir. Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.548.
[75] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.103, 107; Butler, **Hayek**, s.43.
[76] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.29.

klasik ilkelerine aykırıdır; hukuk devleti esasını ortadan kaldırır ve totalitarizme zemin oluşturur[77].

(ii) Diğer yol, kendiliğinden düzen içinde norm oluşumu; ya da bir diğer ifadeyle adil davranış kurallarının kendiliğinden oluşumudur. Bu yol, diğeri gibi planlanmamış, dizayn edilmemiştir. Doğal seleksiyona imkân tanır ve normatif alanın uygarlık sürecinde gelişen ihtiyaçlara göre evrilmesine olanak verir[78]. Gerçekte toplumda kendiliğinden evrilen bu adil davranış kuralları hukukun özü olmalıyken (ki Hayek bu konuda İngiliz *Common Law'*u temelde geleneğe dayanması nedeniyle olumlu bir örnek olarak gösterir) modern rasyonalist geleneğinin yasama gücünü kutsallaştırması neticesinde, aslında sadece idari insicam için gerekli olan organizasyon normları ile toplumsal adil davranış kuralları birbirine karıştırılmış ve bu ikisinin *yapımı* tek bir gücün (yani yasamanın) fonksiyonu içinde toplanmıştır[79]. Oysa, adil davranış kuralları zaten toplumda kendiliğinden gelişir, *yapılmaz*. Tanınır, tashih edilir, kullanıma uygun hale getirilir, üzerindeki yapılabilecek değişiklikler ise yine ancak onun doğasına uygun biçimde yapılabilir[80].

Hayek bu ayrım çerçevesinde; hukukun özü olarak kabul ettiği adil davranış kuralları (*nomos*) ile *yasa* (*law*) kavramını; organizasyon kuralları (*thesis*) ileyse *emir* (*command*) kavramını eşleştirir. Hayek'in ayrımları çerçevesinde unsurlarını açıklayabileceğimiz hukuk düzeni içinde yasanın önceden belirliliği olan kimyası, ilke olarak, hipotetik bir zor tehdidi içermelidir; yani bireyin aşmaması gereken sınırları genel, soyut ve objektif bir biçimde göstermeli, en baştan bir davranışa yönlendirecek şekilde kuvvet kullanmak yerine (ki bu bir *yasa* değil *emir* olur) haddi aşma durumlarında zorlamayı devreye sokma uyarısı içermelidir[81]. Hayek'in

---

[77] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.149; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.275-276.

[78] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.276; Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.149.

[79] Hayek bu karışıklığın ortaya çıkışınının ardında, 18 ve 19.yy. Kıta Avrupası hukuk dünyasında kamu hukukçularının sivrilip genel hukuk teorisini kamu hukuku veçhesinden dizayn etmeye teşebbüs etmelerini görür. Bu teşebbüsler Hayek'e göre, görüntüde pozitivist, perde arkasında sosyalist ve totaliter fikirlerle bezelidir. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.173.

[80] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.150; Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.552.

[81] Bu anlayış hukukun kaynağı olarak "buyruk" teorisine de bir karşıtlık içerir. Buyruk, bir şeyi yapmayı buyurur ve başka seçenek bırakmaz. Oysa yasaklama, bir şeyi yasaklar, bir sınırı geçmeme konusunda uyarıda bulunur ve bu yapılmadığı takdirde çizilen belli alanda başka seçeneklere yönelmek hala mümkündür. Hayek'in kendi hukuk teorisinde sunduğu ve olması gereken olarak hukuk kurallarında aradığı temel özellik bu ayrım uyarıncadır. Benzer değerlendirmeler için bkz.

Özgürlüğün Anayasası'nda yaptığı, yasa ile emrin ideal formları arasındaki fark, kısaca şu şekilde gösterilebilir [82]:

YASA (*Law*)	**EMİR (*Command*)**
Yasa için yasayı çıkaran birinin varlığı gerekli değildir.	Emir için emri çıkaran birinin varlığı gereklidir.
Genel ve soyuttur.	Münhasır ve somuttur.
Diğer insanların meşru beklentilerine zarar vermeyecek şekilde failin genel eylem çerçevesini çizer, o alanda irade ve seçim özgürlüğü faildedir. Yani sadece failin kararlarında hesaba katılması gereken ilave bilgiyi sunar.	İfa edilecek fiili özgün biçimde belirler; faillere kendilerine ait hiçbir bilgiyi kullanma veya kendi tercihlerini takip etme şansı bırakmaz.
Belli bir amaçtan masundur. Yasanın varlığı için, onu çıkaran belli biri gerekmediği için, belli bir amaçtan bahsetmek mümkün değildir.	Amaçlıdır. Emir icabı ifa edilen fiil, emri çıkaran kimsenin münhasır amaçlarına hizmet eder.

Tablo 3: Hayek'te Yasa ve Emir Kavramları

Hayek ayrıca bu ayrımlar çerçevesinde *Özgürlüğün Anayasası*'da önemli bir farka daha işaret eder. Usulüne uygun olarak çıkarılmış olmakla görüntüde yani *şekli* açıdan yasa sayılan pek çok kuralın *maddi* açıdan yasa hüviyetinde olmadığını belirtir. Maddi açıdan yasalar, "bireyler arasındaki ilişkileri" ve "bireyle devlet arasındaki ilişkileri" konu alırken, devletin kendi görevlisine yönelik devletin organizasyonu ile ilgili talimatları hatalı biçimde şekli açıdan yasa şeklinde çıkarılsa bile esasen yasa değil, emirdirler[83].

Hayek'in emir ile yasa arasında yaptığı bu ayrım, piyasadaki bilgi ve özgürlük meselesiyle de irtibatlıdır; öyle ki hukuk kuralı olarak *yasa*, sınırları çizmek

---

Yayla, **Özgürlük Yolu**, s.46, 62-64; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.74.

[82] Bu konuda bkz. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.235-6.

[83] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası,** s.314.

suretiyle o sınırlar içerisinde özgürlüğü bireye bahşetmekle birlikte, gene o alan içerisinde bireyin kendi özgün bilgisinden optimal seviyede istifade edebilmesine de olanak sağlar[84]. Bu şekilde, pozitif emrin tam tersine, *negatif* karakterli[85] biçimde tanımlanan ve yine ancak negatif biçimde evrenselleştirilebilecek[86] olan hukuk kurallarının bireylere yükleyeceği hukuki sorumluluk, ilke olarak, *ödev* biçiminde müspet (pozitif) sorumluluk türünden olmamalı, menfi (negatif) sorumluluk şeklinde olmalıdır[87]. Çünkü hukukun daimi biçimde müspet sorumluluklarla şekillenmesi, belli bir *toplumsal amaç* doğrultusunda bir araç vasfıyla çalıştırılması ve insanların da bu amaca yönlendirilmesi anlamına gelir. Hayek'e göreyse bunun diğer adı planlamacılıktır ve hatta Carl Schmitt'in hukuku bir vasıta olarak ifade edişinde olduğu gibi, ulvi bir amaç doğrultusunda toplumu tek-yönlü sevketmek, böylece totaliter bir rejime kapı aralamaktır; oysa Hayek'in özgür toplum tasavvurunda o topluma -savaş ve felaket halleri gibi sınırlı sayıda durum dışında- amaç yüklemek mümkün değildir, bireylerin amaçları olur, toplumun olmaz[88].

Hayek, hukukun özü olarak gördüğü adil davranış kurallarının kendiliğinden düzenin uhdesinden çekilip belirgin formlara büründürülerek olgusallaşmasının da negatif bir test ile olacağını savunur. *Negatif test*, "mevcut adil davranış kurallarını

---

[84] "Her bireye içinde kendi eylemine karar verebileceği kabul edilen bir alan temin etmenin mantığı, onu, bilgisinden özellikle de zamanın ve mekânın özel durumları konusundaki müşahhas ve çoğu zaman da özgün [biricik, emsalsiz] bilgisinden eksiksiz istifade etmeye muktedir kılmaktır. Yasa, ona hangi gerçekleri hesaba katması gerektiğini söyler ve bilvasıta eylemlerinin neticeleri hususundaki tahmin menzilini genişletir. Aynı zamanda ona eylemlerinin hangi muhtemel neticelerini hesaba katması gerektiğini ve neden sorumlu tutulacağını da söyler." Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.245. Hayek'in yasayı, özgün bilgiden istifade etmeyi temin etmesi yönüyle tanımlamasında açık bir biçimde Smithyen düşüncelerin izi sürülebilir. Yukarıdaki pasajına dayanak olarak Adam Smith'in şu cümlelerini dipnot olarak aktarır: "Sermayesini koyabileceği mahalli iş türlerinin neler olduğu ve hangi mahsulün en fazla değere sahip olacağı hususunda, her bireyin, kendi mahalli durumu hakkında onun yerine hüküm verebilecek herhangi bir devlet adamından ya da kanun koyucudan daha iyi hüküm verebileceği aşikârdır." Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.245, dn.15 (s.641); Karş. Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.485 (IV, ii).

[85] Yani sadece yasakları sıralama özelliğine sahip olup bu sayılı durumlar dışında diğer tüm şeylerde serbestlik tanıyan. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.239.

[86] Hayek'in düşüncesinde hukuk kurallarının evrenselleştirilebilme formülü, "*Thou shall not*…" ("…mayacaksın") şeklindedir. Bkz. Ratnapala, **Jurisprudence**, s.355.

[87] Olağanüstü hal durumlarında bu halin kötüye kullanımının engellenmesi için önceden kesinleştirilmiş belirli kurallara harfiyen uyulmasını, olağanüstülüğü ilan eden ile yetkileri kullanan organların farklı olmasını ve yargı denetimini önerir. Bkz. Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.93-4; Askerlik, vergi, gıda ve sağlık denetimleri ile ilgili ödevler biçiminde ortaya çıkan müspet sorumluluk istisnaları hakkında ayrıca bkz. Kararmaz, **a.g.e.**, s.77.

[88] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.94.

ifade etme, yorumlama ve geliştirme ödevi kendilerine tevdi edilenlerin, daima, kendi sınırsız iradelerini dayatmak yerine, belirli problemlere cevaplar bulmalarını gerektirir"[89] ve test süreci bu şekilde işleyen bir süreçten ibarettir. Söz konusu ödevin tevdi edildiği kişiler, uygun olduğunu düşündükleri her kuralı tespit etme konusunda sınırsız şekilde yetkilendirilmemişlerdir; "adaleti yaratmaya değil keşfetmeye yetenekleri olduğu" varsayımından doğan bir otoriteye sahiptirler ve bu görev "belirli kuralları veri almadan ve bunların belirlediği sistem içinde hareket etmeden yerine getirilemez[90]. Ayrıca bu edim, devamlı surette sistem içindeki adaletsizlik problemlerinin ayıklanması (Popperci deyişle, bilgilerin yanlışlanması) çerçevesinde yürütülebilir; yani adil olanın tespiti değil adil olmayanın tespiti şeklinde… Zira nısbî biçimde yanlışların (adaletsizliklerin) tespit edilebileceğini ama mutlak doğruya (adalete) erişilemeyeceğini düşünen Hayek, "doğru ve adil olan budur" diyenin olsa olsa kurucu akıl olabileceğini belirtir [91] . Yani özetle, adalet gerekçesiyle kendiliğinden düzenin işleyişine kurucu saiklerle müdahale edilemez. Zira bu yönde dillendirilecek bir adalet yahut adalet için müdahale bahanesi Hayek'in nezdinde makbul olmayan bir kavram olan dağıtıcı adalete kapı aralar. Dağıtıcı adalet kavrayışını kendiliğinden düzenin katallaktik doğasına uygun olmadığı, amaca yönelik olduğu ve dolayısıyla ancak teleokratik düzenle bağdaştırılabileceği gerekçesiyle reddeden Hayek, bunun başka bir ifadesi olan sosyal adalet kavramını da bir "serap" olarak niteler[92].

Böylece Hayek'in adalet kavrayışının da ana hatları ortaya çıkmış olur. Hayek, temelde Humecu-Smithçi bir adalet anlayışını benimsemiştir: Adalet mülkiyetin kazanılmasını, rıza yoluyla transferini ve sözleşmenin ihlal edilemezliğini yöneten kurallardır. İnsanlar, serbest bırakıldıkları takdirde bu kurallar kendiliğinden ortaya çıkar. Devletse sadece bu kuralların uygulanması konusunda işlev görür[93]. Bu

[89] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.267.
[90] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.268.
[91] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.271.
[92] Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, II. Kitap (Alt başlığı: "Sosyal Adalet Serabı"); Ayrıca bkz. Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, s.120.
[93] Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, s.122. Norman P. Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, (Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin), Liberte, 3.b., 2012, Ankara, s.164.

yüzden Hayek'in nezdinde adalet, aynı zamanda toplumsal kurallar manzumelerinin arasındaki şeklî-prosedüral tutarlılıkla da ilgilidir[94].

Hayek'in özgür bir toplumun hukuk düzeninin yasaları olarak sunduğu (böylece emirlerden ayrı tuttuğu) ve negatif karakterli olarak tanımlayıp gene negatif test süreci içinde oluştuklarını söylediği *adil* davranış kuralları ile onun Adam Smith'ten alıp kabul ettiği *negatif bir erdem olarak adalet* kavramı arasında da yakın bir ilişki vardır;

> Salt adalet, çoğu durumda, negatif bir erdemden ibarettir ve sadece bizim komşumuza zarar vermemizi engeller[95].

> Her devletin ve *commonwealth*'in bilgeliği, toplumun gücünü, yapabildiği ölçüde, onun otoritesine tâbi olan kişilerin, başka birinin mutluluğuna zarar vermesini veya onu taciz etmesini önlemek için kullanmaya çalışır. Bu amaçla tesis ettiği kurallar her bir devlet ya da ülkenin medeni (*civil*) hukukunu ve ceza hukukunu teşkil eder.[96]

Bu şekilde adil davranış kuralları, negatif bir adalet kavramı çerçevesinde tanımlanabilir. Adil davranış kurallarından müteşekkil bir hukuk da ilke olarak bireylerin özel alanları arasındaki sınırları çizer ve birbirlerinin alanına müdahale *etmemesini*, yani pozitif bir edimi değil negatif bir tutumu buyurur[97]. Adil davranış kuralları içinde pozitif bir edim (yani müspet bir sorumululuk) biçiminde ödev olarak beliren durumlar ise istisnai ve sınırlıdır[98].

---

[94] Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, s.120.

[95] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.413 (dn.9); Karş. Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.122 (çeviride "negative" kavramı "verimsiz" olarak çevrilmiştir).

[96] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.413 (dn.8); Karş. Smith, **Ahlaki Duygular Kuramı**, s.317 (çeviride "civil" kavramı "kamu" olarak çevrilmiştir); Ayrıca Hayek'in ceza hukukunu kamu değil bir özel hukuk alanı sayması hakkında bkz. aş. s.208.

[97] Negatif özgürlük gibi yine negatif bir adalet kavramını benimseyen Hayek, içeriği itibariyle bir olumsuzlamadan ibaret olan bu kavram konusunda sadece Adam Smith'ten beslenmez. Rousseau, Savigny, Bastiat, Schopenhauer ve Scheler gibi filozoflardan yaptığı alıntılar için bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.413-414 (dn.9).

[98] Hayek bunlara, bireylerin aile fertlerine karşı ödevleri yahut İngiliz *common law*'unda yer alan açık denizlerde tehlike anında yardım ödevi gibi sınırlı veyahut istisnai durumları örnek verir. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.262.

Hayek'in *nomos-thesis* ve *kozmos-taxis* gibi ayrımlar çerçevesinde geliştirdiği hukuk kuramının, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı açısından, özel hukuk merkezli bir kuram olduğu söylenebilir. Ona göre, yasama faaliyetinin fonksiyonu münhasıran özel kişilerin davranışlarını planlamaya dönük olmamalıdır, devlet organizasyonunun insicamına, kamusal süjelere ve kamusal nedenlerle yöneliktir. Özel kişilerin davranışlarıysa kendiliğinden düzen içinde kendiliğinden oluşan kurallarla biçimlenir ve tıpkı *common law* geleneğinde olduğu gibi yargı faaliyeti eliyle hukuk olarak izahata kavuşturulur. Dolayısıyla Hayekçi nazariyede, özel hukuk kaynağını adil davranış kurallarından alırken, kamu hukuku çoğunlukla organizasyon kurallarından oluşur. Bundan bahisle, örneğin ceza hukuku normları bile aslında toplumda kendiliğinden gelişen kınama-kınamama normları olmaları itibariyle adil davranış kuralı teşkil ederler, diğer bir deyişle özel hukuk normu vasfındadırlar. Usul ve teşkilat yasaları ise yapıları itibariyle ağırlıklı olarak kamu hukuku konsepti içinde telakki edilmeye müsaittirler[99]. Keza tam bir rasyonel tasarım ürünü olan anayasalar da esas olarak, adil davranış kurallarının bir toplumsal düzen içerisinde belirginlik kazanıp korunmasını temin eden bir organizasyon çatısı meydana getirirler. Dolayısıyla bizatihi hukukun kaynağı addedilemezler[100].

Hukuk kurumları, Hayek'e göre, gelişimleri yönüyle *evrimsel* yapıdadırlar; hiçbir zaman tamamıyla dışsal bir aklın kuruculuğu üzerinden temellendirilemezler. Hatta Hayek hukuk üzerine evrimsel açıklamaların, yine evrimsel yaklaşıma sahip olmuş dilbilim çalışmaları ile tarihsel olarak paralel yaklaşımlar olageldiğini defalarca vurgular. Evrimcilik bu açıdan hiç de Darwin ile birlikte biyolojiden sosyal bilimlere geçmemiştir. Olsa olsa Darwin sosyal bilimlerden beslenmiş olabilir; zira dil, ahlak, hukuk, para ve adil fiyat gibi sosyal fenomenlerin evrimselci bir bakış açısıyla incelenmesi, bizleri açık bir biçimde İskoç Aydınlanmasına, Kıta Avrupası tarihselci dilbilim ve hukuk çalışmalarına, Carl von Savigny, Wilhelm von Humboldt, Carl Menger ve Sir Henry Sumner Maine gibi Darwin dışındaki isimlere sevk eder[101]. Kurallardaki tekamül yahut doğal seçilim, daha az aslî nitelikteki

[99] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.149; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.30.
[100] Kararmaz, **a.g.e.**, s.31.
[101] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.31-32.

kuralların esnekleştirilmesi ile gelişim gösterir. Başka bir deyişle kurallar evrenindeki değişimler, daha az aslî, daha az bağlayıcı ve daha esnek kuralların varlığı koşullarında kendini gösterir[102].

3.2.2.2. Yargı Felsefesi

Hayek'in hukukun düzenine dair önemle üzerinde durduğu bir konu, yargı faaliyetine ilişkin *modus operandi* ile ilgilidir. Yargıç, hukukun evrimi bahsinde üç temel mekanizmayı işletmesi nedeniyle yapısal bir öneme sahiptir. Van den Hauwe'nin Hayek tahlilinde ifade ettiği şekliyle bu mekanizmalar: *i*- değişim ve dönüşüm mekanizması (*variation and mutation mechanism*), *ii*- iletim ve tekrarlanma mekanizması (*transmission and replication mechanism*), *iii*- seçilim mekanizmasıdır (*selection mechanism*).[103] Yargıç, dışsal bir aklın anlam ve işlev yüklemesiyle değil, spontan ve evrimsel bir biçimde toplumsal düzen içinde anlam ve işlev edinmiş olan adil davranış kurallarının arka planına göre hüküm vermek durumundadır. Yargıç tutup da yeni kurallar ihdas edemez, çünkü bu yeniliklerin genel düzen içinde tahripkar olup olamayacağını tam manasıyla bilemez. Yargıç belli hukuk kurallarının ıslahını savunduğu zaman ise, bu ıslahın genel hukuk düzeni içinde ortaya çıkarabileceği toplam etkiyi dikkate almak durumundadır[104].

Kuralların doğal seçiliminde yargıcın pozisyonu önemlidir. Hukuk kurallarından iyi işleyenleri tercih ederek onların seçilim sürecine yardım eder[105]. Ayrıca yargıç için tespiti gereken temel mesele, uyuşmazlık konusu davranışın "daha yüksek bir görüş açısından yerinde olup olmadığı veya otorite tarafından arzulanan bir amaca hizmet edip etmediği" değil, o davranışın "kabul edilmiş kurallara uyup uymadığıdır".[106] Kabul edilmiş kuralları ise kendiliğinden düzeninin sürekli evrimi ile birlikte düşünmek ve kavramak gerekir. Dolayısıyla yargıcın "kararına kılavuzluk yapması gereken şey, muayyen bir anda toplumun ne talep ettiğiyle ilgili herhangi bir

[102] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.107; Butler, **Hayek**, s.49; Kararmaz, **a.g.e.**, s.62-3
[103] Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.551
[104] Butler, **Hayek**, s.43; Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.108; Zwycki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.561-562, 566.
[105] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.155; Butler, **Hayek**, s.46; Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.551.
[106] Diğer bir deyişle yargıcı mevcut hukuku eleştirisi veyahut onarması, mevcut duruma dışsal bir tartışma olan etkinlik kavrayışı üzerinden değil, mevcut yapıya içkin bir eleştiri süreci doğrultusunda olabilir. Bkz. Zwycki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.578.

bilgi değildir; toplumun *süregiden* düzeninin istinad ettiği genel prensiplerin talep ettiği şeydir."[107] Başka bir anlatımla, mevcut ve bilinir hukuk kurallarının yeterli gelemeyeceği durumlar mütemadiyen ortaya çıkar; kamuoyunda bu yeni durumlara uygun olarak beliren meşru beklentiler ile verili adalet ilkeleri arasında çatışma çıkaran bu durumlarda, yazılı hukukun açık beyanlarına sarılmak suretiyle verili hukuki kaziyelerden tümdengelimsel akıl yürütmek suretiyle kararlar vermek, kendiliğinden düzen içinde yargıcın işlevi olamaz. "Yargıç, hiç kimsenin dizayn etmediği bir işleyen düzene […] hizmet eder veya bu düzeni muhafaza etmeye ve geliştirmeye çabalar."[108] Bu uğraş içinde de o düzenin içinde bulunmanın bilinciyle terbiye edilmiş sezgisi sayesinde doğru kararlara sevk olunur[109]. Bu, yargıcın hukuk evreni içinde ve verili kuralların bütününü düşünerek, en önemli temel meta-kural olan ilkeler çerçevesinde düşünmesi demektir. *Common Law*'un yargıç faaliyeti ile evrimsel biçimde teşekkül etmesinin temelinde yatan dinamik, Hayek'e göre budur. Lord Mansfield'den aktarmış olduğu üzere; *common law* "tekil davalardan müteşekkil değildir, bu tekil davalar vasıtasıyla örneklendirilip açıklanan genel ilkelerden teşekkül eder"[110].

Posner'in değerlendirmesine göre, Hayek'in yargıcı, kapitalist sisteme ait bir yargıçtır. Bir siyasaya tâbi biçimde karar üretmek suretiyle toplumsal ilişkilere ve hukuka kurucu rasyonalite yükleyen yargıç figürü, bu konseptin dışındadır. Hayek'in yargıcı, hukuktaki boşlukları sadece gelenekleri (*custom*[111]) kullanarak doldurabilir ve parçaları bütünle uyumlu kılmak suretiyle hukuku ancak parça parça tamir edebilir (*piecemeal tinkering*)[112]. Ayrıca adil davranış kurallarını ifade etmek,

[107] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.114.
[108] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.154.
[109] Hayek'in atıfları dikkate alındığında, bu hususta Roscoe Pound'dan etkilenmiş olabileceği söylenebilir. Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.152.
[110] Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.551.
[111] Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde hukukun bir kaynağı olarak gelenek yahut gelenek hukuku (*customary law*) toplumda süregelen şekilde benimsenmiş örf ve adetler değildir. Belli başlı uyuşmazlıklara dair mahkemelerin uygulayageldikleri gelenektir; yani *common law* olarak da ifade olunan, emsale bağlı işleyen yargısal aktivitenin tanıdığı kurallardır. Yani toplumsal bir davranış kalıbının gelenek hukukuna aktarımı için hukuk mekanizmasının o davranış kalıbını hukuk sistemi içerisine alması, "hukukileştirmesi" gerekir. Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.30-31.
[112] Ratnapala, **Jurisprudence**, 283; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.277, 278. Bu noktada Zywicki ve Sanders, Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki emsal karar (*precedent*) geleneği ile *stare decisis* doktrini arasındaki bir ayrıma dikkat çeker ve Hayek'in bunlardan ilkinin savunusunu geliştirdiğini iddia ederler. Buna göre *stare decisis*, yetkili kılınmış bir yargı otoritesinin müteakip tüm

yorumlamak ve geliştirmekle görevli olan yargıç, bu çerçevede bir yaratım edimi değil keşif edimi sergiler; aksi durum adil davranış kurallarının kendiliğinden düzen içinde negatif testinin ihlali, dolayısıyla kurucu rasyonalist bir edim mahiyetinde olacaktır.

3.2.2.3. Hayek'in Çeşitli Hukuk Teorilerine Dönük Eleştirileri

Bu hukuk teorisi düzleminde Hayek, açık bir şekilde, hem hukuki pozitivizme hem de doğal hukuk düşüncesine (özellikle de rasyonalist doğal hukuk çizgisine) ciddi eleştiriler yöneltir[113]. Dolayısıyla Hayek'i doğal hukukçu ya da pozitivist olarak niteleyebilmek pek mümkün değildir[114]. Bu iki büyük düşünce dışında, Hayek'in Hukukta Serbest Yorum Ekolü ve Menfaatler İçtihadı Ekolü gibi hukuk ekollerine de eleştirileri olmuştur[115].

Hukukun önemli ölçüde kendiliğinden düzen içinde kendiliğinden gelişen adil davranış kurallarına dayandığını söylemekle, onu rasyonel ve amaçsal bir tasarım olarak siyasal iktidar iradesine dayandırma iddiası güden (ve Hobbes-Bentham-Austin-Kelsen çizgisinde betimlediği [116]) pozitivizme karşı olduğunu Hayek, çeşitli yazılarında defaatle belirtir[117]. Hiçbir hukuk sistemi bütünüyle bilinçli

---

vakalara da uygulanmasını salık vererek oluşturduğu karardır. Hayekçi terimlerle konuşacak olursak hukuku "planlama" mahiyetindedir. Hatta yazarlar bu anlayışın katı bir hal almasının 19.yy. ortalarında meydana geldiğine ve bunun hukuki pozitivizmin güçleniş süreci ile paralelliğine dikkat çekerler. Bu haliyle *stare decisis*, kodifikasyon düşüncesine yakın durur, ancak emsal karar geleneğinden kendisini aşılayarak bunu yapmıştır. Emsal karar geleneği ise tek merkezden planlamacı bir yapıda olmayıp, çok-merkezli özelliktedir. Plunknett'in deyimiyle "bir vaka emsal oluşturur, çok vaka ise bir geleneğin kanıtı olmak bakımından kendini takdim eder." Bu yüzden emsaller güçlerini, tek bir otoritenin sözünden değil, ikna ediciliklerinden, beklentilere, akla ve muhakemeye uygunluklarından alırlar. Bkz. Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and The Economic Analysis of Law", s.570-582.

[113] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.272-293; Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.354-358.

[114] Aktaş, **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, s.97; Barry, **Hayek's Social and Economic Philosophy**, s.77.

[115] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.353-354.

[116] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.273.

[117] Hayek, hukuki pozitivizmin felsefi-tarihsel gelişimini Hobbes-Bentham-Austin-Kelsen çizgisi üzerinden betimler (Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.273). Ancak hukuki pozitivizmin 19.yy.'ın ikinci yarısında hiçbir ülkede Almanya'daki kadar karşı konulmaz bir tesire sahip olamadığını vurgular (Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.355). Ayrıca hukuk ile ahlakın tastamam ayrıklığını iddia eden sert pozitivist çizgiye tamamıyla karşıt olduğunu açık biçimde vurgularken, (Hart'ın teorisinde olduğu gibi) bazı pozitivist görüşlerin sınırlı da olsa yargıcın hukuku bulması için ahlaki norm alanına müracaat etmesine olanak tanımasını makul görür Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.286-287; Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, s.51.

bir biçimde tasarlanıp yaratılamaz[118]. Bu itibarla ağırlıklı fonksiyonu organizasyon kuralları ile alakalı olan yasama faaliyeti hukukun sadece tamamlayıcı bir kaynağından ibarettir; kodifikasyon çalışmalarıysa birer yaratım çalışması olmayıp, sadece birer derleme çalışmasıdırlar[119]. Bu itibarla Hayek, hukuki pozitivizmin tam manasıyla ancak organizasyon kuralları açısından anlamlı bir teori olduğunu ifade eder[120]. Ama hukuki pozitivizm, iddiasını genelleştirmek suretiyle, adil davranış kuralları ile organizasyon kuralları arasındaki farkı benimsememiş, böylece totaliter rejimelere açılan hukuki yolları döşemiştir. Yani ona göre, hukuki pozitivizm, klasik liberalizmin özüne ters bir teoridir[121]. Hukuk devleti idealinin altında yatan meta-legal ilkelere, yasamaya kısıt koyan ilkeler olmaları açısından, hukuki pozitivizmin özü itibariyle karşıt bir teori olduğunu iddia eder[122].

Özellikle ünlü pozitivist Hans Kelsen'e dönük ciddi eleştiriler yöneltir Hayek. Onun pozitivizminin hukuku rasyonel ve amaçsal bir tasarım olarak açıklamasının[123] yanı sıra, hukuk normlarının varlık koşulunu salt *biçimsel* bir geçerlilik testine tâbi tuttuğunu, olgusal içeriğini önemsemediğini söyler[124]. Ayrıca geçerlilik kavramını hatalı biçimde varlık kazanma koşulu ile birebir manada kullandığını, bununla birlikte etkinlik kavramına doğru dürüst teorik içerik kazandıramadığını iddia eder. Ayrıca Kelsen'in kavramları her halükarda çoğu kez çarpıtarak kullandığının altını çizer[125]. Nazi hukukunun kötü bir hukuk olmakla beraber yine de pozitivist açıdan hukuk olduğunu söylemesi dolayısıyla onu eleştirir[126]. Bu itibarla onun, *Humpty*

[118] Hayek özellikle özel hukuk kurallarının kendi adil davranış kurallarının gelişimi tezine uygun biçimde evrimsel ve seçilimci biçimde kendiliğinden oluştuğunu gösteren çalışmaların olduğunu ve bunların pozitivist teorilerin hatalarını yeterince gösterdiğini söyler. Bu konuda özellikle *common law* tarihçilerini örnek gösterir, Anglo-Amerikan hukuk dünyasından Henry Sumner Maine'i, Kıta Avrupası'ndan ise Hermann Kantorowicz'i kendine dayanak alır. Bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.274-5 (dn.39).

[119] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.38; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.33, 96, 101.

[120] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.275.

[121] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.272.

[122] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.355.

[123] "Hukuk sisteminin *amacı* insanların -belli bir şekilde, arzu edilenin aksine davrandıkları takdirde onları tehdit eden kötülük nosyonu vasıtasıyla- *arzu edilen şekilde davranmalarını sağlamaktır.*" (v.e.) Bkz. Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016, s.32.

[124] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.274; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.34.

[125] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.277-8.

[126] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.286.

Dumpty solipsizmiyle hukukun ne olduğunu söyleyenler ya da sosyalist hukukçular kadar bile dürüstlük gösteremediğini vurgular[127]. Onun ortaya koyduğu görüşün, güçlü siyasal iradelerin keyfileşmesini önlemeyle ilgisiz bir hukuk görüşü olduğunu iddia eder. Özellikle onun devletle hukuki düzenin özdeşliğini savunması, "hukuk devleti" kavramını biçimsel bir kavram ve bütün devletlerin (hatta despotik devletlerin bile) bir vasfı haline getirir[128]. Kısaca Hayek'e göre Kelsen kurucu rasyonalist ve dolayısıyla totalitarizme kapı aralayan bir hukuk kuramı ortaya koymuştur. Bunun yanı sıra onu eleştirdiği diğer bir husus ise, Kelsen'in tümdengelimci düşüncesinin hatalı yapısına dairdir. Buna göre, Kelsen hukukun özü olarak sunduğu (aslında kendine ait) bir kavramdan (*grundnorm*) tümdengelimsel çıkarsamalar yaparak hukukun normatif düzeninin diğer tüm alt unsurlarını bilimsel olarak analiz ettiğini iddia etmektedir, ki bu aslında bilimsel değildir[129]. Ayrıca Kelsen'in hukuk kuramında adalet kavramının yerinin olmaması da, hukukun özünü adil davranış kurallarına dayandıran Hayek'in bakış açısına Kelsen'in ne derece ters durduğunu açık şekilde gösterir[130]

Hayek ayrıca iradeci pozitivist bir savın, egemenlik kavramını mantıkî bir zorunluluk olarak hukuk teorisinin bir bileşeni haline getirdiği tespitinde bulunur; oysa egemenliğin pozitivist telakkisinin müttefik bir düşünceyle desteklendiğini ve kadir-i mutlak (*omnipotent*) devlet anlayışı olan bu düşünceyle liberalizmin tarih boyunca gerilimli bir ilişkisi olduğunu belirtir[131]. Hayek'e göre, kabul edilebilir bir pozitivist yaklaşım, ancak ve ancak, sadece geçerliliğin yasakoyucu iradeden kaynaklandığının, bunun dışında hukukun içeriğinin bilinçli bir iradeden

[127] Lewis Carroll'un ünlü eseri *Alice Harikalar Diyarında*'nın asabi yumurta adamı Humpty Dumpty, Alice'ye şöyle konuşur: "Ben bir sözcük kullandığım zaman, bu ne demeyi arzu ediyorsam işte o anlama gelir. O sözcük demek istediğimden ne fazlası ne de azıdır." Hayek'in *Humpty Dumpty* metaforu için bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.276. Sosyalist hukukçularla Kelsen'i kıyası için bkz. Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.286.
[128] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.356-7.
[129] Benzer bir eleştiriyi Hayek'in çok yakınlık duyduğu Karl Popper da her tür psikolojik olguyu aşağılık kompleksi ile açıklayan Adlerci psikolojiye ve yine tüm tarihi sınıf çatışması kavramına dayandıran Marksist kurama yöneltmiştir. Bu yaklaşımlar bilimsel olduklarını iddia etseler bile, Popper'a göre, kendi sınanabilirliklerine dönük tüm kapıları kapattıkları için sözde (*pseudo*) bilimdirler.
[130] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.55.
[131] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.292-3.

türemediğinin kabulü durumunda söz konusu olabilir[132]. Gerek ılımlı pozitivizme hoşgörülü olan bu bakışı, gerekse *nomos* ile *thesis* arasında ayrım yapması itibariyle Hayek'in, H.L.A. Hart'ın hukuk teorisine ve onun birincil ve ikincil kurallar ayrımına yakınlığı dikkat çekicidir.

> Sadece bilim adamının değil fakat hâkimin de, belirli bir toplumda fiilen neyin hukuk olduğunu anlamak için bile, hukukun geçerliliğini mantık yoluyla hayali bir "temel norm"dan türetmeyen ama bu hukukun *işlevini* açıklayan bir teoriye ihtiyacı vardır[133]. (v.e.)

Dolayısıyla Hayek'in geçerlilik ve varlık problemi içerisinde sıkışmış bir teoriden ziyade, hukukun özgür bir toplum için işlevselliğini önemseyen fonksiyonalist bir bakış açısına sahip olduğu görülmektedir. Zira onun için önemli olan özgür bir toplumsal düzenin koşullarının temini olup, bu hususta hukuk işlevi itibariyle önemlidir. "Hukuk, bütün çok-amaçlı araçlar arasında, muhtemelen, lisandan sonra, en çok sayıdaki farklı amaçlara hizmet eden ikinci araçtır."[134] Hukuk, oyunun kurallarını koyar, oyunu oyuncular oynar.

Hayek, hukukun pozitivizmce iradi tasarıma atfen temellendirilmesini eleştirdiği gibi, doğal hukukçu kimi yaklaşımların onu insanüstü iradenin tasarımına atıfla temellendirilmesini de eleştirir. Her iki yaklaşımın da, her ne kadar birbirlerine zıt öğretiler de olsalar, hukuku tasarım olarak görmeleri ve adil davranış kurallarının *kendiliğinden* oluşumunu görmemeleri itibariyle hatalı olduklarını belirtir[135]. Hemen ardından kendi teorisinin pozitivistler tarafından bir tür "doğal hukukçuluk" olarak görülebileceğini söyler, ama hukuku insan aklının ürünü olarak lanse eden rasyonalist doğal hukuk düşüncesine de karşıdır. Çünkü adil davranış kurallarının yüzyıllarca süren evrimsel sürecini bir bilinçlilik ve tasarım durumu ile irtibatlandırabilmek mümkün değildir. Bu nedenle "doğal" terimi onun için ancak

[132] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.293.
[133] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.292.
[134] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.147.
[135] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.290.

"kendiliğindenlik", "evrimsellik" ve "doğal seçilim" ile alakalı olduğu ölçüde makbuldür, "rasyonalite" ile değil[136].

3.2.2.4. Hukuk Devleti: İdeal Hukuk Düzeninin İlkeleri

Hayek'in teorisinde devletin bir zorlama (*coercion*) faktörü olarak, özgür bir toplumda dahi gerektiğine değinmiştik; sınırları tayin edilmiş bu zorlama faktörünün varlığı sayesinde birey çok çeşitli ve belirsiz kanallardan kendisine yönelebilecek olası zorlamalara karşı kendisini ve özgürlüğünü güvence altına alır. Ancak bu güvenceleri sunacak olan devletin de bir "hukuk devleti" olması gereklidir.

Hukuk devleti prensibi, bir meta-legal doktrindir, yahut politik bir ideal hüviyetindedir. Bu, Hayek'e göre, gelişimi itibariyle bir *anayasacılık* sorunu olmaktan ziyade bir *siyasal kültür* sorunu olagelmiştir; özü itibariyle devletin sivil topluma müdahaleciliğini azaltır ve kuvvetler ayrılığı prensibinin sağlıklı işleyebilmesini temin eder[137].

(i) Keyfiliğe Karşı Hukukla Bağlı Yönetim ve Yargısal Denetim: Hukuk Devleti, öncelikle yönetimde keyfiliğin karşısında, bireysel özgürlük idealine bağlılığı bildiren bir prensiptir[138]. Hayek'in yazılarında çok sıklıkla kullandığı şu ifade önemlidir: "*kişilerin değil, yasaların yönetimi*". İşte bu prensip sayesindedir ki, liberal düşünce zemininde "hukuk devleti" dediğimizde, bir toplumsal düzen içinde yönetimin en yüksek mertebesi de dahil herkesin belli kurallarla bağlı olması gerekliliğini, özgürlüğün olanaklılığı için elzem biçimde kavramak durumunda kalırız.

Hukuk devleti prensibi, yönetimde keyfiliği önlemek amacına dönük olduğu için, yönetim faaliyetlerinin bağımsız yargı organları tarafından denetimi esasını kabul eder. Bu açıdan *bağımsız yargı* ve *Kuvvetler Ayrılığı Doktrini* önem kazanmakta ve bu ilkeler liberal hukuk devleti konseptinin tamamlayıcı cüzü olarak

---

[136] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.290; Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.35. Hayek'in hukuk teorisinin, her ne kadar eleştiriler yöneltmiş olsa da doğal hukukçu düşünceye diğer temel hukuk teorilerine nazaran daha yakın olduğu değerlendirmeleri olarak bkz. Liebhafsky, "Price Theory as Jurisprudence", s.27; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.282; Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.153.

[137] Vanden Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.552; Kararmaz, **a.g.e.**, s.83.

[138] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.117.

kabul edilmektedir[139]. İdarenin takdirî bir faaliyet alanı hiç şüphesiz vardır ama bireylerin mülkiyetleri ve şahsiyetleri üzerinde etki gösteren idari faaliyetler bu kapsamda değildir. Ayrıca *idarenin geniş takdir yetkisi* anlayışı da keyfilik yasağını gevşetici mahiyeti nedeniyle Hayek tarafından olumlu değerlendirilmez[140].

Bu bahis üzerinden Hayek, İngiltere ve ABD'de hukuk devletinin klasik liberal formülasyonunun Birinci Dünya Savaşı sonrasında zayıflatıldığını vurgular. Hayek'e göre bu zayıflatma, İngiltere'de, idare hukukunun geliştirilmesi ihtiyacı ile klasik liberal hukuk devleti düşüncesinin (ve bunu temsilen A. V. Dicey'nin) karşı karşıya konulması suretiyle gerçekleştirilmiş; ABD'de ise yine idari devleti (*administrative state*) güçlendirici "kamu yönetimi hareketi", İlerici (*Progressive*) Parti'nin çalışmaları ve Roosevelt'in *New Deal* politikaları ile ete kemiğe büründürülmüştür[141].

(ii) Tüm yasaların belli ilkelere uygun olması gerekliliği: Yasalarla bağlı yönetim fikri, eğer o yasa yönetime her şeyi koşulsuz ve hatta keyfi yapabilme gücü veriyorsa şüphesiz anlamsız olacaktır. Bu yüzden hukuk devleti anlayışı içinde yasaların da belli ilkelere uygun biçimde düşünülmesi gerekir[142].

Bu noktada daha önce organizasyon kuralları ile adil davranış kuralları bahsinde izah ettiğimiz "yasa ≠ emir/buyruk/talimat" kavrayışını hatılatmamız gerekir. Maddi anlamda yasa normatif köklerini siyasal bir iradenin bilinçli tasarımında değil, toplumsal hayattaki kendiliğindenlikte bulur. Bu oluşuma hiç şüphesiz ki yasama faaliyetlerinde belirginlik kazandırılabilir. Ama her şekilde bu maddi anlamdaki yasaların ifade edilişleri itibariyle[143];

- *Genel* (kişiye özgülenmez, kişiler arası ayrım yapmaz)
- *Soyut* (yani henüz bilinmeyen, gelecekte ortaya çıkması muhtemel olaylara müteallik olacak şekilde)
- *Süreklilik* arz eder biçimde (yani anlık ihtiyaçlara cevap verme şeklinde değil),

[139] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.319.
[140] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.118, dn.6.
[141] Bkz. Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.359-369.
[142] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.312.
[143] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.314-315; Butler, **Hayek**, s.44-47.

- Geçmişe yürürlü (mâkabline şâmil) olmayıp, *Geleceğe Dönük* (istikbale mâtuf) biçimde,
- Herkese *Eşit* ve *Tarafsız*,
- *Mâlum* (uygulanmadan önce ilan edilmiş) ve *Kesin* olmaları icap eder.

Bu ilkeler, hem bireysel özgürlüğün ve sorumluluğun, hem de özgür toplumun verimli işleyişinin güvenceleridir [144] . İnsanların hukukun sunduğu öngörüye dayalı olarak eylemlerini *rasyonel* biçimde hesap edip planlayabilmeleri için, dolayısıyla hukuki sorumluluk adına, yukarıda sayılı ilkeler vesilesiyle hukuk kaidelerinin gösterdiği sınırlar görülebilir, insan eylemlerinin olası sonuçları öngörülebilir kılınır[145]. Hatta Hayek'e göre, kapitalist bir düzende insanlar hukuk kuralları vasıtasıyla işbirliği içinde olacakları diğer kişilerin hareketlerini de öngörecekleri için, bu kurallar düzen-içi birer *üretim aracı* olarak da değerlendirilebilir[146].

Hayek'e göre, hukuk devleti prensibi, devleti esas olarak zorlayıcı eylemlerinde sınırlamaktadır. Bireylerin dokunulmaz alanlarına ilan olunmuş genel bir kuralın çiğnenmesinin karşılığı olarak yapılan müdahale olması bakımından devletin başlıca zorlama aracı mahiyetindeki cezalandırma konusunda hukuk devleti ilkesinin tezahürü *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (suçta ve cezada kanunilik) prensibidir[147].

(iii) Mahkemelerin kararlarının öngörülebilir olması gerekliliği: Yukarıda sayılan yasalara mahsus özelliklerin esas amacı, mahkemelerin kararlarında öngörülebilirliğin sağlanmasıdır; yoksa bu kararları belirleyen bütün kuralların kelimelerle mükemmelen ifade edilmesi değildir[148]. Kaldı ki, yasal kesinlik ve belirlilik bir idealdir, gerçeklikteyse bu ancak nısbî biçimde mümkün olur[149]. Ayrıca

[144] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.315.
[145] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.118-119. Bununla birlikte Hayek'e göre hukuki öngörülebilirliği hukuk kurallarının ifadesinin kat'iliğinden ziyade soyutluğu sağlamaktadır. Kat'i ifadelerin öngörülebilirliği aslında bir illüzyondur, çünkü kat'ilik toplumsal dinamizm içinde oluşacak beklentilerin karşılanmasını ve sosyal koordinasyonun maksimize edilmesini sağlamaz; hukuk kurallarının genel ve soyut niteliğiyse buna olanak sağlar. Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and The Economic Analysis of Law", s.581.
[146] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.119.
[147] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.313.
[148] Hayek, **a.g.e.**, s.316.
[149] Hayek, **a.g.e.**, s.315.

mahkeme kararlarına vücut veren sadece lafzi sınırları net biçimde belli olan yazılı kurallar değildir. Hukukta açık forma dökülemeyen pek çok kural, ayrıca içinden çok sayıda kural çıkarılan, lafzî olarak aşırı derecede genel olmakla beraber işlerlikleri de bir o kadar fazla olan pek çok ilke de vardır. Kararlar bizzat hukukun kendisi olarak görülemez; onlar daha soyut nitelikteki birtakım ilkelerin tasvirleridir sadece[150]. Hayek'in övgüler düzdüğü *common law* geleneği bu unsurlar sayesinde hukuki kararlarda öngörülebilirliği sadece tedvin edilmiş yazılı kurallar manzumelerine değil, emsal kararlar ve ilkeler gibi pek çok hukuki unsura dayandırır.

(iv) Liberal bir hukuk devletinde hukuk, oyun kurallarını koyar ve bu yolla sadece prosedürel bir adalet temin eder: Hukuk devleti, kompleks toplumsal düzende sadece *oyun kurallarını koyar*. Toplumsal dizayn düşüncesi doğrultusunda kazanan ve kaybedenleri seçmez, kazanıp kaybetmelerini sağlamaz[151]. Eğer oyun kuralları hususunda oyun öncesinde bir uzlaşım olmuş ve oyun bu kural ve yöntemlere göre oynanmışsa, her türlü sonuç adildir[152].

Hukuk devleti koşullarında hukuk kurallarının "*tarafsızlık*" arz etmesi gerektiğinden bahsedildiğinde, bundan anlaşılması gerekenlerden biri, o kurallar ile oyun kurallarının konduğu ve gerisinin kendiliğinden düzene bırakıldığı, yani kuralların sonuçlarına dair bir tasarımın en baştan geliştirilemeyeceğidir[153]. Çünkü bu tasarım, giderek hukuk kurallarını genellikten çıkararak münhasır zaman, mekan ve kişilerin durumlarına özgüler ve planlamacılığı ortaya çıkarır. Hayek nazarında ne kadar planlamacı bir toplumdaysak o derece özgürlük kısıtı vardır. Hukuk devletinde planlamacılık olmaz. Planlamacılık zorunlu olarak adalet tartışmalarını gündeme getirir. Bu tür bir adalet, sübjektif bir değerlendirmedir ve nihayette kararı hakimin yahut idarenin takdirine bırakır. Ayrıca kimin neye ne kadar sahip olacağına dair statüsel adalet idesini canlandırır. Bu ise Hayek'e göre, Maine'in evrimsel hukuk teorisinde sunulmuş olan uygarlık ile paralel biçimde hukukun tekamülü tezine tezat bir durum ortaya çıkarır ve Hayek'in bu açıdan Maine'nin (statüden-sözleşmeye) hukuki gelişim tezinin bir takipçisi olduğu pekâla söylenebilir.

---

[150] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and The Economic Analysis of Law", s.582.
[151] Bu vesileyle Hayek, sosyalist ideoloji ile hukuk devleti konseptini birbirinin karşıtı olarak resmeder. Çünkü sosyalistlerin her kurum ve kuralı ona göre kurguladıkları büyük bir amaçları söz konusudur. Hukuk da bu doğrultuda bir araç gibi kullanılır. Bkz. Butler, **Hayek**, s.47.
[152] Kararmaz, **a.g.e.**, s.40.
[153] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.123.

Hayek'in *hukuk devleti* tanımı aslında onun *olması gereken* hukuk düzenine dair bakış açısını yansıtmaktadır. Bunda Hayek'in ünlü sosyalizm eleştirisinin önemli etkileri vardır. Bu eleştiri temelde bilgi problemi yaslanır şekilde gerek sosyalizmin gerekse onun liberal kisvede görünümleri olan sosyal ya da refah devleti taraftarı formlarının işletilemez bir toplumsal program tasarladığı tezine dayalıdır. Çünkü planlama esasına dayalı müdahaleci ve merkezi bir otorite, toplumsal düzenin idaresi için yeterli bilgiye asla sahip olamaz ve neticede köleliğe giden yolu açar[154]. Hayek'in sosyalizm eleştirisinin ikinci yönü ise sosyalizmin (İngiliz İşçi Partisi gibi sosyal demokrat türleri de dahil) en yumuşak biçimi bile olsa neticede totaliter bir düzen yaratacağını öne sürmesidir[155]. Bu açıdan *Kölelik Yolu*'nda nazizm, faşizm ve sosyalizm arasındaki paralellikleri ve hepsinin totaliter özde ortaklığını sergileme iddiasındadır.

(v) Hukuk devletinde bireylerin dokunulmaz alanları güvence altına alınmalıdır: Hayek klasik liberalizm perspektifinden bir hukuk devleti konseptini benimsediği iddiasındadır ve açıklamalarını buna dayalı olarak yapar. Buna göre her bir bireyin hükümet otoritesinin müdahale etmediği korunmuş bir sahaya[156] sahip olması, onun şahsiyeti ve mülkiyetinden müteşekkil bu sahanın hukuk tarafından etkin biçimde muhafaza edilmesi gerekir. Bu alan, yukarıda açıklandığı üzere, idari takdir sahasının da kural olarak dışında tutulmalı, siyasi yönetimin amaçları için kullanılacak vasıtalar haline getirilmemelidir[157]. Hayek'in hukuk kurallarını negatif karakterli olarak tanımlamasının altında bu ideal yatar[158].

---

[154] Değerlendirmeler olarak bkz. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.147-8; Butler, **Hayek**, s.33; Mehmet Tevfik Özcan, "Capitalism and the Rule of Law: The Three Stages of Legal Order in Modern Society", **Standing Tall: Hommages a Csaba Varga**, (Ed. Bjarne Melkevik), Pazmany Press, 2012, Budapest, ss.305-340, s.329.

[155] Posner ise bu iddiayı hatalı bulur ve eleştirir. Örneğin Naziler de totaliterdir ama parti ismindeki sosyalizm ifadesine rağmen sosyalist olmamışlardır. Bkz. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.148; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.275.

[156] Hayek bu sahayı, *Özgürlüğün Anayasası*'nda "private sphere" (özel alan), *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*'ün birinci kitabı olan *Kurallar ve Düzen*'de "protected domain" (korunan alan) olarak ifade eder. Bkz. ve karş. Butler, **Hayek**, s.44; Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.223; Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.112, 139-144; Bu kavramların liberal düşünce içerisinde kuvvet kazanmasında, kişinin kendine münhasır bu alan sayesinde öz-gelişimini yaşayabileceğini vurgulayan J. S. Mill ve W. von Humboldt gibi filozofların, özellikle de bu alanın sınırını "başkalarına zarar" kıstasıyla çizen J. S. Mill'in önemli tesirleri olduğunu ayrıca belirtmekte yarar vardır.

[157] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.315, 323.

[158] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.261.

Bireylerin dokunulmaz alanlarına öncelik veren bir hukuk devleti perspektifi, Hayek'e göre, hukuk devleti kavramının dünya genelinde farklı biçimlerde gelişim göstermesinin nedenini de anlamaya yarar. İddiasına göre, hukuk devleti kavramının Kıta Avrupası ülkelerindeki seyri (özellikle de Prusya'da), Anglo-Amerikan dünyasındaki gibi bireysel özgürlüklere güvence sağlanması maksadından ziyade, hukukun tedvini ve hükümet faaliyetlerinin yargı denetimi (özellikle de idare hukukunun biçimlendirilmesi) problemlerine hasredilmiştir[159].

Bireylerin dokunulmaz alanlarına *olağanüstü* hal koşullarında ya da açık ve mevcut tehlike ya da zaruret[160] ihtiva eden *istisnai* hallerde müdahale edilebilir. Fakat bu müdahalelerin, *(i)* önceden tanımlanmış kuralların sınırları içinde, *(ii)* geçici olarak, *(iii)* keyfi olmayan biçimde, *(iv)* yargısal denetim dahilinde, meşru beklentileri sarsmadan ve etkin tazminat koşulları altında yapılması gerekir[161].

3.2.3. Hayek'te Hukuk ve Ekonomi Bağlamı

3.2.3.1. Özel Hukuk Toplumunun Dayanakları

Avusturya Okulu'nun neoklasik ana-akımdan kendini farklı kılan karakteristik özelliklerine genel manada uygun şekilde, Hayek'in hukuk ve ekonomi bağlamı üzerine görüşleri dinamik piyasa (dolayısıyla denge odaklı neoklasik düşüncenin reddi) ve mükemmelen tek bir elde toplanamayan bilgi kavrayışları üzerine kurulmuştur[162]. Bunun dışında literatürde Hayek Humecu bir çizgi içerisinde, hukuk ve ekonomi öğretisinin ekonomik pozitivizmi hukuki pozitivizm karşıtlığı ile kombine eden sınıfı içinde değerlendirilir[163]. Hukukun ekonomik analizine ilişkin öncü çalışmaların ortaya çıkışının hemen öncesinde 1960 yılında *Özgürlüğün*

[159] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.302-305
[160] Hayek bu zaruret durumuyla ilgili "kamu yararı" koşuluna değinir. Şöyle der: "Özel alanın zaruri ihlallerine ancak kamu yararının normal bireysel beklentilerin boşa çıkmasının getireceği zarardan açıkça daha büyük olduğu yerlerde izin verilecek olması, bizim temel güvencemizdir... Kamu eyleminin genellikle soyut yararlarını tahmin etmenin zorluğu ve uzman idarecilerin o anın özel amacının önemini abartma istikametindeki kötü eğilimleri bakımından, şüphenin [tazminat değeri hususunda] her zaman özel malikin lehine kullanılması ve tazminatın, açıkça istismarına kapı açmadan, mümkün olduğu kadar yüksek tutulması bile şâyân-ı arzu görülebilir." Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.329.
[161] Hayek, **Özgürlüğün Anayasası**, s.328.
[162] Sima, "Praxeology as Law and Economics", s.84.
[163] Hylton, "Law and Economics versus Economic Analysis of Law", s.8.

Anayasası'nı yayımladığı vakit, hukuk ve ekonomi bağlamı üzerine ilgi eksikliği olduğunu vurgulamak bâbında şunları yazmıştır:

> Hukuki düzenin vasfı ile piyasa sisteminin işleyişi arasındaki ilişki nispeten pek az inceleme mevzuu olmuş, ve bu alandaki çalışmaların çoğu rekabetçi düzenin destekleyicilerinden ziyade onu eleştiren insanlar tarafından yapılmıştır[164].

1973 yılına gelindiğinde ise, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*'ün ilk kitabı olan *Kurallar ve Düzen* yayınlandığında, Hayek'in şunları yazdığını görürüz[165]:

> Hukukçuların üzerinde çalıştığı adil davranış kuralları, onun genellikle mahiyetinden bihaber olduğu türden bir düzene hizmet etmektedir; ve bu düzen, esas itibariyle, bu sefer aynı şekilde üzerinde çalıştığı davranış kurallarının karakterinden habersiz olan iktisatçı tarafından incelenmektedir. Yani iktisatçı düzen üzerine odaklanırken düzenin kurallarının hukuki mahiyetini gözden kaçırır. Hukukçu da düzenin kuralları üzerine yoğunlaşır ama düzenin kendisinin tabi olduğu iktisadi doğaya dikkat etmez. Dolayısıyla düzeni daha iyi tahlil edebilmek için bu iki bakış açısının ikisine birden sahip olmak gerekir.

Düzeni *kozmos* ve *taxis* olarak iki farklı düzeyde tanımlayıp açıklayan Hayek için, yukarıda hukukçulara ve iktisatçılara yönelttiği eleştiri bir özeleştiri olmasa gerektir; zira kendisini akademik geçmişi itibariyle önce bir iktisatçı sonraları ise yoğun bir şekilde hukuk ve politika üzerine çalışan biri olarak görmekteyiz. Ayrıca kendi jenerasyonunun, Avusturya eğitim sisteminin koşulları gereği, ekonomi öğrenebilmek için hukuk öğrenen bir jenerasyon olduğunun altını çizip, bunun sağladığı avantajları vurgulayarak, kendi çalışma mantığının hukuki ve ekonomik bilgiyi entegre bir biçimde kullanarak liberal bir sosyal düzenin koşullarının oluşturulması olduğunu belirtir[166].

---

[164] Hayek **Özgürlüğün Anayasası**, s.345. Hukuk ve ekonomi bağlamını inceleyen rekabetçi düzenin eleştirmenleri arasında, Hayek, bizim kurumsalcılık bahsinde ele almış olduğumuz J. R. Commons'ı da gösterir. Bkz. yuk. s.64-66.

[165] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.10; Benzer bir değerlendirme Özgürlüğün Anayasası'nda da yer alır. Bkz. Hayek **Özgürlüğün Anayasası**, s.346.

[166] Bkz. Friedrich A. Von Hayek, "Anayasal İktisat Üzerine Düşünceler", (Çev. Tekin Akdemir), **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.291-293.

Hayek'in *kozmos* olarak tanımladığı sosyo-ekonomik düzeni, Avusturya Okulu'nun girişimcilik anlayışına uygun biçimde *dinamik* [167] , bilginin kullanılabilirliği açısından dağınık (*decentralized*), diğer bir tabirle merkezileşmemiş süjelerden müteşekkildir. Bu nedenle Hayek'in iddiasına göre, toplumdaki tüm bireylerin tek bir ortak amaç etrafında toplanabilmeleri de mümkün değildir. Çünkü her bireyin değer ölçeği farklıdır, dolayısıyla amaçları da buna bağlı olarak subjektif özellik taşır. Çok sayıda bireyin belli amaçlar etrafında uyuşmaları ve birleşmeleri mümkündür ama bu sadece nısbî bir amaç ortaklığını meydana getirebilir. Devlet kurumunun meydana gelişinin altında dillendirilen amaç(lar) ise o toplumun en büyük ortak paydasını ifade eden, en genel mahiyetteki ve amacı sahiplenme konusunda ortaya çıkacak olasılıklara ve istisnalara tolerans gösterilmek zorunda kalacak ölçüde mutlak olmayan amaçlardır. Dolayısıyla Hayek'e göre, müşterek faaliyet alanı olarak devlet faaliyetleri sahası ve kamu hukuku alabildiğine genişletilirken, bireyin kendi dokunulmaz sahasında hür bırakılabilmesi mümkün değildir. Müşterekler ve bunlar doğrultusunda meydana gelen planlamalar, bireyleri olsa olsa "zorlama" yoluyla uzlaşımlara ve ortak hareketlere sevk eder[168]. Yahut ortak fayda doğrultusunda ortaklıkta alındığı iddia olunan bir karar varsa bile, aslında bu karar, gruptaki bazı üyelerin diğer bazı üyelerin önceliklerini baskılamak suretiyle kendi amaç ve önceliklerine ağırlık tanınarak alınmış kararlardır. Yani mesele, 18.yy.'da Condercet Paradoksu[169] ile iddia olunan ve 1951'de Arrow'un imkansızlık

[167] Piyasanın dinamik doğası, belirsizlikle uzlaşmış bir piyasa kavrayışını da beraberinde getirir. Hayek de belirsizliği liberal düzenin bir erdemi olarak görür. Özgürlük ileriye dönük bir belirsizlik oluşturuyor olsa bile gelişebilmek için bu belirsizliğin göze alınması gerekir Bkz. Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.54-55. Ayrıca bkz. A. Dinç Alada, **İktisat Felsefesi ve Belirsizlik**, Bağlam Yay. 2000, İstanbul, s.94, 165, 183.

[168] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.102-3.

[169] Condercet Paradoksunu bir örnekle açıklayalım. Örneğin üç arkadaşın ortak bir aktivite yapmayı amaçladıklarını fakat karar aşamasında uyumsuzlaştıklarını düşünelim: A sinemaya gitmeyi, B spor yapmayı, C ise gezmeyi önerir. Dolayısıyla aralarında herhangi bir seçenek konusunda çoğunluk fikri oluşamaz. Bu durumda akıllarına söz konusu seçenekleri ikili karşılaştırmalara sokmak ve oylamak fikri gelir. Örneğin sinemayla spor yapmayı karşılaştırdıklarında A sinema, B spordan yana oy kullanırken, C (her ne kadar ilk tercihi sinema olmasa da) eşitliği sinema lehine bozar ve sinemaya gitmek spor yapma seçeneğine karşı 2-1'lik sonuçla galip gelir. Spor yapmak ile gezmek oylandığında ise (A ve B spor / C ise gezmek der) 2-1'lik sonuçla spor yapmak seçeneği üstün çıkar. Sonuç şimdilik şu şekildedir:

Sinema:2 / Spor:1
Spor:2 / Gezmek:1

Sinema spora, spor ise gezmeye üstün gelmiştir. Dolayısıyla sinemanın gezmeye de üstün geleceği umulur. Fakat bu ikisi karşılaştırıldığında B ve C gezmekten yana oy kullanırken A sinema der ve gezmek 2-1 galip gelir. Sonuç şimdi şu şekilde olmuştur:

teoremiyle[170] matematiksel olarak gösterilmeye çalışılan tez ile paralel olarak şu şekilde ifade edilebilir: *her grup üyesinin önceliklerine tamamıyla sadık kalınarak kendi içinde tutarlılık arz eden bir ortaklaşa karar alınamaz.* Bu ontolojik ve metodolojik bireyci kabul ve iddia Hayek'in düşüncesinde de bulunur.

Bu anlayış, onun hukuk anlayışına da, sosyo-ekonomik düzen tasavvuruna özgü bir içerik kazandırmaktadır. Bunun en göze çarpan yansımalarından biri, ekonomiye müdahalenin hukuki gerekçesi olan "kamu yararı" kavramının reddiyesinde görünür hale gelmektedir. Buna göre, uğrunda bütün toplumun teşkilatlandırılıp, seferber edileceği "toplumsal amaç", "ortak gaye", "ortak menfaat", "genel refah", "genel fayda" ve "kamu yararı" gibi kavramlar, oldukça müphem kavramlardır. Milyonlarca insanın refah ve saadeti, münhasıran azlığı veya çokluğu itibariyle ölçülemez. Bir milletin refahı gibi, bir insanın saadeti de, sonsuz derecede çeşitli kombinezonlarla temin edilebilecek olan pek çok şeye bağlıdır. Bu refah ve saadet de ancak ve ancak, tek bir gaye olarak değil, bir gayeler hiyerarşisi halinde, içinde her ferdin her türlü ihtiyacının yer aldığı noksansız bir "değerler silsilesi" şeklinde tarif edilebilir[171]. Kamu yararı kavramının Hayek nezdinde makbul bir kavram olmamasının bir diğer boyutu ise, bireyin bilgisinin sınırılılığına dair düşüncesinden dolayıdır. Birey mahdut bir sahadan fazlasını kavrayamaz, ancak mahdut sayıda bazı acil ihtiyaçları görebilir; beşeriyetin ihtiyaçlarınınsa ancak sonsuz derecede küçük bir kısmı ile alakadar olabilir[172]. Böyle bir bireyin kamuda

---

Sinema:2 / Spor:1
Spor:2 / Gezmek:1
Gezmek:2 / Sinema:1

2-1'lik sonuçlardan bir döngü oluşmuştur. Hangisi seçilecektir? Bu döngü *Condercet Paradoksu* olarak adlandırılır. Oylayanların seçimleri şu şekildedir:

	A	B	C
Sinemaya Gitmek	Evet	Hayır	Olabilir
Spor Yapmak	Olabilir	Evet	Hayır
Gezmek	Hayır	Olabilir	Evet

Böylelikle *bireylerin önceliklerinden kendi içinde tutarlılık arz eden bir ortaklaşa karar çıkmamaktadır.* Condercet, bu paradoksla ayrıca, kendi çıkarına bir netice oluşturmak için ikili karşılaştırmaların sırasını ve nerede kesileceğini belirleyecek bir gündem belirleyicisinin (*agenda setter*) seçimleri manipüle edebileceğini göstermeye çalışmıştır.

[170] Arrow, **Social Choice and Individual Values**, s.3.
[171] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.97, 102.
[172] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.99.

otoriter konuma geçmesi, onun kamu yararı doğrultusunda olduğu iddia olunarak vereceği kararları *per se* güvenilir kılmaz.

Bu tip bir sosyo-ekonomik düzen tasavvuru, ortaklıkların çok sınırlı kaldığı ve müstakil çıkarların yarış halinde olduğu bir tablo çizer. Bu düzen içinde hukuk, düzenin barış içinde idamesi ve bireylerin birbirlerine haksızlık yapmaları ve zarar vermelerinin önlenmesinde işlev görür. Bununla birlikte, hukuk bir insanın diğer insanlara zarar verecek bütün eylemlerini önlemez. Dinamik bir faaliyetler düzeninde bütün beklentileri koruyabilmek açıkça imkansızdır. Hangi beklentilerin hukuk tarafından korunması gerektiği, düzen içindeki bütün beklentilerin nasıl azamileştirilebileceği koşuluna bağlıdır. İşte parçanın bütün ile uyumu ölçüsünde ortaya çıkan olan bu azamileştirme kıstası, bazı beklentileri hukukça himaye edilmesi gereken "meşru" beklentiler haline getirir. Bu meşruluğu saptayabilmek için yapılacak en önemli şey, kişilerin sadece kendilerine mahsus (başkalarının onlara karışamayacağı) hareket alanlarını saptamak, böylece *meum et tuum* yani "benimki" ile "seninki" arasındaki sınırı belirginleştirmektir, zira "iyi çitler, iyi komşuluklar yaratır". Peşi sıra, bu ayrımın yapılabilmesi için de Hayek, "hayat, hürriyet, menkul ve gayrimenkulun" hepsini kapsayan *geniş anlamda mülkiyet* kavramının insanlık tarihindeki en büyük keşiflerden biri olduğunu belirtir[173]. Hayek'in bu *mülkiyetçi* bakış açısı, öncülü Mises'in düşünceleri ile de uyumluluk arz eder. Mises, *Liberalizm* isimli yapıtında bu yönde düşündüğünü şöyle belirtir: "*Mülkiyet temelli toplumsal sistem*, iş bölümü temelli bir toplumda, beşeri kooperasyonun tek çalıştırılabilir sistemi mahiyetindedir."[174] Hatta Hayek'ten sonraki Avusturya Okulu temsilcilerinde de hukuk ve ekonomi teorisinin müşterek gövdesine mülkiyet kavramını konuşlayan bakış açısı açık bir biçimde görülmektedir[175]. Örneğin Rothbard, *Power and Market* isimli eserinde (daha sonra Barzel, Alchian ve Allen gibi mülkiyet hakları teorisyenlerinin de yapacağı şekilde) insan haklarını mülkiyet hakkından türemiş bir haklar alanı olarak vasıflandırmıştır[176]. Rothbard'daki bu yaklaşım özel mülkiyet kavramı karşısında kamu mülkiyeti kavramının yerinden edilmesine dönük pek çok

[173] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.134-135, 139-140.
[174] Aktaran: Sima, "Praxeology as Law and Economics", s.80.
[175] Hans Hermann Hoppe, "Takdim", (Murray N. Rothbard) **Özgürlüğün Etiği**, (Çev. Recep Tapramaz), Liberte Yay., 2009, Ankara, ss.viii-xlvi, s.xiv; Graf, "Action-Based Jurisprudence", s.15.
[176] Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.117-124; Sima, "Praxeology as Law and Economics", s.81.

çalışma ile sürdürülmüştür[177]. Günümüzde Avusturya Okulunun hukukun ekonomik öğretisine katkılarını tartışan çalışmaların birçoğunda, okulun mülkiyetçi anlayışı üzerinde hususiyetle durulduğu görülmektedir. Özellikle okulun Mises'ten gelen tümdengelimci bakış açısıyla, "*a priori* muhassas (tahsis edilmiş - *assigned*) mülkiyet hakkı" kavramı (ki bu insanın kendine sahipliğiyle başlatılabilir) olmadan, dedüktif bir düşüncenin piyasaya ilişkin tüm hususiyetleri açıklayamayacağı belirtilir. Mülkiyeti bir zihinsel anlamlandırma aracı olarak tasarımlayan bu bakış açısı Avusturya iktisatçılarının hukuk teorisini kuran en önemli unsurlardan biri olarak ifade edilir[178].

Hayek bilginin fiyat mekanizması ile yayıldığını düşünür. Bu yayılım ise, merkezi biçimde değil, piyasanın tekil ve dağınık unsurları arasındaki etkileşimle oluşur. Hayek'in kognitif teorisinin hukuka sarkacı ise *fiyat* ile *kural* arasında kurduğu benzerliktir[179]. Keza aynı fiyat gibi kuralın (hukuk kuralının) da bir bilgi taşıyıcısı olduğundan bahseder. Piyasada ve toplumsal yaşamda yer/mahal (*locus*) açısından "yayılmış" (*dispersed*) ve karakter açısından "örtülü" (*tacit;* dolayısıyla da sözle iletimi zor olan) olan *bilgi*, fiyatta olduğu gibi kuralda da içerilir[180]. Bu, hukuki kavramların fiyat-talep-arz skalasında iktisadi biçimde kavranışına açık bir örnek teşkil eder. Örneğin bir hukuk kuralı bir davranışa ilişkin cezanın arttırılışı bilgisini içeriyorsa, o davranışın (zımni) fiyatı da arttırılmış olur; fiyat arttırıldığı için suç teşkil eden o davranışa dönük talep de azalmış olur.

Piyasa aksaklıklarının arasında bilgi eksikliği durumları önemli bir yer işgal eder[181]. Bilgi eksiklikleri de diğer piyasa aksaklıkları (negatif dışsallıklar, tekelleşme

[177] Sima, "Praxeology as Law and Economics", s.81
[178] Block, "Austrian Law and Economics:", s.71-73; Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.71-72.
[179] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.157-8.
[180] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.158-161; Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.33.
[181] Örneğin bir alım-satım ilişkisinde satıcı, sattığı mala ilişkin potansiyel alıcılara oranla daha fazla bilgi sahibidir ve bu sahiplik alım-satım ilişkisinde stratejik bir öneme sahiptir. İşte bu stratejik bilgi dolayısıyla, örneğin yoğun/akışkan insan hareketliliğinin olduğu bir bölgede bulunan lokantalar, mahalli/yerleşik bir nüfusa hizmet eden lokantalara nazaran kâr oranlarını arttırmak için rahatlıkla hizmet kalitesini düşürebilir ve bu stratejileri onların piyasada tutunumları için mahalli lokantalara oranla daha az olumsuz tesir üretir ve sonuç itibariyle "aşağıya doğru" bir rekabet oluşturur. Çünkü mahalli lokantaların hizmet kalitesine ilişkin bilgisinin transferi daha sağlıklı yayılır. Hukuk, üstün bilgiye sahip tarafı bilgi sunmaya zorlayabilir ve bu durum bir piyasa aksaklığını gidermeye yardımcı olabilir. Ayrıca hukuk kurallarının kendisi de bu noktada bir bilgi oluşturur. Zira belli bir metanın

ve işlem maliyetleri vb.) gibi piyasa sürecinin tüm piyasa unsurlarının kazançlı neticeler elde etmesinde olumsuz etkiler üretir. Hayek'in *bilgi-fiyat-kural* analojisi, hukukun piyasada sağlıklı bilgi transferi açısından işlevine işaret eder. Hatta Hayek üzerine yapılan çalışmalarda, onun kurduğu teorik zeminde, hukukun fonksiyonunun ekonomik aktörlere "ilave bilgi" arzı olduğu çıkarımları yapılmıştır[182].

Bir kozmos düzen olarak *Piyasa*, Hayek'in düşüncesinde, fiyatta olduğu gibi hukuk kurallarının oluşumunda da önem ihtiva eder. Hayek'in genel hatları itibariyle piyasaya güven üzerine kurulu toplum teorisinde hukuk sadece oyun kurallarını koyar ve piyasa ilişkilerine dair prosedürel bir adalet sağlar. Hayek'in oyun olarak ifade ettiği piyasa düzeni yahut *catallaxy*, oyun teorisindeki sıfır-toplamlı oyunlardan değildir. Bu oyun ile zenginlik yaratılır; metaların akışı ve yayılımı artar, böylece oyuna katılanların ihtiyaçlarını karşılama ihtimallerinde artış yaşanır[183]. Yani sosyal düzenin asli unsuru piyasadır, hukuk tâli derecede önemlidir ve gelişme olanaklarını piyasayla bağıntısı yoluyla elde eder. Piyasa, rekabetçi seçilim ve deneyimsel keşiflere olanak tanıyan yapısı gereği, sorun-çözme konusunda kümülatif bilgi üretim alanı olarak görülebilir ve bu tip bir hukuk-piyasa koordinasyonu Hayek'in düşüncesinde çok bariz bir biçimde fark edilir[184]. Hukukun gelişimi bahsinde, pratik sahanın ve pratik bilginin ehemmiyetine vurgu yaparak şöyle yazar:

> Yeni kurallar, … ifade edilme derecesinde katı olmaya meyleden hukukun dışında gelişti… Hukukun evriminde, nihai olarak bir açık toplumu mümkün kılan adımları, esas itibariyle, *ius gentium*, yani ticaret hukukunda ve limanların ve panayırların pratiklerinde aramalıyız.[185]

Buradaki vurgulardan bir diğeriyse, esnek bir hukuki yapının, hukukun gelişimi ve dönüşümü için uygun yapı olduğuna ilişkindir. Dolayısıyla hukuk kurallarının sosyal düzen içinde beliren gereksinimlere göre evrilmesini sağlayacak hukuki esnekliklere ihtiyaç vardır. İlke kavramının önemi bu noktada ortaya çıkar ve

---

alım-satımından doğacak olası problemleri öngörüp düzenlemeyen genel, açık ve kesin bir hukuk kuralının yokluğu durumu pazarlık sürecinin önünde bir işlem maliyeti halini de oluşturur. Örnekler için bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi.**, s.58, dn.215.

[182] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.567.

[183] Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.552.

[184] Ayrıca bkz. Van den Hauwe, "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", s.548.

[185] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.107.

bu çerçevede Hayek'in, Dworkin'in hukukun sadece biçimsel kalıplar şeklinde ifadeye kavuşturulmuş kurallardan ibaret olmadığı, ilkeleri de içerdiği tezine yakın bir düşünce evreninde yer aldığını belirtmekte fayda vardır[186].

Posner'in değerlendirmesiyle, Hayek'in *nomos* yahut adil davranış kuralları olarak zikrettiği normatif alanın diğer adı, *piyasada oluşmuş* gelenektir (*custom*)[187] ve Hayek'in hukuk ve ekonomi bağlamına ilişkin yaptığı en göze çarpan tespit şudur: yasamayla oluşturulmuş (*legislative*) ve gelenekle oluşmuş (*customary*) iki hukuk alanı (ilki *civil law*[188], ikincisi *common law*) vardır ve Hayek'e göre, ekonomik gelişime uyumluluk arz eden alan ikincisidir, çünkü ona göre *common law yargıçları* her zaman politik alandan daha bağımsız ve mülkiyet haklarının daha etkin birer uygulayıcısı olmuşlardır[189]. Daha da önemlisi, Hayek'in düşüncesinde *common law,* kendiliğinden düzenin bir örneğini sunar bizlere; çünkü başsız (*acephalous*) yani onları koyan belli bir otoritenin varlığını gerektirmeyen kurallardan oluşur[190].

3.2.3.2. Posner'in Hayek Eleştirisi

Hukuki kurumları bir şekilde ekonomik bir bakış açısıyla kavrayıp açıklama girişimine rağmen Hayek'in düşüncelerinin hukuk ve ekonomi bağlamı açısından sığ olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştirmenlerin en başında, kendisi de tıpkı Hayek gibi çağdaş kapitalizmi savununan önemli entelektüellerden biri olarak görülen Richard A. Posner gelir[191]. Eleştirilerin kaynağını teşkil eder şekilde, onların düşünce yapılarındaki temel farklılıklara işaret etmekle ikisi arasındaki düşünsel gerilimi açıklamaya başlayabiliriz. Öncelikle Posner'ın hukuku ekonomik analizi, neoklasik kuram zemininde biçimlenmiştir. Hayek de hukuku ekonomik zeminde düşünmüş ama bu düşünüş Avusturya Okulundan ve onun neoklasik kuramdan ayrık

---

[186] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.260, dn.4 (s.411) Hayek, eserinin bu kısımlarında ilkeler hususunda Roscoe Pound'u da katıldığı bir başka hukuk felsefecisi olarak belirtir. Ayrıca Dworkin ve Hayek'i kurallar ve ilkeler bahsinde bir arada ele aldığı bölüm için bkz. Erdoğan, **Hukuk ve Adalet**, s.48, 47-64 (Bölüm-IV).

[187] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.276

[188] Hayek burada *civil law* kavramını, Kıta Avrupası hukuk sistemini Anglo-Amerikan hukuk sistemi karşısında tarif etmekte kullanır.

[189] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.153.

[190] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.561; Karş. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.152; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.280.

[191] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.26.

pozisyonu üzerinden şekillenmiştir [192]. Posner ve Hayek'in düzen tasavvurları bu yüzden birbirinden farklıdır. Posner için dünya esas itibariyle düzenlidir, denge haline varabilir, hakkında öngörülerde bulunmaya elverişlidir. Hayek için ise dünya, bir dinamizm içinde kavranır; her ne kadar denge kazanmaya çabalama halinde olsa da, esas olarak daimi bir dengesizlik durumundadır; her bireysel eylem, sistemde yeni bir sapma ve sarsıntı oluşturur[193].

Posner'a göre, Hayek aslında bir karşılaştırma üzerinden Anglo-Amerikan hukuk sisteminin *common law* geleneğinin, yasama faaliyeti ile şekillenen hukuk geleneklerine (ki bu genel olarak Kıta Avrupası hukuk dünyasıdır) nazaran, piyasa toplumuna daha fazla hizmet edeceğinden ve bunun sistemik güvencesinin hukuk devleti olduğundan başka birşey dememiş, hukuk ve ekonomi bağlamını derinleştirememiş, özellikle hukuki muhakeme faaliyetine ilişkin ekonomik düşünce açılımları üretememiştir[194]. Dolayısıyla onun hukuk ve ekonomi perspektifi sistemik bir perspektiften öteye geçmez. Bu, onun yargıcın hukuki boşlukları doldurması veyahut hukuk yaratması problemi üzerine yaklaşımında, yargıcın fonksiyonunu mevcut hukuki yapıya içkin kritikler yapma şeklinde açıklamasında açıkça görülür[195]. Bu nedenle Hayek, hukuk üzerinde ekonomik etkinlik analizine kapı kapattığı eleştirilerine maruz kalmıştır[196]. Bu kapı kapama, önemli ölçüde Hayek'in epistemolojik kurucu rasyonalite eleştirine dayalıdır. Zira tam-bilginin birey nezdinde olanaksızlığı koşullarında, hukuk kurallarının ekonomik etkinliği üzerine pozitif yahut normatif analiz veya meşruiyet değerlendirmesi Hayekçi açıdan makul

[192] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.562.
[193] Zwycki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.570-571. Hayek ve Posner'ın bu noktada sunduğu örnekler şöyledir. Hayek, bir kalay madeni işletmesinin iflasının, kalayı ana hammadde olarak kullanandan, yan bir hammadde olarak kullananlara ve hatta onların mamulleri üzerine oluşmuş başkaca sektörlere dek, doğrudan ya da dolaylı ama çok geniş bir etki alanı oluşturduğunu örnek olarak verip, piyasanın ve fiyat sisteminin dinamik, hızlı, değişken ve dağınık (*decentralized*) yapısına işaret eder. (Hayek, "The Use of Konwledge in Society", s. 526) Posner ise hiçbir süt sektörü devinin, ne kadar sütün ne zaman ve kim tarafından gereksineceğine karar veremeyeceğinden bahisle "hammadde, emek ve sermayenin tüm tedarikçilerini bir araya getiren tek koordinatörün fiyat sistemi olduğunu" vurgular. Hatta bu tedarikçiler sadece ekonomideki süt döngü sistemince değil, süt döngü sisteminin bağlı olduğu yerel, ulusal ve global diğer sistemler tarafından da koordine edilirler. Posner'ın bu örnekle sunmuş olduğu şey ise, piyasanın dinamik doğasından ziyade, piyasadaki çok çeşitli bireylere bağlı oluşmuş statik yapıdır.
[194] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.153.
[195] Zwycki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.578.
[196] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", b.a.

addedilemez; böyle bir değerlendirme kurucu rasyonalizmin veya faydacılığın yanılgılarına düşmek demektir[197].

Hayek *common law*'u kendiliğinden düzenin bir örneği olarak kavrar; oysa Posner'ın kavrayışına göre *common law* birbirinden apayrı mahiyetteki kuralların bir koleksiyonundan ibarettir[198] Hayek, *common law*'u överken aslında onun sadece İngiltere'deki gelişim dalgasını dikkate almıştır. Bu övgü ile *common law*'un Amerika'daki seyri ile pek çok noktada uyuşmaz. Örneğin, onun iddiasındaki gibi ceza hukukunun *common law* nezdinde şekillenişinden ziyade Amerika'da konu yasama faaliyetinin alanına bırakılmıştır [199] . Keza onun kurucu rasyonel yasakoyuculuk karşıtlığı ile Amerikan anayasacılığı arasında da bir çeşit uyumsuzluk söz konusudur[200].

İkinci olarak, Posner, Hayek'in gelenek yahut adil davranış kurallarına dayalı maddi anlamda yasa anlayışındaki bir soruna daha işaret eder. Bu kurallar Hayek'e göre başsız (*acephalous*) yani onları koyan belli bir kaynağın varlığını gerektirmeyen kurallardır. Ama bu durumda, sosyal düzendeki değişiklikler hızlı da olsa, Posner'a göre, onların (yani geleneklerin) değişimi gayet yavaş olacak, hatta değişime ket vurabilecektir. Hayek muhafazakar olmadığını vurgulasa da bu konuda bir çelişiklik vardır, Posner'a göre [201].

Üçüncü olarak Posner, Hayek'in hukuk ile hukuk devleti kavramlarını eşleştirmesini eleştirir. Bu eşleştirme "eğer hukuk devleti yoksa hukukun da olmadığı" şeklinde bir kabul noktasına varır ve Posner bunun bir tür doğal

[197] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.71-72.
[198] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.561.
[199] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.277. Amerikan ve İngiliz hukuklarındaki ceza hukukunun şekillenişini "Blackstone and Bentham" başlıklı makalesindeki temel haklar tartışmasında Posner gene dile getirir. Buna göre İngiliz temel haklar düşüncesi hem kamusal otoriteye hem de özel şahıslarca gerçekleştirilecek ihlallere karşı geliştirilmiştir. "Konunun Amerikan hukuk düşüncesindeki durumu ise farklıdır. Amerikan Anayasası'ndaki haklar esasen kamu otoritelerine karşıdır. Özel şahısların ihlallerine karşı korumalar ise yasama takdirindedir. Bu demektir ki, federal *common law* suçları söz konusu değildir…" Bkz. Posner, **The Economics of Justice**, s.18. Yani Posner, ceza hukuku nomlarının ardında mülkiyeti koruma maksatlı *common law* temellerinin bulunduğunu yadsımamakla birlikte bugün için Amerikan ceza hukukunun neredeyse tamamıyla teşrii kaynaklardan üretildiğini (*statutory*) ifade eder. Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.357.
[200] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.278.
[201] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.152; Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.280.

hukukçuluk olduğu görüşündedir[202]. Doğal hukukçuluğun hukuki pozitivizm kadar hukukun ekonomik analizine karşıt olması beklenmeyeceği yerde, Posner'a göre, Hayek'in pozisyonu ilginç şekilde Kelsen'e nazaran ekonomik analize daha çok kapı kapar niteliktedir[203]. Zira Hayek *common law*'dan tarihsel biçimde beslenerek ideal hukuk düzenini (ki bunu hukuk devleti ile eşleştirir) yargıcın pasif (sadece gelenekler üzerinden tadilat yapabilen) biçimde konumlandırıldığı bir düzen olarak resmeder. Zira onun kompleks toplumsal düzen karşısında bilgi anlayışına göre, yargıç, vereceği kararın tüm etki ve sonuçlarını bilebilme konusunda yetersizdir[204]. Oysa Posner'ın temsil ettiği Anglo-Amerikan hukuk dünyasındaki ekonomik analiz teorisi yargıcı aktif bir süje olarak kabul eder, keza yasakoyucuyu da… Bu ikisi "hukuk olarak isimlendirilen kamu siyasalarını formüle etmekte aktif rol oynarlar".[205] Yani Hayek'te olduğu gibi, bir hukuk devleti yargıcın aktif-kreatif rolünü her ne ölçüde kazırsa, etkinlik (*efficiency*) kriteri de hukuktan o derece kazınmış olur. Posner, Hayek hakkında şöyle der: "Bir kamu siyasası rehberi olarak *etkinlik* kavramına husumet gütme, Avusturya İktisat Okulu'nun apaçık niteliklerinden biridir ve Hayek bu okulun düşüncesinin örneklerin biridir."[206] Bu nedenle Posner, Hayek'in hukukta pozitif ekonomik analizi dışlayan hukuk teorisinin zemininin de ekonomik bir düşünce zemini olması hasebiyle onu gene hukuk ve ekonomi bağlamı içinde ama kendisinden farklı bir teori olarak değerlendirir[207].

Başka bir deyişle, Hayek şöyle der: hukuk devleti olabilme koşullarında hukuk kurallarının "tarafsızlık" arz etmesi gerekir. Bu, o kurallar ile oyun kurallarının konduğu ve gerisinin kendiliğinden düzene bırakıldığı, yani kuralların sonuçlarına dair bir tasarımın en baştan kurgulanmayacağı anlamına gelir[208]. Diğer

---

[202] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.282; Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.153.
[203] Posner, Kelsenin teorisiyle kendi teorisinin bir noktada uzlaşabileceğini ama Hayek ile bunun olmayacağını söylüyor… Kelsen'e "saflaştırma teoristiydi ama formalist değildi" derken Hayek'e "ekonomistti ama formalistti" diyor. Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.288; Ayrıca bkz. Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.26.
[204] Zywicki/Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.566.
[205] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.287
[206] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.287.
[207] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", b.a.; Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.27.
[208] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.123. "Oyun" kavramını mühasıran kullandığı bir kısım olarak bkz. Hayek, **Kölelik Yolu**, s.132. dn.7. Keza bir başka önemli liberal düşünür Milton Friedman da hukukun oyunun kurallarını koymak olduğunu ifade etmesi, bu çerçevede devletin liberal bir düzende

bir deyişle, kuralların amaç-bağlantılı (*end-related*) olması ile genel ve soyut olması durumları birbiriyle tezatlık arz eder ve liberal toplumda ikinci tür kurallar muteberdir. Çünkü amaç-bağlantılı kurgu, giderek hukuk kurallarını genellikten çıkararak münhasır zaman, mekân ve kişilerin durumlarına özgüler ve planlamacılığı ortaya çıkarır. Ne kadar planlamacı bir toplumdaysak o derece özgürlük kısıtı vardır. Bu durumda Hayekçi liberal bakış açısıyla Posnercı bakış açısı uyumsuzdur, çünkü Posner hukuk kurallarının gayesini sağlayıp sağlamadığının[209] pozitif ekonomik analizini yapar ve sonrasında normatif önermelerde bulunur. Ekonomik analizin merkezi kavramları olan etkinlik ve rasyonel seçim gibi kavramlar başlı başına gaî kavramlardır[210]. Oysa Hayekçi kendiliğindencilik, gailikle ilgisizdir. Yahut çok sınırlı bir şekilde ilgilenir; rekabetçi düzenin devamlılık koşullarının sağlanabileceği kadar bir planlamacılığa Hayek göz yumar[211].

Hayek, Posner'a göre, hem Anglo-Amerikan hukukundaki *common law* geleneğini övmekte, hem de yargıcı gelenek karşısında pasif tutarak övdüğü gelenekle pek uyumlu gözükmemektedir. Çünkü Posner'a göre Amerika'daki takdiri hukuk kararı üretme (*discretionary adjudgement*) geleneği, *tricameralist* Amerikan siyasal sisteminin zorunlu bir sonucudur. Ama Kıta'da, Amerikan yargıcını aktif kılan bu takdiri yargı anlayışı yerine, gelenekleri sürdürme konusunda yargısal bir kanaatkarlık olagelmiştir. İşte Hayek, Posner'a göre, bu iki anlayış arasında hibrit ve çelişik bir teori üretmiştir. Ayrıca Hayek söz konusu "takdir" meselesine makul bir cevap üretememiştir. Posner ise bu konuda kendi cevabının iç tutarlılığa sahip olduğunu söylemektedir: *ekonomik analiz ile tatlandırılmış pragmatizm*[212].

Posner'a göre, Hayek'in düzen bahsinde planlamacılık ürünü *taxis* düzenlere ve hukuk bahsinde kurucu rasyonalist yasakoyuculuğa karşı, temelde kurucu rasyonalitenin bilgi problemine işaret etmek suretiyle uyarıda bulunması, pragmatist filozof John Dewey'nin *Epistemik Demokrasi* anlayışı ile paraleldir. Bu anlayışa

---

muhakkak olacağını fakat bir hakem ve oyun kurallarının belirleneceği bir *forum* olarak varolacağını söylemesi ile ilgili olarak bkz. Friedman, **Kapitalizm ve Özgürlük**, s.34.

[209] Hukukun normatif ekonomik analizi, hukuk kurallarının nasıl olması gerektiğini ekonomik açıdan sorgular ve ekonominin temel amacını hukukun amacına yansıtır. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.24 vd.

[210] Mestmäcker, **A Legal Theory Without Law**, s.37.

[211] Hayek, **Kölelik Yolu**, s.69.

[212] Posner, **Law, Pragmatism and Democracy**, s.288.

göre, kimse hakikatin tekeli değildir; hakikat ulaşılamazdır ve olsa olsa harekete geçirici, sevk edici bir idealden ibarettir[213]. Bir önermeyi eğer ileriki davranışlara rehberlik etmede yeterli hizmette bulunuyorsa doğru addeden *Pragmatizm* ve dil gibi mental işlemlerin (mızrak ve çömleğin tedrici gelişimi gibi) doğadan mükemmel olmayan taklitler yapmak suretiyle araçsal gelişimini iddia eden *Darwinizm* ile Dewey ve Hayek'in kognitif teorilerinin uyumluluk gösterdiğinin tespitinde bulunur Posner[214].

Özetle, Hayek'in teorisinin ve Avusturya Ekolünün, ana akım neoklasik hukuk ve ekonomi öğretisine ilişkin iki temel eleştirisi ortaya çıkmaktadır[215]:

(i) Bilgi problemi nedeniyle hukukun etkinliğinin analizi ve değerlendirilmesine şüphe ile yaklaşmak gerekir. Etkin kurallar dizayn edilemez, onlar kendiliğinden evrilir.

(ii) Fayda ve maliyet subjektif içeriklendirilebilir kavramlar olduğu için refah ve kamu yararı gibi "toplumsal maliyet" de teorik olarak kullanışsız bir kavramdır.

Bununla birlikte, Hayek'in yöntem ve yaklaşımda farklı olmakla birlikte çıktıları itibariyle Chicago düşüncesiyle ve önemli ölçüde onun güdümündeki hukukun ekonomik öğretisiyle pek çok uyuşma noktaları bulunmaktadır [216]. Bunlardan biri hukukun piyasa düzeni içinde kavranması ve esasen piyasaya entegre, onun çalışmasını kolaylaştırıcı bir mekanizma olarak değerlendirilişidir. Diğer irtibat noktası evrimci düşünce dolayısıyladır. Neoklasik Chicago bakış açısı da Hayek de yargısal süreçteki tercihlerin etkinlik gösteren hukuk normlarının seçilimine vesile olduğunu ve olacağını savunur; yani etkin norm etkin olmayanı kovacaktır[217]. Bir diğer ortak nokta ise hukukun bir fiyatlandırma mekanizması biçiminde çalışarak kurallar eliyle bireylerin davranışlarına ilişkin göstergeler oluşturduğudur.

---

[213] Bu itibarla her iki teori de, Platonist, Teolojik, Marxist ve Planlamacı düşüncelere karşıdır. Bkz. ve krş. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.156.
[214] Posner, "Hayek, Law, and Cognition", s.157.
[215] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.74.
[216] Ingram, **Hukuk Felsefesi**, s.226; Fikrî yakınlığa temas eden bir başka eser olarak bkz. Akman, **Hukuk ve Politika İlişkisi**, s.126-127.
[217] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evolution?", s.76.

Hayek'in hukuk ve ekonomi öğretisine katkısı, Posner'in da dikkat çektiği üzere, bir pozitif analiz çalışması biçiminde olmamıştır. O, klasik liberalizmin ekonomi-politiğini hukuka yansıtmak suretiyle liberal bir hukuk teorisi geliştirmiştir. Herkesin isteklerinin karşılanma şansını arttıran ekonomik oyunun mantığıyla, hukuk sisteminin altında yatan mantığı birbirine eşitlemiştir[218]. Bunun için tasarlanmayan, kendiliğinden gelişen ve ancak keşfedilip geliştirilebilen *genel kural* kavramı ile sonucu değil, sadece oyuncuların oyun sürecindeki davranışlarını dikkate alan ve ortaya çıkacak sorunları sonuçsalcı bir biçimde meydana geldikten sonra çözme pratiğini işleten *önceden tasarım üretmeyen, negatif* ve *prosedürel* bir *adalet* kavramının önemini vurgulayarak, bu iki temel üzerinde kurulu bir hukuk devletinin koruyuculuğunda gerçekten özgür bir toplum olabileceği iddiasında bulunmuştur.

Hayek, yaşamı boyunca, Franz Boehm'den aldığı tabirle bir "özel hukuk toplumu" (*Privatrechtsgesellschaft*) oluşturmak adına çalışmıştır. Özel hukuk toplumu onun *nomos* olarak ifade ettiği kurallarda temelini bulur ve özgür bir toplum için hukukun ancak bu kurallardan oluşan kısmının (yani en başta özel hukuk ve -Hayek'in- onun içinde olduğunu düşündüğü ceza hukukunun) vatandaşlar için bağlayıcı ve zorla uygulanabilir olması gerekir[219].

Hukuka münhasır bir amaç yüklemeye karşı olan Hayek'in, hukukun özgür bir toplumsal düzendeki işlevini açıklama çabası şu noktalarda sabitlenir: "Hukuk, piyasada kişiler-arası koordinasyonu temin eder, ama bunu yaparken o kişilere nihai gayeler empoze etmez" [220]. Yani katallaktik oyunun kurallarını koyar ama oyuna müdahale etmez. Oyuncuların oyunu oynarken görece öngörülebilir sonuçlara dönük hamleler yapabilmelerini sağlar. Meşru beklentilerin muhafazasına dönük çalışması, hukukun belirlilik sağlama fonksiyonu gereğidir. Hayek açısından hukukun amacı olarak bahsedilebilecek tek şey, liberal düzenin devamını ve teşrifini sağlamaktır[221]. Özgür bir toplumda hukukun yapabileceği tek şey, bilinmeyen kişilerin bilinmeyen ve farklılık arz eden amaçlarına ulaşmalarının önündeki engelleri kaldırmak, bu

[218] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.305-6.
[219] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.256, 259.
[220] Zywicki, Sanders, "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", s.577.
[221] Kararmaz, **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, s.103,108.

amaçları uyumlu hale getirmek ve oyun fırsatlarının herkese eşit olarak açık olmasını temin eden kuralların sağlamasıdır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

VIRGINIA OKULU: KAMU TERCİHİ TEORİSİ VE EKONOMİK ANAYASA

4.1. VIRGINIA OKULUNUN TARİHİ VE GENEL ÖZELLİKLERİ

> Kamusal bir makamın ideal olan mükemmel teşekkülü, görevlinin menfaatinin vazifesiyle tamamen örtüşmesi durumudur.[1]
>
> *John Stuart Mill*

4.1.1. Hukuk ve Ekonomi Bağlamında Virginia Okulu

Hukuka ekonomik yaklaşımın ana kurgusu, gerek Chicago gerekse Avusturya yaklaşımları açısından, *common law* merkezli olmuştur ve ekonomik etkinlik kavramının bir hukuki kriter olarak biçimlenme süreci *common law'*un evrimsel gelişimi süreciyle paralel anlamda bir anlatı biçiminde aktarılır. Fakat *common law* merkezli bu bakış açısının birtakım açmazları söz konusudur. Öncelikle hukuki alanı tasvirde *common law* yeterli bir açıklama aracı değildir; hukuki sahanın önemli bir kısmını "oluşan" hukuk değil "oluşturulan" hukuk yani teşrii hukuk ve yasama faaliyeti meydana getirir. Ayrıca emsal oluşturma yoluyla normatif karakteri biçimlenen *common law'*un "genel norm" oluşturma seviyesi ile yasama faaliyetininki eşdüzey sayılmaz. İlkinin normatif karakteri, aslî olarak, belli bir konuda mahkeme salonunda karşı karşıya gelen taraflara yönelik bir etki meydana getirir; diğerinin normatif karakteri sokakta yürüyen bir kimsenin bile dikkat sarf etmesi gereken normatif çizgileri çizer. Bunun dışında, *common law* yavaş gelişen bir hukuki yapılanma sürecidir; oysa teşrii mekanizma sosyal koşullara çok daha hızlı bir şekilde hukuki çerçeve oluşturur. Son olarak ise *common law,* hükümet temsilcilerinin ve departmanlarının uyup uygulayacakları normatif alanı

[1] John Stuart Mill, **Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler**, (Çev. Özgüç Orhan), Pinhan Yay., 2017, İstanbul, s.83.

biçimlendirmek açısından yasama faaliyetine nazaran daha elverişsizdir[2]. Bu nedenle hukuka ekonomik yaklaşımın, hukukun teşrii yönü üzerine eğilen bir biçimi olarak Kamu Tercihi Okulu dikkat çekmektedir[3].

Kamu Tercihi Teorisi, politika biliminin, politik kararların ve bunların anayasal mahiyetinin ekonomik analizidir. James M. Buchanan ve Gordon Tullock'un 1963 yılı itibariyle Virginia Politeknik Enstitüsü ve Devlet Üniversitesi bünyesinde oluşturulan Kamu Tercihi Araştırmaları Merkezi'nde yürüttükleri çalışmalardan ötürü bu entelektüel çevreye "Virginia Okulu" da denmiştir. Söz konusu merkez 1982 yılında Virginia eyaletindeki bir başka üniversiteye, George Mason Üniversitesi'ne taşınarak faaliyetlerine bu üniversite bünyesinde devam etmiştir. Teorinin temel kitabının Buchanan ve Tullock tarafından yazılan *Calculus of Consent (1962)* başlıklı kitap olduğu kabul edilir. Ancak bu çalışmanın öncesinde, teorinin tarihsel köklerinin 18 ve 19.yy.'da siyasal karar alma süreçlerinin matematiği üzerine fikir yürütmüş Marquis de Condercet, Jean Charles de Borda, Pierre-Simon Laplace ve Lewis Carroll gibi düşünürlere dayandığı belirtilmektedir[4]. Söz konusu öncü düşünceler, Buchanan ve Tullock'ın çalışmasının öncesinde, 1950'li yıllarda *Social Choice and Individual Value (1951)* kitabıyla Kenneth Arrow, *An Economic Theory of Democracy (1957)* ile Anthony Downs ve *Theory of Committees and Elections (1958)* başlıklı eseriyle Duncan Black ile yeniden canlandırılmış ve Kamu Tercihi Teorisine temel oluşturmuştur. Buchanan ve Tullock'un The Calculus of Consent kitabını yayımlaması sonrasında 1965 yılında çıkardığı *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* isimli çalışmasıyla Mancur Olson'un da teoriye önemli katkılar yaptığı kabul edilir. Yapılan bunca çalışma sonrasında teoriyi Virginia merkezli olarak kurumsal bir çatı altında toplayan Buchanan ve Tullock'un dışında Robert D. Tollison, Richard E. Wagner ve Geoffrey Brennan gibi isimler de Kamu Tercihi Okulu içinde değerlendirilen ekonomistlerdir.

---

[2] Değerlendirme Ratnapala'ya aittir. Bkz. Ratnapala, **Jurisprudence**, s.261.
[3] Ratnapala, **Jurisprudence**, s.261-264; Klick, Parisi, "Functional Law and Economics"; Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.265-266;
[4] Gordon Tullock, "Kamu Tercihi", (Çev. C. Can Aktan), **Anayasal İktisat**, Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.77-85, s.77.

Neoklasik ve metodolojik bireyci bir iç mantığı olduğu dile getirilen[5] kamu tercihi teorisine "devletin yahut politika biliminin ekonomik analizi" de denmektedir. Bu çerçevede ekonomi biliminden alınan metodolojik araçlarla devlet faaliyetinin pozitif analizi yapılmaya çalışılır[6]. Kamu tercihi teorisinin cevabını aradığı sorular şunlardır: "devletin gerçekte nasıl çalıştığı (?)", "siyasal karar alma süreçlerinin siyasal sonuçları nasıl etkilediği (?)", "siyasal aktörlerin ve örgütlü grupların tercihlerinin devlet faaliyetlerinde ortaya çıkan ve kolektif görünümlü tercihleri nasıl etkilediği (?)" ve hatta "devlet dediğimiz oluşumun aslında ne olduğu (?)", "Anaysanın ve işlevinin ne olduğu (?)"[7]

Virginia Okulu pozitif ve empirik bir çalışma yürütme çabasında olmuştur, fakat ilke olarak *olması gereken* ideal anayasal düzenle, liyakat sahibi politikacıların nasıl seçileceği gibi konularla ilgili olmadıklarını belirtirler[8]. Daha ziyade üzerine eğilinen husus, gerçekte birer *homo economicus* olan kamusal karar vericilerin, toplumsal maliyet yaratmadan politik sahada faaliyet gösterebilmelerini ve kamusal işlevlerini yerine getirmelerini sağlayacak kural ve kurumların tasarımı üzerinde çalışmak; kolektif kararın ve kolektif karar alma kurallarının ekonomik analizini yapmaktır[9].

4.1.2. Kamu Tercihi Teorisinin Genel Özellikleri

4.1.2.1. Homo Economicus ve Metodolojik Bireycilik

Kamu Tercihi Teorisi, Rasyonel Seçim Teorisinin bir alt kolu olarak değerlendirilir[10]. Bu durum, bireylerin rasyonel varlıklar olduklarınının ve çıkar maksimizasyonu odaklı davrandıklarınının, yani *homo economicus* varsayımının, bir aksiyom olarak addedilmesi demektir. Kamu tercihi teorisi, bu tip bireylerin kendilerini ilgilendirecek kolektif karar alış süreçlerini konu edinir ve bu kolektif

[5] Bkz. James Buchanan, Gordon Tullock, **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**, Liberty Fund Inc., 1999, Indianapolis, s.xvi, 3, 43, 316; Engle, "Law and Economics", s.48.
[6] Buğra Kalkan, **James M. Buchanan: Demokrasinin Patolojileri ve Anayasal Çözüm Önerileri**, Liberte, 2016, Ankara, s.26.
[7] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.27.
[8] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.xvi; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.29.
[9] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.7.
[10] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.78.

süreçlerin çıktıları, esas olarak tekil bireylerin amaçlarına ve tercihlerine dayanır; kolektivitenin kendini oluşturan bireylerin amaçlarından bağımsız bir amacı olduğu söylenemez. Bu nedenle, bireylerin tercihlerinden yola çıkarak, tutarlı bir biçimde, kamusal tercihlerin oluşturulamayacağını yansıtmak amaçlı kullanılan Condercet Paradoksu yahut Arrow İmkansızlık Teoremi gibi yaklaşımlara karşı kamu tercihi teorisinin mesafeli olduğunu söylemek gerekir. Bunu, Buchanan'ın Arrow'a yönelttiği eleştirilerden görmek mümkündür[11].

Ekonomi ve politikaya dair geleneksel görüşler, piyasa-içi aktörlerin ilke olarak özçıkar motifiyle davranan rasyonel aktörler (*homo economicus*) olduklarını, kamusal aktörlerinse görevleri dolayısıyla kamu çıkarını göz önünde tutarak çalıştıkları varsayımını kabul ederler. Kamu Tercihi Teorisi ise geleneksel görüşün aksine, kamu yararı yahut kamu çıkarı varsayımının bir mitten ibaret olduğunu ve gerçekte kamu görevlilerinin de genellikle özçıkar dürtüsüyle hareket ettiklerini dile getirir [12] . Bu gerçeklik doğrultusunda politik süreçleri ekonomik düşünce penceresinden – neoklasik ekonominin özne tasavvuru olan *homo economicus* üzerinden- ele alan Kamu Tercihi teorisyenleri, seçmenleri *müşteri*, politik aktörleri ise birer *girişimci* olarak tasavvur ve tahlil ederler[13]. Bu bakış açısından, politika bir alışveriş ilişkisi ve rıza-çıkar ticareti olarak kavranır. Demokratik sistemlerdeki seçmen bireyler, kendilerine en avantajlı geleceği sunan politikacılara rıza gösterir ve oy verirler; yani *fayda maksimizasyonu* odaklı seçimler yaparlar. Bununla uyumlu biçimde, siyasi partiler de *oy maksimizasyonu* çerçevesinde politik tutum alırlar. Bürokrasi, varlığını korumak ve küçülmemek adına *bütçe maksimizasyonu* odaklı çalışma eğilimine sahipken, çıkar ve baskı grupları politik konjonktürden çıkar, sübvansiyon ve teşvikler elde etmek adına *rant maksimizasyonu* odaklı hareket ederler[14].

[11] Bkz. James M. Buchanan, "Social Choice, Democracy and Free Markets", **Journal of Political Economy,** Vol. 62, No. 2, April-1954, ss.14-23.
[12] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.12; Thomas Biebricher, "The Rise of Juridical Neoliberalism", **The Politics of Legality in a Neoliberal Age**, (Ed. Ben Golder, Daniel McLoughlin), Routledge, 2018, United Kingdom, ss.97-115, s.104.
[13] Tullock, "Kamu Tercihi", s.77; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.27.
[14] Aktan, "Kamu Tercihi Teorisi ve Anayasal Politik İktisat", s.6.

Buchanan ve Tullock'un, *Calculus of Consent* (1962) eserlerinde açıkça dillendirdikleri tez; bireylerin motivasyonalarının ekonomik ve politik konularda birbirlerinden farklılaşmadığıdır. Motivasyonlar aynıdır: rasyonel biçimde çıkarları azamileştirmek. Ekonomik ve politik olgularda ortaya çıkan birbirinden ayrıksı neticelerse bu motivasyonlarla değil, bu motivasyonla hareket eden faillerin tabi oldukları kurallar ve kurumlarla açıklanmaya çalışılır[15]. Böylece ekonomi biliminin nesnesini bireyin tercihlerinden, bu tercihlerin içinde şekillenmiş olduğu kural ve kurumlara kaydıran Virginia Okulu, bu yönüyle neoklasik teori içinde kendine ayrıksı bir konum edinir; zira neoklasik ekonomik düşüncede, metodolojik olarak kurumlar genellikle dikkate alınmaz[16]. Diğer bir deyişle, politik davranışın özne varsayımı ve kolektif kararların asıl karar vericisi kolektivite değil fakat birey olarak *homo economicus* olsa da[17] Buchanan, metodolojik olarak, bu ekonomik failin tercihleri üzerinde yoğunlaşmak yerine söz konusu tercihlerin içinde şekillendiği kurallar ve kurumların incelenmesi gerektiğini savunur. Yani araştırma nesnesi tercihlerden ziyade, kural ve kurumların bulunduğu kamusal/politik alandır[18].

4.1.2.2. Bir Mübadele Alanı Olarak Politika

Kamu Tercihi Teorisi, politik faaliyeti mübadele perspektifinden görür[19]. Bu yüzden kolektif tercihin bireysel tercih üzerinde yarattığı sorunları da özel tercih (piyasa ilişkileri) ile politik/kamusal tercih arasında yaptığı karşılaştırma aracılığıyla ortaya koyar[20]. Dolayısıyla kamu tercihi teorisi, politik süreçlerin ekonomik çerçeveden açıklanması uğraşı görünümü kazanır. Teorinin kurucularından Buchanan ve Tullock gibi isimler iktisadın, tüm insan davranışlarını açıklamakta yetersiz olacağını kabul etmekle birlikte, yine de gücünü insan davranışlarının çok önemli bir kısmı açıklamaya ve ortalamanın temsiline elverişli oluşundan aldığının altını çizerler[21].

---

[15] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.36-37.
[16] Marciano, "Buchanan versus Posner", s.187-188.
[17] Bkz. Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.31.
[18] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.37-38.
[19] Robert D. Tollison, "Foreword", [Buchanan, Tullock] **The Calculus of Consent: Logical Foudations of Constitutional Democracy**, Liberty Fund Inc., 1999, Indianapolis, ss.ix-xi, s.x
[20] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.16; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.129.
[21] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.17.

Geleneksel bir karşılaştırma olarak, *piyasa ekonomisi*, bireysel tercihlerin karşılanması ve bireyin faydasının azamileştirilmesinin uğraş alanı iken, *kamu ekonomisi* kamu tercihinin karşılanması ve kamu yararının azamileştirilmesi alanıdır[22]. Fakat "kamu" (*public*) dediğimiz kavram, bir toplumun bütününü ifade ettiği ve bu yüzden pek çok düşünce ve çıkar farklılığını bünyesinde barındırdığı için, "kamu tercihi" dendiğinde bundan ne anlamak gerektiği haliyle belirsizleşir. Ufak bir topluluk için bir kolektif karar verme meselesi olduğunu ve herkesin tek bir seçenek üzerinde hemfikir olduğunu varsaydığımızda, yani tercihte "oybirliği" hallerinde, herkesi kapsayıcı bir şekilde bunun onların bir tercihi olduğu değerlendirmesi uygundur. Fakat modern toplumun genişliği ve karmaşıklığı karşısında, "kamu tercihi" dendiğinde bundan ne anlamak gerektiği gene belirsizliğini muhafaza eder. Kamu tercihi teorisi, bu soru karşısında, birey ve birey gruplarının, yani farklı farklı çıkarların, kolektif tercihte içerilmesinin *optimum* seviyesiyle ilgilenir. Ve genel itibariyle şu doğrultuda bir çıkarım üretilir; çıkar çeşitliği olan sosyal çevreler söz konusu olduğunda, kolektif tercihte oybirliği sağlamak çok zor bir ihtimal olduğu için, kolektif kararların, muhakkak ki, o karara katılmayanları olur ve söz konusu muarız kişilerin o kolektif kararın sonucuna katlanma maliyetleri kolektif kararın "dış (ya da dışsal) maliyeti" olarak ifade olunur[23]. Bu durumda çıkan sonuç, "kamusal karar alma sürecine katılan bireyin yüklendiği dış maliyetin, piyasadaki karar alma maliyetinden daha büyük" [24] olduğudur. Çünkü politik mübadelede, piyasadaki mübadeleden farklı olarak amaçlar paylaşılmıştır[25]. Piyasa ekonomisinde, alıcı ve satıcı karşı karşıyadır; bir mal veya hizmetten yararlanan ile bunun karşılığını ödeyen kişiler piyasa koşullarında genellikle karşılıklı mübadele ilişkisi içindeki kişiler iken, kamu ekonomisinde farklı kişiler yahut gruplar olduğu -örneğin bazı kesimlerin kamusal mal ve hizmetlerden daha çok yararlansa da vergi yüklerinin (yani kamu ekonomisi finansörlüklerinin) daha az olduğu, bazı kesimlerinse bunun tam tersine vergi yükünün çok olmasına rağmen kamusal mal ve hizmetlerden daha az yararlandıkları- değerlendirmelerinde

[22] Aktan, Dileyici, "Kamu Ekonomisinde Karar Alma ve Oylama Yöntemleri", s.47.
[23] Aktan, Dileyici, a.g.e., s.46.
[24] Aktan, Dileyici, a,g.e., s.47.
[25] Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.137.

bulunulur[26]. Dolayısıyla kamu ekonomisinde alınan kararlarda, örneğin bir yasal düzenleme ile belli bir ekonomik faaliyete ilave vergi yüklenmesi gibi hallerde, bu kararların olumlu ve olumsuz etkilerinin toplumun çeşitli kesimlerine orantısız bir biçimde dağılabildiği dile getirilir. Çözümlerin ise kamu ekonomisinin, piyasa ekonomisi ilkelerine göre düzenlenmesi ilkesi üzerinden üretilebileceği savunulur ve kamu ekonomisi unsurları piyasa ekonomisi kavramlarıyla tanımlanır. Örneğin vergiler, kamusal mal ve hizmetlerin karşılığında yapılan ödemeler olarak tanımlanır. Bu perspektifle uyumlu biçimde hükümet, kendi kaynaklarına dayalı olarak kendi finansal durumunu geliştirmek zorunda olan bir hane/ev[27], siyasi partilerse piyasa koşullarında firmaların rollerine benzer biçimde analiz edilir[28].

4.1.2.3. Çıkar Grupları Teorisi

Kamusal sahayı bir mübadele alanı olarak tasavvur edişin bir başka anlatımı olarak çıkar grupları teorisi kullanılmaktadır. Chicago okulu iktisatçılarında, özellikle Stigler ve Posner'da görüldüğü üzere, kamu tercihi okulunda da yasama faaliyeti ve idari regülasyonların anlamlandırılması bu teorinin etkisi altında yapılır. Bu ise politik insanın da özünde bir *homo economicus* olması varsayımına dayanır. Dolayısıyla politik süreçler, esasında birer *homo economicus* olan kamusal aktörler ile çıkar grupları arasında pazarlık ve alış veriş süreçleri şeklinde işlemektedir. Dolayısıyla kamu tercihi teorisyenlerine göre "kamu yararı" varsayımı, metodolojik olarak savunulamaz bir varsayımdır[29], gerçekliği perdeleyerek -kamu tercihi teorisinin olumsuzladığı- rant kollama ve sakınma faaliyetlerine zemin hazırlamaktadır.

Çıkar grupları teorisi, hükümetlerin çalışma süreçlerini inceleyen Arthur Bentley'nin 1908 tarihli *The Process of Government* isimli kitabına dayanır. Daha yakın tarihli bir çalışma olaraksa David B. Truman'ın *The Governmental Process*

---

[26] Bkz. Joseph Stiglitz, **Kamu Kesimi Ekonomisi**, (Çev. Ömer Faruk Batırel), Marmara Üniversitesi Yay., 2.b., 1994, İstanbul, s.150; Aktan, Dileyici, "Kamu Ekonomisinde Karar Alma ve Oylama Yöntemleri", s.48.
[27] Engle, "Law and Economics", s.48.
[28] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.9; Ayrıca, Anthony Downs, **An Economic Theory of Democracy**, Parper and Row, 1957, New York, s.73-74'e atıfla konuyu ele alan: Aktan, Dileyici, "Kamu Ekonomisinde Karar Alma ve Oylama Yöntemleri", s.40.
[29] Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.64

isimli eseri anılmaktadır. Buchanan ve Tullock, Bentley'nin çizgisine oldukça yakın olduklarının altını çizerler[30]. Çıkar grupları teorisine göre, özetle, hükümetler müşterilere hizmet vermektedir ve esas *müşterileri* çıkar gruplarıyla bürokrasidir[31]. Bürokrasi, kendi varlığını kuvvetlendirme ve bütçe maksimizasyonu sağlama maksadıyla yasama faaliyetini etkileme açısından *içeriden* etkinlik gösterirken, rant arama ve kollama peşindeki çıkar grupları daha ziyade *dışarıdan* -seçmen kesimlere etki eder biçimde- etkinlik göstermektedirler.

4.1.2.4. Piyasa Başarısızlığı ve Devlet Başarısızlığı

Kamu Tercihi Teorisi, refah kuramından doğup gelişen ve "piyasa başarısızlığı"na (*market failure*) dayalı olarak devleti ve hukuku müdahaleci ve genişlemeci kılan yaklaşımın tersine, "devletin başarısızlığı" (*state failure*) üzerine odaklanarak, regülasyonun etkin kaynak dağılımını gerçekleştirmekte başarısızlıklarını ortaya koymaya çalışmıştır[32]. Piyasa hataları olarak adlandırılan negatif dışsallıklar, tekeller ve işlem maliyetleri gibi durumlar, özellikle tam ve mükemmel bilgiye erişememekten kaynaklı olarak, kamu tercihi teorisine göre, kamu ekonomisinde, yani politik süreçlerde de oluşur[33].

Devlet başarısızlığının ardında özçıkar motivasyonu ile hareket eden aktörlerin tercihleri yatar. Bu tez, Smithçi "Görünmez El" faraziyesinin kamu ekonomisi alanında geçerli olmadığı anlamına gelir. Bilindiği üzere, *homo economicus*, özel çıkar motifiyle hareket ederken bir yandan da toplumsal refaha dönük etki üretmektedir ve bu Smith tarafından özel çıkarların görünmez bir el vasıtasıyla toplumsal iyiliğe dönüşümü olarak ifade edilmiştir. Bir ülkenin yönetim kademelerindeki aktörlerin de aslında kamu yararı motifiyle değil de özel çıkarla hareket ettiğini iddia eden Virginia Okulu, bu özel çıkar motifli haraketlerin bu sefer

[30] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.10
[31] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.10; Engle, "Law and Economics", s.50.
[32] Buchanan, "Devletin Başarısızlığını Teşhiste ve Yapısal Reform Önerisinde Kamu Tercihi Teorisinin Başarısı ve Sınırları", s.128.
[33] Engle, "Law and Economics", s.49.

toplumsal iyiliğe değil tam tersine toplumsal zararlara yol açacağını düşünmekle Smithçi faraziyenin kamu alanında geçerli olmadığını savunurlar[34].

Virginia Okulunun üzerinde durmuş olduğu, çıkar gruplarının rant arama ve kollama faaliyetlerine engel olamama, nepotizm, kronizm (kayırmacılık ve patronaj), hizmet kayırmacılığı, yozlaşma ve yolsuzluk, liyakat dışı bürokratik yapılanmalar, vergi sömürüleri (*taxplotations*), rasyonel seçmenlerin seçim yaptıkları konularda bilgisizliği ve ilgisizliği[35], oy ticaretleri (*logrolling*)[36], seçenlerin ve seçilenlerin politik miyoplukları[37], kamusal tercihlerde dışsal maliyetleri engelleyecek tam mutabakatların -yani oybirliği ilkesinin- gerçekleşememesi, kamusal mal ve hizmetleri bütün olarak (*full-line*) arzı ve bundan kaynaklı ortaya çıkan bedavacılık (*free-rider*) sorunu gibi sorunlar, ortanca seçmen fenomeni[38] gibi pek çok nedenle devlet organizasyonunun en az piyasa hataları kadar hata ürettiği, bu yüzden toplumsal düzeni biçimlendiren kural ve kurumların yanlış teşekkül edip etkinsiz çalıştığı savunulur[39]. O yüzden anayasal demokrasinin teşekkülünü ve devletin (özellikle de ekonomik yetkiler açısından) sınırlanmasının koşullarını tartışırlar.

4.1.2.5. Keynes Karşıtlığı, Devleti Küçültmek ve Ekonomik Anayasa

Devlet başarısızlığını analiz ederek, devletin sınırlanması ve hatta küçültülmesi gereğini savunan kamu tercihi teorisyenleri, ekonomiye müdahaleciliğe gerekçeler üreten refah ekonomisi kuramlarına ve Keynesçi düşünceye karşıt bir

[34] Coşkun Can Aktan, "Anayasal İktisat ve Homo Economicus'un Felsefesi: Köpekler, Kurtlar ve İnsanlar", **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.724-727, s.726; Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.133.

[35] Seçmenin ilgisizliği ve bilgisizliği, hususu bir seçim problemidir ve bu problem de rasyonel tercih meselesi olarak ele alınıp açıklanır. Bir seçim sürecinde seçmenin oylayacağı konu üzerine bilgi edinme maliyetinin yüksek olması ve kendi oyunun toplamda çok fazla etkili olmayacağı bilinci onu rasyonel biçimde bilgisizliğe ve ilgisizliğe sevk eder.

[36] Seçim sonrası için siyasal partiler arasında topluma arz edilecek kamusal mal ve hizmetlerin listesi üzerinde alışveriş yapılması ve bu suretle seçim sonrası seçmen tercihinin optimum durumdan uzaklaşması.

[37] Seçmenlerin fayda maksimizasyonu, politikacıların oy maksimizasyonu adına kısa vadeli hesap yapmalarıdır. Örneğin bu sebeple, politikacılar vergilendirmeden kamusal harcama yaparlar, bunun finansmanını da doğal olarak borçlanma ve emisyon ile karşılamaya çalışırlar; dolayısıyla bütçe devamlı açık verir.

[38] Ortanca seçmen teorisine (*median voter theory*) göre, politikacılar oy maksimizasyonu için ağırlıklı olarak nüfus olarak oy potansiyeli yüksek olan ortanca seçmeni memnun edecek politikaları uygulamak zorunda kalırlar.

[39] Her bir devlet başarısızlığı türü hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Aktan, "Kamu Tercihi Teorisi ve Anayasal Politik İktisat", s.8-10, 13-15.

konumda yer alırlar. Keynesçi düşünce, onlara göre, devlet faaliyetinin genişlemesine neden olan bütçe politikalarının düşünsel zemini vasfındadır. Refah ekonomisi ise, genelde piyasa hataları üzerinde durarak devletin ekonomik müdahaleciliğine zemin hazırlamış ve fakat devletin hataları sorununun görmezden gelinmesine karşı hiçbir fikir üretimine katkı yapmamıştır. Kamu tercihi teorisi ise devlet başarısızlığı kavramına dayanarak klasik liberalizmin devletin sınırlanması anlayışını anayasal çerçevede sürdürür. Devletin ekonomik sahada varlığını sınırlayıp kurala bağlama konusunda üzerinde durduğu çözüm ekonomik bir anayasanın yapılmasıdır[40].

> Çağdaş Batı anayasalarının pek çoğunda ekonomik yaşamla ilgili anayasal kurallar ya hiç yoktur veya değişik şekillerde yorumlanmaya müsait *genel ilkeler* halindedir. Bunun ana nedeni, çağdaş demokrasilerin hemen hemen hepsinin totaliter rejimlere karşı yürütülen bir mücadele sonunda doğmuş olması ve bu nedenle de ağırlığı kişinin siyasal hak ve özgürlüklerine vermiş olmalarıdır.[41]

Virginia yaklaşımına göreyse *anayasa*, sadece devlet organizasyonunun çalışma düzeneği ile bireysel hak ve özgürlüklerin tasarlandığı bir hukuki-siyasi kurum değildir. Diğer bir ifadeyle anayasa, salt siyasal anayasadan ibaret değildir ve Virginia Okulu, söz konusu siyasal anayasanın varlık koşullarını arkalayan, devletin ekonomik gücünü ve bireylerin ekonomik güvenliklerini içerecek bir "ekonomik anayasa" oluşturulması gerektiğini savunur[42]. Devletin malî sorumluluğunun anayasal olarak belirginleştirilmesi gerektiğini savunurlar ve ekonomik anayasa da özetle bunu sağlar[43]. Siyasal iktidarlar, kısa vadeli partizan hedefler uğruna finansmanı gelecek kuşaklara yük olarak yansıyacak borçlanmalar yapmamalıdır, vergi mevzuatıyla dilediği gibi oynayarak özel mülkiyet haklarını sarsmamalıdır, para politikasında belirli sınırlar içinde aksiyon göstermelidir, bütçe planlamaları

[40] David Schneiderman, "Özelleştirmeye Anayasal Yaklaşımlar: Neo-liberal Anayasacılığın Ağırlığı Üzerine Bir İnceleme", (Çev. Umut Koloş), **İÜHFM**, Cilt:LXXIII, Sayı: 1, 2015, ss.505-530, s.507-508.
[41] Vural F. Savaş, **Anayasal İktisat**, Beta Yay., 1989, İstanbul, s.53.
[42] Benzer bir "ekonomik anayasa" kavramsallaştırmasını daha önce Alman ordoliberallerinde de görmekteyiz. Böhm, Eucken ve Grossmann-Doerth kaleme almış oldukları "The Ordo Manifesto of 1936"'da bu kavramı dile getirir. Aktarımlar için bkz. Biebricher, "The Rise of Juridical Neoliberalism", s.101.
[43] Engle, "Law and Economics", s.51.

belli şartlar ve sınırlar içerisinde yapılmalıdır gibi pek çok husus, birer ekonomik anayasa konusudur. Bu yüzden ekonomik anayasanın kendi içinde pek çok branşı vardır[44]:

Mali Anayasa	- Kamusal mallar anayasası - Kamusal harcamalar anayasası - Kamusal gelirler anayasası - Vergi anayasası - Borçlanma anayasası - Denk bütçe anayasası - Mali federalizm anayası
Parasal Anayasa	- Para sistemine ilişkin anayasal normlar - Para arzının ne şekilde arttırılacağına ilişkin anayasal normlar
Dış Ticaret Anayasası	- Uluslarası ekonomik ilişkilere ilişkin anayasal normlar - Koruyucu ve serbest dış ticaret politikalarına dair anayasal normlar - Döviz kuru sistemlerinin (serbest ve sabit döviz kuru rejimlerinin) belirlenmesi
Yasal-Kurumsal Serbestleşme ve Rekabet Anayasası	- Devletin ekonomiye direkt kontrol ve müdahalelerinin kaldırılması (yasal-kurumsal serbestleşmeye ilişkin anayasal normlar) - Ekonomide rekabeti teşvik edici kural ve kurumların oluşturulması - Yıkıcı ve haksız rekabeti yasaklayıcı ve cezalandırıcı normlar
Gelir Dağılım Anayasası	- Gelir ve servet dağılımının iyileştirilmesine dair anayasal normlar
Sosyal Güvenlik Anayasası	- Sosyal güvenlik sistemine ilişkin anayasal normlar

Tablo 4: Ekonomik Anayasanın Mahiyeti

Kamu tercihi teorisinin ekonomik anayasa anlayışının ardında sosyal sözleşmeci politik felsefe ve kurucu rasyonalizm bulunmaktadır. Bu yaklaşım, hukuki kural ve kurumların daima kendiliğinden bir evrim halinde gelişmediğini, insanların bilinçli ve iradi seçim ve oydaşımları ile oluşturulabildiklerini kabule dayanır. İnsanlar ortaklaşa yaşam alanlarını düzenleyen kural ve kurumları, yapay biçimde de tasarlayabilirler.

[44] Tablo: Aktan, "Kamu Tercihi Teorisi ve Anayasal Politik İktisat", s.22.

Engle'ye göre, Virginia Okulunun hukuk ve ekonomi bağlamı içinde işleyip geliştirmeye çalıştığı üç önemli düşünce şunlardır [45]:

(i) Ekonomik bir çerçevede bireysel hakların muhafazası açısından tek ve en iyi şablon mülkiyet hakları üzerinden kurulabilir. Kamusal mal ve hizmetler, kamu kurumları kadar özel teşebbüslerce de sunulabilir[46].

(ii) Kaynakların tahsisatı ve dağılımında piyasadan kaynaklı hatalar, birkaç sınırlı durum haricinde, genelleştirilebilir tarzda, hiçbir zaman devlet müdahaleciliğini meşrulaştıramaz. Bireylerin oluşturacağı piyasa-benzeri yollar vasıtasıyla optimal durumlara erişim çabalarına imkan tanınmalıdır.

(iii) Toplumsal sistemlerde istikrarın sağlanmasında esas faktör, piyasadır.

4.2. JAMES M. BUCHANAN VE HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNE KATKILARI

4.2.1. Buchanan'ın Entelektüel Kimliği

Kamu tercihi yahut diğer bir tabirle Virginia okulunun kurucusu addedilen isim, James M. Buchanan'dır. Bu okulun yukarıda arz olunan genel karakteristik düşünce ögelerinin uzun uzadıya gerekçelendirilmelerini onun eserlerinde ziyadesiyle bulabilmekteyiz. Buchanan'ın entelektüel kimliğinin ve kamu tercihi teorisini hem kamu yönetimi ve iktisat hem de anayasa teorisi bağlamında kendine mahsus bir yaklaşım olarak varedişinin yanında, onu bizim için önemli kılan bir diğer husus, kamu tercihi teorisini aynı zamanda hukuka ekonomik yaklaşım (*law and economics*) sahası içinde de kendine özgü bir konuma getirişidir. Belli noktalarda Chicago ve Avusturya okullarıyla mevkidaş özellikler göstermekle birlikte, aynı zamanda bu yaklaşımlar için eleştirel içerikler de barındıran Virginia okulu, literatürde "fonksiyonalist" hukuk ve ekonomi öğretisi olarak anılmaktadır. Virginia oklunun hem sunmuş olduğu düşünsel evreni kurucu vasfı, hem de hukuk üzerine yazıları ve diğer ekonomik hukuk yaklaşımlarına (özellikle Posner'a) dönük eleştirileri nedeniyle Buchanan'ın merkezi önemi bulunmaktadır.

[45] Engle, "Law and Economics", s.47.
[46] Engle, "Law and Economics", s.52.

Buchanan 1919 yılında Tennessee Eyaletinde, İskoç-İrlanda kökenli Presbiteryen bir ailenin üyesi olarak dünyaya gelmiştir. 1940 yılında bu eyaletteki bir öğretmenlik okulundan mezun olan Buchanan, gene aynı yıl Tennessee Üniversitesi iktisat bölümünde asistanlık yapmaya başlamıştır. 1941 yılında Amerikan donanmasına dahil olarak 1945 yılına dek -İkinci Dünya Savaşı'nda- bilfiil askerlik yapmıştır. 1946'da Chicago üniversitesinde akademik yaşama dönüş yapan Buchanan, 1948'den itibaren sırasıyla (tekrar) Tennessee ve Florida üniversitelerinde görev yapmış, 1955'te Fullbright bursuyla İtalya'ya gitmiş ve 1956'daki dönüşünü kendine ün getiren eserlerinin bir kısımını hazırlayacağı Virginia Üniversitesi'ne geçerek yapmıştır. 1968'e doğru, bu üniversitede gelişen sol düşünceden rahatsız olarak görevinde ayrılmış ve 1968-69 arasında Los Angeles California Üniversitesi'nde misafir öğretim üyesi olarak bulunmuştur. Peşisıra Blacksburg'da kurulan Virginia Politeknik Enstitüsü ve Eyalet Üniversitesi'nde çalışmaya başlamış ve 1969'da burada kurduğu Kamu Tercihi Çalışmaları Merkezi faaliyetleri kapsamında 14 verimli yıl geçirmiştir. 1983 yılına gelindiğinde orada yaşadığı idari problemler dolayısıyla görevinden ayrılarak aynı eyaletteki bir başka üniversite olan George Mason Üniversitesi'nin kadrosuna dahil olmuştur. Geriye kalan akademik yaşantısını bu kurumun çatısı altında sürdürmüş olan Buchanan 1986 yılında kamu ekonomisi ve politik karar alma teorilerine yapmış olduğu katkılar dolayısıyla ekonomi alanında Nobel Ödülünü kazanmıştır. Bir Mont Pelerin Topluluğu üyesi olan Buchanan, 2013 yılında yaşamını yitirmiştir[47].

Buchanan kendisini klasik liberalizmin 20.yy. temsilcilerinden biri olarak addeder. Akademik yaşamının başlarında kendini eşitlikçilik ve devlet müdahalesi fikirleriyle barışık bir liberal fraksiyon olan sol liberteryenizmin içinde tanımlayan Buchanan'ın düşünce dünyasının piyasacı liberalizme doğru evrilmesinde Chicago Üniversitesi'ndeki yıllarının, özellikle de Frank Knight ve İsveçli iktisatçı Knut Wicksell'in etkilerinin önemli olduğu bilinmektedir[48]. Buchanan'ın ismi neredeyse

[47] Daha ayrıntılı biyografik bilgi için bkz. Aktan, "James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", s.335-340; Odabaş, **James M. Buchanan ve Liberal Politik İktisat**, s.9-35; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.9-22.

[48] Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.130; Tollison, "Foreword", **The Calculus of Consent**, s.x; Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.8; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.17-18; Odabaş, **James M. Buchanan ve Liberal Politik İktisat**, s.11.

"kamu tercihi" kavramı ile özdeşleştirilse de, onun, içerisinde değerlendirildiği bir başka iktisat okulu "yeni kurumsalcılık" olarak ifade edilir. Daha önce de değinildiği üzere bu, onun metodolojik olarak *homo economicus*'un tercihlerine dayalı bir analiz yapmak yerine, *homo economicus*'un içinde bulunduğu kurumsal alanın incelenmesi anlayışından kaynaklanır.

Kendisinin liberal düşünce içindeki konumunu, *klasik liberalizm* ile *muhafazakarlık* arasındaki ayrım çerçevesinde ortaya koyar[49]. İlkini Adam Smith ve onun doğal eşitlik kavrayışı ile, ikincisini ise Platon ve onun hiyerarşi merkezli düşünce yapısıyla karakterize eder. Klasik liberallerin anayasal hassasiyetleri bireyin çoğunlukça ezilmesini önleme üzerine kuruludur. Muhafazakarlık ise liberalizme anayasaya bağlılık üzerinden sızarken, bunu diğer toplumsal sınıfların söz sahibi olmasından duyduğu endişe dolayısıyla yapar. Değer konusunda ilki subjektivist, ikincisi ise objektivisttir. İlki bireyleri sorumlulaştırmak için bireysel özgürlük alanını olabildiğince genişletme taraftarıyken, ikincisi paternalisttir; fakat paternalist fikirleri toplumun alt sınıflarına kendi değerlerini benimsetmek anlamında bir paternalizm değildir. Çünkü o kesimlerin bu değerleri özümseyemeyeceklerini düşünürler. Onların paternalizmleri alt sınıfların doğrudan eylemlerini belirlemek yönünden paternalizmdir. Bunlar dışında, klasik liberalizm sosyalizme bireysel özgürlüğü yok ettiği için, muhafazakarlık ise mevcut düzeni bozduğu için muhaliftir. İlki piyasa mantığına kolektif bir otorite kavramının tersini imlediği için sarılırken, ikincisi onu mevcut düzenin bir unsuru olduğu için benimser.

4.2.2. Buchanan'da İktisadi Düşüncenin Temel Unsurları

Posner'in hukuk kurumlarını ekonomik analizinde, kendisinden yola çıktığı iktisat (*economics*) tanımı ne kadar önemli ise, Buchanan'ın anayasal kurumları ve politik süreçleri hangi iktisat tanımı çerçevesinde ekonomik analize aldığı da bir o kadar önemlidir. İktisat tanımını ortaya koyarken, Buchanan, iki temel iktisadi paradigma arasındaki seçimini de ortaya koyar. Bu paradigmalardan biri mübadele, diğeri ise değer ve seçim kavramlarına dayanmaktadır. Buchanan'ın *iktisat* tanımı,

[49] James M. Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative: The Normative Vision of Classical Liberalism**, Edward Elgar, 2005, Cheltenham, Northampton, s.2-10.

ilki, yani mübadele (*exchange*) kavramının belirlediği ekonomik paradigma içinde belirginlik kazanır[50]. Bu noktada onun, seçim paradigması içerisinde bir iktisat tanımı üreten Lionel Robbins'in görüşlerini eleştirdiğini ve Smithçi geleneğe bağlı kalarak kendi iktisat tanımını yaptığını görmekteyiz. Buna göre Robbins, iktisadı tanımlarken onu "kıtlık koşullarında *seçim* yapma" kavrayışına bağlayarak "tabiri caizse iktisadı açık-uçlu (*open-ended*) halde bırakmıştır"[51]. Bu *seçim* kavramına bağlılık, izole insandan hareketle iktisadi davranışı tanımlama anlayışıyla kolkola gider. Oysa izole insan Robinson Crusoe'nun önüne gelen seçeneklerden elmayı mı yoksa armutu mu seçeceği ya da alabileceği faydaya göre hangisine daha çok değer verdiği, sadece ekonomik değil psikolojik ve ahlaki daha pek çok cephesi bulunan bir problemdir[52]. Bu nedenle salt değer ve seçime dayanarak bir iktisat tanımı vermek, ekonomi bilimini çok çeşitli alanlara uzanan açık-uçlu bir yapıya büründürmek, dolayısıyla hakkıyla tanımlamamak demektir. Buchanan'a göre esas iktisat tanımı Cuma adaya geldiğinde, Robinson'un onla ne tür metaları değiş tokuşa sokacağı noktada doğar; bu da örneğin Robinson'un daha iyi bir balıkçı, Cuma'nın daha iyi bir ağaç tırmanıcısı olması gibi farklı özelliklerin getirilerine dayanır[53]. Yani onun iktisat tanımını oluşturduğu paradigma değer yahut seçim değil, mübadele paradigmasıdır ve bu hususta Smith'in iktisat disiplinini tanımlarken insanoğlunda bulunan "takas ve mübadele temayülü"ne (*propensity to barter and exchange*) dayalı açıklamasına referansta bulunur[54]. İktisat yahut ekonomik düşünmeyi mübadele kavramını merkeze alarak tanımlayan Buchanan için bu perspektif piyasayı tanımlarken de kullanılır: "Piyasalar mübadele kurumlarıdır; insanlar piyasaya bir şeyi başka bir

[50] Bkz. Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.24: "Mübadele kurumlarının ve piyasaların bilimi olarak iktisat (*economics*), bireysel hakların iyi tanımlanmış yapısı veya seti üzerinden işe başlar; … çıktılarının karakterleri ile ilgili açıklayıcı ve tahminî önermelerde bulunur. Ekonomik teori, mübadele ilişkilerinin pek çok çeşidini açıklamak için kafi derecede güçlüdür."

[51] Alain Marciano, "Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner", **The Review of Austrian Economics**, Vol.20, No.2, 2007, ss.187-200, s.190. (Kısaca: "Buchanan versus Posner")

[52] "Crusoe İktisadı" olarak adlandırılan ve ekonomik düşünceyi izole insanın seçimlerinden başlatan mikroekonomik yaklaşımı sadece Robbins'de değil, başka iktisat okullarında da görmekteyiz. Yukarıda ele almış olduğumuz Avusturya okulu bunların başında gelir. Örnek olarak bkz. Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.31-37; Rothbard, **İnsan, İktisat ve Devlet-1**, bölüm 1-2.

[53] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.18.

[54] Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.14 (Kitap-1, Bölüm-2).

şeyle değiştirmek için girerler. Yoksa mübadele-üstü veya fert üstü bazı sonuçlara yardımcı olmak için girmezler."[55]

Buchanan'nın kendi deyimiyle, "ekonomistlerin esas konusu, sosyal kurumlar içinde meydana gelen insan davranışıdır; soyutlukta vuku bulan insan davranışı değildir"[56]. Yani ekonomik davranış belli bir sosyal çevre içinde anlamlandırılır, soyut izole birey (Crusoe iktisadı) varsayımlarından türetilerek değil. Ve her sosyal çevrenin denge içinde idamesini sağlayan bireylerin karşılıklı oluşturdukları davranış sınırları, sosyal kurumlar olarak Buchanan'ın ifade ettiği yapıları oluşturur. Bu da onun ekonomiye bakış açısının mübadele temelli özelliğinin yanında kurumsalcı yönünü de ortaya koyar. Buchanan'ın kurum (*institution*) kavramı, kişinin basit tercihleri konusunda tatmin sınırları çerçevesini oluşturur; dolayısıyla insan davranışını sınırlayan norm, bir kurumdur[57]. Kurumlar, Buchanan'a göre, "bireylerin kolektif amaçları sebebiyle ortaya çıkmaz", tersine amaç bireye matuf bir kavramdır ve kurumlar "birey olarak insanların çok çeşitli özel amaçlarını takiplerinde kendilerini organize edişlerinden vücut bulurlar"[58].

Ekonomik düşünceyi tanımlama noktasında mübadele paradigması ve kurumsalcı bakış açısının yanında, Buchanan'ın teorisini belirleyen üç temel düşünsel etmenden daha bahsedilir: *Bireycilik, Rasyonalizm, Sözleşmecilik*[59].

Birey, Buchanan'ın düşüncesinde hem metodolojik hem de aksiyolojik boyutlarda merkezi konumdadır. Bu nedenle o aksiyolojik açıdan subjektivisttir, değerlerin kaynağının aşkın kaynaklarda değil, bireysel bilinçte aranması gerektiğini kabul eder[60]. Metodolojik açıdan da bireyci bir perspektifi benimser. Bu bireyci

[55] Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.135.
[56] Aktaran: Marciano, "Buchanan versus Posner", s.191; Alıntının yapıldığı kaynak: Buchanan, "Economics and Its Scentific Neighbors" (1966).
[57] Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative,** s.31; Ratnapala, **Jurisprudence**, s.243: "Kurum kavramı, bu bağlamda, örneğin şirketler, hükümet departmanları yahut merkez bankaları gibi, organizasyon anlamında değildir. O, formel hukuk kurallarından daha az formel olan örflere, geleneklere ve sosyal kurallara dek, insan eyleminin tüm kısıtlarını ifade eder. (Latince oluşturulmuş kurallar anlamındaki *institutiones*'ten gelmektedir)."
[58] Aktaran: Marciano, "Buchanan versus Posner", s.191.
[59] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.23.
[60] Burada Buchanan, klasik liberalizmin değer anlayışını vurgular. Bu anlayış, objektivist değer anlayışının hakim olduğu muhafazakar düşünceden farklı olarak, değer konusunda bireye referansta bulunur; Platonist aşkıncılığa, dine, geleneklere yahut doğru akla referansta bulunan doğal hukukçu söyleme değil. Bkz. Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative,** s.6-8.

perspektif, daha önce de değinildiği üzere, bireyin ötesine geçen holistik kavramların (kolektif oluşumların) kendi başlarına amaç, çıkar yahut değer skalaları olmadığının farkındalığı ile alakalıdır. Bu yüzden kamusal organizasyonların kendi başlarına kamu yararına çalışan varlıklar olmadığı, onların da kamu görevlisi olarak nitelenen bireylerden oluştuğu kabul edilir ve kamu görevlilerinin bireyler olmalarından dolayı özel çıkar dürtüleriyle hareket edebildiklerini iddia eder. Fakat bu bakış açısının devamında önerdiği yöntem, söz konusu bireylerin tercihlerinin mikroekonomik analizi değildir; bireylerin tercihlerinin içinde şekillenmiş olduğu kural ve kurumların tahlilidir[61]. Bu yönüyle hukukun ekonomik öğretisinin mikroekonomiye yaslanan ana gövdesinin biraz dışında kalan bir yaklaşımı temsil eder Buchanan.

Klasik liberalizmin ve Smithçi düşüncenin bir takipçisi[62] olarak kendini sunan Buchanan, bireylerin birbirleri üzerinde rızaya dayalı olmayan maliyetler oluşturmadıkları ve kendi seçtikleri kurumsal sınırlandırmalarla sosyal işbirliğine girme imkanı yakaladıkları bir sosyal düzenin olanaklılığını sorgular[63]. Olanaklılığını sorguladığı bu özgür toplum düzeninin içeriği konusunda Buchanan'ın önplana aldığı kavramlar mübadele, müzakere ve sözleşmedir. Bu da Buchanan'ın düşünce dünyasına şekil veren ve birbirini tamamlayan iki diğer -*izm*, akılcılık (*rationalism*) ve sözleşmeciliği (*contractarianism*) önemli konuma getirir. Buchanan'a göre insanlar, iyi bir toplumsal düzenin temel ilke, kural ve kurumlarını pekala müzakere, uzlaşma ve sözleşme gibi süreçlerle belirleyebilir. Bu yolların ardında değer konusundaki -yukarıda bahsettiğimiz- bireycilikten kaynaklanan subjektivist bir postula yatar ve Buchanan, benimsemiş olduğu bu postulanın bir solipsizm (tek-bencilik) olmadığını, bireylerin başka bireylerin kendisininkinden farklı olan değer yargılarına saygı duymasına ve bir noktada onlarla anlaşma yapabilmesine olanak yaratan bir postula olduğunu belirtir[64].

Buchanan sözleşmeci ve kurucu rasyonalist bir çizgi benimsemiştir[65]. Bunun hukuki kavramların ele alınışında çeşitli açılımları söz konusudur. Örneğin hak

[61] Buchanan, "Anayasal İktisadın İlgi Alanı", s.270.
[62] Bkz. Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative,** s.7, 9, 30.
[63] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.71.
[64] Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative,** s.7.
[65] Aktan, "James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", s.351.

kavramına sözleşmeci bir perspektiften bakan Buchanan, "doğal hak" kavramını reddeder ve hakların ancak karşılıklılık ilkesine dayalı olarak sözleşmeci bir süreçte oluşabileceğini savunur[66]. Bunun gibi onun anayasa kavrayışının arkaplanında olan düşünce de sosyal sözleşmedir.

4.2.3. Anayasal Ekonomik Analizin Genel Mahiyeti

Devleti sınırlamak, tüm klasik liberalizm tesirindeki okullar gibi Kamu Tercihi Okulu ve Buchanan için de ana uğraşlardan biridir ve "Ekonomik Anayasa" kavramı bu uğraşın neticesinde ortaya çıkarılmıştır. Devletin ekonomik sahada tanımlanması ve faaliyetinin sınırlanması problemi, liberal düşüncede çok çeşitli boyutlarda ele alınmıştır. Ama Virginia Okulunun bu konuyu ele alışında birtakım önkabulleri ve tutumları söz konusudur.

Bu hususta ilk vurgulanması gereken husus; Buchanan'ın devleti sınırlandırmaya dönük entelektüel uğraşında, Ayn Rand, Robert Nozick veya Murray Rothbard gibi başkaca liberteryenler gibi bunu *ahlaki* gerekçelendirmeler üzerinden yapmaya çalışmadığı, aksine toplumsal karar prosedürüne atıfla konuya olgusal bir bakış getirmeye çalıştığıdır[67]. Bu nedenle, ahlaki öğretilerle devletin sınırlanmasının mümkün olamayacağını savunarak, bu konuda çözüm olarak "ekonomik anayasa" kavramını ileri sürer[68].

İkinci nokta, Virginia Okulu'nun, devleti kişileştirmeksizin (yani tek bir kişi veya akıl gibi düşünmeksizin) analiz etmeye çalışmasıdır. Çünkü devlet faaliyetleri süje açısından çoğul ve etkileşimsel bir alanda şekillenir. Bunun bir uzantısı olarak Virginia Okulu, devlet denen organizasyonu içeriklendiren kamu görevlilerini, kamusal ahlak anlatıları temelli klasik devlet teorileri çerçevesinde ele almaz ve onları kamu yararı motifiyle hareket eden süjeler olarak değerlendirmek suretiyle kamuda yozlaşmayı istisnai bir durum olarak da açıklamaz[69]. Bunların tümü, istenmese de, politik sahanın gerçeklikleridir ve saha üzerinde çalışırken bunları oldukları gibi kabul etmek gerekir.

---

[66] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.69.
[67] Barry, "Yeni Liberalizm", s.318.
[68] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.34.
[69] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.27.

Üçüncüsü; Politik eylemin iç yapısını anlamak, kolektif eylemin iç yapısını kavramakla mümkündür. Zira ikisinde de "iki ya da daha çok kişi karşılıklı olarak avantajlı olan belirli amaçları gerçekleştirmek için güçlerini birleştirirler. Ortak bir şekilde paylaşılan çıktıları korumak için gerçek manada girdileri *mübadele* ederler."[70] Ancak rasyonel seçimci ve metodolojik bireyci tahlile göre kolektif eylem bahsinde, kolektif yapıyı oluşturan topluluk üyelerinden bağımsız bir şekilde topluluk/grup çıkarı tanımlanamaz, zira kolektif seçimi yapanlar kolektiviteyi oluşturan bireylerdir ve kolektif eylemin dinamikleri de (özçıkar motivasyonlu ve rasyonel) bireysel eylem üzerinden tanımlanabilir. Dolayısıyla birey, kişisel çıkarına dair olumlu bir katkısı olmayacaksa, kolektif eyleme zaten dahil olmaz. Bundan dolayı kolektif eyleme girmekle elde edilecek kişisel fayda, hem kolektif karar verme maliyetleri ile hem de örgütlenme maliyetleri ile karşılaştırıldığında ağır basmalı ve yüksek olmalıdır ki bireyler kolektif karar alma süreçlerine dahil olsun[71].

Böylece anayasal yapının önemi açısından cevabı irdelenen soru şu şekilde belirir: Kişisel çıkarlarını takip eden rasyonel bireyler niçin zorunlu işbirliğine dayalı kolektif karar alma süreçleri olan siyasal oluşumlara katılım göstermek, yani devlet faaliyetlerine ve direktiflerine uyum göstermek mecburiyetinde olsunlar? Bu soru hiç de yeni değildir; Locke ve Hobbes gibi pek çok filozofça bir biçimde ele alınmış bir sorudur. İnsanların bu tip bir kolektiviteye dahil olmaları için ortaya çıkacağını umdukları kişisel faydalarının yanında önemli olan bir husus daha vardır. Söz konusu kolektif yapıların kurumsallaştırılmış olması, kolektif karar verme kurallarının önceden belli olması ve kural ihlallerinin etkin bir biçimde cezalandırılması gerekir. Dolayısıyla *hukuki güvenlik* bir önkoşul olarak gözümüze çarpar. Eğer kolektif karar süreçleri düzgün bir biçimde düzenlenmezse, söz konusu süreçlerde etkinlik gösterenler, göstermeyenler üzerinde ciddi *politik negatif dışsallıklar* üretebilir. Kamu ekonomisinde oluşan bu negatif dışsallıkları, en genel biçimde, politik azınlıkların tercihlerinin toplumsal tercihlere yansıtılmaması ve bundan doğan her türlü memnuniyetsizlik biçiminde düşünebiliriz. Böyle dışsallıkların oluştuğu bir toplumsal çevrede ise, sonuç olarak, gerçek manada kamusal tercihlere dayalı

[70] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.18.
[71] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.88-89.

politikaların oluşturulup uygulanması ve ortaya çıkacak toplumsal problemlerin rasyonel bir biçimde çözülebilmesi imkan dahili olmaktan çıkar[72]. Bu durumda, siyasal alan, mübadele perspektifi uyarınca uzlaşmalar üzerinden şekillenen pozitif toplamlı bir oyun alanı olmaktan çıkar ve en iyi ihtimalle sıfır toplamlı bir oyuna, karşılıklı çıkarların arttırılmasına imkan bırakmayan bir güç maksimizasyonu alanına dönüşür[73]. Bu konu örgüsü, kamu tercihi teorisi ile anayasa kuramı arasındaki bağlantıyı daha da görünür kılmaktadır.

Söz konusu önkabuller doğrultusunda Buchanan, devleti ve anayasal yapıyı ekonomik bir zemin üzerinde açıklama gayreti sergilemiştir. James Madison ve Wicksell ile benzer şekilde, devlete kendinden menkul bir kutsiyet atfetmeyen ve devleti bireylerden akılca daha üstün bir varlık biçiminde telakkiyi reddeden bir bakış açısı benimsemiştir[74]. Bu noktada onun, devleti ekonomik sahadaki varlığına atıfla tanımladığını görmekteyiz. "Sorumlu (*responsive*) devlet" ve "aşırı (*excessive*) devlet" ayrımı yaparak, rolü, görevi ve işlevleri gereği ekonomiye müdahalenin cari olduğu sorumlu devletten aşırılaşan boyutlara nasıl geçildiğini iki faktörle açıklar:

(i) politikacıların şahsi çıkarları (fayda ve oy maksimizasyonu vb.) uğruna denk bütçe ilkesini terk ederek, açık harcama ilkesini benimsemesi;

(ii) mali aldanma (*fiscal illusion*) yani seçmenlerin vergi ödemede şuursuz oluşları nedeniyle vergi yükleri karşısında kamu hizmetlerine dönük taleplerini arttırmaları.

Bu iki nedenle devlet büyür ve nihayette "aşırı devlet" ile karşılaşırız. Buchanan bir başka çalışmasında büyüme olgusunu devlete atfedilen iki tip üzerinden, "Koruyucu Devlet" ile "Üretken Devlet" karşılaştırmasıyla tekrarlar. Hobbesçu anarşiden bireysel hak ve özgürlüklerin korunduğu bir aşamaya geçişin temsili olan koruyucu devlet, güvenlik ve adaletle sınırlı işlevini aşıp ekonomik sahaya müdahil (kamusal mal ve hizmetleri arz eden) olmakla birlikte üretken devlete, yani büyüyen aşırılaşan devlete dönüşmüş olur[75].

[72] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.94.
[73] Buchanan, Tullock, **The Calculus of Consent**, s.23.
[74] Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.143.
[75] Aktan, "James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", s.342-344.

Buchanan, toplumsal etkileşimin iki safhasını ayrıştırmanın gerekliliğini vurgular; ilki anayasal kuralların seçimi ile ilgilidir, ikincisi ise bu seçilen kurallar çerçevesinde eylemde bulunma ile ilgilidir[76]. Bunları "anayasa-öncesi" ve "anayasa-sonrası" kurallar seçimi gibi ifadelerle birbirinden ayırır. Anayasa-öncesi kural ve kurumların tespitinde, kartlar henüz oyunculara dağıtılmadan oyun kuralları üzerine müzakere yürütüldüğü için[77] müzakereci kişiler ve gruplar (ellerine henüz kart geçmediği ve neler geçeceğini bilmedikleri için) olabildiğince tarafsız kararlar vereceklerdir. Örneğin "bir birey gelecekte birini öldürmeyi isteyebileceğini bilse bile cinayeti yasaklayan bir kuralı tasdik edecektir. Çünkü böyle bir yasağın olmaması halinde kendisinin öldürülebileceği konusunda daha büyük bir tehlike içinde olacaktır."[78] Bu tip anayasal mahiyette kararlar, bireylerin tarafsız bir bilinçle üzerinde hemfikir oldukları bir doğaya sahiptir. Anayasal kuralların belirginleşmesi sonrasında bireyler anayasa-sonrası kuralları seçip işlem yapma mahiyetinde kararları alarak yaşamlarını sürdürebilirler.

Buchanan kolektif yapıyı kuran anayasal kararların bir ideal olarak oybirliği esasına göre şekillenmesi gerektiğini savunur. Böylece devlet faaliyetlerinin bireyci açıdan rasyonel olduğu iddia edilebilir hale gelir. Bireylerin hangi şartlar altında ve hangi mal ve hizmetler için maliyet yükleneceklerine önceden *rıza* gösterdikleri için *anayasal-sözleşme sonrası*[79] devlet faaliyetlerinin hak ve özgürlüklerine zarar vermediği kabul edilebilir hale gelir ve birbirleri üzerinde negatif dışsallıklar yaratmaları anayasal düzeyde engellenmiş olur[80].

Ekonomik Anayasa tartışmalarının en fazla içerik bulduğu hukuk alanı mali hukuktur. Mali yapı ve vergi hukuku mevzuatının sık değişikliklere, manipülasyonlara ve parlamentoda meydana gelecek değişikliklere bağlı olmaması

[76] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.xvii.
[77] Kart dağıtma örneğini David B. Johnson kullanmaktadır. David B. Johnson, "Anayasal İktisat", (Çev. Hayal Ayça Şimşek), **Anayasal Politik İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2019, İzmir, ss.39-54.
[78] Johnson, "Anayasal İktisat", s.44.
[79] Buchanan siyasal süreci iki aşama olarak değerlendirir: (1) *Anayasal Sözleşme Aşaması:* Hakların taslağı çizilir, kolektif karar almanın usulleri ve mekanizmaları belirlenir. Oybirliği esası vardır. (2) *Anayasal Sözleşme Sonrası Aşama:* Birinci aşamada tanımlanan haklar ve mekanizmalar çerçevesinde kişiler arasındaki mübadele süreçleri düzenlenir. Oybirliği esası yoktur, ilk aşamada belirlenen esaslara, yani anayasaya uygunluk beklentisi vardır. Bkz. Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.xv.; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.101.
[80] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.95.

gerektiği vurgulanır; çünkü vergi hukuku mevzuatındaki belirsizlik vergi sisteminin yararlarını ortadan kaldırır; ekonomik aktörlerin geleceği daha iyi tahmin ederek faaliyet görmelerini engeller, çıkar gruplarının rant arama ve kollama gayretlerini arttırır[81]. Bu noktada Buchanan, Wicksell'den alıntılayarak, "bir kimsenin kendi çıkarlarını gözetmeyen veya onlarla taban tabana zıt bazı faaliyetlerin masraflarını karşılamak için katkıda bulunmaya zorlanmasının" çok belirgin bir "adaletsizlik" örneği olduğunu dile getirir[82].

4.2.4. Kamusal Sermaye Olarak Hukuk ve Sözleşmesel Temelleri

Hukukun, Buchanan'ın genel teorisi içerisinde onun kurumsalcı ve sözleşmeci yaklaşımı nedeniyle metodolojik açıdan büyük önemi vardır. Onun bireyci metodolojisi ve rasyonel seçim teorisinin araçları ile uğraş verdiği çalışma alanında hukuk kurallarının önemi, ayrıca salt bireysel seçimlerle sosyal etkileşimleri açıklamaması, söz konusu seçimlerin belli kural ve kurumlar çerçevesinde yapılması ile ilgilenmesinden kaynaklanır. Ayrıca iyi ve özgür bir sosyal düzenin teşekkülünde anayasal kurumların üzerinde duruşu itibariyle sözleşmeci bir perspektif benimseyen Buchanan'a göre hukuk da "bir sözleşmenin somutlaşması" olarak ve "sözleşme taraflarının arasındaki karşılıklı ilişki" üzerinden tanımlanır[83]. Çünkü ona göre, bir insanın iki tür yasaya uyumu söz konusudur; ilki (etik kurallar manasında) kişinin kendine yasalar koyması (*self-imposed law*), diğeri ise bir sosyal oluşum içinde belli yasalar üzerinde mutabık kalınmasıdır (*agreed on law in social setting*)[84]. Eğer bir topluluktaki kişiler arasında husumet ihtimali söz konusu değilse, orada bir sözleşmeye ve hukuka ihtiyaç yoktur. Hatta aynı sebepten ötürü, orada etiğe de ihtiyaç yoktur, ahlaki bir kodun işlevi de söz konusu değildir.[85].

Hukuka uyma, aklen öngörülebilir ve stabil bir toplumsal çevrenin temini (yani hukukun düzen fonksiyonu) karşılığında, bireyin sözleşme tarafı olmasının kendine yüklediği bir maliyettir; bu maliyet bir tür "özgürlük vergisi"dir ve birey

[81] Aktan, "James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", s.349.
[82] Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.135.
[83] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.136.
[84] Buchanan, **a.g.e.**, s.136.
[85] Buchanan, **a.g.e.**, s.149.

özgürlüğü için bu maliyeti yüklenir ve verili hukuka uyma davranışı sergiler[86]. Bu maliyeti yüklenmesinin nedeni, stabil durumu eğer kendisi bozmayacaksa karşıdaki kişilerin de bozmayacakları kanaatidir. Deyim yerindeyse hukuk bir tür karşılıklı *silahsızlanma* (*disarmament*) bilincinin neticesi olarak ortaya çıkar[87]. Bu yüzden *hukuk*, Buchanan'ın deyimiyle, sözleşmesel köklerinden ötürü "-mış gibi" (*as if*) varsayımları (yani karşıdaki kişi sözleşmeyi bozmayacakmış gibi davranmak) eşliğinde şekillenirken, *hukuka uyma* meselesi de dışsallık ekonomisi yaratan bir çerçeveye oturur.

Hukukun kaynağı konusunda Buchanan, Hayekçi bakış açısını yetersiz görür. Buchanan'a göre, normatif alanın bir kısmı, Hayek'in *nomos* ile kastettiği şekilde kendiliğinden gelişir ve kurumsallaşır. Ancak normatif alanın tümünü ifade etmek için tek başına bu tanımlama yetersizdir[88]. İnsanlar hiç şüphesiz kurucu rasyonel biçimde belli kurumları meydana getirir, belli kurallar üzerinde mutabık kalıp bunlara uyarlar. Buchanan ile Hayekçi perspektifin arasındaki bu fark, Hayek'ten farklı olarak onun sözleşmeci bir bakış açısına sahip oluşundan kaynaklanır.

Bu sözleşmeci bakış açısı Buchanan'ı doğal hukuk düşüncesine ve doğal hak kavramına karşı da mesafeli kılar. Hakların ancak karşılıklılık ilkesine dayalı olarak sözleşmeci bir süreç içinde oluşabileceğini savunan Buchanan, bireylerin karşılıklı rızaları ve anlaşmaları dışında hiçbir normatif ilke vasıtasıyla onların temellendirilemeyeceğini düşünmektedir[89]. Dolayısıyla onun nazarında -Lockeçu doğal hak teorisi gibi- bireylerin ötesinde, aşkın ve tanrısal kaynaklara referansla ortaya konmaya çalışılan meşruiyet kaynaklarının hakkı temellendirmekte herhangi bir biçimde kullanışlılığı ve geçerliliği yoktur. Buchanan tamamıyla dünyevi bir teori ortaya koymaya çalışır. Örneğin hukukun liberal düşünce açısından kilit tanımlayıcı kavramı olan mülkiyet hakkını doğuştan gelen bir hak olarak görmez, rasyonel bireylerin kendi durumlarını iyileştirmek için geliştirdikleri sosyal bir kurum olarak tanımlar[90]. Yani belirleyici olan unsur insan ihtiyacı ve insanın kendi durumunu

[86] Bkz. Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.136, 140-141; Benzer bir açıklama olarak bkz. Buchanan, "İktisat Politikası Anayasası", s.136.
[87] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.139.
[88] Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative,** s.31.
[89] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.69.
[90] Kalkan, **a.g.e.**, s.96.

iyileştirme bilincidir. Bu ihtiyaç ve ihtiyaca göre gelişen bilinci açıklamakta kıtlık kavramını, arz ve talep yasalarını kullanır. Bunu Harold Demsetz'ten naklettiği bir örnek üzerinden verir. Örneğe göre Kanada'nın Labrador kıyılarında yaşayan kızılderililer, avlandıkları bölgeyi ortak bir alan olarak görmekteydiler, ta ki Fransız tacirlerin faaliyetleri sonrasında kunduz derisinin ekonomik değerindeki belirgin artışa kadar. Bu değer artışı, avlanma faaliyetlerini arttırmış, bu da kunduz derisini kıt konuma getirmiştir. Tüm bu durumlar ortak alandan ekonomik olmayacak şekilde faydalanma seviyesini arttırmıştır. Böylece zararları yani eksi ekonomileri (*diseconomies*) içselleştirme vasıtası olarak kızılderililerin ortak mülkiyet anlayışı da özel mülkiyet anlayışına doğru yönünü değiştirmiştir. Demsetz (ve Buchanan) bu tarihi örnekle bir prensibi ortaya koymaya çalışır; hakların yapısındaki karakteristik ve mütemadi bir eğilimi… Bu eğilim, topluluğun yüz yüze geldiği yeni koşullarda sosyal kurumların (dolayısıyla hakların yapısının) en etkin ve verimli duruma doğru dönüşümünü ifade eder[91].

Buchanan için bir toplumda bireyler haklarla tanımlanır. Kişiler, haklara sahip olan ve aynı zamanda hemcinslerinin de haklarla donatılı olduğu bilgisini haiz olan varlıklardır. Hakların tahsisi konusunda devletin nötr davranması gerekir. Ama bu nötrlük koşulu, bir eşitlik nosyonu biçiminde düşünülmemelidir. Buchanan'da eşitlik kavramı yasal-formel eşitlik düzeyindedir, toplumdaki maddi eşitlik yahut eşitsizlik sorunları ile ilgilenmez. Bu durumda devletin "nötr olma koşulu, eşitler arasında eşit muamele olarak değil, eşit olmayanlar arasında eşit muamele olarak yorumlanabilir"; "eşitlerin değil, bireylerin olduğu bir toplumda yaşamaktayız" diye yazar[92].

Hukuk kurallarının birer bilgi taşıyıcısı olmaları hasebiyle bireylerin zihninde, davranış sergileme ve planlar yapabilme açısından, öngörü oluşturan özelliğine Hayek gibi Buchanan da vurgu yapar. Bu yüzden onların sık sık değiştirilmemeleri gerekir. Hatta sık sık değiştirilmeme ilkesi sadece hukuk kuralları için değil, genel olarak "kural" kavramı için geçerli bir özelliktir. Kurallar, değişikliklerin faydaları maliyetlerini aşmadığı sürece değiştirilmemelidir. Bu

[91] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.30.
[92] Bkz. Buchanan, **a.g.e.**, s.16.

görüşleri nedeniyle anayasal iktisatçılar, literatürde "kural muhafazakarları" olarak da anılmaktadır.[93]

Hukuk kuralları, Buchanan'a göre, tek taraflı kazanımlar için değil, karşılıklı faydaların azamide tutulmasına dönük olarak dizayn edilirler[94]. Bu yüzden tekil bir durumda sözleşmeye aykırılık bir taraf için çok daha kârlı olsa da, hukuk kuralı söze aykırılıkları değil, söze bağlılığı himaye eder. Çünkü geniş ölçüde, bu kuralın himayesi sayesinde, sözleşme kavramı korunmuş olur.

Buchanan hukuka yüklediği bu özelliklerden ötürü, onu bir tür kamusal sermaye (*public capital)* olarak tanımlamaktadır [95]:

> Hukukun yapısı, empirik olarak ister formal isterse informal manada tanımlansın, zamansal ardışıklığın birikintisinden meydana gelen toplumsal ve kamusal bir sermaye yığınını temsil eder[96].

Hukukun -etkin olmaması manasında- devamlı ihlal edilişi ve toplumsal sözleşme mahiyetindeki anayasal kurumlarda yapılan sık değişiklikler, bir kamusal sermaye olarak hukukun doğasına aykırı, onu bozucu durumlardır. Çünkü sermaye özelliği, hukukun bireyler-arası ilişkilerde istikrar (*stability*) sağlayabilme ve ihtimal hesaplarına yanıt verebilme yeterliliğinden ileri gelir. Bu durumsa hukukun ancak olgunlaşması durumunda mümkündür[97].

Buchanan *The Limits of Liberty* isimli kitabında, hukuku kamusal mallar (*public goods*) ile özellikleri itibariyle karşılaştırır. Hukukun, tıpkı bir deniz feneri gibi, kamusal mallara pek çok benzerliğinin yanında en göze çarpan farklılığı, diğer kamusal malların aksine kendini fiziksel cebir vasıtasıyla uygulatmasıdır.

---

[93] Johnson, "Anayasal İktisat", s.43, dn.19.
[94] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.157.
[95] Bkz. Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.136-164; Buchanan, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective: Comment", s.905.
[96] Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.156.
[97] Buchanan, **a.g.e.**, s.156-164.

4.3. HUKUK VE EKONOMİ BAĞLAMINDA VIRGINIA OKULU

4.3.1. Hukuka Fonksiyonalist Bir Yaklaşım olarak Virginia Okulu

Virginia Okulunun ele almış olduğumuz diğer iki okul Chicago ve Avusturya yaklaşımları ile ciddi entelektüel bağları söz konusudur ve bu bağların bir kısmı hukuk ve ekonomi bağlamı içinde gelişmiştir. Ayrıca bu üç okul, 20.yy. liberalizminin önemli bir kanadını temsil eden neoliberalizmin üç esaslı yaklaşımını temsil eder. Bu neoliberal üçgen incelendiğinde, bağlarının pek çok noktada kurulduğu fark edilecektir; hem iktisadi yönden hem de neoliberal hukuk düşüncesinin oluşumu yönünden bu bağlar önemlidir.

Üç okulun uyumlu oldukları noktalar sorgulandığında üçünün de arz yanlı iktisadi teoriler (*supply-side theories*)[98] olmaları dikkat çeker. Gerek Keynesçiliğe gerekse refahçı paradigmaya ve dirijizme yani devlet müdahaleciliğine karşı ortak bir reddiye geliştirmişlerdir[99]. Bunun dışında üç okulun da metodolojik açıdan bireyci bir postüla kurulmaları bir başka ortak noktalarıdır[100]. Ayrıca, tümünün devleti sınırlama gayesine farklı gerekçelerle de olsa katkı sunduğunu görmekteyiz. Avusturya iktisatçıları bunu bilgi problemi çerçevesinde gerekçelendirirken, Chicago okulu iktisatçıları konuya etkinlik meselesi üzerinden yaklaşır. Virginia çevresi ise konuya bir başka noktadan yaklaşmış, bu da davranışçılığın bürokratik alana yansıtmakla ortodoks devlet teorisini daha önce sarsma gayreti göstermiş Knut Wicksell'in tezinin güçlendirilme yönünde olmuştur. Bu teze göre; devlet, sadece ve sadece kamu yararına çalışan, tarafsız bir sorun çözücü makine değildir. Kendi kişisel çıkarları peşinde koşan çok sayıda bireyin etkileşimi neticesinde siyasal çıktılar meydana gelir[101]. Buchanan, Wicksell'in bu tezinden etkilenmiş ve devletin küçültülmesi meselesini, onun, özü gereği bireysel çıkarlar kovalayan bürokratların elinde sanki herşeyi kamu çıkarına evrilten mucizevi bir mekanizma, "iyiliksever bir diktatör" olarak görülemeyeceğini ve bu şekilde meşrulaştırılamayacağını iddia

[98] Bu yaklaşıma göre, arz-talep dengesi arz tarafından belirlenir ve her arz kendi talebini doğurur. Engle, "Law and Economics", s.35.
[99] Değerlendirme olarak bkz. Engle, "Law and Economics", s.35-36,41,50; Barry, "Yeni Liberalizm", s.316; Kalkan, **James M. Buchanan**, s.19.
[100] Barry, "Yeni Liberalizm", s.316.
[101] Kalkan, **James M. Buchanan**, s.17-18.

etmiştir. Bu itibarla, her üç okul da kamu yararı kavramına, ortodoks devlet anlatılarından çıkmış bir mit gözüyle bakar. Fakat Hayek, özel hukuk toplumunu tasarlama gayesi güder, Chicago yaklaşımı ise hukuka piyasa mekanizmasını taklit misyonu yüklerken, Virginia iktisatçılarının "kamu" kavramını nispeten ve çok çeşitli şerhler düşerek korumaya meylettiklerini görürüz. Kamunun, dikkatsiz veyahut bilinçli bir biçimde kişisel çıkara dönük harcamalar yapan politikacıların elinden kurtarılması üzerine söylemlerini geliştirirken, esasen liberalizmin devletçi çözümleri terk etmemekte direnen kanadının eleştirisini yaparlar[102]. Bu nedenle, esasında kendi anayasal analizlerini politik-ideolojik açıdan nötr biçimde takdim etseler de, sosyal-refah devleti yaklaşımlarının aleyhine ve belli bir ideolojik görüş doğrultusunda, devletin ekonomik küçülmesini anayasal normlara sıkıştırdıkları gerekçesiyle eleştiriye uğrarlar[103].

Virginia ile Avusturya yaklaşımları arasında önemli entelektüel bağlar bulunmaktadır. Buchanan'ın, eserlerinde, Avusturya iktisatçılarının -özellikle de Hayek'in- düşüncelerine çok fazla atıf ve değerlendirme yapması onun Avusturya okulundan ciddi derecede etkilendiğini göstermeye yeter[104]. Aynı şekilde Avusturya iktisat okulunun temsilcileri için de anayasal tartışmalara ekonomik düşünce penceresinden yaklaşım ilgi çekici olmuştur. Sanayi Devriminin -ortaya çıkardığı kitle üretimi ile- kitle ihtiyaçlarını karşılamayan piyasa aktörlerinin piyasada tutunamayacağı gerçeğini ortaya koyduğunu iddia eden Mises, bu iddiasıyla bir yandan tüketicinin egemenliği prensibini temellendirmek istemiş öte yandan "*her penny bir oy*" diyen Frank A. Fatter'i anarak, anayasal ilişkilerin piyasa modeli

[102] Collins, **Sosyolojide Dört Ana Gelenek**, s.130.

[103] Ekonomik Anayasa Yaklaşımı, Türkiye'de hukukçularca yeteri düzeyde incelenmemiş olmakla beraber, Necmi Yüzbaşıoğlu, Kemal Gözler, Nurşen Caniklioğlu, Ergun Özbudun ve Bakır Çağlar gibi hukukçularca özetle şu ortak noktadan eleştiriye uğrar: Buna göre, anayasal iktisat, toplumun en dinamik alanı olan ekonomik sahanın işleyişini ve düzenlenişini sadece belli bir ekonomi-politik ideoloji doğrultusunda anayasal normlara hapsetmekte, demokratik yollarla gelen siyasal iktidarların oylanmış ekonomi programlarını rahat uygulayamamalarına, dolayısıyla her istenmeyen durumda anayasanın siyasilerce bir günah keçisi haline getirilişine zemin hazırlamaktadır. Söz konusu eleştirilerin tümü, eleştirilerin eleştirisi mahiyetindeki Aktan'ın şu eserinde bulunabilir: Coşkun Can Aktan, **Türkiye'de Anayasal İktisat: Eleştirel Görüşlerin Eleştirisi**, Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.8-31.

[104] O'Neill, **Piyasa**, s.214; Doherty, **Radicals for Capitalism**, s.469, Marciano, "Buchanan versus Posner", s.190.

çerçevesinde ele alınması ve düzenlenmesi fikrine işaret etmiştir[105]. Hayek de anayasal iktisat olarak adlandırılan ekolü, 1984 yılında yapılmış bir sempozyumda ekonomi biliminde bugüne kadar gördüğü gelişmelerin en önemlilerinden biri olarak tarif ederek, kendisiyle bu okulun amaç yönünden uyumluluğunu vurgulamıştır[106].

Virginia ve Avusturya okulları arasındaki en büyük farklılık, Virginia Okulunun serbest bir piyasa düzeninin kural ve kurumlarının *kendiliğinden* ortaya çıktığı düşüncesini reddetmelerinden öte gelir.[107] Hayek'in tam tersine Buchanan ve diğer kamu tercihi teorisyenleri, toplumun hem hukuki hem de kurumsal yapısını yönlendirecek anayasaların, vatandaşların bilinçli gayretleriyle ideal şeklini alacağını savunarak sözleşmeci anayasacı (*contractarian constitutionalist*) bir yaklaşımı savunurlar ve bu da Hayek tarafından "kurucu rasyonalist" olarak nitelendirilip eleştirilen bir bakış açısıdır[108]. Buna karşılık Buchanan ise Hayek'in evrimci perspektifini eleştirerek[109], sosyal organizasyonun kural ve kurumlarının tespiti noktasında diyalog, uzlaşma, konsensus ve sözleşme kavramlarına büyük önem verir. Hatta Hayek'i, o her ne kadar muhafazakar olmadığını söylese de, bir çeşit muhafazakar olduğu noktasında eleştirir[110]. Toplumsal düzenin temel kurumlarının hem açıklanması hem de haklılaştırılması açısından onun salt kendiliğinden-evrimci bir perspektifi benimsemesi ve diğer tüm açıklama çabalarını kuruculuk (*constructivism*) olarak yaftalamasının da bir nevi muhafazakarlık olduğunu iddia eder.

Virginia okulunun Chicago okulundan etkilenimi bizzat kurucu Buchanan'ın bir dönem Chicago üniversitesinde bulunuşu ve Frank Knight'ın ciddi tesiri altında oluşundan öte gelir. Devlet müdahalesi karşıtlığının bir türevi olan regülasyon-karşıtlığı, bu iki yaklaşımın en görünür benzerliklerinden biri olmakla birlikte

[105] Bkz. Ludwig von Mises, "Özgürlük ve Mülkiyet", (Çev. Can Madenci), **Piyasa**, Sayı:10, Bahar-2004, ss.87-103, s.91.
[106] Friedrich August von Hayek, "Anayasal İktisat Üzerine Düşünceler", (Çev. Tekin Akdemir), **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.291-293.
[107] Barry, "Yeni Liberalizm", s.315-316.
[108] Barry, a.g.e., s.316; Aktan, **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, s,154.
[109] Buchanan, **Limits of Liberty**, s.211.
[110] Hatta Buchanan'ın "Neden Ben De Muhafazakar Değilim?" (Why I, Too, Am Not a Conservative?) başlıklı kitabı, 1960 yılında "Neden Muhafazakar Değilim?" başlıklı bir makale yayımlayan Hayek'e eleştiriyle, onun evrimciliğini paylaşmayan herkesi kurucu olarak olumsuz manada etiketlemesi hatasına vurguyla başlar. Bkz. Buchanan, **Why I, Too, Am Not a Conservative**, s.10.

detaylarda bir takım uyumsuzlukları da söz konusudur[111]. Bir diğer önemli farklılıkları ise Chicago'nun iktisadi işlemleri değer, Virginia okulunun ise mübadele kavramlarını merkeze alarak okumasıdır.

Virginia Okulunun kamu tercihi teorisi ve anayasal iktisat yaklaşımları çerçevesinde esasen politikanın ekonomik analizine odaklanmış olması, onun hukuk kuramı açısından değeri olmadığı anlamına gelmez. Kamusal tercihlerin optimal taşıyıcısı mahiyetinde kurumsal yapılanmaları, anayasal bir perspektif içinde oluşturmaya çalışması, okulun hukuk teorisine ana sarkacını meydana getirir. Bunun dışında hukuki alanın ekonomik bir içerikle ele alınma girişimlerine dönük eleştirel bir içerik de barındırır. Hukukun ekonomik öğretisi içinde Virginia Okulu, "Fonksiyonalist Okul" olarak adlandırılmaktadır. Bu okulun ne tam olarak Chicago Okulu gibi pozitivist ne de Yale Okulu gibi tam olarak normativist olduğu, her ikisine karşı şüpheci ve ihtiyatlı olduğu belirtilir[112]. Pozitivist okulun genelleştirilmiş etkinlik hipotezine ve *common law* fetişizmine eleştiri getirir. Çünkü hukuk, bir gerçeklik olarak salt *common law* formunda ifade edilemez; dolayısıyla idare hukuku ve yasama gerçeği söz konusu olduğunda etkinlik kavramının ne derece genelleştirilebilir ve güvenilir bir hipotez addedileceği tartışmalı hale gelmektedir[113].

Normativist New Haven (Yale) yaklaşımına ise, onun *common law* dışında hukuk kaynak ve olanaklarına (yasama ve idari regülasyonlara) başvuruyu açık tutmanın da ötesine geçerek, *ad hoc* düzeltici politikaları ve hukuki müdahaleciliği savunduğu gerekçesiyle eleştiri getirir. Hatta bu noktada eleştirilerini, pozitivist okul eleştirilerine kıyasla daha yüksek sesle dile getirir ve normativistlere karşı pozitivistlerle aynı safta yer alırlar[114]. Dolayısıyla Virginia yaklaşımı, söz konusu eleştirel tavrı vesilesiyle, diğer iki okulun teorik noksanlıklarının açığa çıkarılışı açısından etkili olduğu söylenebilir.

---

[111] Üretim faaliyetlerinin çevreye dönük negatif dışsallıkları konusunda uyumsuzdurlar. Chicago Okulu, bu sorunların çözümünde müşevvik temelli (*incentive-based*) piyasacı çözümlerin kullanılması taraftarı iken, Buchanan ve Tullock işlem maliyetleri teorisini kullanmış ve devletçi merkezi kumanda sisteminin regülasyonlarının çevre politikalarında daha etkin olduğunu savunmuştur. Tartışma için bkz. Kalkan, **James M. Buchanan**, s.31

[112] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.265-266; Klick, Parisi, "Functional Law and Economics", s.104, 106.

[113] Klick, Parisi, "Functional Law and Economics", s.107.

[114] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.265.

Eleştirel boyutun dışında Fonksiyonalist Virginia Okulunun hukukun ekonomik öğretisine, kendi karakterini ortaya koyarak sunmuş olduğu katkısı, hukukun şekillenişinde etkili olan politik hataların (*political failures*) açığa çıkarılması uğraşı dolayısıyladır[115]. Bunu ağırlıklı olarak yasama faaliyetinin politik hatalara açık yapısı üzerinden ve kuralların oluşturulması safhası açısından ortaya çıkarmaya çalışır[116]. Ayrıca Virginia Okulunun sunduğu bakış açısına göre, kamusal boyutta karar verici (*public decision making*) konumdaki (yasama ve yürütme içindeki) tüm pozisyonlar gibi yargıç da mesleki faaliyetini yürütürken kamu çıkarından daha öncelikli bir biçimde kendi çıkarını (prestij, güç, kariyer, para, meslek-içi yükselme vb.) düşünür ve *kamu yararı miti* bu noktada da hataların ayıklanması önünde bir başlıca engel olarak değerlendirilir[117].

4.3.2. Posner – Buchanan Tartışması

Buchanan, kendisini bir şekilde Chicago geleneğine dahil etmekle birlikte, yine bu gelenek içinde sayılan Posner'in hukuku ekonomik analizine dönük ciddi eleştiriler dile getirir. Onun hukuka ve yargı kurumlarının faaliyetine yüklediği işlevin, bir anayasal demokrasinin temel kurumları için hatalar üreten bir karışıklığa dayandığını dile getirerek, bu kurumlar arasındaki işlevsel farklılıkları vurgular:

> [Bir anayasal demokrasinin temel yapısı] şu unsurlar arasındaki kavramsal ayrımı bünyesinde barındırmalıdır: (1) kişi ve grupların bir şeyi yapma haklarını ve kolektif kararların meydana getirileceği kuralları tanımlayan *anayasa*; (2) haklar ve kurallar seti içerisinde çatışan taleplerin yargılanacağı *hukuk kurumları;* ve (3) olağan yasama çeşitliliği içerisinde "kamu iyiliğini" arttırdığı farzedilen *kolektif karar alma sürecinin gene anayasada düzenlenmiş kuralları*. Sözleşmesel süreçler, ideal olarak (1) ve (3)'ü karakterize eder ve her ikisi birden, yapının farklı unsurlarının bittabi makulen tanımlanmış etkinlik ve maksimum değer kriterlerini sağlaması gereğine rağmen "yasama" olarak yorumlanabilir. Problem ise yargıçların

[115] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.265
[116] Bu noktada anayasal iktisatçıların, kuralların inşasında yasama ve bürokrasi süreçleri içerisinden çıkan engelleri incelemelerine rağmen işin hukuk sistemi ve yargı bürokrasisi safhasında beliren olumsuzlukları ve anayasa-sonrası işlemsel süreçlerin dinamikleri üzerine hakettiği ölçüde yoğunlaşmadıkları yönünde eleştiriler mevcuttur. Bkz. Johnson, "Anayasal İktisat", s.48-51.
[117] Krecké, "The Figure of the Judge in Law and Economics", s.268.

> (2)'deki rollerini terk edip (1) ve (3)'teki süreçlere, yani anayasa-yapımı ve "kamusal iyiliğin" üretimi süreçlerine, müdahale etme girişimleri söz konusu olduğunda ortaya çıkar.[118] (v.e.)

Buchanan'a göre, ne "Posner Mahkemesi'nin *azamileştirilen değeri*" ne de "Warren Mahkemesi'nin *sosyal adaleti"*[119] bir hukuki muhakeme kriteri olabilir. Bunların ikisi de yargı gücünün "hukuku-aşan" (*extra-legal*) işlevselliği ve aşırılığının örnekleridir[120]. Mahkemelerse, bu örneğin tersine, *var olanı* korumakla mükelleftir, aslî biçimde bir olasılığı arttırmak ya da azamileştirmek yahut bir durumu restore etmekle değil [121] . Hukuki yorum faaliyeti çerçevesinde, "bulanıklıkları giderebilir, belirlilik ve kesinliğe hizmet edebilir ve gri alanda beyaz ve siyah çizgileri çekebilirler" [122] ; ama sadece "yorum" ve "*varolan* kuralları uygulamakla" yükümlüdürler[123]. Bu görüşleri dolayısıyla Buchanan çizgisi "kural-muhafazakarlığı" olarak adlandırılan bir bakış açısı içerisinde değerlendirilir.

Posner, Buchanan'ın 1974 tarihli "Good Economics - Bad Law" isimli makalesinde hukukun araçsal kullanılamaması gerektiği görüşüyle, birtakım neo-Avusturyalı iktisatçıyla (ki burada öncelikle Hayek kastedilmektedir) benzer görüşlere sahip olduğu değerlendirmesi yapar ve bu görüş hukukun normatif ekonomik analizini dışlayan bir kapıya çıkar. Fakat Posner hukukun pratik doğası itibariyle söz konusu normatif önermelerle ilişkili tutulmaksızın, salt pozitif tespitlerle kendi kendini onarıp güncelleyemeyeceğini, bu yüzden normatif analizin bir mecburiyet olduğunu ifade eder[124].

---

[118] Buchanan, "Good Economics – Bad Law", s.491.
[119] Yargı faaliyetinin meşru sınırları açısından Buchanan, Warren Court olarak ifade edilen Earl Warren'in başyargıçlığı dönemindeki (1953-1969) Yüksek Mahkeme'yi, aktivizmi için değil fakat anayasal demokrasinin temel yapısıyla tümüyle tutarsız olduğu için trajik bir dönem olarak değerlendirir. Bkz. Buchanan, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective: Comment", s.904.
[120] Buchanan, "Good Economics – Bad Law", s.492; Bir değerlendirme olarak bkz. Liebhafsky, "Price Theory as Jurisprudence", s.25.
[121] James M. Buchanan, "Contractarian Political Economy and Constitutional Interpretation", **The American Economic Review**, Vol.88, No.2, 1988, ss.135–139, s.139.
[122] James M. Buchanan, "Politics, Property, and the Law: An Alternative Interpretation of Miller et al. v. Schoene", **Journal of Law and Economics**, Vol.15, No.2, 1972, ss.439–452, s.442.
[123] Buchanan, "Contractarian Political Economy and Constitutional Interpretation", s.137.
[124] Posner, "The Law and Economics Movement", s.6.

Anayasal iktisatçıların, anayasal süreçlere ilişkin politik hata paylarını çok çeşitli yönlerden incelemelerine rağmen, hukuk kurallarının oluşumunda yargı bürokrasisi içindeki hataları yeterince incelemedikleri yönünde eleştiriler söz konusu olsa da Buchanan'ın yargı alanı üzerine bu konuyla ilişkili bir takım değerlendirmeleri bulunmaktadır ve bu değerlendirmeler de yine Posner okumaları eşliğinde şekillenmiştir. Yargının bağımsızlığının ve fonksiyonunu yerine getirişinin anayasal demokrasi kurumları ile tutarlılığının sınanması, Buchanan'ın yargı faaliyetine dair düşüncelerinin arkaplanını oluşturur[125].

Yargı bağımsızlığı ve yasal mevzuatın değiştirilmesi süreçleri konusunda Posner ve Landes gibi Chicago eksenli yazarların çıkar grupları teorisine dayanan görüşlerini genel olarak Buchanan da paylaşır. Tıpkı yasama ve yürütme güçleri gibi yargı mensuplarının da mistik bir kavram olan kamu çıkarının eşsiz birer savunucusu gibi telakki edilmesini ve yargısal kararların alınışında etik ilkelerin belirleyici olduğuna dair romantik kurguları tenkit noktasında Posner ve Landes ile hemfikirliğini dile getirir. Bu tenkit, çıkar gruplarının yasama ve yürütme gibi yargıya da tesir ettikleri gerçeğine dayanır ama Buchanan, bu gerçekliğe rağmen, söz konusu etkinin yargı faaliyetlerinin tümünü içine alacak derecede asla genelleştirilemeyeceğini söyler. Bu ihtiyatlı bakış açısının, Posner ve Landes tarafından da olumlanacağını düşündüğünü belirtir[126]. Fakat bir noktada Posner ve Landes ile ayrışır. Tüm hukuki ve siyasi düzenin "oyun kuralları" olarak zikrettiği anayasal mahiyetteki kuralların ne olağan yasama faaliyeti ile ne de yargı eliyle değiştirilebileceğini dile getirir, çünkü Buchanan'a göre olağan yasama faaliyetinde genellikle çıkar gruplarının rekabeti ve çoğunlukçu oylama kuralları söz konusudur ve önemli kural değişikliklerinde bu alelade rekabeti aşan uzlaşımlar ve özel gündemlerle ele alınmalıdır[127].

[125] Buchanan, "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective: Comment", s.905.
[126] Buchanan, a.g.e., s.903.
[127] Buchanan, a.g.e., s.904.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİ VE TOPLUM KURAMI

5.1. TOPLUMSALIN İKTİSADİ KAVRANIŞI ÜZERİNE

5.1.1. Toplumsalın Ekonomik Kavramlarla Tanımlanması

Hukukun ekonomik öğretisi kapsamında ele almış olduğumuz üç okulun, metodolojik bireyci formasyonlarından ötürü, bir toplumsal teori üzerinde temellenip biçim kazandıklarını söyleyebilmek güçtür. Bu yüzden hukuka ekonomik yaklaşımın sosyolojik ve emprik arkaplanı zayıftır. Hukuk ve ekonomi öğretisinin sosyal teoriyle kesişimi üzerinde (hukukun iktisadi sosyolojisi kapsamında) çalışma yapma gayretindeki Richard Swedberg bu konuda şöyle der:

> Hukuk ve ekonomi literatürü, hukukun iktisadi sosyolojisi disiplininin yaptığı gibi, hukuk fenomenine empirik ve sosyolojik bir çerçevede yaklaşmamıştır. Onun yerine, analizlerinde, ağırlıklı bir biçimde neoklasik ekonominin mantığına dayanmıştır. Doğası bariz biçimde normatiftir; yargıçların nasıl davranması gerektiği yahut yasakoyuculuğun nasıl işlemesi gerektiği gibi soruları sorar ve cevaben genellikle zenginliğin azamileştirilmesi (Posner) gerektiğini savunur.[1]

Bu yüzden öğretinin sosyal teoriyle bağını kurma çalışmaları ikincil kaynaklara kalmış vaziyettedir. Ancak bu bağların, zorlama gayretlerle kurulduğunu söyleyemeyiz, çünkü birincil kaynakların içeriğinin gölgeli alanından sosyal teoriye uzanan çokça bağlantıya rastlamak mümkündür. Bunların bir kısmına ilk bölümde değinmiştik; kökleri Roma ticaretine uzanan ortaçağ ticaret dünyası, tacir cemaatinin kendi aralarında geliştirdiği hukuk, Adam Smith'in erken moderniteye uzanan kent ile kır toplumu çatışması üzerine anekdotları, İskoç Aydınlanmasının kendiliğinden sosyal düzen kavrayışı, Manchester liberallerinin merkantilizm-liberalizm kıskacında ele aldığı sanayileşen toplum gibi içeriklerle, hukukun ekonomik bir bakış açısıyla

[1] Swedberg, "The Case for An Economic Sociology of Law", s.1; Benzer biçimde bkz. Richard Swedberg, **Principles of Economic Sociology**, Princeton University Press, 2003, Princeton, Oxford, s.189.

kavranma gayretinin tarihsel süreçteki görünümlerinin sosyal tarih ve teoriyle temas noktaları işaretlenmeye çalışılmıştı. Bugüne ilerlediğimiz vakit, sosyal teoride karşımıza çıkan daha pek çok başlığın hukuk ve ekonomi bağlamında biçimlendiğini yahut bu konuda ciddi bağlantılar içerdiğini görebilmek hiç de güç değildir: bu başlıklar arasında neoliberal toplum teorisi, küreselleşme, rekabet toplumu, risk toplumu, tüketim toplumu, post-modern toplum kuramı ve hatta sanayi 4.0 ve ağ (network) toplumu gibi belli başlı başlıkları zikretmek mümkündür. Hukuka ekonomik yaklaşımın bu tür sosyal teoriye uzanan açılımları üzerine çalışmalar uluslararası literatürde her geçen gün biraz daha artmaktadır. Bizim bu bölümdeki bağlamımız, kuşatıcı yapısından ötürü neoliberal toplum teorisi merkezli olacaktır. Bu başlığı merkeze almamızın bir diğer nedeni çalışmamızın omurgasını oluşturan üç okulun, hem hukukun ekonomik öğretisinin hem de neoliberalizmin üç temel yaklaşımını temsil etmesinden ileri gelir.

Hukukun ekonomik yaklaşımın toplum kuramıyla temas noktalarına dair vurgulanması gereken bir diğer husus, bugünkü haliyle söz konusu yaklaşımın, kapitalist toplumu açıklama ve anlama odaklı sosyolojik yaklaşımlarca kontürlerinin çekildiğidir. Kapitalist toplum kuramı, bir eğilim olarak, *toplumsal yapı* kavrayışı içerisinde hareket etmek, yani toplumun belli başlı "kısıt" durumları üzerinden kavranması yerine, toplumu -temel ögeleri kabul edilen- bireylerin davranışlarının çoğalışı üzerinden kavranması, başka bir deyişle toplumun mikro düzeydeki eylemlerin bir araya gelmesiyle varlık bulduğunun kabulüne dayanır[2]. Yapısalcı perspektifin aksine ikinci bakış açısı, toplumsallığın incelenmesinde çıkış noktası olarak insan eylemini esas alır. İlk bakış açısı "normlar, kurumlar, örgütler ve başkaca toplumsallık biçimlerini tekil insanların seçişleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri anlamında bilinçdışı oluşmuş birer kısıt (*constraint*) sistemi, ikincisi ise bilinçli insan edimlerinin ürünü olan ve özgürlüğe olanak hazırlayan kurumlar sayma eğilimindedir."[3]

[2] Bkz. George Ritzer, **Modern Sosyoloji Kuramları**, (Çev. Himmet Hülür), Deki Yay., 2012, Ankara, s.40, 42; Randall Collins, **Sosyolojide Dört Ana Gelenek**, (Çev. Ümit Tatlıcan), Sentez Yay., 2015, İstanbul, s. 130; Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.283.
[3] Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.358.

Kapitalist toplum teorisinin yapısalcı bakış açısıyla uyumsuzluğu dışında bir başka özelliği, 19.yy. İngiliz sosyoloji geleneğinden gelme bir anlayış olan *düzeltimciliktir*[4]. Toplumsal sorunların ıslahına dönük olan bu yaklaşım, toplumsal şiddet ve devrimin engellenerek sistemin reformasyonuna dönük *pratik* bir bakış açısı sunar. Temelde sosyalist ve Marksist anlayışları ve bunların toplumsal fenomenleri eşitsizlik ve toplumsal sınıflar üzerinden -çatışmacı bir perspektiften- okumasını olumsuzlayan bu düşünce, *evrimci* bir yaklaşım benimser[5]. Ayrıca Ritzer'in ifadesiyle düzeltimciliğin, Agamben'in *Quesney Teoremi* olarak tarif ettiği[6] modern yönetimselliğin *sonuçsalcı* doğası ile benzer mahiyette olduğunu belirtmek gerekir; burada *toplumsal sorunların nedenleriyle uğraşmak yerine, sonuçların ve etkilerin idaresi* üzerine yoğunlaşılmıştır. Ve bu anlayışın tatbik edilmesinin, nedenlerle uğraşmaktan daha az maliyetli olduğu, sonuçsalcı, pragmatik ve ekonomik bir karakter taşıdığı düşünülmektedir. Ayrıca bu anlayış, en baştan müdahaleci ve planlamacı bir mantıkta olmaktan ziyade kendiliğinden düzen ve *laissez faire* felsefesi ile de uyumlu kabul edilmektedir. Abu yüzden piyasa kavramına da toplumsal düzenin ve uyumun kaynağı olarak anlam yüklemektedir[7].

Sonuçsalcılık Posner'da, planlamacı müdahale karşıtlığı ise Hayek'te çok bariz biçimde görünen düşünsel unsurlardır. Dolayısıyla yukarıda arz olunun düzeltimci liberal yönetim anlayışının izleri çok çeşitli mecralarda sürülebilir. Buna rağmen ele almış olduğumuz üç ekonomik hukuk yaklaşımı arasında sosyal evrenin tasavvuru açısından görünür bir farklılığın olduğu da dile getirilir. Buna göre Avusturya ve Virginia ekonomik hukuk yaklaşımları "mübadele" kavramı odaklıdır; toplumsal düzeni bir mübadele sahası olarak tasavvur edip hukuk-ekonomi bağlamını bu tip bir toplum tasavvuru üzerine inşa ederler. Chicago yaklaşımı ise mübadeleden

[4] Ritzer, **Modern Sosyoloji Kuramları**, s.40-42.
[5] Bununla birlikte, evrim ile reformun aynı olmadığını da belirtmek gerekir. Belki ikisi de devrim ve köklü toplumsal değişimlerin dışındadır ama evrimin Spencercı yorumu olan "güçsüzlerin yok olması" kanunu, reform ve ıslah fikrinin de dışında sayılır, çünkü ıslah fikri üzerine kurulu düzeltimcilikte bozulan toplumsal ögelerin düzeltilmesi, düzeltilerek yaşatılması fikri vardır. Yani meselenin politik uzantısının müdahaleci liberalizm ile müdahale-karşıtı liberalizm ikiliği üzerine kurulu olduğu söylenebilir. Tartışma için bkz. Ritzer, **Modern Sosyoloji Kuramları**, s.43-44, 51. Ayrıca bkz. Collins, **Sosyolojide Dört Ana Gelenek**, s.129, 130.
[6] Giorgio Agamben, "For A Theory of Destituent Power", criticallegalthinking.com (05 February 2014), par.7, Açık Erişim: http://criticallegalthinking.com/2014/02/05/theory-destituent-power/
[7] Ritzer, **Modern Sosyoloji Kuramları**, s.39; Hayek'in negatif test kavramı da bu türden bir bakış açısı içerir. Bkz. yuk., s.180-181; Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.267

ziyade toplumsallığı tanımlayan iktisadi elementler olarak "değer" ve "rekabet" kavramları çevresinde yoğunlaşır[8]. Benzer bir biçimde ayrıntısını ele alacak olduğumuz neoliberalizmin de klasik liberalizmin mübadele kavramı temelli biçimlenen sosyo-ekonomik düzen paradigmasından rekabet paradigmasına geçişi ifade ettiği dillendirilir. Bu yüzden öncelikle bu iki kavramın toplumsal düzeni ele almadaki kullanışlılığı üzerine kısa bir giriş yapmak anlamlı olacaktır.

5.1.2. Bir Mübadele Sahası Olarak Toplum

Hukuk ve ekonomi bağlamının sosyolojik boyutunu ilgi edinen hukukun iktisadi sosyolojisi disiplini hukuki, ekonomik ve toplumsal ilişkiler kümelerinin araştırılması ve aralarındaki bağların belirginleştirilmesi açısından işlevleri itibariyle belli başlı kavramların gücünden faydalanmıştır. Hukukun ekonomik çerçevesini çizen ve bunun sosyal teoriyle bağını kuran temel kavramların başında, daha önce de çok kez ifade ettiğimiz üzere, mülkiyet gelir. Hem hukuki hem de ekonomik bir kavram olan mülkiyet, tarih boyunca toplumsal sınıf ve statüler için belirleyici öge olmuştur. Yüzyıllar boyu miras ile beraber mülkiyetin intikali, aynı zamanda toplumsal iktidarın da intikalini belirleyen kuralları biçimlendirmiştir[9]. Marx'ın hukuki boyutundan ziyade toplumsal anlamına odaklanarak "üretim ilişkileri" kavramının altında incelediği ya da Weber'in bir kimsenin herhangi bir şeyi kendine mal etmesinin (*appropriation*) toplumsal onayı şeklinde düşündüğü kavram mülkiyettir. Weber'e göre bir kimse bu şekilde bir şeyi kendine mal ettiyse bu bir haktır; bu eğer miras yoluyla naklolmuş ise "mülkiyet", aynı zamanda alınıp satılabilme hakkını da içeriyorsa "serbest mülkiyet"tir[10]. Polanyi, kapitalizmin gelişim dalgaları olarak emek gibi toprağın da metalaşma sürecini (Weber'in deyimiyle serbest mülkiyet halini alış sürecini) ele alırken, kavramla beraber toplumsal ilişkilerin de değişimini vurgular. Bu kavramların değişimiyle beraber artık Weber, Spencer ve Maine gibi yazarların vurguladığı şekilde, toplumsal ilişkiler

[8] Benzer şekilde bkz. Vatter, "Foucault and Becker", s.67,71.
[9] Yüzyıllar boyu etkinliğini sürdürmüş olan ilk doğan çocuğun hak sahipliği kuralı (the rule of primogeniture) sosyal ilişkileri doğrudan belirlemiştir. Tocqueville bunun aristokratik bir kural olduğunu, miras eşitliğinin ise demokratikleşen toplumlara uygun bir kural olduğunu belirtir. Swedberg, **Principles of Economic Sociology**, s.205-206.
[10] Swedberg, **a.g.e.**, s.202-203.

statülerin belirleyiciliğinden çıkıp, amaçsal ve rızai mübadele süreçlerinin güdümü altına girmiştir.[11] Bu yüzden *toplumsal* olanın ve toplumsal ilişkilerin tanımlanışı açısından mübadele kavramının merkezi önemi söz konusudur.

İnsanoğlunun mübadeleci karakterinin tarihi, izleri sürülemeyecek kadar eskilere uzanır. Bedenî ve aklî yetileri mükemmel olmayan, dolayısıyla kendi kendine yetemeyen bir varlık olarak insan, hemcinsleri ile birlikte yaşamış, ihtiyaçları çerçevesinde çok çeşitli varlıkları onlarla değiş tokuş etmiştir. Antropolog Levi-Straus, toplumsal ilişkileri kadınların, malların ve seslerin değiş-tokuş süreçleri üzerinden açıklarken, bir yandan mübadelenin toplumsal ilişkileri kurucu vasfına temas eder, diğer yandansa mübadelenin kurucu ögesi olan bir ilkeyi gözler önüne serer: karşılıklılık ilkesi (*principle of reciprocity*). Özgecil, aile-içi ve verilenin karşılığında belli bir süre içinde ve denk bir karşılığın beklenmediği ilişki biçimleri *genelleştirilmiş karşılıklılık* olarak ifade edilirken; (genellikle aile-dışı ve uzak toplumsal ilişkilerdeki) mübadele süreçlerinde veren tarafın belli bir zaman içerisinde denk bir karşı edim beklentisinde olduğu ilişki biçimine *dengelenmiş karşılıklılık* denir. Roma hukukundaki *do ut des* ("ver ki vereyim") deyiminin öz biçimde açıklamış olduğu dengelenmiş karşılıklılık ilkesi, bu yüzden mübadelenin ekonomik anlamını açığa vurma noktasında daha tutarlı bir tarif sunmaktadır. [12]

Zamanla iki varlığın değiş tokuşuna aracı üçüncü bir varlığın -yani paranın- kullanımı fikrinin de etkisiyle beraber, çeşitleri gittikçe çoğalacak ve karmaşıklaşacak alım satım ilişkileri ve sözleşmeler meydana gelmiştir. Karşılıklılıktan sözleşme kavramına ve onun en karmaşık modellerinin ortaya çıktığı süreçte, emtianın basit ve anlık şekilde değiş tokuşundan ibaret ilkel mübadele biçimine kıyasla, "anlaşma (iradelerin karşılıklı uyuşması) anı" ile "edim anı" birbirinden tedricen ayrılmıştır; mübadele anlık bir ilişki olmaktan çıkıp sürece dönüşmüş, beklenti, risk ve belirsizlik gibi faktörleri içerir hale gelmiştir. Bu faktörler nedeniyle çok çeşitli güven sağlama ve kuvvetlendirme vasıtaları (garanti anlaşmaları, karşı-garantiler, cayma akçeleri, cezai şartlar vb.) oluşturulmuş ve bunlar sözleşmesel süreçlere dahil edilmiştir. Dolayısıyla toplumsal ilişkileri

[11] Swedberg, **a.g.e.**, s.207.
[12] Bu hususla alakalı olarak bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, XII Levha Yay., 2.b., İstanbul, 2012, s.267 vd.

aydınlatıcı bir kavram olarak mübadeleyi, ilkel alışverişlerden başlayıp en gelişmiş sözleşme ilişkileri yoluyla yapılan alışverişleri de içine alacak şekilde geniş bir manada, sosyal ilişkileri de belirleyici bir ekonomik değişim dinamiği olarak düşünmek gerekir.

İnsan toplumunun hayvan topluluklarından farkını Smith, insanların kendi aralarında bir şeyleri değiş tokuş etme ve alıp verme eğilimleri olarak görür ve işbölümünü insan doğasından kaynaklı bu eğilime dayandırır[13]. Toplumun varlığının altında yatan bir unsur olarak değişim yahut mübadele kavramına daha pek çok yazar ve düşünür dikkat çekmiştir. Örneğin Henry Sumner Maine'in hukukun evrimine dair meşhur açıklaması "statüden sözleşmeye", sözleşme kavramına odaklanarak insanoğlunun uygarlaşma sürecini aydınlatma iddiasındadır. [14] Buna göre, eski toplumların ataerkil yapısı ve aile-içi rollere göre biçimlenmiş statüler şeklinde hukuki özneleri tasnifi, zamanla hukuki gücü zayıflayan aile reisi figürünün karşısında bireyin ortaya çıkışı ve onun aile-dışı özgür anlaşmaları vasıtasıyla aşılmış; itibara bağlı statüler ve ömür boyu bağlılıkların yerini, anlaşmaya bağlı ve yeri geldiğinde bozulabilen ilişkiler almıştır. Sonuç olarak insanoğlunun uygarlaşma sürecinde statüler toplumundan sözleşmeler toplumuna doğru bir gelişimden bahsedilmekte ve bununla mübadele kavramının içeriğini şekillendiren bir unsur olarak statünün uygarlaşma süreci içerisinde etkinliğini (yerini sözleşmeye devredecek şekilde) tedricen yitirmiş olduğu iddia edilmektedir[15].

Mübadele süreçlerinin toplumsal ilişkileri belirleyici özelliği üzerinde Avusturya iktisatçıları özellikle durmuştur. Örneğin Ludwig von Mises'te şöyle bir pasaja rastlarız:

> Romantik felsefe, tarihin erken devirlerinde bireyin hür olduğu ve tarihsel evrimin onu başlangıçta sahip olduğu özgürlükten yoksun bıraktığı yanılsaması altında ilerlemiştir. Jean Jacques Rousseau'nun da kabul ettiği üzere, doğa insana hürriyet vermiş ve toplum da onu köleleştirmiştir. Gerçekte ise, ilkel insan, kendisinden daha güçlü olan ve bu nedenle de her biri ondan kıt kaynakları kapabilecek durumda olan hemcinslerinin insafına

[13] Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.14-16.
[14] Henry Sumner Maine, **Ancient Law: Its Connection with Early History of Society and Relation to Modern Ideas**, Henry Holt and Company, 1906, New York, s.164-165.
[15] Tim Kaye, "Law and Risk: An Introduction", **Risk and The Law**, (Gordon R. Woodman, Diethelm Klippel), Routledge-Cavendish, 2009, London, New York, ss.3-20, s.3-4.

> kalmıştır. Doğanın kendisinde, özgürlük olarak adlandırılabilecek hiçbir şey yoktur. Hürriyet düşüncesi daima insanlar arası ilişkilere işaret etmektedir. Bu doğrudur; toplum, bireylerin mutlak bağımsızlığına ilişkin bu hayalî düşünceyi gerçekleştiremez. Toplumda herkes, kendisinin diğer insanların mutluluğuna yaptığı katkı karşılığında, bu insanların kendi mutluluğuna yapacağı katkıya bağlıdır. *Toplum, esas olarak hizmetlerin karşılıklı bir mübadelesinden ibarettir.* Bireyler, tercihte bulunabilme fırsatına sahip oldukları müddetçe özgürdürler; zor ile veya zor kullanma tehdidi ile bir mübadelenin şartlarına teslim olmaları durumunda ise, bu konuda ne düşünürlerse düşünsünler, özgürlüklerinden mahrum kalırlar.[16] (v.e.)

Bu çerçevede Mises'in gözünde "hükümet, esas itibarıyla özgürlüğün reddi" olmakla beraber gene de "gereklidir". Çünkü toplumsal işbirliği bu gerekli zor aracının varlığı koşullarında iç veya dış tehlikelerin şiddet eylemlerinden korunmuş bir biçimde işleyebilir. Fakat tabiatıyla, esasında sadece bir araç olan hükümetin yetkileri arttığı ölçüde özgürlük yerine zorlama ikame olur[17].

Mises'in genel olarak toplumsal ilişkilerin tanımlanışında kullanmış olduğunu gördüğümüz mübadele kavramının, benzer saiklerle Gustave de Molinari gibi anarko-kapitalistlerden[18] Buchanan'ın politik etkileşimi mübadele kavramına dayalı tarifine dek, çok geniş bir yelpazede paylaşıldığını görürüz. Bu tarif üzerinden Buchanan'da hukukun özellikle yasama modeli içinde biçimlenişinin arka planında, örgütlü toplumsal ve ekonomik organizasyonlar olarak çıkar gruplarının seçim süreçlerindeki aktif rolleri, çıkarlarını masaya yatırarak birbirleriyle pazarlık yürüttükleri rant arama ve kollama faaliyetleri politik alanı bir mübadele alanı şeklinde tarifte kullanılan temalardır. Posner da yasa kavramını çıkar grupları arasında yapılmış birer mutabakat (*deal*) olarak tanımlamak suretiyle, mübadele perspektifini bir şekilde kullanmışlardır.

5.1.3. Rekabet İlkesi ve Sosyobiyoloji

Hatırlanacağı üzere, Gary Becker'in iktisadi düşünce ile sosyolojik düşüncenin ilişkiselliğine dair dikkat çekmiş olduğu noktalardan biri, fiyat kavramı

[16] Mises, "Özgürlük ve Mülkiyet", s.96.
[17] Mises, "Özgürlük ve Mülkiyet", s.96.
[18] Bkz. Gustave de Molinari, **Yarının Toplumu**, (Çev. Işık Cemre Güngör), Liberplus Yay., 2016, İstanbul, s.12; Gustave de Molinari, **Serbest Piyasa ve Güvenlik**, (Çev. Gürkan Polat), Liberplus Yay., 2016, İstanbul, s.26.

ve piyasa araçlarının yapısalcı toplum teorisinin "yapı" kavramının yerini alan özelliğiydi. Becker'in dikkat çektiği bir başka önemli husus, sosyo-biyologların zihin yapısıyla iktisatçılarınkinin önemli oranda benzeştiği, ikisinin de rekabet, kıtlık, hayatta kalma ve çevresel uyum gibi kavramlar güdümünde düşündükleridir[19]. Bu noktada "rekabet" kavramı, diğer kavramları toparlayıcı bir kavram olması bakımından ön plana çıkar. Zira, kıt kaynaklar için rekabet edilir, rekabet sonucu hayata tutunulur yahut yok olunur. Öte yandan toplumun çatışma ve uyum olmak üzere iki temel kavram üzerinden araştırılma ölçeğinde, çatışma başlığının belki sınıf mücadelesi ile birlikte iki ana açılımından biri rekabettir. Sınıf mücadelesi yönü üzerinde bilindiği üzere Marksizm durur; rekabet kavramı ise (neticesi gelişmeye ve uyuma varan) optimist bir içerikle serbest piyasacı liberalizm tarafından kullanılır[20].

Rekabet hem biyolojinin hem de ekonominin ortak terimi olması bakımından dikkat çekicidir. Smith ve fizyokratların etkileriyle, toplumsal gelişimin ve doğal uyumun anahtar kavramı olarak düşünülen rekabetin Charles Darwin ile birlikte farklılaşan anlamsal içeriğini Robert Ezra Park şöyle ifade eder:

> *Darwin'den önce rekabet*, özgürlük ve çıkarların doğal uyumu bakımından ele alınıyordu. Rekabet terimini kullanmakla Darwin, bu kavrama varoluş mücadelesi ve en güçlünün hayatta kalması fikirlerini katmış oldu.[21]

1859'da *Türlerin Kökeni* adlı eserini yayınlamadan önce Darwin'in, Malthus'un *Nüfus İlkesi* isimli kitabını okuduğu ve türlerin kökenini bir "varoluş mücadelesi" biçiminde açıklama fikri dolayısıyla ondan ciddi derecede etkilendiği bilinmektedir[22]. Darwin'in rekabet kavramını (bir ihtimal) iktisattan alıp biyoloji alanında kullanması ve yaratmış olduğu büyük etki, toplum ve insanı anlamaya odaklanmış bilimlerle (özellikle de iktisat, sosyoloji, etnoloji ve antropoloji) biyolojinin kesişim kümesinden "sosyobiyoloji" olarak isimlendirilen yaklaşımın oluşumuna kaynaklık etmiştir. Bu yaklaşımın ortaya çıkışında Darwin kadar, aynı dönemin bir diğer önemli ismi Herbert Spencer'in de katkıları büyüktür. Biyolojik

[19] Becker, **The Economic Approach to Human Behavior**, s.283.
[20] Bu konuda benzer bir değerlendirme olarak bkz. Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.135.
[21] Robert Ezra Park, **Rekabet ve Çatışma: Sosyoloji Bilimine Giriş - III**, (Çev. Gökçe İnan Yağlı), Pinhan Yay., 2017, İstanbul, s.77.
[22] Park, **Rekabet ve Çatışma**, s.74.

analojilerle örülü organizmacı bir toplum görüşüne sahip olan Spencer, toplumsal yaşamın yasası olarak "rekabet"i görür, bu yasa uyarınca "en güçlü olan" ayakta kalır. Toplumsal evrim bu doğal seçilim süreci doğrultusunda yaşanır[23]. Benzer şekilde Molinari de insanlık tarihinde üç tür rekabetin insan toplumuna şekil verdiğini savunur: İlki, toplumun her üyesinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek üretime dayalı maddi birikimin olmadığı avcı-toplayıcı evrede, güçlü, çevik ve becerikli insanların hayatta kalmasına diğerlerininse elimine olmasına neden olan *hayvansal rekabet* ilkesidir. İkincisi *kaynakları paylaşmaktansa ötekini öldür, yahut köle yap çalıştır ama illa ki bunun için savaş* zihniyetini ifade eden *yıkıcı rekabet* ya da savaş halidir. Üçüncü rekabetse Molinari'nin "insan gereksinimlerinin suni üretimi dediği" üretimin ve buna bağlı olarak oluşan birikimin ve fazlalıklarının alış-verişinin neticesinde, mübadele oyununda kazanana tüketicinin karar verdiği *endüstriyel rekabettir*.[24]

Robert Ezra Park'a göre modern sanayi toplumu, rekabet temeli üzerinde örgütlenmiştir[25]. Bu yüzden toplumsal statülerin rekabet kavramı üzerinden tanımlanmasının olanaklı olduğundan bahseder:

> Yoksulun, suçlunun ve muhtacın statüsü, büyük oranda rekabet etme kabiliyetlerine ya da istekliliklerine göre belirlendiğinden, kusurluluk, bağımlılık ve suç ile ilgili kaynaklar, tüm bunların rekabet süreci ile ilişkileri açısından incelenebilir. Bu araştırmanın amaçları açısından *muhtaç*, rekabet etme yetisi olmayan kimse olarak; *kusurlu*, rekabet etme yetisi sınırlı olan kimse olarak tanımlanabilir. *Suçlu* ise, toplumun koyduğu kurallara göre rekabet etme yetisi belki olmayan fakat her halükarda bu kurallara göre rekabet etmeyi reddeden kişidir.[26] (v.e.)

Rekabet ilkesinin sosyolojik düşüncede kullanımından doğan yeni fikirlerden birinin öjenizm olduğuna dikkat çekilir ve bu fikre geçmişte pek çok totaliter organizasyonun planlanmasının ardında yatan neden olması dolayısıyla bugün artık

[23] Bkz. Herbert Spencer, "The Factors of Organic Evolution [1886]", **Essays: Scientific, Political and Speculative**, Vol.1, Williams and Norgate, 1891, Edinburgh, London, ss.389-464.
[24] Molinari, **Yarının Toplumu**, s.14-19.
[25] Klasik iktisatçılardan itibaren tekrar edilen temel sav olarak şu cümleyi anmamızda fayda vardır; "Mübadele süreçleri önündeki yapay engeller kaldırıldığında, yani *tam rekabet koşulları oluştuğunda*, bireylerin özçıkarcı davranış ve eylemlerinden toplumsal zenginlik meydana gelir."
[26] Park, **Rekabet ve Çatışma**, s.80.

antipatiyle yaklaşılmaktadır. Ancak hukuki kurumların toplumsal gereksinimleri karşılayabilme özelliklerine bağlı olarak kullanımda kalışlarını anlatmak açısından -20.yy. başındaki gücünü yitirse de- etkisi halen korumaktadır. Keza ekonomik düzenin kazananlarının yarışı kazanma süreçlerini betimlemek açısında halen sıklıkla kullanılmaktadır.

5.1.4. Kredi Üzerine Kurulu Sosyal Paradigma

Rekabet ve mübadele kavramlarını temel alarak toplumsallığın açıklanma girişimlerinin yanında, aynı misyon ile donatılmış bir ekonomik kavram daha göze çarpar: "Kredi" yahut "Borç". Gilles Deleuze, Felix Guattari, Maurizio Lazzarato ve Andrew Ross gibi isimlerin çağdaş kapitalizmin toplumsal teorisini ele alma girişimlerinde merkeze aldıkları bu kavram [27], toplumun mübadele eksenli kavranışına eleştirel bir içerik barındırır.

> Değiş tokuş çevrimi asla bir toplumu yapılandırmaz ya da biçimlendirmez, aritmetiğe göndermede bulunmayan tamamen farklı türde bir çevrim yapar bunu… Değiş tokuş asla ilk sırada gelmez. Böylece hiçbir ekonomi, ekonomik değiş tokuştan hareketle işlemez, hiçbir toplum simgesel değiş tokuştan yola çıkarak davranmaz. Ekonomi de toplumlar da iktidarın farklılaşmasına, potansiyelliklerin dengesizliğine göre örgütlenir. [28]

Mübadele kavramı, *per se*, mübadele tarafları arasındaki güç ilişkisini (asimetrisini/dengesizliğini) bir unsur olarak içermezken, kredi kavramı bunu içerir. Kredi kavramı çerçevesinde toplumsal ilişkiler, (i) "eşitliği içeren ve gerektiren meta değiş tokuşu temelinde değil bir güç asimetrisinden hareketle" kavranır; (ii) "borçtan başlamak ekonomiyi hemen öznel kılmak anlamına gelir; çünkü borç, kendini gerçekleştirmek için, öznelliğin biçimlendirilmesini ve denetimini gerektiren

[27] Söz konusu yazarlar toplumsal örgütlenmenin arka planında kredi yahut alacaklı-borçlu ilişkisini görürken bu bakış açısını Nietzche'ye dayandırırlar. Gilles Deleuze, **Nietzche ve Felsefe**, (Çev. Ferhat Taylan), Norgunk Yay., 2010, İstanbul, s.194; Maurizio Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali: Neoliberal Durum Üzerine Deneme**, (Çev. Murat Erşen), Açılım Kitap, 2.b., 2015, İstanbul, s.31.
[28] Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.67-68.

ekonomik bir ilişkidir, öyle ki 'emek/çalışma', 'kendini işleme'den (*travail sur soi*) ayrılamaz."[29]

Lazzarato, toplumsal ilişkilerin kredi/borç temelli açıklanışının neoliberalizm ve finansal kapitalizm ile örtüştüğünü, zira neoliberalizmin -doğduğu andan itibaren- borç mantığı etrafında şekillenmiş olduğunu belirtir[30]. Borçlu ya da borçlandırılmış insan (*homo debitor*) özgürdür ama "eylemleri sözleşmeyle altına girdiği borcun tanımladığı çerçevenin sınırlarında kalmak zorundadır." Bu yüzden alacaklı-borçlu ilişkisi çerçevesine oturtulmuş bir toplumsallık, bir tür denetim toplumu kavrayışına denk düşer[31]. Lazzarato'ya göre bu nedenle "toplumu yeniden kurma programının idaresi geçen asırda maden patronlarındayken, bugün sigortacıların ve finansçıların ellerine geçmiştir."[32]

> Finans akımı, yani sermaye olarak para, değişime uğramış bir iktidardır, yararıcı bir akımdır, "simge güçler"dir, çünkü geleceği bağlar, çünkü emir verme gücünü ifade eder, henüz mevcut olmayanı önceleyen yıkma/yaratma iktidarını teşkil eder.[33]

Deleuze ve Lazzarato, toplumsallığı biçimlendirici yönünü vurguladıkları borç vasıtası ile bir tür toplumsal denetimin oluşturulduğunu iddia ederken, günümüz toplumu ve insanının Foucault'nun 18 ve 19. asırlara yerleştirdiği "disipline dayalı toplumlara hapsolmuş insan değil, denetim toplumlarının borçlandırılmış insanı" halini aldığını savunurlar[34]. Günümüz toplumu Foucault'nun kapatma mekanizmalarının (okulda, psikiyatri kliniğinde, hapishanede ya da fabrikada) disiplin programları içinde değil, bilgi teknolojisi sayesinde her yerde denetim altındadır. Bu denetim araçlarının başındaysa borç gelir[35].

---

[29] Lazzarato, **a.g.e.**, s.31.
[30] Lazzarato, **a.g.e.**, s.25.
[31] Gilles Deleuze, "Denetim Toplumları Konusunda Bir Ek", (Çev. Ulus Baker), **Birikim**, Sayı:142-143, Şubat-Mart 2001, https://www.birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-142-143-subat-mart-2001/2334/denetim-toplumlari-konusunda-bir-ek/4382
[32] Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.27; Benzer şekilde: Andew Ross, **Krediokrasi: Borç Reddi Davası**, (Çev. Emrullah Ataseven), Ayrıntı Yay., 2015, İstanbul, s.18.
[33] Lazzarato, **a.g.e.**, s.75.
[34] Lazzarato, **a.g.e.**, s.82.
[35] Borçlandırılmış topluma, 2008 Krizi, demokrasi ve sivil itaatsizlik yönünden bakan son derece eleştirel bir yaklaşım olarak bkz. Ross, **Krediokrasi**, s.24, 29.

Mübadele süreçlerinin toplumsallığı tanımlamaktaki kullanımı, işbölümüne ciddi biçimde eğildiğini gördüğümüz Smith'e dek geri götürülebilecek bir ilgiye mazhardır. Fakat hem onun bir eleştirisi olarak ortaya çıkan kredi, hem de rekabet paradigmaları (kendi içlerindeki dönüşümleriyle de birlikte) görece yeni birer bakış açısı mahiyetindedirler. Özellikle de 20.yy. kapitalizmini ve neoliberal toplumu tarif etmek noktasında önem arz etmektedirler. Zira neoliberalizmin kapitalist üretim sürecini örgütleyen ve buna bağlı olarak da toplumsal ilişkileri belirleyen önemli özelliklerinden biri olarak borç verenlerin ve hissedarların kendi lehlerine olacak şekilde emek ve yönetim disiplininin belirleyicileri olduğu zikredilir[36].

5.2. NEOLİBERAL TOPLUM KURAMI VE EKONOMİKLEŞEN HUKUK

5.2.1. Neoliberalizmi Tanımlamak

II. Dünya Savaşı sonrasında batı ekonomilerinde yaşanan ve karma ekonomik modeller yoluyla devletin refah yaratma görevini ekonomik sahada aktif bir biçimde yerine getirdiği yaklaşık 25 yıllık onarım sürecinin, 1970'li yıllara gelindiğinde çok farklı bir yönetim rasyonalitesi karşısında gücünü yitirmeye başladığını görürüz. Sosyal, ekonomik, politik ve hukuki pek çok cephesi olan ve mahiyeti itibariyle halen çok fazla tartışmaya gebe bu yeni yönetim rasyonalitesine "neoliberalizm" adı verilmektedir[37].

Genel olarak "neoliberalizm" kavramına odaklanan literatürün eleştirel ve aleyhtar sosyal bilimcilerce oluşturulup genişletildiğini söyleyebiliriz; daha doğrusu

[36] Duménil, Lévy, "Neoliberal (Karşı) Devrim", s.27: Duménil ve Levy neoliberalizmin kapitalist üretim sürecini belirleyem yeni kuralları şu şekilde sıralar: (i) Borç verenler ve hissedarların lehine olacak şekilde yeni bir emek ve yönetim disiplininin belirlenmesi, (ii) Devletin kalkınma ve refah alanlarında müdahalelerinin azaltılması, (iii) Finansal kurumların çarpıcı bir şekilde büyümesi, (iv) Finansal ve reel sektörler arasında birincilerin faydasına olacak yeni ilişkilerin uygulamaya geçirilmesi, (v) Birleşme ve satın almalar lehine olacak bir hukuki tutum, (vi) Merkez bankalarının güçlendirilerek, faaliyetlerinin fiyat istikrarına yönlendirilmesi, (vii) Çevrenin kaynaklarının merkeze akıtılması konusunda yeni bir kararlılık.

[37] Bkz. Costas Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.59-75, s.65; Gérard Duménil, Dominique Lévy, "Neoliberal (Karşı) Devrim", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.25-41, s.25, 28.

"neo" öneki, düşmanlık belirten bir işaret gibi algılanabilmektedir[38]. Buna karşılık "neoliberal" olarak etiketlenen yazar ve düşünürlerin kendi görüşlerini genellikle "klasik liberalizm" yahut basitçe "liberalizm" namına dillendirdiklerine tanık oluruz [39] . Literatürün şekillenişindeki bu özellik dolayısıyla neoliberalizmin tanımlanmasına hasredilmiş bu kısmın içeriğinin ağırlıklı olarak eleştirel görüşlerce biçimlendiğini bu vesileyle en baştan belirtmekte fayda vardır.

Neoliberalizm, çok cepheli bir düzen kavrayışı olması dolayısıyla tanımlanması basit bir terim değildir. "Neoliberal" terimini ilk kullanan kooperatif okulun temsilcilerinden ünlü Fransız iktisatçı Charles Gide'dir.[40] "Neoliberalizm" teriminin ilk olarak kullanıldığı kitap boyutundaki çalışma ise Jacques Cros'a ait bir doktora tezi olan 1950 tarihli "*Le néo-libéralisme' et la révision du libéralisme*" başlıklı çalışmadır. Bu teze göre, neoliberalizm II. Dünya Savaşı hemen öncesinde ve sürecinde liberalizmin yeniden canlandırılmasına adanmışlığı ifade eden ve Wilhelm Röpke ve Friedrich Hayek gibi siyaset teorisyenlerince geliştirilen bir siyasal ideolojidir. Bu ideologların neoliberalizm ile kastettikleri şey, liberalizmin Beveridge ve Keynes gibi teorisyenlerce geliştirilen eşitlikçi liberalizmden, sağ-yönelimli, iktisadi ve *laissez-faire* liberalizme çekilmesi uğraşıdır. Kavram, daha sonra uzunca bir süre Batı Almanya'nın ekonomi-politik programını, faşizm ve sosyalizmin dışındaki üçüncü yolu tarif etmek adına kullanılmıştır.

Neoliberalizmin kavramsal içeriğinin tahlili noktasında, 70'li yılların sonunda yaptığı derslerle dikkat çeken Foucault'ya göre neoliberalizmin kendini üzerinde kurmuş olduğu temel soru şudur: "Piyasa ekonomisi … devletin ilkesi, şekli ve modeli olabilir mi? … Piyasa, hem devleti hem de toplumu biçimlendirme yetisine sahip olabilir mi?"[41] Neoliberaller, bu soruları, Nazi ve Sovyet deneyimleri gibi totalitarizm ve esas olarak da devletin büyümesi örnekleri karşısında sorma ihtiyaçlarına dayandırırlar. Bu soruların karşısında Kıta'dan ve Amerika'dan üretilen

[38] Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.11.
[39] Vergara, neoliberalleri "ultra-liberal" olarak adlandırır ve onların klasik liberalizmle eşdeğer sayılmamaları gerektiğini dile getirir. Ultra-liberallerin ataları olarak Bastiat ve Spencer'i anarken, 20.yy. temsilcileri olarak Friedman, Hayek ve Mises gibi isimleri sayar. Vergara, **Liberalizmin Felsefi Temelleri**, 166.
[40] Charles Gide, "Has Co-operation Introduced a New Principle into Economics?"; **The Economic Journal**, Vol.: 8, 1898, ss.490-511.
[41] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.103.

fikirler ekseninde Foucault'dan doğrudan aktarabileceğimiz tek bir cümlelik neoliberalizm tanımı edinebilmek pek mümkün görünmese de, kavramın mahiyetini açığa vuracak belli başlı noktaları Foucault aracılığıyla tespit edebiliriz. Neoliberalizm, piyasa üzerine kurulu bir toplumsal düzen tahayyülüne dayanır, fakat Foucault'ya göre bu düzen kurulumu, (klasik liberalizmin merkeze aldığı şekliyle) *mübadele* temelli değil, *rekabet* temellidir. "Yaratılmak istenen *homo economicus* mübadele, alışveriş ve tüketim insanı değil; şirket, girişim ve üretim insanıdır."[42] Bu da esas olarak rekabete dayalı bir sosyal paradigmanın kabulünü ifade eder.

Konu üzerine eğilmiş aleyhtar yazarlardan lehtar simalara ilerlerken, aleyhtarların en en göze çarpanlarından biri olarak görülen David Harvey'e göre:

> Neoliberalizm herşeyden önce bir politik-ekonomik pratikler teorisidir[43]. Bu teori, insan refahını arttırmanın en iyi yolunun güçlü özel mülkiyet hakları, serbest piyasalar ve serbest ticaretin temel alındığı bir kuramsal çerçeve içinde bireysel girişim beceri ve hürriyetlerini serbest bırakmak olduğunu iddia eder. Devletin rolü, bu pratiklere uygun bir kurumsal çerçeve yaratıp, sonra o çerçeveyi korumaktır[44].

Dardot ve Laval'ın deyimiyle "çağdaş kapitalizmin aklı" olarak sunulan neoliberalizm, "insanların evrensel *rekabet* ilkesi uyarınca yönetilmesinin yeni bir tarzını belirleyen söylemlerin, pratiklerin ve düzeneklerin bütünü" olarak tanımlanmaktadır[45]. Bu bütünselliği nedeniyle hem bir toplum tasarımı, hem de ekonomik, politik ve hukuki cepheleri olan bir ideoloji olarak resmedilir neoliberalizm.

Önce lehtar olup, sonradan eleştirel bir kisveye bürünmüş olan Joseph Stiglitz'in tanımına bakacak olursak, neoliberalizm "piyasaların kendi hatalarını

[42] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.128.
[43] Harvey'in neoliberalizmi bütünlüklü bir siyasi ideoloji değil, bir siyasi ve iktisadi pratikler teorisi olarak tanımlamasının nedeni, teorinin entelektüel üretimi ile pratiğe dökülmesi noktasında birbiriyle benzeşmeyen kesim ve kişilerin tek bir kalıba alınmasının güçlüğünden kaynaklanır. İşin düşünsel boyutunda Friedman ve Hayek gibi liberal isimlerle karşılaşılırken, pratik kısmında Deng Xiaoping ve Augusto Pinochet gibi liberal olmayıp "neoliberal" sayılabilir politik figürler ya da Reagan yahut Thatcher gibi muhafazakar siyasetçiler bulmanın karmaşıklığından bahseder.
[44] Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.10.
[45] Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.2.

düzelttiği, kaynakları etkin şekilde dağıttıkları ve genel çıkara hizmet ettikleri şeklindeki köktenci nosyona dayalı her türlü fikri kapsayan bir kap"tır.[46]

Liberal siyaset teorisyenlerden Norman P. Barry ise neoliberalizmi liberteryenizm yahut radikal sağ olarak tanımlanan politik cenah ile bir tutar ve liberteryenizimin iki ana kolu olduğunu ifade eder; ilki değer-bağımsız (*wertfrei*) ve sonuçsalcı (*consequentalist*) liberteryenizmdir, diğeri ise değer temelli ahlaki liberteryenizmdir[47]. İlki kendi içinde Chicago, Avusturya ve Virginia olmak üzere üç iktisat ekolüne bölünmüş vaziyettedir. İkincisi ise Murray Rothbard, Robert Nozick ve Ayn Rand gibi düşünürlerle örneklendirilir. İlki, kapitalizmi ve onun siyasal boyutu olan liberalizmi haklılaştırırken bunu faydacı bir temelde yahut serbest piyasanın toplumun refahını yahut zenginliğini ortaya çıkaracak neticeler doğuracağına dönük tezlerle yapar; bu noktada ortaya attıkları özgürlük kavramı araçsal bir kavramdır, toplumun refahını/zenginliğini yükseltmeye araçtır. Ahlaki liberteryenizm ise kapitalizmi insanın ahlaki doğasına uygun olduğu için meşrulaştırır; buna göre savunmasını genellikle "hak" temelli yapar[48]; özgürlük insanın kendisini-tamamlaması için başlı başına ahlaki bir değerdir ve buna müdahale eden dışsal zorlama gayriahlakidir.

Neoliberalizmin düşünsel çeperi içinde olduğu düşünülen yazarların genel olarak onu tanımlamak konusunda tutundukları noktalardan biri "uyanma/yeniden canlanma" (*revival*) ya da "liberal rönesans" yakıştırmalarıdır. Bu yakıştırmalar, II. Dünya Savaşı sonrasında liberalizmi canlandırma uğraşındaki Hayek'in benimsemiş olduğu yakıştırmalardır[49].

Yukarıda zikredilen belli başlı tanımlama girişimleri ve konumlandırma çabalarının haricinde, neoliberalizmin ortaya çıkıp güçlenmesinde sebep teşkil eden belli başlı siyasal ve ekonomik gelişmeler söz konusudur. Döviz kurlarını sabitleyen

[46] Aktaran: Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.3.
[47] Norman P. Barry, "The New Liberalism", **British Journal of Political Science**, Vol.13, Issue:1, January-1983, ss.93-123, s.93-94. Türkçesi: Norman P. Barry, "Yeni Liberalizm", (Çev. Beyza Aydaş), **Liberalizm: El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte Yay., 2.b., 2017, Ankara, ss.301-350.
[48] Örneğin bkz. Ayn Rand, **Bencilliğin Erdemi**, (Çev. Nejdet Kandemir), Plato Yay., 2006, İstanbul, s.139-152; Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.21-25; Robert Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2.b., 2006, İstanbul, s.21.
[49] Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.11.

Bretton Woods Anlaşması'nın 1971'de askıya alınıp 1973'te çökmesi bunlardan biridir. 1973-1974 Dünya Petrol Krizi ise bir diğeri. Ayrıca İngiltere'de Margaret Thatcher (görev süresi: 1979-1990) ve ABD'de Ronald Reagan (görev süresi: 1981-1989) iktidarları gibi siyasal gelişmelerin ve dünya ekonomisine yeni bir yön verme uğraşının neticesi olan *Washington Uzlaşması (1989)* gibi gelişmelerin ve son olarak da, genel anlamda küreselleşmenin[50], önemli merhaleler ve sebepler teşkil ettiği değerlendirmeleri yapılır.

Bunların ve bunları çevreleyen ekonomik-politik gelişmelerin detaylı bir tarihsel incelemesi konumuz kapsamını aşar; fakat Washington Uzlaşması'nın, ortaya koyduğu ilkeler itibariyle neoliberalizmi tasvir etmek noktasında değeri es geçilemez. Bu *uzlaşma,* merkezi Washington'da bulunan üç önemli kurumun (Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu ve ABD Hazine Bakanlığının) ülkelere tavsiye ettikleri ortak ekonomi politikalarını ifade eder. Daha sonra uzlaşmaya Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Merkez Bankası da katılmıştır. "Müdahaleci", "Sosyal", "Refah" Devleti anlayışlarına ve "Keynesçi" ekonomi politikalarına karşı, özetle *"Dengele, Özelleştir, Serbestleştir"* ilkelerini ikame edip, devletin küçülmesini, küresel sermaye ve meta akışının önündeki yapısal engellerin tasfiyesini salık veren Washington Uzlaşması 10 maddeden oluşmaktadır[51]:

1- Maliye disiplini sağlanmalı ve denk bütçe anlayışı güdülmelidir. Burada maliye disiplini tüm devlet harcamalarının tek bir merkezden ve bir disiplin dahilinde yapılması gerektiğini savunduğundan denk bütçe kavramından farklı bir mana içermektedir. Denk bütçe ise gelir ve gider eşitliğidir. Bütçe açığı, daha çok gelişmekte olan ülkeleri etkileyen ödemeler dengesi krizlerine ve enflasyona neden olmaktadır.

2- Kamu harcamalarının öncelikli alanları yeniden belirlenmelidir. Devlet doğrudan iktisadi alana müdahale etmek yerine, uzun dönemde iktisadi büyümeyi artıracak daha verimli alanlara; eğitim, sağlık ve alt yapı harcamalarına yönelmelidir.

3- Vergi reformu yapılmalıdır. Ülkeler artan oranlı vergilerden vazgeçmeli ve vergi tabanını genişletmelidir.

[50] "1970'lerin başında ABD ile İngiltere, sermayenin kâr haddindeki düşüşe çözümü, sermaye hareketlerini tam serbestleştirmede görüyorlardı; güçlü finans yapıları ile küreselleşme, içine düştükleri darboğaza çözüm üretebilecekti." Kazgan, **Liberalizmden Neoliberalizme**, s.21.

[51] Aynen aktarım: Cengizhan Yıldırım, "Birinci ve İkinci Nesil Washington Uzlaşması: Neoliberal İktisat Politikalarının 1980'den Sonraki Evrimi", **Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt:7, Yıl:7, Sayı:2, Güz-2011, ss.1-23, s.5-6.

4- Tüm finansal hareketler serbest olmalı ve faiz oranları piyasa tarafından belirlenmelidir. Böylece gelişmekte olan ülkeler ihtiyaç duydukları sermayeye kavuşacaktır.
5- Tek tip ve piyasa tarafından belirlenen döviz kuru anlayışı uygulanmalıdır. Aşırı değerli, düşük değerli veya çeşitli sektörlere farklı döviz kuru uygulamaları sanıldığının aksine, ihracatı ve büyümeyi engeller. Bununla beraber döviz kurlarının aşırı dalgalanması da istikrarı bozar. Burada daha çok anlatılmak istenen dalgalı döviz kuru politikasıdır.
6- Gümrük tarifeleri kaldırılmalı ve serbest dış ticaret uygulanmalıdır.
7- Doğrudan yabancı sermaye yatırımları özendirilmelidir.
8- Devletin iktisadi teşekkülleri özelleştirilmelidir.
9- Deregülasyon, yani devletin piyasa üzerindeki kontrollerinin kaldırılması, temel amaç olmalıdır.
10- Mülkiyet hakları sağlam güvence altına alınmalıdır.

Gelişmiş dünya ülkelerinin önemli bir kısmı bu maddeler yoluyla oluşturulan yeni küresel ekonomi-politik izleği kendiliğinden takip ederken, üçüncü dünya ülkeleriyle gelişmekte olan ülkeler Dünya Bankası ve Uluslarası Para Fonu'nun yapısal uyum programları vasıtasıyla bu maddeleri tedricen, kısmen veya tamamen yürürlüğe sokmuşlardır. Söz konusu ülkelerdeki ekonomik ve siyasal krizlerin ve borçlanmaların bu takibata geçişte önemli rol oynadıkları da sıklıkla dile getirilir. Bu noktada Şili'den[52] Irak'a[53], hatta Türkiye'ye[54] dek uzanan çok geniş bir yapılanma ağıyla karşılaşırız.

Washington Uzlaşması'nın yanında, neoliberalizmi tanımlamakta kullanılan bir başka tahlil noktası ise onun, Keynesçilik ile olan zıtlığıdır[55]. Neoliberal fikirler eşliğinde terk edilen "eski" dünyanın ekonomi anlayışına hükmeden Keynesçilik, daha önce de pek çok kez temas etmiş olduğumuz üzere, II. Dünya Savaşı sonrası

[52] Salvador Allande'nin devrilmesi sonrası Pinochet Hükümeti ve onun Chicago Üniversitesi'nde yetişmiş (bu yüzden "Chicago Boys" olarak anılan) iktisatçılardan müteşekkil ekonomi danışmanlığı ile birlikte Şili'yi yeniden yapılandırmaları hakkında bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.15-16.
[53] Saddam Hüseyin'in devrilmesi sonrası Irak'taki Geçici Koalisyon Yönetimi başkanı Paul Bremer'in Irak'ın yeniden yapılanma süreciyle ilgili faaliyetlerine dair bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.14-15.
[54] Neoliberalizmin Türkiye üzerindeki etkilerine dair çok sayıda araştırma vardır. Neoliberalizmin özellikle hukuki gelişmelerde kendini gösterişine özgülenen eserlerden önemli birkaçı olarak bkz. Yasemin Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı: Sosyal Devletten Ceza Devletine**, Notabene Yay., 2011, Ankara; (Der. Ali Murat Özdemir, Muammer Ketizmen), **Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**, İmge Kitabevi, 2014, Ankara; İlknur Türe, **Yeni Anayasacılık: Neoliberalizmin Hukuku**, Pınar Yay., 2016, İstanbul.
[55] Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", s.59-75; Thomas I. Palley, "Keynesçilikten Neoliberalizme: İktisat Biliminde Paradigma Kayması", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.42-58, s.42-58.

dönemin "karma" ekonomisini savunan ideolojik bir tabirdir[56]. John Maynard Keynes, Adam Smith'ten Alfred Marshall'a dek uzanan neoklasik ortodoksiyi derinden sarsan *Genel Teori* isimli başyapıtında, kapitalist bir ekonomide efektif (yani satın alma gücüyle desteklenen) talep ile arzın eşit olma eğilimini ifade eden *Say Yasası*'na[57] hücum ederek, bunun tam tersini iddia eder[58]. Buna göre kapitalist sistemlerde toplam talep, sistemli olarak toplam arzın gerisinde kalmaktadır; öyle ki 1929 Krizi de temelde talep eksikliğinden kaynaklanmıştır. Sistem içinde bazı kapitalistler ellerindeki metaları satarak elde ettikleri parayı başka metalara harcamadan gömüleyebilir (*hoarding*) ya da başka bir ifadeyle ellerindeki parayı sistem-içi parasal sirkülasyondan çekebilir. Böylece satın alma gücünü bloke edip, satılamamış metalar ve işsiz işçiler kitlesi ortaya çıkararak krizlere neden olurlar. Keynes, bu teziyle, hükümetlerin ekonomilere müdahalesini meşrulaştıran bir çerçeve çizer. Hükümetler, "sosyal devlet" yahut "refah devleti" gibi tanımlamalar altında, toplam talebi güçlendirmek için istihdam yaratacak kamu harcamaları yapacaklar, dolayısıyla ekonomik düzenin bilfiil içinde olacaklardır[59]. Telafi edici bütçe ilkesiyle, kamusal mal ve hizmet arzını arttıracak, dolayısıyla kamu ekonomisini ya da bir diğer tabirle devleti büyüteceklerdir.

Neoliberalizm ise Keynesçi düşüncenin anti-tezidir. Farklı tip neoliberalizmler olarak tanımlanan neoliberal Avusturya-Alman ve Amerikan yaklaşımlarının ortak noktaları, Keynesçiliğe karşı muhalefetleridir. Neoliberal teoride, fiyat ayarlamalarının tam istihdama kendiliğinden ulaşılması eğilimi yarattığı savunulur. Neoliberaller tarafından, refah toplumu tasarımlarınının, yani İngiliz (*Beveridge Raporu*) ve Amerikan (*New Deal*) deneyimlerinde benimsenmiş olan[60] "tam istihdam" esaslı Keynesyen ekonomi politikalarının ve sosyal güvenlik ekseninde yapılan hükümet müdahalelerinin, esasında enflasyonları tetiklediği ve piyasadaki istikrarı bozarak hem işsizliği hem de kamusal borçları arttırdığı

[56] Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", s.64.
[57] Klasik Fransız ekonomistlerinden Jean Baptiste Say tarafından "her arz kendi talebini yaratır" biçiminde sunulan, bu yüzden üretim ve arza dönük bir direktifi barındıran yaklaşım.
[58] Bkz. John Maynard Keynes, **Genel Teori: İstihdam, Faiz ve Paranın Genel Teorisi**, (Çev.Uğur Selçuk Akalın), Kalkedon Yay., 2.b., 2010, İstanbul, s.26, 31-38.
[59] Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", s.62-63.
[60] Bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.31; Özellikle William Beveridge'in ikinci raporu olan *Full Employement in A Free Society (1944)* ciddi derecede Keynesçi eğilimler taşır. Bkz. Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.97, dn.38.

savunulur[61]. Bunun yerinde, istihdamda *kendiliğinden denge* oluşacağını iddia ederler. Bu neoliberal tez, Chicago iktisatçıları özellikle de Milton Friedman ile özdeşleşmiştir[62]. Bu yüzden neoliberalizme göre işsizlik, piyasalarda istikrar için ödenmesi gereken bir bedel olarak görülmüştür ve "tam istihdam" kavramı lügatten çıkarılarak "enflasyonu hızlandırmayan işsizlik oranı" (NAIRU: *non-accelerating inflation rate of unemployment*) ve "doğal işsizlik oranı" kavramları kabul görmüştür; Bunun bir diğer ismi de neoliberalizmin "esnek emek piyasası" yahut "esnek istihdam" prensibidir[63].

Neoliberalizmi tanımlamak noktasında işe yarar bir başka tespit noktası ise, meselenin entelektüel boyutunu kurgulayan oluşumlardır: Walter Lippmann Kollokyumu ve Mont Pelerin Cemiyeti. Walter Lippmann Kollokyumu 1939 yılında toplanmıştır ve Foucault'nun üzerinde önemle durmuş olduğu bu kollokyum kapsamında yapılan toplantı ve sunumlar neoliberalizmin çeperinin belirginleşmesinde önemli olmuştur. Kollokyumun katılımcı çevresi Wilhelm Röpke ve Alexander Rüstow gibi Alman ordoliberalleri, Raymon Aron gibi Fransız liberalizminin önemli isimleri ve Hayek ve Mises gibi Avusturya iktisatçılarıdır. Kollokyum sonrasında "Liberalizmin Yenilenmesi İçin Uluslararası Araştırma Merkezi" (*Centre International d'Etudes pour le Renovation du Liberalisme* – CIERL) adlı bir merkez kurulmuştur.[64] Liberallerin bu tip organizasyonlarından bir diğeri ise, savaş sonrasıda yapılan ve bu sefer Amerikan katılımlı da olan Mont Pelerin Cemiyeti'dir. II. Dünya Savaşı'nın totalitarizmi başlıca korku unsuru haline getiren etkileri karşısında liberal düşünürlerin ileriye dönük olarak totalitarizme karşı daha güçlü setler çekmek ve liberalizme yön vermek iddiasıyla 1947'de oluşturdukları Mont Pelerin Cemiyeti'nde[65], Keynesçiliğin istihdam politikasına karşı eleştiriler getiren Chicago ekonomistlerinin yanı sıra, onun mali kurgusu karşısında denk bütçe ilkesini savunan Kamu Tercihi teorisyenlerini ve yine onu

[61] Palley, "Keynesçilikten Neoliberalizme", s.48.
[62] Palley, "Keynesçilikten Neoliberalizme", s.43;
[63] Bkz. Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", s.65; Palley, "Keynesçilikten Neoliberalizme", s.49; Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı**, s.55; "Piyasalardaki istikrar" meselesini Foucault, Walter Eucken gibi ordoliberallere referansla "fiyat istikrarı"na dayandırır. Bkz. Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu,** s.119-120.
[64] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu,** s.111-113.
[65] Cemiyet hakkında bilgi ve özel mülkiyet, rekabet ve hukukun üstünlüğüne inancın vurgulandığı kuruluş bildirgesi için bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.27-29.

kurucu rasyonalist müdahalecilikle damgalayan Friedrich Hayek gibi Avusturya ekonomistlerini görürüz. Kısacası hukukun ekonomik öğretisi açısından ele almış olduğumuz üç okulun, Chicago, Virginia ve Avusturya iktisat okullarının Mont Pelerin Cemiyeti'nin ana gövdesi olduğunu; ayrıca Friedman-Hayek[66]-Buchanan üçlüsünün neoliberalizmin kurucu babaları olduğunu ve el ele vererek Keynesçiliği zirveden düşürdüklerini söylemek pekala mümkündür[67]. Fakat yine de bu okulların temsilcilerinin kendilerini "neoliberal" olarak ifade ettiklerine pek rastlamayız[68]. Örneğin, daha önce de belirttiğimiz üzere, münhasıran ele almış olduğumuz isimlerden Hayek ve Buchanan kendilerini "klasik liberal" olarak tarif ederken, Posner "pragmatik liberal" olarak takdim eder. Fakat bu nitelemelere rağmen söz konusu isimlerin birer neoliberal zihin olduğu pek çok çalışmada ele alınmıştır[69].

Neoliberal oldukları dile getirilen bu ekoller ve temsilcileri belki ideal toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukuki düzen tanımları içerisinde neoliberalizmin kavramsal şemasını çizmiş olabilirler; ama onların münhasıran "neoliberalizm" başlığı altında fikirlerini tedavüle sokmadıkları da malumdur. Çizmiş olabilecekleri bu şema içerisinde, birçoğuna önceden bir şekilde değinmiş olduğumuz pek çok

[66] Burada Hayek isminin altını özellikle çizmek gerekir. Kendisinin akademik yaşamının göç güzergahı bile anlamlıdır. Avusturya'dan Lionel Robbins'in davetiyle London School of Economics'e giden Hayek, sonrasında Chicago Üniversitesi'ne geçmiştir. Onun Chicago çevresi bağlarını kurması noktasında Volker Vakfı'nın aracı ve destekleyici bir rol üstlendiği dile getirilir (Bkz. Coase, "Law and Economics at Chicago", s.245, 248; Doherty, **Radicals for Capitalism**, s.183, 186; Rob Van Horn, Phillip Mirowski, "The Rise of Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism", **The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective,** (Ed. Philip Mirowski, Dieter Plehwe), Harvard University Press, 2009, Cambridge, London, ss.139-178, s.141). Nihayetindeyse kariyerini neoliberalizmin yakın dönem ataları sayılan ordoliberallerin yuvası Freiburg Üniversitesi'nde noktalamıştır.

[67] Aktan, **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, s.147. Mark Skousen, "Avusturyanlar Chicago Okuluna Karşı", (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), **Piyasa**, Sayı:11, Yaz-2004, ss.137-140, s.139. Karş. Özcan, "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti", s.983.

[68] Kendisini "neoliberal" olarak takdim eden tek iktisat okulunun, Franz Böhm, Walter Eucken ve Hans Grossmann-Doerth gibi ordoliberallerin bulunduğu *Freiburg Okulu* olduğu bilinir. Yıldırım, "Birinci ve İkinci Nesil Washington Uzlaşması", s.3; Biebricher, "The Rise of Juridical Neoliberalism", s.101.

[69] Friedman-Hayek-Buchanan üçlüsünün neoliberalizm üzerindeki tesirlerine değinen eserler burada listelenemeyecek derecede çoktur. En bilinenlerinden örnek vermek gerekirse: Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.134; Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.27-29,62; Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.142-3; Donner, **Halkın Çözülüşü,** s.57,66; Posner'ın "*neoliberal*"liğine değinenlere örnek olarak ise bkz. Mirowski, "The Thirteen Commandments of Neoliberalism"; Martha T. McCluskey, "Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State", **Indiana Law Journal**, Vol.78, ss.783-876, s.785, dn.5; Tor Krever, "Law, Development, and The Political Closure under Neoliberalism", **Neoliberal Legality: Understanding the Rule of Law in the Neoliberal Project** (Ed. Honor Brabazon), Routledge, 2017, London & New York, ss.22-42, s.23.

kavram ve söylem bulunur: 18 ve 19.yy. klasik liberalizminin ve bireyciliğinin canlandırılışı ve bunun hatta ötesine geçiş[70]; *Laissez faire laissez passiere;* devleti küçültmek, deregülasyon, özelleştirme, kamusal mal ve hizmetlerin özel girişimlere devri (piyasalaştırılması); yönetimde şeffaflık, katılım ve yönetişim (*governance*); mali anayasa ve devletin mali sorumluluğu; devlet müdahaleciliğine karşıtlık (*anti-interventionism*) söylemi çerçevesinde serbest piyasaya ve onun adaletine mutlak güven; küresellik, mal ve hizmetlerin küresel serbest dolaşımı gerekliliği karşısında ulusal sınırların kısıtları ve ulus devletin iflası vb... Bu kavram ve söylemlerin çoğu, genellikle, sosyal refah devletinin müdahaleci, bireysel hak ve özgürlükleri sarsıcı ve bu yolla totaliter yönetim anlayışlarına kapı açıcı doğasının eleştirisi eşliğinde takdim edilir. Ayrıca modern kapitalizmin sınaî biçimlerini aşar surette, *finansal* türü üzerinde neoliberalizmin vücut bulduğu bir diğer vurgulanan hususdur[71].

Neoliberalizme aleyhtar literatür ise, onu, başka yönlerine vurgu yaparak tanımlar; onun, özünden ve toplumsal bağlamından kopmuş bir liberalizm olduğuna[72]; tezlerinin çok basit neoklasik temellendirmelere dayandığı, net ve toplumsal gerçeklerle bağdaşan çözümlemelere dayanmayıp salt ideolojik söylemler topluluğundan ibaret bir kuram olduğuna[73]; yönetim rasyonalitesini, sosyal bilimlerin mantığını, beşeri yaşamla ilgili hemen hemen her şeyi, özellikle de insanın kendisini *ekonomikleştirdiğine*[74]; uluslarası boyutu itibariyle küreselleşmenin bir görünümü ve küresel sömürünün ideolojisi olduğuna[75]; devleti yeniden yapılandırma söylemi altında ulus devleti ortadan kaldırdığına ve devlet yerine çok-uluslu şirketleri koyduğuna; buna paralel olarak da sade "vatandaş" kavramı yerine "vergi

[70] Ritzer, **Küresel Dünya**, s.136.
[71] Nancy Fraser, "İlerici Neoliberalizmin Sonu", (Çev. Ayşe Kalav), **Vira Verita** (E-Dergi - 09/08/2017). https://viraverita.org/yazilar/ilerici-neoliberalizmin-sonu ; Sungur Savran, **Kod Adı Küreselleşme: 21. Yüzyılda Emperyalizm**, Yordam, 2.b., 2011, İstanbul, s.67.
[72] Ronaldo Munck, "Neoliberalizm ve Siyaset, Neoliberalizmin Siyaseti", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.106-122, s.109.
[73] Simon Clarke, "Neoliberal Toplum Kuramı", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.91-105, s.104-5.
[74] Donner, **Halkın Çözülüşü,** s.17.
[75] Ritzer, **Küresel Dünya**, s.134; Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.9; Alfredo Saad-Filho, Deborah Johnston, "Giriş", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.13-23, s.15; Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti,** s.165.

mükellefi", "malvarlığı yani aktifi olan", "aktif" vatandaşı, özelleşen kamu hizmetlerinin talep edeni olarak "tüketici" yahut "müşteri-vatandaşı" koyduğuna[76] ...

Bu yüzden neoliberalizmi tanımlamak söz konusu olduğunda, eklektik bir içerikle karşı karşıya kalırız. Bizim bu eklektik içerikten hukuk düşüncesine temas eden noktaları çekip çıkarabilmemiz ise, *birey,* toplum ve *devlet*e dair neoliberal etkilerin neler olduğunu çıkarmamıza bağlıdır.

5.2.2. Sermaye-İnsan, Piyasa Toplumu ve Neoliberal Devlet

5.2.2.1. "Toplum Yoktur": Gönüllü İşbirliğinden Rekabet İlkesine

Hayek'in en büyük hayranlarından biri olan[77] "Demir Lady" Margaret Thatcher "Toplum diye bir şey yoktur. Bireyler olarak erkekler, kadınlar ve onların aileleri vardır" derken, bireysel özgürlük ve bireysel yargıların önüne konan her tür kolektif yargının reddedildiği[78] yeni bir akıl ve ruh değişimi arzusunu göstermektedir. Thatcher'in bu ünlü vecizesinin anlatmakta olduğu şey, "kamu" kavramının yerinin neoliberalizmce daha küçük, parçalı ve bürokrasi-dışı yapılarla doldurulуşudur.

> "Artık toplumdan medet yok"un anlamı şudur: küresel toplumsal düzenden sorumlu olan, görünür toplumsal ve ortak hiçbir ajan yoktur. İnsani müşkülün tedavisi özelleştirilmiş, tedavinin araç ve pratikleri düzensizleştirilmiştir. Kapsayıcı ve evrensel tablo parçalanmıştır. Artık toplumsal destekle iyileştirmenin yerini öz-iyileştirme (*self-aggrandizement*) ve sınıf mahrumiyetinin toplumca tedavisinin yerini de öz-yüceltme almıştır.

---

[76] Bkz. Michael Freeman, "Neoliberal Politikalar ve İnsan Hakları", (Çev. Şafak Evran Topuzkanamış), **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2015, ss.165-188, s.179; Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı**, s.63,65; Ceyhun Gürkan, "Foucault'da Neoliberal Yönetimselliğin Tarihsel Boşlukları: Erken Neoklasik İktisat ve Kamusal Seçim Teorisi", **Felsefelogos: Foucault ve Neoliberal Yönetimsellik**, Sayı:63, 2016/4, ss. 87-106, s.103; Zeynep Özlem Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, Filiz Kitabevi, 2017, İstanbul, s.49.

[77] Thatcher, 5 Ocak 1981'de avam kamarasına karşı şöyle der: "Ben profesör Hayek'in büyük hayranıyım. Bu meclisin saygın üyeleri de onun kitaplarından bazılarını, *Özgürlüğün Anayasası*'nı, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*'ün üç cildini okurlarsa iyi olur." Aktaran: Dardot, Laval, **Dünyanın Yeni Aklı**, s.241, dn.102.

[78] Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.13.

> Bugün artık hayatta kalma ve iyileşme için verilen günlük mücadelede bireysel akıl ve kaslar konuşuyor.[79]

Dolayısıyla bireyselleşme yahut tekilleşme süreciyle beraber, toplumu düşüncesi gönüllü işbirliği ilkesinden rekabet paradigmasına doğru kaymıştır. Gönüllü bir aradalıklar ise ulus ve vatandaşlık bağı gibi genel kuşatıcı kavramlar yerine daha ufak ve parçalı yapılar çerçevesinde düşünülmeye başlanır.

Bu noktada kimi yazarlara göre "toplum yoktur" mottosunun bir açılımı olarak, neoliberal söylemin ağırlıklı olduğu literatürde kamusal alanın tarifi modern devleti çağrıştıran unsurlardan ayıklanarak "sivil toplum" kavramı üzerinden yeniden şekillendirilmektedir. Bu noktada sivil toplum, neoliberal toplum tasavvurunun bireylerin tekil ve birbirinden kopuk biçimde salındığı bir toz bulutunu anımsatmadığını vurgulamak bağlamında müracaat edilen kavramdır. Bunun tersine, sivil toplum kavramıyla toplumun gönüllü biraraya gelmeler yoluyla kendiliğinden meydana gelen kurumsal yapısına referansta bulunulur; bu noktada öne çıkarılan unsurlar modern devlete dönük ihtiyacın sınırlanması ölçüsünde bürokratik kurumların yerine ikame edilip değerleri vurgulanan sivil toplum kuruluşları ya da diğer ismiyle "hükümet-dışı örgütler"dir (*non-government organisations – NGO*). Sınırlı çıkar çevrelerini temsil eden özellikleri nedeniyle toplumun asli problemlerini bütünsel bir biçimde ele alma becerileri şüpheli olan bu örgütlerin, neoliberal düşüncenin modern devleti kamu hizmetlerinin sağlayıcısı olmaktan geri çekmeye çalışmasıyla ortaya çıkan boşlukta, özel sektörle birlikte bu boşluğu doldurulması hedeflenmekte ve savunulmaktadır[80].

---

[79] Zygmunt Bauman, **Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları**, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., 2000, İstanbul, s.58.

[80] Bu yönleri itibariyle söz konusu örgütler, neoliberal evrenin "*demos*'u olmayan demokrasisi"nin (?) kurucu ögelerinden biridir. Bkz. Özcan, "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti", s.995; Benzer şekilde Harvey'e göre, sivil toplum kuruluşları "küresel neoliberalizmin Truva atlarıdır" "… bunlar öz itibarıyla demokratik kurumlar değildir. Genellikle seçkinci, hesap verme (bağışçılar hariç) sorumluluğu olmayan yapılardır ve ne kadar iyiniyetli ve ilerici olurlarsa olsunlar korumaya ve yardım etmeye çalıştıklarına tabiatları gereği mesafelidirler. Gündemlerini sık sık gizler, devlet ve sınıf iktidarıyla doğrudan müzakereyi ve bunlar üzerinde doğrudan baskı kurmayı tercih ederler. Tabanlarını temsil etmez, genellikle kontrol ederler. Kendi adına konuşamayanların sesi olduklarını iddia eder ve varsayar, adına konuştukları insanların (sanki onlar kendileri yapamazmış gibi) çıkarlarını bile tanımlarlar". Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.186.

5.2.2.2. Homo Economicus'tan Sermaye-İnsan'a

Neoliberalizmin insanı sermaye haline getirdiği zikredilir. Emeğin değeri ve fiyata bağlanarak metalaştırılması süreci dolayısıyla insan, neoliberalizmin öncesinde de (Polanyi'nin tabiriyle) bir tür "piyasa aksesuarı" olmuştur. İnsanın piyasa aksesuarı oluşu üzerine Polanyi, karmaşık makine teknolojisinin sınai faaliyeti ticari faaliyetten ayırışını, kitlesel sınai üretimin sürdürülebilirliği için emek, toprak ve paranın ihtiyaç olduğu an bulunabilmesinin, dolayısıyla fiyata bağlanması ve metalaştırılmasının ardında yatan neden olduğunu uzun uzadıya açıklar. Bu çerçevede emeğin metalaşması Polanyi'ye göre, insanın metalaşma sürecini ifade eder. Fakat neoliberalizm bu noktada bir adım ilerisini ifade etmektedir; zira emek kavramının dışında maddi ve manevi varlığıyla insanın bizzat kendisinin sermayeleştirdiğine vurgu yapılmaktadır.[81]

Klasik iktisadi liberalizmin ekonomik birey varsayımının (*homo economicus*) neoliberal üst modeli olarak karşımızda kendi kendinin sermayesi ve yatırımcısı olan *sermaye-insan*'ı (*human-capital*) buluruz. Bu insan modeli klasik iktisat düşüncesindeki *homo economicus*'tan şu açılardan farklıdır: Foucault'nun iyi bir biçimde tahlil ettiği üzere, klasik *homo economicus* bir mübadele işlemi tarafıdır. Neoliberal versiyonunda ise o artık bir mübadele işlemi tarafı değildir; kendi kendisinin üreticisi, sermayesi, girişimcisi ve hatta tabiri caizse şirketidir. O tüketirken aynı zamanda kendi tatmininin üreticisidir.[82] *Homo economicus* artık "bir mübadele ve çıkar figürü değil, kendi *rekabet* konumunu güçlendirmeye ve değerinin bilinmesini sağlamaya çalışan insan sermayesi biçiminde şekillenmektedir."[83]

Sermaye insan kavramının ortaya çıkışının ardında Robbinsçi bir iktisat teorisinin de yattığı dile getirilir; *seçim bilimi olarak iktisat.* Bu çerçevede iktisat, işlemleri (emek, sermaye, yatırım ve üretim gibi çarkları olan mekanizmayı) değil, seçimi yani davranışı ve onun içsel doğasını ilgi edinir. Burada emeğin üretim ve sermaye arasında nasıl konumlandığından ziyade, çalışan kişi için emek ne demektir yahut insanlar neden çalışır gibi sorular sorulur. Çalışan kişi için amaç gelirdir.

[81] Supiot, **Homo Juridicus**, s.118.
[82] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.190.
[83] Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.40-41.

Gelirse sermayenin ürününden ibarettir. Sermaye de bu nedenle geleceğe dönük her tür gelir kaynağını ifade eder. İnsanın gelir elde etmesini sağlayan psikolojik, zihinsel ve fizyolojik tüm özellikler (çalışma kapasitesi, beceri, dil bilgisi ve hatta fiziksel özellikler vb.), dolayısıyla insanın kendisi bu yüzden "sermaye" kavramının içine dahildir[84]. Foucault neoliberalizmin bu yeni model *homo economicus* tasarımının ardında Robbins'in yanı sıra, Irving Fischer ve iki Chicago ekonomisti Theodore Schultz ve Gary S. Becker'ı görür ve gösterir[85]. Bu bakış açısına göre, sermaye unsurlarının bir kısmı *doğuştan kazanılmıştır* (fiziksel ve genetik yapı vb.) bir kısmıysa *sonradan kazanılabilir* niteliktedir (eğitim gibi); fakat her şekilde sermaye onu elinde bulundurandan ayrıştırılamaz.

Örneğin emekçi, kendi kendinin girişimcisi olarak görülmeye başlanmıştır. Ayrıca ücretin de bir girişimci olarak emekçinin rasyonel bir sermayedar olarak yatırım alanına aktardığı kendi insan-sermayesinin getirisinden başka bir şey olarak düşünülmemesi; böylece subjektivist bir bakış üzerinden ücret ile onu maddi sosyo-politik üretim ilişkileri üzerinden değerlendiren klasik ekonomi anlayışının bağının koparılması söz konusudur[86].

Sermaye-insan tahliline temel teşkil eden ve "herkesi girişimci" olarak tanımlama hususunda ilk gayret gösterenlerin ordoliberaller olduğu iddia edilir. Ordoliberallerin "herkesi girişimci", dolayısıyla küçük de olsa mülk sahibi veya sermaye paydaşı olarak dönüştürme saikinin ardında ise, toplumu "proleterlikten arındırma" maksadı ve böylelikle liberal düzene dönük tehditleri sönümlendirici bir bilinç inşası olduğu dile getirilir[87]. Ordoliberallerden Foucault'ya uzanan bu

[84] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.187-188; Ayrıca bkz. Gürkan, "Foucault'da Neoliberal Yönetimselliğin Tarihsel Boşlukları", s.95.
[85] Bkz. Foucault, **a.g.e.**, s.184, 188-190.
[86] Bu subjektivist bakışın Buchanan'da bulgulanabileceğine işaret eden Gürkan, emekçiyi kendi kendinin sermayedarı ve girişimcisi olarak gören anlayışın da Marx tarafından *Kapital*'in üçüncü kitabında "vulgar iktisat" ve kapitalist rasyonalite saçmalığının doruğu olarak nitelendirilmesine işaret eder. Gürkan, söz konusu bakış açısını şu şekilde açıklar; "Buna göre, örneğin 2000 tl ücret elde eden bir işçi ekonomide o an geçerli olan %10'luk ortalama faiz oranı üzerinden faiz getiren 20.000 tl değerindeki sermayenin getirisi olarak düşünülür. Emekçi, kendinin girişimcisi olarak 20.000 tl değerindeki bedeni gücünü (insan-sermayesini) rasyonel bir sermayedar olarak seçtiği yatırım alnına yatırması karşılığında faiz getirisi elde eder. 2000 tl'lik ücret böylelikle artı-değer üretiminde sömürü koşullarından doğan bir sınıfsal çelişkinin ifadesi olarak değil, emekçinin rasyonel bir girişimci-sermayedar olarak elde ettiği bir sermaye getirisidir." Gürkan, "Foucault'da Neoliberal Yönetimselliğin Tarihsel Boşlukları", s.93, dn.3.
[87] Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.83-84.

sermaye-insan modelinin neoliberalizmin insanını tanımlamakta eksikler içerdiği eleştirisi de yapılmaktadır. Bunu Deleuze ve takipçileri dile getirir. Onlara göre neoliberalizmin insanı aynı zamanda "borçlandırılmış insan"dır[88]. 19.yy.'ın ve iki dünya savaşının kapitalist sınai üretimselliğinin yerine küresel finans kapitalin geçtiği neoliberal evrede, bireyler salt birer girişimci olarak bırakılmaz, aynı zamanda devletlerin borçlandırılmasından aşağıya doğru sızarak herkes -çoğu zaman farkında olmadan- borçlu haline getirilir. Zira neoliberalizmin ana unsurlarından biri olan finansallaşma, bir ölçüm yahut alışveriş-iletişim aracı olan parayı, "sermaye olarak para"ya dönüştürmenin yanı sıra, onu ve bittabi borcu sonsuz bir dolaşım içine sokmak anlamını taşır[89]. Böylece borçluluk küresel biçimde yayılır ve artık "alacaklının daha fazla borç vermediği, buna rağmen borçlunun geri ödemeyi asla bırakamadığı"[90] aşamaya gelindiğinde, Stiglitz'in "Ne tuhaf dünya… yoksul ülkeler zenginlere para veriyor…" deyişi haklılık kazanır[91].

Bilindiği üzere sosyal güvenlik kurumları, özellikle de yaşlılık sigortası, kişilerin geleceğe dönük muhasebesine dayanan ve gelecek yaşamını güvence altına almaya dönük bir şekilde geleceğin rasyonalizasyonudur. Kişinin, kısa vadeli tatminler oluşturacak harcamalarını ketleyecek şekilde ve bir gelecek planı doğrultusunda varolan sosyal güvenlik kurallarına adaptasyonu ve bu şekilde nesiller arası bir sözleşmeye dahlidir. Neoliberalizm ise sorumluluğu tamamıyla bireyselleştirmeye hasredilen programlar içerir. Onun "borçlandırılmış"[92] ve "kendi

[88] Bkz. Deleuze, "Denetim Toplumları Konusunda Bir Ek"; Lazzarato, **a.g.e.**, s.82-83.
[89] Lazzarato, **a.g.e.**, s.75, 77.
[90] Gilles Deleuze, Felix Guattari; **Anti-Ödipus: Kapitalizm ve Şizofreni 1**, (Çev. Fahrettin Ege, Hakan Erdoğan, Mustafa Yiğitalp), Bilim ve Sosyalizm Yay., 2.b., 2014, Ankara, s.289.
[91] Stiglitz'in *Roaring Nineties* isimli eserinden aynen aktaran: Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.82.
[92] Zeybekoğlu, neoliberalizmin ekonomik krizlere reaksiyonunun borçlandırma mantığı üzerine kurulu olduğunu önemli ölçüde Stiglitz'e dayanarak şu şekilde izah eder. "[1929] Büyük Buhranı'ndan çıkmak için talebi güçlendirmeye yönelik Keynesçi politikalar benimsenmiş, sanayileşmiş ülkelerde sosyal devlet politikaları (ABD'de *New Deal*, İngiltere'de Beveridge modeli) uygulanmaya başlanmış ve bu tarihsel dönemeç sosyal ve ekonomik haklar olarak adlandırılan ikinci kuşak hakların uygulama alanı bulduğu bir zemin haline gelmiştir. Oysa [2007-2008] Büyük Durgunluk sırasında ve 1990 sonrası krizler sonrasında devletlerin zayıf talebe yönelik tepkisi, talebi güçlendirecek şekilde eşitlikçi politikaları uygulamaya başlamak değil, faizleri düşürerek kredileri artırmak suretiyle 'balon oluşumuna' yol açmak, düzenlemelerin kaldırılması (deregülasyon), kamusal yatırımların azaltılması gibi neoliberal politikaları uygulamak yönünde olmuştur." A. Emre Zeybekoğlu, "Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru", **Hukuk Kuramı**, C.6 , S.3 , Eylül-Aralık 2019, ss.32-56, s.35; Resesyon dönemlerinde kredilendirme uygulamaları ile ilgili güncel bir karşılaştırma olarak, covid-19 pandemisi ile Türkiye'nin de içine girdiği ekonomik

kendisinin hem yatırımcısı hem de sermayesi kılınmış" insanı, aynı zamanda mutlak surette kendi kendisinden *sorumlu* kılınmış insandır. Bu tip bir sorumluluk, bireyin üzerindeki mercilere, (sosyal veya refah ön-adlarıyla tanımlanan) devletlere yahut *sosyal* güvenlik sistemlerine -vakti zamanında- aktarılmış olan sorumlulukların ortadan kaldırılması manasına gelir[93]. "Neoliberalizmin vaat etmiş olduğu öznel kazanımlar ("herkes hissedar, herkes mülk sahibi, herkes müteşebbis") bizi hızla kendi yazgısından sorumlu ve suçlu olan bu borçlandırılmış insanın varoluşsal durumuna doğru savurmaktadır".[94] Bu durumda sosyal hak kavramı çerçevesinde modern bireyin elde etmiş olduğu tüm kazanımlar toplumsal güvencelerden bireysel güvenlik önlemlerine indirgenmiştir. *Toplumsal maliyet* ve *bedavacılık* kaynağı olarak görülmeye başlanan sosyal sigortalar bu nedenle bireyselleştirilmiştir. Kişi gelecekteki sağlık harcamalarının ve yaşlılık geçiminin hesabının mutlak sorumlusu haline getirilmiştir. Bunların tamamı kendi kendinin işleteni olan sermaye-insanın vereceği yatırım kararlarına dayalıdır artık. Kişi verimli çalışmaz ve akıllı yatırımlar yapmazsa gelecekte *iflas* eder. Profesyonel davranmalıdır, çünkü onu kendisinden daha fazla düşünebilecek hiçbir iyilik makamı kalmamıştır. Sosyal devletin yerini reklam ve piyasa itibarı güdümlü şirketlerin sosyal sorumlulukları (*corporate responsibilty*) almış; "welfare" kavramı, yerini en cömertinden "workfare"e bırakmıştır[95].

Sermaye-insan kavramının, radikal bir ekonomikleştirme ve metalaştırma mantığının tezahürü olduğuna dair çokça eleştiri vardır. Bu eleştirilere göre, söz konusu kavram çerçevesinde insanın mutlak surette tekilleştirilip sorumlulaştırılmasıyla birlikte, onun geniş ortak paydalarda paydaş oluşunun önüne geçilmekte, bir *camera obscura* olarak kozmopolitizmin vasıtasıyla sosyal ilişkiler küçük ve rekabetçi cemaat ilişkilerinin içine sıkıştırılmaktadır. Ayrıca insana dair her

---

durgunluk üzerinden verilebilir. 2020 Nisan verilerine göre, geçen yılın verilerine göre %21 artış oranına erişmiş bireysel kredilerde, bunun %48'lik bölümünü ihtiyaç kredileri oluşturmuş ve toplam 920 bin kişi ilk kez ihtiyaç kredisi kullanmıştır. Bkz. **Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Aylık Bülteni (Nisan-2020)**, Sayı:56, Haziran-2020, s.24.

[93] Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.28, 77-78; Ayrıca bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.81.

[94] Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.8.

[95] *Workfare*, belli bir süre çalışma geçmişi olmadan, koşulsuz bir biçimde sosyal sigorta olanakları ve sosyal yardımlardan yararlanamamayı ifade etmektedir. Bkz. Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı**, s.58-69.

nitelik ve hatta onun maddi varlığı devre devre sözleşmeler hukukunun konusu haline getirilmekte; bu durumsa gerek bir modernite kazanımı olan insan hakları nosyonu, gerekse devredilmez hak kavramını alt üst etmektedir.[96]

5.2.2.3. Privatopia: Şirket Egemenliği ve Neoliberal Devlet

Klasik liberalizmin siyasal düşünceye ve modern anayasalara başlıca katkısı olan birinci kuşak (siyasal) hak ve özgürlüklerin korunması konusunda modern devlete yüklenen görevin ve prosedürel hukuk devletinin üzerine, dünyada yaşanmış ekonomik sorunların neticesi olarak eklenen ilave pozitif yükümlülükler ve ikinci kuşak (sosyal ve ekonomik) haklar konusundaki mesuliyetler, neoliberal aşamada eriyip çözülmeye başlamıştır. Bireylerin ilkin siyasal, ikinci aşamada ise sosyo-ekonomik açıdan gözeticisi halini alan modern devlet, neoliberalleşmekle birlikte bu sefer bireylerin değil fakat şirketlerin menfaatlerinin yanında olma görevi ile donatılmıştır [97] . Foucault bu yeni tekniği, yönetim faaliyetinin yeni bir tür sınırlandırılma girişimi olarak şöyle ifade eder:

> Ondokuzuncu yüzyılda yönetim faaliyetinin ölçüsüzlüğüne karşı, kamusal gücün faaliyetini *hukukî* açıdan ölçecek idarî bir düzenek kur[ul]maya çalış[ıl]mıştı; buradaysa yönetim faaliyetini salt ekonomi ve piyasa temelinde ölçmeyi amaçlayan bir tür *ekonomik mahkemeyle* karşı karşıyayız[98].

Bu noktada devletin rolü sadece ekonomik sahadan çekilmekle kalmayıp (öyle ki bu klasik liberallerce de ağızlara sakız edilmiş bir husus olmuştur), kamu sahasının da tasfiye edilme sürecine, dolayısıyla (Hayek'in tabiriyle) bir özel hukuk toplumunun oluşturulmasına önayak olma şekline dönüştürüldüğünü söylemek mümkündür. Verimlilik ve kamusal maliyetlerin azaltılması gibi ekonomik gerekçelendirmeler eşliğinde devletin görev ve yetkilerini bir bir devir-teslim edeceği

[96] Eleştirilere örnek olarak bkz. Supiot, **Homo Juridicus**, s.118, 195 vd.; Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.190.

[97] "New York mali krizinin yönetiliş şekli, IMF sayesinde uluslararası alanda ve Reagan sayesinde ülke içinde 1980'lerdeki neoliberal uygulamaların yolunu açtı. Uygulanan kriz yönetimi, finans kurumlarının sağlamlığı ve tahvil sahiplerinin kârları ile yurttaşların refahı arasında bir çatışma çıktığında, ilkine öncelik verme ilkesini kabul ettirdi. Hükümetin rolünün genel nüfusun refahını ve ihtiyaçlarını gözetmekten çok, iyi bir iş iklimini yaratmak olduğu vurgulandı." Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.56.

[98] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.204.

şirketlerin birer güç odağı olarak görünürlük kazandığı ve egemen yapılar haline evrildiği neoliberalizmin bize vermiş olduğu anahtar kavramlar; "Kamu-Özel Ortaklığı", "Deregülasyon" ve "Özelleştirmedir".

Neoliberalleşme pratiklerinde devlet iktidarı ile şirket arasındaki sınırın gittikçe geçirgenleştiği dile getirilir[99]. Yani neoliberal devlet, görev ve yetkilerini devir-teslim sürecinde şirketlerle simbiyotik bir yaşam oluşmaktadır. "Kamu-özel ortaklığı" kavramıyla oluşturulmuş çerçeve bu birlikte-yaşamı ifade eder. Harvey'nin deyimiyle Thatcher zamanında üzerinde ciddi şekilde durulmuş olan (ki bugün ülkemizde de bolca gördüğümüz) "kentsel gelişim şirketleri" söz konusu mantığın pratiğe dönüşümünün örnekleridirler; bu yolla "yönetimden (kendi başına devlet iktidarından) yönetişime (devleti ve sivil toplumun kilit unsurlarını içeren daha geniş bir yapılanmaya) geçiş neoliberalizmde belirgin bir özellik" haline gelmiştir[100]. Ortaklığın bir diğer alternatifi, devletin tamamıyla sahadan çekilmesi, yani özelleştirmedir. Gerek kamu özel ortaklığı gerekse özelleştirmenin meşruiyeti "yönetişim, şeffaflık, demokratikleşme, sivilleşme ve kamu giderlerinin azaltılması" gibi kavramlardan örülü bir şema içerisinde sağlanmaktadır. Fakat özellikle kamu-özel ortaklığı şeklinde yapılan işlerin risklerinin önemli ölçüde devletçe üstlenildiği, kârların ise önemli oranda şirketlere aktığı eleştirilerinde bulunulur[101].

Piyasaların şekillenmediği (toprak, su, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, çevre kirliliği gibi) alanlarda, gerekirse "devlet eliyle" piyasalar yaratılır ve koruma altına alınır. Oluşmuş piyasalara ise devletin mümkün olan en alt sınırda müdahalesi esas kabul edilir, çünkü devlet piyasa sinyallerini (fiyatları) algılamaya elverişli bilgi altyapısına sahip değildir ve bu neoliberalizme göre mümkün de değildir[102]. Metalaşma ya da piyasalaşma sürecine devletin olumlu edimi, modern kamusallığın tasfiyesi demektir. Ortak ya da özel mülkiyete konu olmayan tüm varlıklar üzerinde ekonomik etkinlik ve toplumsal sermayenin arttırılması adına özel mülkiyet hakları tahsis edilir.

---

[99] Bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.85; Özdek, **Şirket Egemenliği Çağı**, s.65 ;Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.247-248, 288-289.
[100] Bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.84-85.
[101] Harvey, **a.g.e.**, s.85; Lazzarato, **Borçlandırılmış İnsanın İmali**, s.16.
[102] Harvey, **a.g.e.,** s.10.

Devletin kamu alanını tasfiyesi, artık bir kamu otoritesi olarak ekonomik sahayı düzenlememesi, aksine *deregülasyon* yolunu izlemesi, neoliberal politik içeriğe dair bir diğer önemli özelliktir. Çünkü neoliberal düşünceye göre regülasyon hem maliyetleri faydalarından daha fazla olan bir pratiktir hem de rant arama ve kollama faaliyetlerine olanak sağlar; ayrıca her şekilde bir müdahalecilik örneğidir[103]. Hukuk ve ekonomi literatüründe Coase teoremi regülasyonun sosyal maliyet yönüne, kamu tercihi çalışmaları ise rant arama faaliyetlerine sebebiyet veren yönü üzerinde durur. Fakat görmezden gelinen nokta, modernitenin bir çok kazanımını deregülasyon adıyla yapısal dönüşüme uğratırken, neoliberalizmin de esasında bir çeşit regülasyon yapıyor oluşudur[104].

5.2.3. Neoliberalizmin Hukuku

Neoliberalizmin hukuk tasarımı ile çalışmamızın odaklanmış olduğu günümüzün ekonomik hukuk öğretisi arasında ciddi paralellikler olduğu, pek çok çalışmada ele alınmıştır[105]. En dikkat çeken paralellikler, devlet gücünün ve belirleyiciliğinin hukuk üzerinde de sınırlandırılıp hukukun ekonomik düzenle entegre edilmesi ve metalaşmanın hukukun her bir sahasında çok daha yoğun hale gelmesidir.

Foucault'nun çalışmaları, neoliberalizmin hukukunu tanımlama girişimleri arasında son derece dikkat çekici ve yön gösterici mahiyettedir. Bu noktada altını çizmiş olduğu iki özellikten bahsetmek gerekir: (i) çerçeve politikası, (ii) hukuk devleti ihtiyacı.

Foucault, Eucken'in "çerçeve politikası" kavramına referansla, neoliberal müdahaleciliğin piyasa mekanizmasına ve piyasanın işlediği koşullara buyurucu değil fakat piyasayı çevreleyen koşullara düzenleyici biçimde yöneldiğini ifade eder.

---

[103] Fink, "Post-Realism or Jurisprudential Logic of Late Capitalism", s.934-935.

[104] Munck, "Neoliberalizm ve Siyaset, Neoliberalizmin Siyaseti", s.108-10; Lapavitsas, "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", s.59-60, 67.

[105] Mirowski, "The Thirteen Commandments of Neoliberalism"; Lleras, "Neoliberal Law and Regulation", s.61; Ioannis Glinavos, "Neoliberal Law: Unintended Consequences of Market-Friendly Law Reforms", **Third World Quarterly**, Vol.29, No.6, 2008, ss.1087-1099, s.1089; Regenia Gagnier, "Neoliberalism and The Political Theory of the Market", **Political Theory**, Vol.25, No.3, June-1997, ss.434-454, s.439 vd.

Diğer bir deyişle neoliberal müdahaleler doğrudan piyasa-içi unsurlara -örneğin fiyat müdahalesine, verimsizlikleri gidermeye yahut sübvansiyona- yönelik olmamalı, piyasa mekanizmasıyla doğrudan ilgili olmayıp piyasayı ilgilendiren bir *çerçeve* üzerine olmalıdır; nüfus, eğitim, hukuki rejim ve hatta iklim gibi[106]… Dolayısıyla neoliberalizmin ekonomik müdahalecilik karşıtı jargonunun yanı başında duran ve müdahaleci olduğu dillendirilen kimliğinin en önemli odak noktalarından biri olarak hukuk dikkat çekmektedir.

Foucault'nun neoliberalizmin hukuki boyutuna dair yaptığı bir diğer vurgu ise, hukukun neoliberalizmle beraber bir disiplin ve normalleştirme teknolojisi olmaktan başka bir şekle evrilişi üzerinedir[107]. Yeni hukuk, oyunun kurallarını koyar; oyuncuların mentaliteleri üzerinde yoğunlaşmaz. Bu da neoliberalizmin hukuk devletine dönük ihtiyacının içeriğini oluşturur. Birey ile devlet arasında sorun çözücü bir idari yargı mekanizmasının hukuk devleti için gerekli olup olmadığına ilişkin 19.yy. tartışmasında, alelade mahkemelerin de bu noktada yetkili olması gerektiği fikrini içeren Anglo-Amerikan hukuk devleti anlayışına temasla konuya giriş yapan[108] Foucault, peşi sıra neoliberalizmin dokusuna uyan bir hukuk devleti kavrayışına Hayek'in yaptığı katkıya değinir[109]. Bu kapsamda, ekonomik ilişkiler birer "oyun"dur ve bir hukuk devleti oyunun kurallarınının belirginleştirilmesinde rol oynar ama asla oyuna müdahale etmez; dolayısıyla hukuk devleti anlayışının pratik çıktıları biçimsel bir özellik arz eder. Bu anlayış içerisinde, ekonomik düzende işlevsel bir hukuk kuralının nitelikleri: biçimsellik, içinde kararların özgürce alınabileceği bir *çerçeve* çizmesi ve devleti de bağlayıcı bir niteliğe sahip olmasıdır. Hayek bu biçimsel niteliğiyle hukuk devletini planlamacı devletin karşısına koyar[110].

Hayek'in hukuk devleti ilkesi merkezinde ideal çerçevesini oluşturmaya çalıştığı toplum, daha önce de bahsi geçtiği üzere, ordoliberal Franz Böhm'ün "özel hukuk toplumu" (*privatrechtsgesellschaft*) olarak ifade ettiği toplumdur. Böhm 1966 yılında *Ordo* yıllığında yayımladığı kendi çalışmasında özel hukuk toplumunu

[106] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.122.
[107] Vatter, "Foucault and Becker", s.69.
[108] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.145-146.
[109] Hayek'in hukuk devleti kavramının ayrıntısına değinmiştik. Bkz. yuk. s.190 vd.
[110] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.146-147.

"birbirine bağlı olmayan bireylerin yeknesak bir hukuka, bir hukuk düzenine tâbi bir çoğulluk biçiminde birlikte varoluşu" olarak tanımlar[111]. Makalenin vurgusu, hukukun süjesi olan otonom fakat kendi kendine yeterli olmayan bireyin karşısındaki tek hukuki varlığın devlet olduğu, "toplum"un ise müstakil bir hukuki süje olmadığıdır[112]. Bu düzen anarşik bir bireyler yığını değildir, devlet örgütlenmesi vardır ve gece bekçisi gibi faaliyet gösterir; ancak devletin zor gücünü harekete geçirecek sınırlar (ör. ceza hukuku kodları) devletin otoritesince belirlenmez, çünkü bunlar denk bireylerin haklarının birbirinden ayrıldığı sınırlardır[113]. Söz konusu düzende bireyler birbirleriyle dil, özel hukuk normları ve fiyat sinyalleri ile iletişim kurarlar.

Neoliberalizmin tek tek bireylerin ötesinde ve onların iradesinin önüne geçebilecek her tür kolektif yapıyı sarsıcı (Thatcher deyimiyle "toplum yoktur"cu) içeriği, hukukun toplumsal bütünleşme sağlayıcı yönünü çözmüştür. Örneğin modern ceza hukuku anlayışı, suç denen kavramı tekil bireylere yönelik olsa bile varlığıyla esasen topluma zarar veren davranış olarak kabul eder[114]. Örneğin Hegelci tabirle suç bir inkardır ve ceza vasıtasıyla suçlu tekrar evrensel iradeye uygun hale getirilir[115]. Cezanın nedeni olarak toplumsal tepkiyi ve işlevi olaraksa bu tepkinin altında yatan ortak duyguların yoğunluk derecesinin sürdürülmesini gören Durkheimcı düşünce de ceza hukukunun bir kamu hukuku alanı olarak değerlendirir. Bu yüzden cezalandırma konusunda kefaretçi yahut ıslah edici yaklaşımlar toplumun bütünlüğü üzerinden kurgulanırlar. Neoliberalizmin bütünlükleri bozucu karakteri bu temel yaklaşımları tümden reddetmemekle birlikte önemli ölçüde "onarıcı adalet" kavramının gölgesine iterek, suçu esasen kişinin başka bir kişiye karşı eylemi

[111] Franz Böhm, "The Rule of Law in a Market Economy", **Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution**, (ed. Alan Peacock, Hans Willgerodt), Palgrave Macmillan, 1989, United States, ss.46-67, s.49. Makalenin Almanca basımındaki orijinal başlığı "Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft" yani "Özel Hukuk Toplumu ve Piyasa Ekonomisi" şeklindedir.
[112] Böhm, "The Rule of Law in a Market Economy", s.47-50. Dolayısıyla bir bütün olarak ulus da bir hukuki süje değildir, kendi başına hukuki çerçevede hareket edemez (s.47).
[113] Böhm, "The Rule of Law in a Market Economy", s.51; Ceza hukukunu "*nomos*" içinde tasavvur eden Hayek de benzer bir açıklama yapmıştı. Bkz. yuk., s.208.
[114] Ketizmen, "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", s.162.
[115] Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefes**i, Filiz Kitabevi, 2018, İstanbul, s.254.

formuna, cezayı ise üzerinde pazarlık yapılabilir ve uzlaşılabilir bir forma sokmuştur. Tüm bu eğilimler ceza hukukunun metalaşması olarak yorumlanmaktadır.[116]

İnsan genleri üzerinde patentten insana dair tüm özelliklerin bir tür marka değeri haline getirilerek bütün olarak insanın sermayeleştirilmesi ve ortak malları trajik kaderini değiştirip dünya üzerinde özel mülkiyete konu olmayan neredeyse hiçbir varlık bırakmayan neoliberal düşüncenin hukuki boyutunun ilgi edindiği bir konu da şirketlerdir. "Neoklasik iktisat teorisinin hukuki muhakeme biçiminde kullanılması"na karşılık "Neoliberal hukukbilimi" ifadesini başlık yaptığı makalesinde Timothy K. Kuhner, 2010 yılında şirketlerin ifade özgürlüğünü tanıyan ünlü bir yüksek mahkeme kararını ve artalanını ele alır[117].

Foucault neoliberalizmin çerçeve politikası bahsinde "hukuki olanın ekonomik olana şekil verdiğini" savunurken, bu Foucaultcu bakış açısının tashihini amaçlayan Wendy Donner, neoliberalizmin sinsi devrimini incelediği kitabındaki "Hukuk ve Hukuki Akıl" başlıklı bölümde bunu biraz daha ileri götürerek "hukuk ve hukuki muhakemenin ekonomik olana şekil vermekle kalmayıp, yeni alan ve pratikleri de ekonomikleştirdiğini" savunur[118]. Onun deyimiyle "neoliberal hukuk aklı, sermayenin haklarını güvenceye almak ve rekabeti yapılandırmakla yetinmeyip, siyasi hakları, yurttaşlığı ve bizatihi demokrasinin sahasını ekonomik olarak biçimlendirmek, bunu yaparken *demos* fikrinin kendisini dağıtmaktadır."[119] Donner bu gidişatın hukuki desteğini -Kuhner'in de üzerinde yoğunlaşmış olduğu- 2010-2011 yıllarında ABD'de verilmiş dört yüksek mahkeme kararı eşliğinde serimler:

2010 yılındaki *Citizens United vs. F.E.C.* kararında [120] ABD Yüksek Mahkemesi, şirketlerin siyasal seçim kampanyalarında sözel ve parasal destekçi olma imkanlarını kısıtlayan düzenlemeler aleyhine hüküm tesis etmiştir. Ağırlıklı olarak ifade özgürlüğü gerekçesine dayalı olarak alınan bu karar ile, Donner'a göre,

[116] Ketizmen, "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", s.160-161.
[117] Timothy K. Kuhner, "Citizens United as Neoliberal Jurisprudence: The Resurgence of Economic Theory", **Virginia Journal of Social Policy & the Law**, Vol.18, No.3, Spring-2011, ss.395-468, s.397.
[118] Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.175.
[119] Donner, **a.g.e.**, s.176. Ki Donner'in kitabına verdiği isim de orijinal haliyle "Undoing Demos" şeklindedir.
[120] *Citizens United vs. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).*

"şirketlere kayıtsız şartsız siyasi söz söyleme hakkına sahip bir şahıs muamelesi" yapılmış ve "şirket kaynaklı paranın seçim sürecini istila etmesine" anayasal yargı eliyle izin verilmiştir[121]. Karar metnini kaleme alan Yargıç Anthony M. Kennedy, bu karar vasıtasıyla, ifade özgürlüğünden yararlanma konusunda gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındaki ayrımı (hatta ayrımcılığı) gidermek, hükümetin hangi ifade sahiplerini (dolaylı olarak da ifadelerin içeriğini) sınırlayacağına (ya da hangi ifadelerin dikkate değer olduğunu belirlemeye) dair elindeki seçme imtiyazını ortadan kaldırmak ve seçimi serbest rekabet içindeki "siyasal piyasa"ya bırakmak, "ne kadar az yasa o kadar az müdahale" bilinciyle fikirlerin serbest dolaşımına (yani genel yarara) hizmet etmek, böylece toplumdaki herkes için bilme hakkını korumaya almak gibi çeşitli amaçların karşılandığını vurgular[122].

Donner ise bu karar vesilesiyle Yüksek Mahkeme'nin politik sahanın piyasalaşmasına olanak tanıdığı ve ifadeyi ise bir "sermaye" haline dönüştürdüğü eleştirilerinde bulunur[123]. Şirketlere tanınan ifade özgürlüğünün teknik olarak başkalarının ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmadığı savunmasına karşı, karşı oy yazarı Yargıç Stevens'ın şirketlerin basın ve reklamları domine ettiği durumda finansmanı daha az olan görüşlerin dışarı itileceği ve böylece siyasi katılım haklarının piyasalaşmasıyla beraber ilk zayiatın siyasal eşitlik olacağı yönündeki şerhine dikkat çeker[124]. Ayrıca dikkat çektiği iki nokta daha vardır; bunlardan biri Yargıç Kennedy'nin bir başka karara[125] atıfla seçim süreçlerini "siyasal piyasalar" olarak nitelemesi, diğeri ise -yine konuyla irtibatlı fakat başka bir karar[126] kapsamında kaleme aldığı imzalı görüşünde- temsili demokrasilerde seçilenlerin kendilerine destek olanlara iltimasta bulunmasının doğal ve anlaşılır bir durum olduğunu ve demokrasinin böyle bir karşılıklılık esasına dayandığını savunmasıdır[127].

---

[121] Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.176.
[122] Aktarımlar için bkz. Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.180,185,192-3,
[123] Birleşik Devletler'de şirketlerin siyasi eylem komiteleri ve seçim sponsorlukları hakkında 1976'ya dek uzanan benzer mahiyette gelişmeler ile alakalı olarak ayrıca bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.57.
[124] Bkz. Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.185,194.
[125] *First National Bank vs. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).*
[126] *McConnell et al. vs. Federal Election Commission., 540 U.S. 93 (2003).*
[127] Bkz. Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.190,197.

Burada dikkat çeken noktaları şu şekilde ele alabiliriz; Mahkemenin şirketlerin politik sahada etkinliğinin sınırlanmasının manasızlığı üzerine yaptığı vurgu ve verdiği karar, gerek Chicago Okulu gerekse daha etkili biçimde Kamu Tercihi teorisyenlerince gözler önüne serilen çıkar gruplarının politik sahada etkinliğinin doğal bir siyasal gerçeklik olduğunu vurgulamalarına oldukça benzerdir. Sonuç itibariyle konu, doğallığa vurguyla beraber bir şekilde normalleştirilmiştir.

Politik sahada şirketlerin ifade özgürlüğü olan gerçek kişilermiş gibi değerlendirilmesi, dolayısıyla onların ekonomik sahada kazandıkları gücü politik sahaya transfer etmelerine anayasal olanak sağlanması, neoliberalizmin bir iç çelişkisini de açığa vurur. Kamusal vasfı olan her tür kolektif kurum ve organizasyonu çözüp bireyselleştirme programı olarak göze çarpan neoliberalizm, konu şirketlere geldiğinde, pek çok hissedardan meydana gelmiş bu yapıyı kolektif bir yapı olarak görmez; çünkü kamusal değildir, özel çıkarların kolektif bir organizasyonudur. Neoliberal düşüncenin bu kolektif yapıları hoşgördüğü düşünüldüğünde, aynı hoşgörünün başka kolektif yapılara karşı da sergilendiği söylenebilir mi? Donner ve Harvey gibi anti-neoliberaller bu noktada "hayır" cevabı oluşturacak başka örnekleri de gözler önüne sererler. Kolektif hareket bağlamında "örgütlü emeğin" gücünü sınırlamaya dönük bu mahkeme kararlarından biri 2011'de Winsconsin Yüksek Mahkemesi'nin kamu sendikalarının toplu sözleşme görüşmeleri yapma gücünü (ücret görüşmelerinde değil fakat çalışma koşulları ve sosyal yardımların müzakeresi bağlamında) zafiyete düşüren bir eyalet yasasına onay verişidir [128] . Bir diğeri ise kolektif hak arama özgürlüğüne darbe olarak düşünülebilecek olan *AT&T Mobility LLC vs. Concepcion* kararıdır[129]. Bu kararla birlikte, düşük ücret, yüksek fiyat, ayrımcılık, yanıltıcı-hileli davranışlar ve ayrıca çevre, kirlilik, güvenlik ve sağlık mevzuatlarına aykırı eylemleri nedeniyle şirketler karşısında işçi ve tüketicilerin "toplu dava" yolunu kullanmalarının önüne geçilmiş, bu kişiler bireysel arabuluculuk yoluna müracaata sevk edilerek, şirketlere dönük kolektif tehditler eritilmiştir[130]. Yani kısacası Donner'in çizmiş olduğu portrede,

[128] Bkz. Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.177, dn.7; Benzer bir fikir olarak bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.83.
[129] *AT&T Mobility LLC vs. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).*
[130] Donner, **Halkın Çözülüşü**, s.176-7.

neoliberal hukuk aklı kolektif yapı ve organizasyonlar karşısında sermaye lehine ayrımcı ve asimetrik tutumlar almaktadır[131].

5.3. POSTMODERN TOPLUM TARTIŞMALARI BAĞLAMINDA HUKUK VE EKONOMİ

Postmodern düşünceyi hakkıyla ele alabilmek adına "modernite" kavramından ne anlaşılması gerektiğini öz biçimde ele almak gerekir. Modernite rönesans, reform, bilimsel devrimler ve aydınlanma felsefesiyle ortaya çıkan ve insanın din merkezli ve bilim dışı eski fikrî evrenden çıkışını akılcılık, bilimsellik ve sekülarizm gibi bir takım aslî kavramlar[132] aracılığıyla ortaya koyan ekonomik, siyasal ve toplumsal bir dönüşümü ifade eder. "Erken modern dönem" olarak adlandırılmak suretiyle genellikle 15.yy.'dan başlatılan modernleşme süreci, ilerlemeci bir mantıkla insanlığın gittikçe daha iyi ve üstün amaca doğru hareket ettiğini kabul eder. Bu kabul, 20.yy.'ın dünya savaşlarıyla tarumar olduğu döneme dek devam etmiş ve dünya savaşlarının yıkıcılığıyla birlikte modernitenin ortaya koyduğu ilke ve değerler de sorgulanmaya başlamıştır. Modern düşüncenin kavramsal ağı, postmodern yazarlara göre, "büyük anlatılar" ile doludur. Bu anlatılar modernizmin düşünceyi yönlendirme ve deneyimi yorumlama için sunduğu doğrular dizileridir[133]. Fakat 20.yy. bunların tümünü sorguya açmıştır. Söz konusu modern değerler ve doğruların eleştirel teorisi genel olarak postmodern teori olarak adlandırılır. Başlangıçta bir sanat akımı olarak ortaya çıkmış postmodernizm, özellikle Wittgenstein, Bataille, Deleuze, Guattari, Foucault, Levinas, Derrida,

[131] Benzer şekilde bkz. Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.61.

[132] "Aslî kavramlar" ifadesini Cotterrell'den ödünç almaktayım. Cotterrell, postmodern bir eğilim olarak hukukun yapıbozumu meselesini ele alırken, Derrida tilmizi yapıbozumcuların hukukun bir takım aslî kavramları merkeze alarak biçimlendiğini düşündüklerini belirtir. Bu düşünceye göre söz konusu aslî kavramların aslî ve ayrıcalıklı karakter kazanması esasında zıt kavramlara bağlıdır fakat bunlar dikkate alınmamaktadır. Bkz. Roger Cotterrell, **Hukukbilimin Politikası**, (Çev. Saim Üye), Pinhan Yay., 2018, İstanbul, s.367-368. Bu noktada ne bir yöntem ne de bir teknik olan ve sadece modern düşüncedeki sınırlı anlama biçimlerinin değişik yollarla aşılma girişimi anlamında yapıbozumun hukuka uygulanması "insan hayatının, sorguladığımız baskın hukuk anlayışının gereklilikleri yüzünden arka plana itilmiş yönlerini hatırlama" çağrısından ibarettir. Cotterrell, **a.g.e.**, s.368.

[133] Cotterrell, **a.g.e.**, s.365.

Lyotard, Baudrillard, ve Rotry gibi düşünürlerin de etkisiyle sosyal bilimlerin her alanında kendini gösteren bir düşünce akımı halini almıştır. [134]

Modern hukuk düşüncesi, birtakım aslî kavramların çizdiği çerçeve içerisinde kavranır. Bunlar; aklın evrenselliği, egemenlik, merkeziyetçilik, tekçilik (monizm), basitlik, sadelik, devlet-sivil toplum düalizmi ve bilimsellik gibi kavramlardır[135]. Aklın evrenselliği, insanların aklen eşit, onur sahibi ve salt insan olmaktan kaynaklı birtakım temel hak ve özgürlüklerle donatılı oldukları fikrine zemin hazırlayarak ve doğal hukuk düşüncesinden de destek alarak, modern hukuki öznenin arkaplanını oluşturmuştur. Bu yeni hukuki özne fikrinin yanında, modernite öncesinin siyasal (feodal) dağınıklılığı karşısında, bireyleri geniş bir ortak payda olarak "ulus" fikri altında toplayan yeni hukuki-siyasi yapılar ve bunların türevi kavramlar ortaya çıkmıştır: ulusal egemenlik, ulus devlet ve ulusal hukuk[136]. Temel hak ve özgürlüklerle donanmış modern bireyin gerektiğinde bu hak ve özgürlükler uğruna devlet karşısında söz söyleyebilme ve hatta direnebilmesi fikrinin gelişimiyle beraber, devlet-sivil toplum düalizmi belirginleşmiştir. Modern hukuk bu yapı içerisinde belirli bir kaynağa dayalı biçimde, yasama edimiyle ve tek-merkezli bir biçimde, onu yapan ve zor gücüyle uygulayan devlet kavramına bağlı olarak şekillenmiş; ulusal sınırlar aynı zamanda toplumlar arasındaki hukuki sınırları da oluşturmuştur. Hukuki pozitivizm literatürü, modern hukukun bu monist, merkezî ve devlete bağımlı yapısını göstermek bakımından elverişli bir çerçeve çizer. Austin'in egemeni tek ve bölünmez niteliklerle tanımlaması[137] ve pozitif hukuku bu egemen iradeden buyruk formunda türeterek açıklayışı buna bir örnektir. Öyle ki yatay toplumsal ilişkilerden merkezsiz olarak türediği düşünülebilecek örf ve adetlerin "ya yasalara açık bir şekilde dahil edilip egemen otorite tarafından ilan edilerek veya devlet gücüyle uygulanan mahkeme kararları üzerinden zımnî olarak pozitif hukuka"

[134] Ülker Yükselbaba, "Postmodernizm ve Hukuk", **İÜHFM**, Cilt:74, Sayı:1, 2016, ss.139-156, s.139-140, 146.
[135] Bkz. Alain Touraine, **Modernliğin Eleştirisi**, (çev. Hülya Uğur Tanrıöver), Yapı Kredi Yayınları, 8.b., 2012, İstanbul, s.25; Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.122.
[136] Bu konuda ayrıca bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.71.
[137] John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, (Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş), Tekin Yay., 2015, İstanbul, s.139 vd.

[138] dönüştürüldüğünü savunmak suretiyle kuramında açık kapı bırakmamaya çalışır. Bu yüzden modern düşüncede hukuk dendiğinde tüm yollar egemen devlete çıkar.

20.yy.'a gelindiğindeyse, iki dünya savaşı sonrasında ve etkisi altında sosyal teoride ortaya çıkan modernite eleştirileri ve modernitenin bu kavramsal ağına dönük dillendirilen hoşnutsuzluklar, "postmodern" eleştiriler olarak nitelendirilir. Bu postmodern eleştirilerin neticesi olarak devlet ve hukuk, çoğunlukla modernitenin kavramsal ağıyla zıt anlamlara sahip başka anahtar kavramların çizdiği yeni bir çerçeve içerisinde yeniden ele alınır. Bu postmodern kavramsal ağ, "pragmatizm, rölativizm, süjenin bir merkez olmaktan kurtulması, aklın birliğine ve kesinliğine şüphecilik, sadelik ve basitliğe karşı karmaşıklık, çoğulluk, sivil topluma yeniden dönüş, güvenlik ilkesine karşı risk" [139] vb. kavramlarla örülüdür.

Artık her yol devlete çıkmamakta, hukuk dendiğinde devlet, devlet dendiğinde hukuk akla gelmemektedir[140]. Bunda hiç şüphesiz dünya savaşlarında modern devletlerin -pozitif hukukun sınırları içerisinde- kendilerini totaliter organizasyonlara dönüştürmelerine karşı gelişen hoşnutsuzluktan, uluslararası ekonomik faktörlere ve küreselleşmeye dek pek çok neden de söz konusudur. Uluslararası (kimi tabirlere göre "ulusal-üstü") insan hakları hukuku kurumları, Avrupa Birliği gibi ulus devletleri siyasal-ekonomik birlikler içine çeken bölgesel organizasyonlar ve ekonomik nedenli uluslararası hukuki entegrasyon süreçleri[141] modern ulusal hukuk ve egemenlik kavramlarını eriten çağdaş siyasi-hukuki gelişmelerden önemli birkaçıdır. Bu eriyişi postmodern düşüncenin modernite eleştirisi ve bu çerçevede üretmiş olduğu kavramsal ağ da desteklemiştir. Postmodern düşünce, çok kültürlülüğü, küreselliği, çoğulluğu, parçalılığı, yerelliği ve

---

[138] Austin, **a.g.e.**, s.48-49.
[139] Bkz. Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.122.
[140] Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.124.
[141] 1926 itibariyle kurulup çalışmaya başlayan *UNIDROIT* (Özel Hukukun Birleştirilmesine Dair Uluslararası Hukuk Enstitüsü) çalışmaları özel hukukun ticarete ilişkin uygulanan prensiplerinin uluslararası ölçekte birbirine yakınlaştırılmasını ve entegrasyonunu amaçlamıştır. Yine bir başka gelişme olarak *GATT* (1947 Ticaret ve Tarifeler Genel Antlaşması), ulusal korumacı ticarete bir reaksiyon olarak ortaya çıkmış ve uluslarası ticaret engellerini kaldırmayı esas gündem edinmiştir. Bu gibi gelişmeler özel hukukun mutlak bir biçimde ulusal sınırlarla bağlı olmaması gerektiği fikrini yansıtmaktadır. Bkz. Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.132-136; Tartışma olarak bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.165; Özcan, "Capitalism and the Rule of Law", s.331 vd.

cemaatçiliği öne çıkarırken, "ulus"u demode bir kavrama dönüştürmüştür[142]. Bu noktada hukuki plüralizm de postmodern bir yaklaşım olarak görünürlük kazanmaktadır[143]. Ulusal hukuk sistemleri gerek "ulusal"ı aşan bölgesel yahut küresel yapılara yetki devirleriyle, gerekse plüralist temalar altında kendi içinde parçalılığı oluşturacak partiküler ögelere ayrışarak 20.yy. başlarındaki kuvvetlerini yitirmiştir. Bu çerçevede, haklı olarak, gerek postmodern toplum kuramı gerekse postmodern hukuk düşüncesinin ciddi derecede küreselleşmeye ve neoliberal felsefeye dayandığı dile getirilmektedir[144]. Bu doğrultuda egemenlik kavramının ve devletin yapısal dönüşümünün yanında hukuk kavramı ve hukuk normu da modern kavramların dışında bir düşünsel zemine oturtulmuştur. Hukuk artık tek merkezli belirlenemeyen, yatay ilişkilerden zuhur eden, dinamik, sürekli değişken ve esnek bir niteliğe bürünmüş, ayrıca buyurgan dili ve biçimi stratejik biçimde törpülenmiş bir hal almıştır.

> Günümüzün modern egemenlik kavramına ve modern devlete yaşattığı sıkıntılar, tek merkezde kesişmektedir. Bu merkez, modern hukukun ta kendisidir. İktidarın yürütme gücü uluslar üstü kurumlara devredilmekte, bu yol ile egemenin gücü sarsılmaktadır. Özlü ifadesiyle egemenin yasama alanındaki monist otoritesi parçalanmaktadır. Küreselleşmenin getirdiği kozmopolit ve neoliberal ruh içinde hukuk normu, artık egemenliğin bir göstergesi değil, belirsizlikleri azaltan bir eylem, ilişkilerde şeffaflığı sağlayacak bir araçtır[145].
>
> Yasa, artık "aynılık-benzerlik" ilkeleri üzerine değil, "farklılık-çeşitlilik" ilkeleri üzerine inşa edilecektir. Değişkenlik ve esneklik, sabitlik ve katılık ile yer değiştirecek; normlara dikey bakışın yerini yatay bakış; hiyerarşinin yerini koordinasyon alacaktır.[146]

---

[142] Bkz. Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.100-101,113; Adnan Güriz, **Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk**, Phoenix Yay., 2.b., 2011, Ankara, s.121-123.

[143] Hukuki plüralizmin arka planında genellikle, ulus-aşırı açık toplumun çok kültürlü yapısı olduğu dile getirilmektedir. Akkaya Kia, ekonomik faktörlerin ve insan hakları düşüncesinin, hukuki plüralizmin arka planında yer alan diğer önemli unsurlar olduğunu dile getirir. Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.128. Ayrıca bkz. Yükselbaba, "Postmodernizm ve Hukuk", s.150-151.

[144] Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.121; Kazgan, **Liberalizmden Neoliberalizme**, s.20.

[145] Akkaya Kia, **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, s.121.

[146] Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.127.

Gerek Chicago gerekse Avusturya iktisatçılarınca teşrii hukuk karşısında *common law*'a yapılan övgüler, onun tek-merkezli, dikey ve hiyerarşik süreçlerle biçimlenmemesi ve ayrıca yargı eliyle dinamik bir biçimde toplumsal gereksinimlere adaptasyon kabiliyeti nedeniyle hukukun postmodern kimliklendirilişi ile uyumlu bir görüntü çizer. Hukuk normu artık yasama faaliyetiyle belirlenen, ulusal sınırlar içerisinde etkin ve herkesi kapsayan bir buyurganlıkta olmaktan ziyade, hiyerarşik bir düzene sokulamayacak çok farklı merkezlerden üretilen, karmaşık, herkesi kapsayıcı olmaktan ziyade farklılıklara hitap eden, buyurucu olmaktan ziyade yönlendirici ve esnek bir yapı kazanmıştır.[147] Her ne kadar kendisine postmodern diyemesek de Hayek'i bu noktada, hem *common law* hem de hukuki esneklik övgüsü nedeniyle, postmodernizm ile kapitalizmin hukuk ile alakalı ortak taleplerini -postmodernizm namına olmasa bile- ifade edişi dolayısıyla anmak gerekir. Kurucu akıl ve tepeden inme hukuk düşüncesini olumsuzlama anlamında *common law*'u yatay ilişkilerden kaynaklı ve kendiliğinden evrilen bir *nomos* düzen olarak metheden Hayek, kapitalist toplumun dinamizmiyle uyumlu bir özellik olarak esnek hukukun gerekliliğinin de altını çizer[148]. Bu esneklik nosyonunu, modernizmin sade, katı, hiyerarşik ve buyurucu normatif yaklaşımı karşısında postmodernizmin de ele aldığını ve savunduğunu görürüz. Akkaya Kia meseleye postmodern bakış açısını şu şekilde açıklar:

> Geleneksel emir hükmünün yerine, daha teknik hemen hemen kendini bir otorite gibi hissettirmeyen bir üslup kullanılmaktadır. Bu üslup, artık olmasını arzu ettiği durumu emretmek yerine bir dilek, bir hedef gibi göstermektedir. Bir emir kipi ile telaffuz edilse de zorunlulukları hissettirmeyen saygılı bir üslubu vardır. Bu üslup, kural koyucu değil, açıklayıcıdır. Emir veren değil, durumu müzakere edicidir… Modern hukukun, objektif koşullarla hazırlanmış, genel ve emredici normu, özel statüsünü kaybetmiştir. Artık hukuk dikkat çekici bir biçimde büyük terimlerle anılmaktadır; "şart", "ortak deklerasyon", "tavsiye karar", "standart ilkeleri" gibi kuralı çok açık ifade etmeyen, normu ararken kullanmaya alışık olmadığımız kavramlarla dile getirilmektedir. Böylece

[147] Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.148; Ayrıca bkz. Deflem, **Hukuk Sosyolojisi**, s.185-186.
[148] Kapitalizmin esnek hukuka (*soft-law*) ihtiyacı hususunda daha ayrıntılı bir değerlendirme olarak bkz. Özcan, "Capitalism and the Rule of Law", s.335 vd.

> norm bir ön-belirleyici konuma itilmiş; etkinliği, yaşam alanı, yorumu en geniş biçimde uygulayıcıya bırakılmıştır. [149]

Hiç şüphesiz bugünün hukuk evreninde, yasama organları dışında (bağımsız denetleyici kuruluşlardan uluslararası organizasyonlara ya da şirketlerin yabancı ortaklıklarına kadar) çok çeşitli kaynaklardan doğup banka, finans ve sigorta sektörleri gibi pek çok alanı düzenleyen ve "yasa"dan ziyade yukarıdaki isimlerle anılan normatif ögeler söz konusudur. Lyotard'ın Jean Loup Thebaud ile röportajlarından oluşan *Just Gaming* (*Au Juste* -1979) isimli kitapta, -meli/-malı cümlelerinin -dir/-dır cümlelerinden farklı olarak evrenselleştirilebilme sorunu barındıran yapılarını vurgulamasından [150], günümüzün Nobel ödüllü Amerikalı davranışsal iktisatçıların seçim mimarisi oluşturma gayretleri içinde emir yerine dürtme (*nudge*) kavramını gündeme getirmeleri [151], birer postmodern yaklaşım olarak, norm kavramına esnek bir karakter kazandırma gayretinin entelektüel girişimleri olarak değerlendirilebilir.

Görülmektedir ki postmodernizm ile 20.yy. kapitalizmi arasında çeşitli açılardan düşünsel bağlantılar söz konusudur. Doğal olarak çağdaş kapitalizmin geniş çaplı bir programı mahiyetinde değerlendirilen neoliberal düşünce ile postmodernizm arasındaki bağlantı noktaları da sosyal bilimcilerce çokça irdelenmiştir. Keza ikisinin de düşünce tarihinde belirişi ve güçlenişi dünya savaşları sonrasına denk düşer. Zygmunt Bauman, *Postmodernizm ve Hoşnutsuzlukları*'nda neoliberalizmin temel meselelerinin başında gelen "refah devleti" ve onun tasfiyesi konusuna özel bir bölüm ayırır. Bauman'ın özellikle ABD toplumuna referansla çizmiş olduğu çerçevede, modernitenin toplumsal seviyede yaşam ve geçim *güvenliği* inşasının ürünü olan refah devletinin ve refah kurumlarının yerini, postmodernizmin kısa vadeli geleceklere endekslenmiş tüketim toplumunda hapishane ve infaz sistemleri almıştır[152]. Refah devletinin toplumsal bir yük olduğu

---

[149] Akkaya Kia, **a.g.e.**, s.149.
[150] Yükselbaba, "Postmodernizm ve Hukuk", s.151-152; Tartışma için bkz. Jean François Lyotard, Jean Loup Thebaud, **Just Gaming**, (Trans. Wlad Godzich), University of Minnesota Press, 5th print., 1999, Minneapolis, s.44 vd. (3.bölüm).
[151] Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, **Dürtme: Sağlık, Zenginlik ve Mutlulukla İlgili Kararları Uygulamak**, (Çev. Enver Günsel), Pegasus Yay., 5.b., 2017, İstanbul.
[152] Bauman, **Postmodernizm ve Hoşnutsuzlukları**, s.61.

fikrinin üretilmesiyle birlikte, risklere karşı geliştirilmiş toplumsal sigorta özelleştirilip bireyselleştirilmiş, kapsayıcı mantığı ortadan kaldırılarak araç ve pratikleri düzensizleştirilmiştir[153]. Dahası toplu ve kolektif tüm organizasyonlar, tekilleştirici pratiklerle erimeye başlamıştır. Modern sanayi toplumunun üretim paradigması, yerini sanayi-sonrası postmodern toplumun tüketim paradigmasına bırakmıştır. "Üretimin aksine tüketim tamamıyla *bireysel* bir faaliyettir ve aynı zamanda da bireyleri, birbirlerinin gırtlağına sarılacak derecede *rekabet* haline sokar"[154] (v.e.). Bauman bu rekabetin tüketime dönük "ayartmayla", yani "arzularını doyuramayanların her gün doyuranların çizdiği göz kamaştırıcı manzaraya maruz bırakılmasıyla" oluştuğunu söylerken[155] (yıl 1995'tir) akıllara postmodern imajları, reklam ve televizyonu da aşar şekilde bugünün internet ve sosyal medyasını getirmektedir. Peki bu ayartma ve tüketim curcunasında herkes arzularını tatmin edeceği kaynaklara erişebilir mi? Erişemeyenler ne olur? Bauman'a göre bu kişiler "suçlulaştırılmaktadır". Bu "suçlulaştırılan çevreler, tüketimci ayartmanın kaçınılmaz fakat aşırı ve zehirli atıklarının boşaltıldığı lağım olarak" hizmet görmektedir. Bauman bu noktada, Reagan Dönemi ile birlikte Birleşik Devletler'deki tutuklu ve mahpus rakamlarının artışını ve bu programın ekonomik uzantılarını (ör. ölüm cezasının kullanışlılığı üzerine yükselen ilgiyi, hatta uç bir örnek olarak infaz prosedürlerine zorunlu organ bağışının eklenmesine dair tartışmalarını) ele alır[156]. Vurgulanan husus, postmodernizm ve neoliberalizmin "özelleştirme", "serbestleştirme" ve "tüketici seçimi" gibi mottolar gölgesinde 20.yy. toplumunu biçimlendirirken bir yandan da seçme şansları olmayanları suçlulaştırma pratiklerini devreye sokuşudur. "Kapitalist bir piyasa ekonomisinde cezai yaptırımın işlevi, bireylerin etkin piyasayı baypas etmelerini önlemektir".[157]

Baumann'ın sanayi-sonrası postmodern toplumun tüketim paradigmasını ele alırken üretimden farklı olarak tüketimin tamamıyla tekil bir faaliyet olduğunu

[153] Bauman, **a.g.e.**, s.57-58.
[154] Bauman, **a.g.e.**, s.59.
[155] Bauman, **a.g.e.**, s.60. Bu konuda daha bilinen bir çalışma ve tez olarak: Jean Baudrillard, **Baştan Çıkarma Üzerine**, (Çev. Ayşegül Sönmezay), Ayrıntı Yay., 5.b., 2019, İstanbul; Ayrıca bkz. Zeynep Özlem Üskül, "Yüzyılımızın Postmodern Bireyi ve Boudrillard'ın Birey Anlayışı", **İÜHFM**, Cilt:63, Sayı:1-2, Ocak-2005, ss.139-167, s.143; Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.159-160.
[156] Bauman, **a.g.e.**, s.62-64.
[157] Posner'dan aktaran: Mirowski, "The Thirteen Commandments of Neoliberalism", par.31.

vurgulaması, postmodernizm ile tüketim kültürü ve tüketim toplumu tartışmalarının ortak zeminini göstermesi bakımdan dikkat çekicidir. Ayrıca konunun doğal gidişatı postmodern durum ile tekillik ve kamusallık ikiliği arasındaki irtibata uzanır.

> Postmodern durum olarak ifade edilen kültürel karmaşa, tüketim kültürü ve gündelik yaşamın estetize edilmesi olarak görünürlük kazanırken, yazılı kültürün alanı giderek simgelere dayalı bir ikonografinin işgaline uğramaktadır. Modernlik geleneksel yerine rasyonel olanı ikame etti; yüksek modernlikte ise çalışan sınıfların kamusallığa katılımı, sürece yeni bir ivme kazandırdı. Farklı şekillerde olsa da, her ikisi üretim sürecinde üstlenilen rollerle bağlı olan ve iktidar ilişkilerinde bir yerinden etme ve yeniden yerleştirme ile yeni bir iktidar dengesi kurmanın aktif bir çabasını içeriyordu. Oysa tüketim kültürü insanların tensel olana artan şekilde daha yoğun ilgi gösterdiği bir haz kültürü olarak, doğasında toplumsal ilgiyi azaltır ve edilgenliği besler[158].

Buna göre postmodern tüketim kültürü de ortaklıkları giderici ve kamusallığı tasfiye edici neoliberal programların bir nevi hizmetçisi olarak işlev görmektedir. Dolayısıyla pasaj, o dillerden düşürülmeyen tüketici egemenliğinin tercihler yoluyla endüstriyel rekabetin kazananını (belki de çoğu kez etkin biçimde davranmayarak fakat edilgen biçimde tepki vererek) belirlemenin yanında, böyle de bir işlevi olabileceğini hatırlatır.

Gary Minda, *Postmodern Legal Movements* isimli eserinde[159], hukuk ve ekonomi akımına özel bir yer ayırır. Bu akımın kendi içinde iki nesle ayrıldığını düşünür. İlki, Langdellci bir bilimsellik nosyonuyla, belli birtakım ekonomik ilkelerden formel ve tümdengelimsel bir inşa ile hukuku bilimselleştirme gayreti sergilemiştir. İkinci nesle ise araçsalcılık ve pragmatizm şekil vermiştir. Bilimselci nosyon, Minda'ya göre, bu ikinci nesilde zayıflamıştır; *neyin iş yapar* olduğunu incelemeye hasredilmiş bir bilimsel nosyondur bu. Bu noktada ekonomi bilimine "teorik bir bilim"den ziyade "uygulamalı bir bilim" gözüyle bakılır. Soyutlamacı karakterden arındırılmış ve kurumsal oluşumların incelenmesine odaklanmış yeni-

[158] Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.160.
[159] Gary Minda, **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**, New York University Press, 1995, New York and London.

kurumsalcı okulu ve Coase'yi de Minda bu zayıflamış bilim nosyonu içinde görür. Posner ise bu zayıf bilim nosyonunun neopragmatist versiyonu olarak dikkat çeker ve pragmatizme yüklenen asli karakter, ikinci neslin neden postmodern bir kisveye büründüğünü daha da açık hale getirir. Bu da pragmatizmin ele alınan konuların *gerçekte* neye tekabül ettiğini araştırmak yerine, pratik ve araçsalcı yollar benimseyişidir[160]. Minda'ya göre hukuka ekonomik yaklaşım, ayrıca iki uyuşmaz yaklaşımın (Langdellci bilimselci formalizm ile hukuki realizm) arasında kendini var eden paradoksal bir karaktere sahiptir[161]. Bu paradoksal karakteri, Posner'in servet maksimizasyonu ilkesini faydacı ve Kantçı kutupların arabulucusu ve ikisinden de güçlü bir ilke olarak takdim edişinde de görürüz.

Posner, hukukun aslî kavramlarına dair yapmış olduğu "hukukun kutsal inekleri" yakıştırmasıyla [162] ve hukuki akıl yürütmeye ilişkin pragmatist manifestosuyla postmodern hukuk düşüncesi tartışmalarının da merkezinde yer edinir. Bu noktada en çok üzerinde durulan özelliklerin biri de "teori" kavramına yüklediği anlamdır. Postmodern düşüncede, Rorty'nin dile dayalı neo-pragmatizmi ya da ikinci dönem Wittgenstein'in dil oyunları kavramında olduğu gibi, "hakikat" ya da "bilgi" gibi kavramlar olumsal (*contingent*) sosyal inşalar olarak görülür. Dolayısıyla "teori" kavramının hakikatle ilgililiği noktasında bir kopuş söz konusudur. Bu yüzden postmodernlere sıklıkla "anti-teorist" olarak kıyafet biçilir ve bu kıyafet, her ne kadar kendisi reddetse de, Dworkin tarafından Posner'a da giydirilmiştir [163] . Hatta aynı yakıştırmayı Minda da yapar; *Postmodern Legal Movements* adlı çalışmasının sonuç bölümündeki "postmodern jurisprudence" başlığında ilk ele aldığı postmodern hukuk düşünürü, Posner'dır [164] . Minda, postmodern hukuk teorisinin iki ana damarı olduğunu, birinin neo-pragmatist hukuk teorisi, diğerininin ise ironist-eleştirel hukuk düşüncesi olduğunu belirtir ve ilkini en tanınan temsilcisi Posner, ikincisiniyse Pierre Schlag üzerinden ele alır [165] . Bu

[160] Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.87-88.
[161] Minda, **a.g.e.**, s.83.
[162] Posner, **The Problems of Jurisprudence**, s.467.
[163] Bkz. yuk. s.155.
[164] Bkz. Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.234-236.
[165] İronist-eleştirel kuram, Minda'ya göre genel olarak, Foucault, Derrida ve Said etkisi altında gelişmiştir. Pragmatizmin orta yolcu ve iyi bir sonuca araçsalcı bir tutumunun modernitenin problemlerini çözme konusunda kifayetsiz kalacağını savunan bu yaklaşıma göre hukuk teorisi

çerçevede Minda, kendi deyimiyle Posner'in "neo-pragmatizm"i ile postmodern düşünce arasında bağ kurmaktadır[166]. Teorik soyut önermelere bağlı kalmaktansa, yargıcın araçsal bir mantıkla hareket etmesini, teori kullanımının ve hukuki uslamlamanın salt bir işin iyi yapılması için gerekli olduğunu belirten Posner'in *The Problems of Jurisprudence* kitabındaki "pragmatic manfiesto" kısmının teorik düşünceye kendi başına değer yüklemeyen, postmodern bir olumsallık (*contingency*) örneği sergilediğini belirtir[167]. Posner'in, pragmatist hukuk düşüncesini karakterize eden anti-temelselci ve hukuki uslamlamada tek-boyutlu düşünmeye karşıt (bu yüzden hukuku ekonomik analizle entegre eden) tutumu, postmodernizmin büyük anlatılara karşı anti-temelselci özü ve modern kalıpların ötesine geçme arzusuyla her tür yolu paralojistik deneyişi arasında benzerlikler söz konusudur.

Minda'nın ayrıca postmodern hukuk düşüncesi ve onun partikülarist karakteriyle hukukun ekonomik öğretisi arasında da bir bağ kurduğunu görürüz. Burada ilgi odağı bu sefer Coase teoremidir. Coase teoreminin Chicago okulu üzerindeki etkisini ve Amerikan piyasacı muhafazakar[168] düşünceyi temsil eden yanını hususiyetle belirterek, bu teorem üzerinden hukukun ekonomik öğretisinin ideolojik boyutuyla postmodern bir düşünce olan partikülarizm arasında şöyle bir bağ kurar:

> Eğer hukuk ve iktisat akımının ideolojik bir eğilimi var ise, bu muhafazakar hukuk perspektifi ve etkinlik hipotezinin neticesi olmaktan başka bir şey

---

pragmatistlerin ona yüklediği "araç" rolünün de dışında bir "tiyatro" olarak değerlendirilir. Bkz. Minda, **a.g.e.**, s.236-237.

[166] Pragmatizm, 19.yy. sonları itibariyle Charles S. Peirce, William James ve John Dewey tarafından epistemoloji tartışmaları ekseninde gelişen bir felsefi yaklaşımken, neo-pragmatizm 20.yy. felsefecilerinden Richard Rorty'nin dil felsefesi ve semantik tartışmaları nezdinde gelişen anti-epistemolojik bir yaklaşımdır. O. W. Holmes Jr., Roscoe Pound ve Benjamin Cardozo gibi hukuk teorisyenlerinin ilkinden, Richard Posner'in ise esasen ikincisinden beslendikleri kabul edilir. Bir karşılaştırma olarak bkz. Dülger, "Hukuki Pragmatizm", s.120-122.

[167] Minda, pragmatik düşüncenin salt hukukun ekonomik öğretisince değil, diğer postmodern hukuk yaklaşımlarınca (eleştirel hukuk çalışmaları ve feminist hukuk kuramı) da kullanıldığını ayrıca belirtir. Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.235.

[168] Burada piyasacı muhafazakarlığın Amerikan siyaset terminolojisi içinde tek başına "muhafazakarlık" olarak telaffuz edildiğini ve bunun politik sağ ve cumhuriyetçi partiyle ilişkilendirildiğini tekrar belirtelim. Bu terminolojide "liberal" kavramı politik olarak daha solda kalan, eşitlikçi siyasal düşüncelerle ve nispeten demokrat partiyle ilişkilendirilir. Bu terminoloji bizim siyaset terminolojimize uyumlu değildir. Çünkü Amerikan muhafazakarlığı da liberalliği de piyasa-tutunumlu ve kapitalizmle uyumlu modellerdir; bizim terminolojimizde bunların ikisi de sağ görüşleri temsil ederler. Aralarındaki tek fark Amerikalıların liberal olarak nitelendirdikleri görüşlerin eşitlik kavramıyla biraz daha uzlaşık oluşlarıdır.

> değildir. Dahası bu akımın ideolojisi bugün en iyi terimlerle partiküler dünya görüşüyle açıklanır; bu görüşse hukuki öznelerin rasyonelliği ve ekonomik öz-çıkarcılıklarını hukuku ve hukuki muhakemeyi anlamak açısından en iyi araçlar olarak addeder.[169]

Bu bakış açısı, bölümün en başında ifade etmeye çalıştığımız, toplumsal ilişkilerin yapısalcılığın tersine özne odaklı tahayyülüne paralel bir bakış açısı sunar: toplum tekil bireylerin geleceklerini salt kendi planları ve kendi güçleriyle elde etme uğraşı verdikleri ve rekabetçi biçimde çıkarlarını kovaladıklar bir piyasadır. Ve özetle postmodernizm, modern hukuk düşüncesinin aslî kavramlarını zıt kavramlarla değiştirmek suretiyle, yine modern hukuki düşünceyi ve kurumlarını yeniden yapılandırma uğraşı veren neoliberal söylemlere bir derkenar oluşturur.

5.4. MALİYETLERDEN RİSKLERE: RİSK TOPLUMU TARTIŞMALARINDA HUKUK VE EKONOMİ

5.4.1. Risk Kavramı ve Risk Toplumu Teorisi

Risk, insanoğlunun yaşamsal aktivitesi içerisinde ve neredeyse her türlü eylemine özgü biçimde, kimi zaman kişinin kendi eyleminden kendine yönelik, kimi zaman dışsal bir kaynaktan doğan, kimi zaman açık, kimi zamansa gizli olarak bulunan tehlikeleri ve zarar görme olasılıklarını ifade eden bir kavramdır[170]. Bazı riskler insanoğlunun geçim mücadelesi içinde edinmiş olduğu mesleklere özgü biçimde ortaya çıkar. Bir şoför için trafik kazası, balıkçı için alabora olma ve boğulma, sıva ustası için inşaattan düşme, elektrik tesisatçısı için elektrik akımına kapılma, kasap için kesici bir aletle yaralanma gibi çok çeşitli mesleki aktivitelere özgü riskler söz konusudur. Bazı riskler ise doğayla alakalıdır. Yağış alan bir bölgede bir dere ya da ırmak yakınında ikamet edenler için sel, fay hatları üzerinde mukim kimseler için deprem, çeşitli bölgelerde toprağın yapısına ve yağış biçimine göre erozyon, çığ ve sair riskler söz konusudur. Bazı riskler insanoğlunun doğa üzerinde oynadığı oyun ve onu bozmasıyla ortaya (genetiği değişmiş organizmalardan dolayı gelişen sağlık sorunları, küresel ısınma, sera etkisi ve

[169] Minda, **Postmodern Legal Movements**, s.100.
[170] Davis T. Ratcliffe, "Risk", **The Journal of Insurance**, Vol. 30, No. 2, June-1963, ss.269-272, s.269.

atmosfere zarar veren gaz salınımı nedeniyle ortaya çıkan çeşitli sorunlar vb.) çıkarken bazı riskler hükümetlerin mali ve iktisadi kararları eşliğinde belirir (ör. resesyona karşı talebi arttırabilmek için yapılan kredilendirmelerin ortaya çıkarabileceği fiyat balonları ve enflasyon riskleri vb.). Her yatırımcı parasını bir menkul kıymete endekslerken kâr elde etmek adına risk üstlenir; yine basiretli olduğu varsayılan her tacir yapmış olduğu sözleşmelerle (kendini yeteri kadar güvence altına almadığı sürece) mali kayıp yaşama olasılığını (riskini) üzerine alır.

Risk, zarar, tehlike ve felaket gibi kavramlar ile yakın ilişki içerisinde fakat bir o kadar da kaygan bir kavramdır. Bu noktada dışsal (*external*) ve içsel (*internal*) risk gibi çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Dışsal risk kişinin kendi iradesiyle değil, dışsal bir sebepten ötürü (deprem, sel, başka bir insanın ya da hayvanın eylemi vb.) risk altında kalmasını, içsel risk ise kendi kendini risk altına sokmasını ifade eder. Niklas Luhmann ise *risk* ve *tehlike* (*İng.: danger*/*hazard; Alm.: Gehafr*) kelimeleri arasında buna benzer bir ayrım yapar. Riski, bir kimsenin kendi kararına dayandırılabilen zarar ihtimali olarak tanımlarken, *tehlike oluşturan eylem* kavramını dışsal bir kaynaktan doğan zarar ihtimali olarak tanımlar. Örneğin sigara içmek, kanser yapabilme özelliğinden (zarar ihtimalinden) ötürü bir kimsenin kendisi için riskli, başkalarına verdiği duman nedeniyle onlar için *tehlikeli* bir eylemdir. Aynı şekilde hatalı sollama sürücünün kendisi için risk, karşı şeritten gelen için tehlike ortaya çıkaran bir eylemdir, Luhman'ın ayrımına göre[171]. Yine risk felaket kavramıyla de ilişkilidir ama felaket değil, felaket öngörüsü kapsamında tanımlanır.[172]

Tüm çeşitleri göstermektedir ki, risk olasılık kavramı üzerine kuruludur. Olasılık ise asgari düzeyde de olsa bilgi, tecrübe ve öngörüyle ilgilidir[173]. Bir marangoz isem defalarca elimi testereyle kesmişimdir ve gene kesebileceğimi düşünebilirim. Sık sık deprem yaşanmakta olan bir bölgede yaşıyorsam veyahut

[171] Aktarımlar için bkz. Ulrich Beck, **World at Risk**, (Trans. by Ciaran Cronin), Polity Press, 2009, Cambridge, Malden, s.112-113; Tim Kaye, "Law and Risk: An Introduction", **Risk and The Law**, (Gordon R. Woodman, Diethelm Klippel), Routledge-Cavendish, 2009, London, New York, ss.3-20, s.11.
[172] Ulrich Beck, **Risk Toplumu: Başka Bir Moderniteye Doğru**, (Çev. Kâzım Özdoğan, Bülent Doğan), İthaki Yay., 2.b., 2014, İstanbul, s.357.
[173] Beck, **Risk Toplumu**, s.45, 113; Anthony Giddens, **Üçüncü Yol ve Eleştirileri,** (Çev, Nihat Şad), Phoenix Yay, 2001, Ankara, s.126.

deprem atlatmış isem, onca para harcayarak yaptığım evim için deprem riskine karşı deprem sigortası yapmayı akledebilirim. Sıradan bir günde yanından geçmekte olduğum bir evin çatısından kafama kiremit düşüp düşmeyeceğini bilemem; bu belirsizdir. Ama fırtınalı bir günde bir çatıdan kafama herhangi bir şey düşebileceğini öngörebilirim ve bu riske karşı önlem almam makuldür.

Dolayısıyla risk, belirsizlik demek değildir. Riskli koşulların varlığı halinde bir karara olasılık tahminleri ile gidilecekken, belirsizlik durumunda tahmin edilebilirlikten ziyade beklentiler üzerinden davranışlar sergilenir [174] . Gerek ekonomik gerekse hukuki işlemlerin karar verme safhalarında risk, önemli bir değerlendirme etmenidir. Toplum, riskten kaçınan, riske kayıtsız ve risk sever bireylerle doludur. Hatta *risk analizi* uğraşı, varlığını önemli ölçüde Girolamo Cardano gibi risk sever rönesans kumarbazlarına, zar oyunları ve zar olasılıkları üzerine yapılmış basit incelemelere borçludur[175]. Kişilerin risk sever yahut riskten kaçınan kimseler olup olmadığına, bir zarar durumunda onların sorumluluklarını belirleyecek mahkemeler, farklı adlandırmalar altında ("kusurlu" yahut değil) sıklıkla karar verirler.

Risk kavramı, 20.yy. sosyologlarınca, sanayi-sonrası (*post-industrial*) toplumu tanımlamak ve açıklamak amaçlı kullanılan anahtar bir kavram haline gelmiştir[176]. Alman sosyolog Ulrich Beck, önsözünde "post" kelimesinin anlamını ortaya çıkarma amacını dile getirdiği[177] ünlü *Risk Toplumu* isimli eserinde, modernite sonrasında (post-modern) toplumu tanımlayıcı özellik olarak sunduğu risk kavramının "modernleşmenin yol açtığı ve yarattığı tehlikeler ve güvensizliklerle sistematik bir ilişki ve mücadele içinde olma" üzerinden toplum teorisiyle bağını kurar [178]. Beck'e göre modernleşme ve sanayileşme dalgalarıyla gelişip, toplum ile

[174] Işıktaç, **Sözleşme**, s.124; Richard A. Posner, **Catastrophe: Risk and Response**, Oxford University Press, 2004, New York, s.171-172.
[175] Bu konuda bkz. Peter L. Bernstein, **Tanrılara Karşı: Riskin Olağanüstü Tarihi**, (Çev. Canan Feyyat), Scala Yay., 7.b., 2015, İstanbul, s.63 vd.
[176] Riskin çağdaş toplum için taşıdığı anlamı ele almakla beraber birbirinden farklı değerlendirmeler içeren iki önemli eser: Beck, **Risk Toplumu**, b.a.; Frank Furedi, **Korku Kültürü: Risk Almamanın Riskleri**, (Çev. Barış Yıldırım), Ayrıntı Yay., 2001, İstanbul.
[177] Beck, **Risk Toplumu**, s.7.
[178] Beck, **Risk Toplumu**, s.25; Martin Slattery, **Sosyolojide Temel Fikirler**, (Ed. Ümit Tatlıcan), Sentaz Yay., 8.b., 2015, Bursa, s.454.

doğayı birbirinden ayrı gören[179] bakış açısı, risk kavramını gündeme getirici önemli gelişmelere gebe olmuştur: çevresel kirlilik, nükleer radyasyon, küresel ısınma, sera etkisi, genetiği değiştirilmiş organizmalar, gıdalarda toksik içerikler v.s. gelişmeler hep bu hatalı "toplum-doğa" ikiliğinden türemiştir. Çok hızlı seyreden endüstriyel ve teknolojik gelişmelerin eşliğinde ortaya çıkan bu tip yan etkiler, hedef kitle, mekan ve zaman açısından çok fazla belirsizlik ve risk meydana getirmektedir.

Özellikle biyolojik, kimyasal ve nükleer teknolojilerde yaşanmış gelişmeler eşliğinde, dünyanın büyük bir bölümü artık bir kıtlık toplumu olmaktan çıkmış olsa da, refah ve aşırı üretimin neticesinde artık bir "risk toplumu" halini almıştır[180]. Üretilen risklerin nerede, ne zaman ve kimler için zarara dönüşeceğini tespit edebilmek zordur, çünkü kendilerini apaçık görünür bir biçimde sunmazlar. Beck, Bastiat'ın "iktisatta görünen-görünmeyen" ayrımına benzer bir biçimde ihtiyaçların ve zenginliğin "görünen", risklerin ise "görünmeyen" olduğunu belirterek, görünenlerin riskin gerçekliğini yahut etkisini değil, sadece algısını bastırdığını söyler. Buna karşın, paradoksal bir biçimde ikisi arasındaki yarışı kazananın daima görünmeyen riskler olduğunu ekler; çünkü risk algısının bastırılmasının, onların gerçekliği ve etkisi üzerinde bir gücü yoktur[181]. Görünen-görünmeyen farkının bir başka önemli yönü, risk ile bilgi arasındaki ilişkiyi göstermesidir. Görünenler üzerinde bilgi edinebilmek daima daha kolaydır[182]. Bu yüzden risklerin "sinsi" bir doğası söz konusudur. İnsan bildiği ölçüde belirsizlikleri riske çevirirken, bilemediği noktalardan devamlı yeni riskler ortaya çıkar. Bilgi toplumu, geleceği görüp, hesap ederek bilebilme noktasında, madalyonun diğer yüzünde risk toplumu olarak biçimlenirken, aynı zamanda gelecekteki ihtimaller uğruna "bugün"ü yok etmektedir.

[179] Beck'e göre, 19.yy.'daki anlamıyla klasik sanayi toplumu kavramı ve bunu ilgi edinen sosyal teori, doğa ile toplum karşıtlığına, yani "doğanın verili, insan için tahsis edilmiş ve hükmedilmesi gereken bir şey" olduğu varsayımına dayanır. Bu anlayışın neticesi olarak insanın doğa üzerindeki yıkıcı etkileriyle beraber artık 20.yy. sonu itibariyle şu gerçekle yüzleşilebilmiştir: "doğa toplumdur, toplum da doğadır." Beck, **Risk Toplumu**, s.124.
[180] Veitch, Christodoulidis, Farmer, **Jurisprudence**, s.272
[181] Beck, **Risk Toplumu**, s.64.
[182] Kaye, "Law and Risk", s.17.

> Risk toplumunda geçmiş, geleceği belirleme gücünden yoksun kalır. Bugünün yerini gelecek alır; böylece var olmayan, kurgulanmış ve hayali bir şey olarak, mevcut deneyimin ve edimin "nedeni" olur.[183]

Beck'in deyimiyle riskler rüzgarlarla, akıntılarla, ithal ürünlerin ve gıdaların içinde sınır tanımaksızın dolaşırlar. Çoğu zaman ekonomik verimlilik uğruna, kirlilik ve doğa tahribatı biçimlerinde üretilirler[184]. Dolayısıyla onlar aynı zamanda bölüşüm ve ticaret konusudurlar[185] ve bu yüzden kirlilik, çöp ve atıklar bugünün en önemli uluslararası ticaret konularından biri haline gelmiştir[186]. Ancak Beck'in dikkat çekmiş olduğu bir diğer husus, her ne kadar baştan savıldığı düşünülen tehlikeler, riskin mekan ve zaman tanımaz özelliği nedeniyle, hiç umulmadık bir zamanda dönüp üreticisi için de zarar biçimine dönüşür[187]. Üreticisi ne kadar kendisini koruyucu önlem alırsa alsın, ya da riski kendi üzerinden alıp başkalarının üzerinde bıraksın, sonuç değişmez. Risk bu yüzden, mekan ve zaman tanımadığı gibi sınıf da tanımaz[188]. Solunulan hava karşısında sınıfa özgü tüm duvarlar yıkılır; sosyal ayrımlar kalkar; risklerden muafiyet için eğitimin, ayrıcalığın yahut cüzdanın şişkinliğinin önemi kalmaz. Beck risklerin bu eşitleyici ve geri-dönüşlü özelliğine "Bumerang Etkisi" der; suçlu ile mağdur, saldıran ile saldırıya uğrayan, kirleten ile kirlenen eninde sonunda özdeşleşir[189].

Bu etkisi dolayısıyla risk, gerek yönetim gerekse hukuk anlayışı açısından, bölüm başında zikrettiğimiz negatif kavramlarla örülü liberal düzeltimciliğe zemin hazırlar. Herkesi eşitleyen risk sayesinde, Beck'e göre;

---

[183] Beck, **Risk Toplumu**, s.45.
[184] Benzer biçimde bkz. Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, s.40-41.
[185] Beck, **Risk Toplumu**, s.58-61, 81.
[186] Dünya Bankası'nda ekonomi uzmanlığı, Harvard Üniversitesi rektörlüğü, ABD hazine bakanlığı, Obama dönemi Beyaz Saray ekonomi konseyi başkanlığı gibi üst düzey görevlerde bulunmuş Lawrence Summers, Dünya Bankasında çalışırken 1991 yılında yayımladığı bildiride, Dünya Bankasının Üçüncü Dünya'ya çevre kirliliği ve zehirli atık ihracını desteklemek zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Ritzer'in naklettiği şekilde Summers'ın yürüttüğü mantık şöyledir: "Sağlığa zararlı çevre kirliliğinin maliyet ölçütü, artan hastalık ve ölümler nedeniyle meydana çıkacak kazanç kaybıdır… Dolayısıyla verili bir sağlığa zararlı kirlenme, maliyetin en düşük seyrettiği ülkelerde olmalıdır; bu da en düşük ücretli ülke olacaktır." Ritzer, **Küresel Dünya**, s.133.
[187] Beck, **Risk Toplumu**, s.52, 55.
[188] Anthony Giddens, **Modenliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yay., 1994, İstanbul, s.113-114; Beck, **Risk Toplumu**, s.
[189] Beck, **Risk Toplumu**, s.50-52, 63.

> "Eşitsiz" toplumun değer sisteminin yerini "emniyette olmayan" toplumun değer sistemi alır. Eşitlik ütopyası toplumsal değişimin içerik açısından çok sayıda *pozitif* amacını ihtiva ederken, emniyet ütopyası kendine özgü biçimde *negatif* ve savunmaya yöneliktir. Burada artık esas olan, "iyi" bir şeye ulaşmak değil, bilakis en kötüyü önlemektir. [190]

Beck'in risk toplumu teorisinin odak noktasını ağırlıklı olarak biyoteknolojinin -Posner'in "biyoterörizm" olarak nitelendirdiği- doğa üzerindeki yıkıcı etkileri oluşturur. Fakat riskin hukuk düşüncesinde belirişi bu kapsamdan çok daha geniştir. İçsel risk anlamında bireylerin riskli eylemleri yahut dışsal risk anlamında tekil insanın eylemi dışında ortaya çıkan (kimi zaman uygarlığın kimi zamansa doğanın oyunu olan) riskler, hukukta kullanılan kusur ve zarar kavramları, özen yükümlülükleri yahut mücbir sebepler gibi çok çeşitli bağlantı noktalarına sahiptir. Beck'in *risk toplumu* ile dikkat çekmiş olduğu husus, riskin bir toplumsal paradigma halini alışı, geriye dönüşlü, devamlı genişleyen, tahmini zor, hatta yanıltıcı ve bu özelliklerle birlikte politik süreçlerden hukuki kurumlara kadar çok çeşitli faaliyet sahalarını gelecek planlarına endeksleyen yönüdür.

5.4.2. Hukukun Ekonomik Öğretisinde Risk Analizinin Mahiyeti

Risk kavramı, en başta sigorta hukukundan ve hukuki ya da cezai sorumlulukların belirlenmesinden kamu otoritelerinin suç, kaza ve kayıpları önleyici idari mekanizmalarının çalıştırılmasına ve sözleşmesel süreçlerin güven sağlama vasıtalarının teşkiline kadar hukukun hemen hemen her sahasına sinmiş bir kavramdır. Aynı şekilde risk kavramı hukukun ekonomik boyutu açısından da daima önemli bir kavram olmuştur. Hukukun ekonomik öğretisi, çok kez tekrar edildiği üzere, toplumsal maliyetlerin azaltılması, (paylaşım meselesi gözardı edilsin ya da edilmesin) toplumsal zenginlikte düşüş meydana getiren nedenlerin azaltılması ve *ex ante* fonksiyonuyla hukukun bu hususta geleceğe dönük araçsal kullanımı üzerinden şekillenen bir öğreti olarak takdim edilir. Bu noktada hukukun çok sık vurgulanan *ex ante* fonksiyonu daima gelecek hesapları, olasılıklar ve risklerin değerlendirilmesini içerir. Coase, Calabresi ve Posner gibi isimlerin bu sahayı şekillendiren çalışmaları,

[190] Beck, **Risk Toplumu**, s.71-72.

çıktıları itibariyle birbirinden farklı mecralara evrilse de, esasen hukukun toplumsal zararları azaltan, buna mukabil olarak da toplumsal zenginlik yahut refah seviyesini arttıran fonksiyonu üzerinde durur. Dolayısıyla öğreti açısından zarar kavramı merkezi bir konumdadır. Peki biz "zarar" kavramını ne şekilde düşünmeliyiz? *Ex ante* bakış açısı, hiç şüphesiz *oluşmuş* zararlardan ziyade *oluşabilir* zararlar, zarar tehlikeleri yahut ihtimalleri üzerinde durmayı gerektirir. Bu nedenle *risk,* meselenin doğal akışı üzerinde önemli bir kavram olarak karşımızda beliriverir.

Risk, özellikle halsız fiil ve tazminat hukuku açısından dikkat çekici bir kavram olmuştur. Riskli eylem, genellikle kusurun ve zarar sorumluluğunun nedeni olarak ele alınır. Bu çerçevede, özellikle Amerikan sorumluluk hukukunun, Calabresi'nin 1961 yılındaki öncü makalesinin -en basit şekilde- başlığından tutun[191] daha da geriye gidildiğinde Hand Formülü'ne dek, ekonomik bir yaklaşım içinde devamlı risk içeren eylem problemi ile iştigal ettiği açık bir biçimde görülmektedir. Hand'in kaza olma ihtimali ile ne miktarda zarar ortaya çıkabileceğini bir çarpım hesabına döküşü (P x L formülü), haksız fiil sorumluluğunu belirlemeyi risk hesabına dayandırdığını gösterir. Zira hukuki muhakemeyi *ex ante* çalıştırmak ve olasılık hesaplarına dayalı işletmek doğal olarak tüm yolları risk kavramına çıkarır.

Çeşitli ülkelerin hukuk düzenleri, sorumluluk hukuklarını biçimlendirirken, "risk-temelli sorumluluk" ile "hata-temelli sorumluluk" esasları arasında kimi zaman tercih, kimi zamansa bir denge oluşturmaya çalışmışlardır. Katı sorumluluk (*strict liability*) anlayışları, çoğu zaman, eylemlerin hatalı icrasından riskli eylemlere doğru kapsayıcı ve genişleyen bir mantığın neticesi olarak ortaya çıkmıştır[192]. İngiliz hukukunda buna örnek simge dava olarak 1868 tarihli *Rylands vs. Fletcher*[193] gösterilir. Uyuşmazlık tarafları, birbirine yakın konumda bulunan iki arazi sahibidir. Rakım olarak yüksekte bulunan arazi sahibinin riskli eylemi neticesinde rakımı düşük arazide zarar meydana gelmiştir. Yüksekteki arazinin sahibi, arazisi içerisindeki çöküntü bir bölgeyi su toplama sahası olarak kullanmak istemiş, bunu yaparken söz konusu sahanın çok yakınındaki kullanılmayan bir maden tünelini fark

[191] Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distrubation and The Law of Torts", **Yale Law Journal**, Vol.70, 1961, ss.499-553.
[192] Alman ve İngiliz hukuku üzerine bir karşılaştırma olarak bkz. Kaye, "Risk and Law", s.5-6.
[193] *Rylands vs. Fletcher, UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330.*

etmiş ama amacı doğrultusunda onu kendisi için bir sorun olarak görmeyerek önlem almamıştır. Oluşan gölet bir gün o tünelin içine dolar ve yeraltındaki rotasını izleyerek rakım olarak düşük seviyedeki komşu arazinin içinden açığa çıkar ve her yeri bataklığa çevirir. Riskli eylem üzerine bu davada verilmiş olan kararla, bir arazinin doğal olmayan bir kullanımı (*non-natural use of land*) söz konusuysa, zarara doğrudan neden olan başkaca faktörler söz konusu olsa dahi (örneğin vaka özelinde düşünürsek, çok yoğun bir yağışın zarara katkısı olsa da), söz konusu riskli kullanım nedeniyle arazi sahibinin ortaya çıkan zarardan sorumluluğuna hükmedilir[194].

Hukuki sorumlulukların belirlenmesinde çok fazla kullanılan bir kavram olan *özen* kavramı risklerin minimize edilişi üzerine kuruludur. Örneğin bir nakliye aracı sürücüsü, trafik kazası riski nedeniyle hız limitlerine riayet etmek ya da yağışlı bölgelerde uygun lastik kullanmak gibi çeşitli tedbirler alır. Bunlar, göstermiş olduğu özenin *niteliksel* boyutuna dair örneklerdir. Fakat bunlar kaza riskini azaltmak açısından her zaman yeterli olmayabilir. Hız limitlerine uyup kar lastiği kullansa bile riskli faaliyeti haddinden fazla bir müddet sürdürürse (fiziksel ve mental yorgunluk nedeniyle) kaza riskini tekrar arttırmış olacaktır. O yüzden trafikte geçen saat gibi özenin *niceliksel* bir boyutu da söz konusudur[195]. *Optimal özen* seviyesi, hukukun ekonomik öğretisinde risk kavramı ile bağdaşık ele alınır. Haksız fiillerden ve kazalardan kaynaklı ortaya çıkan sosyal maliyetlerin üç türü söz konusudur. *Birincil maliyetler*, gerçekleşmiş bir haksız fiilin neden olduğu bir zararın ya da bu zarara karşı önlemlerin (özen) meydana getirdiği maliyetlerdir. Birincil maliyetleri tümüyle ortadan kaldırmak mümkün değildir. Çünkü sadece haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararlar (ör. trafik kazası sonrası tedavi masrafları) değil, zarara neden olmamak için alınan önlemler (ör. Çok yavaş araç sürmek, aracın çok sık bakımını yaptırıp, çok fazla çalıştırmamak) yani özen maliyetleri de birincil maliyetler olarak sosyal maliyetlere eklenir. Dolayısıyla ters orantılı bu iki unsur yani haksız fiil maliyetleriyle -tazminat riski nedeniyle oluşan- özen maliyetlerinin arasında asgaride bir *denge*, bir başka deyişle "optimal özen" aranır. Kural olarak önlemin maliyeti risk unsurunun meydana getireceği beklenen zarar miktarını aşmamalıdır. Örneğin 15

[194] Kaye, "Risk and Law", s.6.
[195] Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.200.

liralık zarar ihtimali (yani bir risk), 8, 14 ve 17 liralık önlemlerle önlenebiliyorsa, etkin seçenek 8 liralık önlemdir. Örneğin tek seçenek 17 liralık önlem olsaydı, risk alma (önlem almama) etkin tercih olacaktı. Bu durumda önlem alma sorumluluğunun yer değiştirmesi gerekliliği vurgulanır; sorumluluk, Calabresi'nin görüşüne göre[196], en az maliyetle önlem alabilecek tarafta kalır. Haksız fiillerin yol açtığı *ikincil maliyetler*, zarar olasılığının yani *riskin*, kişilerin beklenen faydalarında yol açtığı azalmalardır. *Üçüncül maliyetler* ise zararın oluşumu sonrası toplumun katlandığı maliyetlerdir[197].

Riskin, bilgi, öngörü ve olasılık kavramları ile göbekten bağlı olmakla birlikte, aynı zamanda arkasında bir iktisat yasası bulunduğu da dile getirilir. Bireylere ve davranışlarına "riskten-sakınan" ya da "risk-sever" gibi niteliklerin yüklenmesine sebep bu iktisat yasası azalan marjinal fayda yasasıdır[198]. Susuz bir kimsenin ilk içeceği bir bardak su, ikinci ve üçüncü bardaklara göre daha yüksek tatmin sağlar ve her bir ilave bardağın marjinal faydası önceki bardaklara göre azalır. %100 ihtimalle 100 $ kazanmak ile %10 ihtimalle 1000 $ kazanmak arasında matematiğe ve olasılığa dayalı bir seçim yapmak gerekirse kişinin iki tercihe de kayıtsız kalması gerekir[199] (1 x 100 = 0,1 x 1000). Fakat kişi birinci ihtimali seçerse ona "riskten-kaçınan", ikincisini seçerse "risk-sever" deriz. Eğer yoksul ve ihtiyaçları olan biriyseniz ilkini, çok zengin biriyseniz ikincisini seçme ihtimaliniz daha yüksektir. Çünkü çok zengin biriyseniz, günlük gelirinize eklenecek bu miktar (örneğin dokuzuncu su bardağı gibi) sizin gözünüzde feda edilebilir, riske atılabilir ve önemsenmeyebilir bir miktardır; ama yoksul biriyseniz riske atmanız zorlaşır. Yoksul bir işçi olarak karşınızda, patronunuzla oturup alacağınızı pazarlık edebileceğiniz bir arabuluculuk süreci ve herşeye mahkemenin karar vereceği bir iş hukuku davası olarak iki hukuki yol duruyorsa, arabuluculuk süreciyle kendinize teklif edilecek 10 bin lirayı, masrafları çıkardığınızda mahkeme sonucu olarak alıp almayacağınızın tam olarak belli olmadığı 25 bin lira karşısında riske atmayabilirsiniz.

[196] Calabresi, **The Costs of Accidents**, s.3.
[197] Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.194.
[198] Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.33.
[199] Posner, **Economic Analysis of Law**, s.11.

Risk tutumu, kaza sorumluluklarının belirlenmesinde, ihmal sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk kurallarının seçiliminde veyahut optimal özen seviyesi ve mahiyetinin tespitinde de önem arz eder. Örneğin aynı yolda seyreden bir tır şoförü ile motorsiklet sürücüsünün olası bir kazaya ilişkin sorumluluk durumları, onların (önemli oranda kullandıkları araçlara bağlı tutumlarından ve buna bağlı ölüm ya da maddi kayıp tehlikelerinden doğan) "riskten kaçınan" yahut "riske kayıtsız" olma durumlarına göre değişmektedir[200].

Benzer şekilde, ilk kez suç işlemiş bir kimsenin yakalanmaktan ve karşılık olarak çekeceği cezadan duyduğu endişe ne kadar büyük ise, suçlar büyüdükçe ve mükerrer hale geldikçe o kişinin işleyeceği her bir ilave suça ve cezasına karşı korku ve kaçınma seviyesi ya da marjinal maliyeti o derece düşer[201]; riskten sakınmayan bir suçlu haline dönüştükçe o kişinin toplumsal riski de artar. Dolayısıyla gerek adli sicil kayıtları, gerekse istihbari veriler, risk toplumunda birtakım kimseleri "potansiyel suçlu" haline getirebilmektedir. Bu durum, uç bir örnek olarak suç işlenme riskinin yönetimini "önleme hapsi" gibi önerilerle çözme gayretlerini beslediği gibi[202], bu tip önerilerle bireysel özgürlükler için yeni riskler de meydana getirmektedir[203]. Beck'in ifade ettiği gibi burada *risk* geriye dönüşlü ve kendi kendini üreten bir etki oluşturmaktadır. Yani risk yönetimi başkaca riskleri de devreye sokmaktadır. Ayrıca ceza muhakemesindeki şüphe kavramının alışılageldik konumu değişmektedir; odaklanılan nokta "suç işlediğinden şüphe edilen"den "suç işleme olasılığından şüphe edilen"e kaymaktadır[204]. Bir başka uç örnek Posner'ın işkence

[200] Bkz. Polinsky, **An Introduction to Law and Economics**, s.39-52.
[201] Posner, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", s.136
[202] Ketizmen önleme hapsi uygulaması önerileriyle ilgili olarak şu demeci örnek verir: "Türkiye'de polisin hakim kararı olmadan gözaltına alma yetkisinin bulunmadığını hatırlatan İçişleri Bakanı Muammer Güler şunları söyledi: Bazı ülkelerde önleme hapsi diye bir uygulama var. Bir eylem yapılacaksa, bu eylem sırasında olay çıkarma potansiyeli olanlar 12 saat veya bir gün süreyle gözaltına alınıyor. Hakim kararı ile de bu süre uzatılabiliyor. Bizde böyle bir uygulama yok. Şimdi bir düzenlemeyle önleme hapsi uygulamasını getirmek istiyoruz. Eylem öncesinde istihbarat raporlarına bakılacak. Daha önce bir eyleme katılıp katılmadığına, bu eylemlerde herhangi bir olay çıkarıp çıkarmadığına bakılacak. O kişinin suç işleme veya olay çıkarma potansiyeli var ise, eylem öncesi o kişi hakkında önleme hapsi cezası uygulanabilecek." Bkz. Ketizmen, "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", s.168.
[203] Bu anlayışın hiç şüphesiz sınırı yoktur. Örneğin bir şehirde düzenlenecek çeşitli kutlama ve festivaller öncesinde, o şehirde hırsızlık ve yankesicilikten suç kaydı olan tüm kişiler nezarete mi tıkılacaktır? Aynı şekilde sendikal eylemler yahut 1 Mayıs günleri öncesinde, daha öncekilerde polise mukavemet ve sair eylemlerde bulunmuş olan kayıtlı sendikacıların tümü toplanacak mıdır?
[204] Ketizmen, "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", s.168.

konusunu ele alırken risk kavramına dayanışında görülür. *The New Republic*'te çıkan yazısında; örneğin Times Meydanı'nda patlatılacak bir nükleer bombanın durdurulması için gerekli bilginin alınması işkence yapılmasına bağlıysa, bunun yapılmasının bir sorumluluk meselesi olduğunu, risklerin yeterince yüksek olduğu koşullarda işkenceye izin verilmesi gerektiğini kaleme alır.[205] Riskler geri dönüşlü etkisini burada da göstermektedir.

Önleyicilik, risk toplumu çerçevesi içerisinde, devletin risk yönetimi ve güvenlik politikaları oluşturması bağlamında hukuka yüklediği önemli niteliklerden biridir. Çevre koruma, iş sağlığı ve güvenliği, gıda güvenliği ve ulusal güvenlik gibi pek çok alanda hukukun önleyici karakterine müracaat edilir [206] . "Önlemek, düzeltmek yahut tedavi etmekten yeğdir" kabulü doğrultusunda, riskin zarara dönüşümünün *sonrasında* reaksiyon göstermekten daha etkin ve maliyetsiz bir anlayış olarak değerlendirilen önleyicilik, risklerin ortadan kaldırılmasından ziyade idaresine odaklanır. Toplumu katılımcı ve destekçi kılan pro-aktif kolluk faaliyeti anlayışı bu önleyicilik nosyonunun ceza ve idare hukuku kesişiminde beliren önemli bir örneği olarak gösterilmektedir. Bu anlayışta devlet, risklerin gerçekleşmesi sonrasında harekete geçmek yerine "potansiyel mağduriyet"e vurgu yaparak suçun önlenmesinde toplumun aktif katılımına ve bilgi paylaşımına müracaat eder. Bu yönü dolayısıyla söz konusu anlayış "kolluğun bir kamu görevi olarak kabulünden çok bir sigorta sistemi içerisinde, riskin gerçekleşmesini engellemeye yönelik olarak müşteriden risklerin azaltılmasına yönelik beklentilerin olduğu sigortacılık faaliyetini" anımsattığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. [207] Güvenlik konusunda toplumsal katılımcılığı, devletin küçülürken sigorta kolunu bireyselleştirmesi gibi güvenlik önlemlerini de bireysel sorumluluklara önemli ölçüde devretmesi olarak okumak mümkündür. Bu okumalar, klasik liberalizmin sınırlı devletinin elinde kalan iki önemli fonksiyonun adalet ve güvenliğin de özelleşmesi konusunda özellikle de güvenliğin devlet tekelinden çıkarılmasının ekonomikliğini savunan Gustave de

[205] Richard A. Posner, "The Best Offence", **The New Republic,** 02/09/2002.
[206] Ahmet Mithat Güneş, "Risk Toplumunda Hukuk", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:128, Ağustos-2014, ss. 40-43, s.41.
[207] Ketizmen, "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", s.166.

Molinari gibi 19.yy. yazarlarına dek uzanır[208]. Netice itibariyle toplumsal katılımcı pro-aktif kolluk anlayışında da, ona sebep risk geriye dönüşlü şekilde yeni riskler ortaya çıkarmaya devam etmekte; temel hak ve özgürlükleri risk altına sokarak güvenlik hizmetini denetimli ve uzmanlaşmış birimlerden denetim sorunu olan ve uzmanlaşmamış halka aktarmanın önünü açmaktadır.

Zarar ortaya çıkarma ihtimali olan yani "riskli" eylemlerin yasaklanıp yasaklanmayacağı yahut ne koşullarda yasaklanabileceği problemi, uzun yıllardır felsefi bir problem olarak tartışılmaktadır. Bu konuda öncü bir bakış açısı olarak John Stuart Mill'in zarar ilkesi (*harm principle*), bir kişinin özgürlüğünü başkalarına zarar vermeme koşuluna bağlar. Özgürlüğün sınırları başkasına somut bir zarar ortaya çıkardığı noktada aşılır. Bu noktada riski çok fazla önemsemeyişini ifade özgürlüğüne tanıdığı geniş sınırlar -çok yeterli olmamakla birlikte- göstermektedir[209]. Daha açık olan ise, akli melekeleri yerinde bir bireyin başkaları için değil ama kendisi için zarar ya da zarar ihtimali (yani risk) oluşturan davranışlarının yasaklanıp yasaklanmayacağı noktasındadır. Bu durumda onun, olası sonuçlar hakkında uyarılması dışında nihai bir biçimde engellenemeyeceğini belirtir[210].

Bir başka iyi bilinen formülasyon ise Robert Nozick'e aittir. Nozick ünlü eseri *Anarşi, Devlet ve Ütopya*'da büyük ölçüde hukukun ekonomik analizi literatüründen faydalanarak, riskli faaliyetlerin yasaklanıp yasaklanmaması durumunun haklar ve dezavantajlılık konusuyla korelasyonunu tartışır. Toplumda bazı kimselerin özel durumları, onların belli faaliyetlerini diğer insanlar için riskli kılar. Örneğin sara hastası bir kimsenin otomobil kullanabilmesine izin verilmeli midir, yoksa verilmemeli midir? Yahut olası bir zarar durumunda, başkalarına verdikleri zararları tazmin edemeyecek durumda olan kişilerin bu hususta belli faaliyetleri serbestçe yapmalarına izin verilmeli midir? İzin verilmesi durumu, başka insanlara "risk empoze etmek" değil midir? "Neden bazıları, başkalarının özgürlüğünün maliyetlerine katlanmak zorunda kalsın?"[211]

---

[208] Bkz. Molinari, **Serbest Piyasa ve Güvenlik**, s.28-29.
[209] John Stuart Mill, **Hürriyet Üstüne**, (Çev. Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren: Ömer Çaha), Liberte Yay., 2012, Ankara, s.50.
[210] Mill, **Hürriyet Üstüne**, s.160.
[211] Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, s.117.

Özetle Nozick'in bu konudaki düşüncesi[212], bir kimsenin başkaları için zarar olasılığı meydana getiren riskli faaliyetleri;

1.ihtimal – o kişinin hayatını kazanması için zaruri değil ise, başkaları için risk oluşturan faaliyeti pekala yasaklanabilir.

2.ihtimal – o kişinin hayatını kazanması için zaruri ise, kişi yasak dolayısıyla dezavantajlı duruma düşürülmemek adına, söz konusu faaliyet ancak tazminata şartına bağlı olarak yasaklanabilir. Bu durumda yasakla birlikte diğer kimselerin artan güvenlikleriyle birlikte elde ettikleri yarar, yasaklanan kişinin zararını giderebilecek büyüklükte olmalıdır. Eğer elde edilen yarar bu derece büyük değilse, diğer kimselerin yasaklanan kişinin zararını tazmin etme isteği olmayacak ve bu da yasağın empoze edilmesini engelleyecektir.

Dolayısıyla Nozick tarafından riskli eylemin yasaklanması (i) dezavantajlılık, (ii) Kaldor-Hicks etkinliği olmak üzere iki dereceli şekilde gerekçelendirir. Dolayısıyla Kaldor-Hicks etkinliği, riskin azaltılması yahut riskli eylemin yasaklanmasının tazminat koşuluna bağlı düzenlenmesinde işlevsel bir biçimde kullanıldığı görülmektedir.

Risk toplumu tartışmalarını hukukun ekonomik analizine bağlayan son bir unsur olarak Coase teoreminin kurduğu dışsallık piyasasını ayrıca hatırlamak gerekir. Coase teoremi, dışsallıkları pazarlık konusu haline getirmekle piyasa başarısızlığı algısının dışına çıkarmıştır; ve Beck'e hak verilecektir ki, dışsallık olarak çevre sorunları, kirlilikler, çoğunlukla ekonomik etkinlik adına üretilen ve riskleri tükenmek bilmeyen sınai yan ürünlerdir. Bu şekilde üretilen kirlilikler belki bir kirlilik piyasası oluşturularak pazarlanabilir. Ancak bu pazarlığın Coaseci modelde etkinlik üretebilmesini beklemek hayal olur. Zira çoğunlukla çevre sorunlarının çok sayıda etkileneni vardır. En basit bir örnekle, kirlenen bir gölün kirleteni, yani pazarlığın bir tarafı bir fabrikaysa, diğer tarafta çok sayıda etkilenen, örneğin çok sayıda balıkçı bulunabilir. Coase teoremi bu çok sayıda tarafı tek bir kişi gibi addeder; bir koalisyon gibi. Ancak çok sayıda etkilenenin olduğu çevresel sorunlarda bu tip bir koalisyonun oluşturulabilmesi başlı başına bir işlem maliyetidir. Bu da

[212] Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, s.122-123.

Coase teoreminin işlem maliyetlerinin sıfır olma şartının en azından çevresel sorunlarda sağlanamayacağı gerçeğini göstermektedir[213].

Günümüzde çevresel riskleri minimize etmek ve hatta bir şekilde ortadan kaldırmak adına ekonomik yaklaşımın tersi yönünde bir paradigma değişikliği önerilmektedir. Fritjof Capra ve Ugo Mattei'nin "hukuka ekolojik yaklaşım" olarak tarif ettikleri bu değişim önerisi, sosyal düzeni tekil atomize bireylerin birbirleriyle etkileşimi üzerinden değil, bir ilişkiler ağı üzerinden; dünyayı ise özne(insan)-nesne(doğa) ikiliği ekseninde, doğayı dışsallaştıran ve kontrol edilmesi gereken mekanik bir gözle değil, sistemik bir biçimde ve doğa ile insanın bütünselliği üzerinden okuma önerisi içerir [214] . "Ekonomik verimlilik yerine ekolojik sürdürülebilirliğe ağırlık veren, özel mülkiyet yerine erişilebilir müşterekleri dikkate alan temel bir bakış açısı değişikliğine ihtiyaç" olduğu vurgulanır.[215]

[213] Hasan Ersel, "Ronald Coase ve İktisatta Dışsallık Sorunu", **İktisat ve Toplum**, Sayı: 36, 2013, ss.43-48, s.48; Edelman, Stryker, "Hukuka ve Ekonomiye Sosyolojik Bir Yaklaşım", s.211.
[214] Özellikle bkz. Fritjof Capra, Ugo Mattei, **Hukukun Ekolojisi: Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru**, (Çev. Ebru Kılıç), Koç Üniversitesi Yay., 2.b., 2019, İstanbul, s.23-24, 30-31. Benzer bir yaklaşım olarak bkz. Zeynep Özlem Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, Filiz Kitabevi, 2017, İstanbul, s.47.
[215] Capra, Mattei, **Hukukun Ekolojisi**, s.48.

ALTINCI BÖLÜM

HUKUKUN EKONOMİK ÖĞRETİSİNİN TARTIŞMALI İÇERİĞİ

6.1. EKONOMİK PERSPEKTİFTEN HUKUKTA ÖZNE VE RASYONALİTE

6.1.1. Homo Juridicus vs. Homo Economicus

Bilindiği üzere, insanın aklî (rasyonel) bir varlık oluşu, hem hukuki hem de iktisadi düşüncenin en temel ögelerinin başında gelir. Bu iki sahanın esas konusu olan insanın, Aristoteles'in vurguladığı üzere hayvan ve bitkiden farklılaştığı yön, ruhunun aklî yönüdür (λογον εχον), diğer bir deyişle akıl sahibi olmasıdır. Hukukta akıl yönünden yetileri gelişmemiş, kalıcı yahut geçici olarak bozulmuş insanlar temyiz kudretinden yoksunlukları nedeniyle hak, borç ve sorumluluk yönüyle hukuken ehil insan kabul edilmezler. Burada aklın "ayırt etme" yetisine vurgu yapılır. Ayırt etmek için en az iki farklı şey olması ve bunların benzerlik ve farklılıklarının nazara alınması, kısaca kıyas edilmesi gerekir. Yani bir yönüyle akıl, *mukayese* demektir. İnsan bu mukayese yetisi sayesinde, gerek içinde bulunduğu toplulukça kınanmayacak olan doğru davranışı gerekse maddi ihtiyaçlarını giderebileceği yani fayda sağlayacağı seçeneği -uygun ve tutarlı amaç/araç bağıntısı oluşturarak- tespit etmek için önüne gelen durum ve ihtimalleri birbiriyle karşılaştırır ve karar verir. Dolayısıyla aklın bir yönü de *muhakame* kavramına denk düşer. Bu muhakemenin özü, ihtimalleri tartmaya, *ex ante* değerlendirmeye ve *ratio* kavramının etimolojisinden de çıkarılabileceği üzere oranlamaya, kısaca hesap etmeye dayanır. Yani akıl, bir başka boyutuya *muhasebe* olarak düşünülebilir. Dolayısıyla gerek hukuken gerekse ekonomik açıdan akıl dediğimizde, birbirine iç içe geçen mukayese, muhasebe ve muhakeme kavramlarının tümünü birden kastederiz.

Seviğ'in deyimiyle "iktisadi muameleler, muameleyi yapacaklarda temyiz kudretini iktiza ettirir: rüşd, iktisadi ehliyetin kemalinin ifadesidir."[1] Yani hukuki ehliyet konusunda sınırlılıklar barındıran bir insanın ekonomik davranış çeperi de o derece daralır. Fakat hukukun kapsamına aldığı "insan"ı bu daralan çeper kapsamında düşünmek mümkün değildir; hukuk, mümeyyizler kadar gayrimümeyyizleri de himaye eder. Pek tabii hukuk, özneye seslenişte onun kendi direktiflerini anladığını ve akledebildiğini varsayar. Tüm normatif önermeler bu varsayım üzerine inşa edilir. Fakat iktisattan farklı olarak "bunu yaparsan hukuk bu yaptırımı uygular, dolayısıyla bunu yapmalısın diye seslenir." İktisatsa "bu noktada özne şu alternatifi tercih eder ve denge şu şekilde oluşur" şeklinde *olması gereken* nosyonu üzerinden doğrudan özneyi muhatap *almaksızın*, ekonomik fenomene dair nesnel bir açıklama getirir.

Hukuki evrende hak ve yükümlülüklerin pay edilip yüklenmesi noktasında insanlarda aranan akli yetileri sergileme seviyeleri, insanın tabii ve gerçek yaşamdaki durumu göz önüne alınarak iktisadın varsayımlarından daha gerçekçi bir yelpazede düşünülür. İnsanların bir kısmı doğuştan bu yeteneklerinin bir kısmından yahut önemli bir kısmından yoksun olarak görüldüğü için "kısıtlı" kabul edilip, "tam ehliyetsiz" ya da "sınırlı ehliyetsiz" gibi sınıflara ayrılırlar. Yaşça erginliğe erişememiş kişiler veya çok yaşlı oldukları ya da psikolojik/algısal rahatsızlıkları nedeniyle "akli" değerlendirme yapma melekeleri zayıf(lamış) olan bu kişilerin hukuki işlem yapma ehliyeti *tam* addedilmez ve yaptıkları pek çok işlem hükümsüz kabul edilir. Tüm bunlar statüsel eşitlik içerisinde statü statü ayrılmış insan tipleridir. Bunun dışında hukukun önüne gelen olayın özelliğine ve gelişim biçimine göre davranıştaki mukayese, muhasebe ve muhakeme hatalarının mazur görülme seviyesini belirleyen aşırı korku ve tahrik, geçici olarak akli melekeleri bozucu durum (ör. ilaç kullanımı yahut sarhoşluk) ve rahatsızlık (ör. panik atak ya da sara nöbeti) gibi pek çok hal hukuktaki insanı ele alma meselesinin içinde tutulur. Hukuk bazen kişinin bu melekelerini sergilemesi noktasında azı mazur görürken, bazen daha fazlasını ister. Bu noktada aklın yanına "dikkat ve özen yükümlülükleri" ya da

[1] Sevig, "Borçlar Hukuku ve İktisat", s.228.

"garantörlük" türünden sorumluluklar[2] veyahut bir tacirin "basiret"ini eklenmiş olarak görürüz. Bir de hukukun tüm dallarında geliştirilmiş çok çeşitli istisnaların neticesinde bol istisnalı görünüm kazanmış bir ilkeyi: *ignorantia juris non excusat*…[3]

Neoklasik ekonomik düşüncedeki özne ise hukuktaki bu tip ayrımları içermeksizin tam bir şekilde akılcı, çıkarcı ve bilgili bir özne fikri üzerine bina edilmiştir. Neoklasik iktisadi modellemeler bu özne, nam-ı diğer *homo economicus* üzerinden şekillenir. *Homo economicus*, bilindiği üzere ekonomi biliminin karar birimi olan bireyin, (i) rasyonellik ve (ii) kendi çıkarını gözeterek davranma özellikleri öne çıkarılarak kavramsallaştırıldığı metodolojik bir soyutlamadır.[4] Öz-çıkar gözetme ile rasyonalite arasındaki bağ, rasyonalite anlayışının ne derece katı ya da ne derece yumuşak bir anlayışa denk olduğunu da belirler. Bu noktada bazı yazarlar, öz-çıkarın maksimize edilmesi kriterinin güçlü ("*thick*") bir rasyonel seçimi tanımladığı, beklenen fayda (*expected utility*) kavramına dayalı bir rasyonel seçim tanımlamasının ise daha zayıf ("*thin*") bir rasyonalite anlayışına denk olduğunu düşünmektedirler. Hatta Korobkin ve Ulen bu ayrım kapsamında en sert ve güçlü rasyonalite tanımı olarak bir üçüncü şıkkı daha zikrederler: Posner'dan aşina

[2] İş güvenliği konusunda işverenin, bir çocuk ya da hasta bakıcısının, bir yüzme öğretmeninin ya da cankurtaranın, sağlık personelinin, kendi görev alanı içinde kamu güvenliğinin garantörü olan kolluk memurunun (2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek 4 Madde 1; 2803 Jandarma Teşkilat Kanunu madde 7), araç kullanmayı bilmeyene motorlu aracını teslim etmemekle sorumlu araç sahibinin (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, Madde 36) durumun gibi mevzuata yayılmış pek çok hal.

[3] "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" bir hukuk ilkesi olarak, hukuku realite ile fiksiyon arasında kavrama mücadelesi içindeki hukukçu için daima şüphe çekmiştir. Derreux, ilkenin bu şüpheler besleyen doğasını şu şekilde dile getirir: "Manş ötesindeki üniversiteler yüksek bazı kimselere veya hiç hukuk tahsili yapmamış bazı bilginlere sırf itibari olarak fahri hukuk doktoru unvanını verirler, fakat Fransız hukukçusu yukarıda hatırlatmış olduğumuz kaide sayesinde daha fazlasını yapıyor ve itibari olarak yalnız bazı kimselere değil, fakat herkese basit bir hukuk doktoru unvanından daha fazla olarak, hukukun tamamı hakkında mükemmel bir bilgi atfediyor. Fakat böyle bir sanının (*fiction*) bizi gerçeklikten (*realite*) çok uzaklara götürüp götürmeyeceğini kendi kendimize sorabiliriz. Böyle bir bilgiye malik olmayan ve olmak iddiasında da bulunmayan kimselere bunu atfetmek tehlikeli olmaz mı? Zoraki hekim ancak komedilerde mevcuttur, zoraki hukukçu gerçeklikte yaşamalı mıdır? Hukuk imtihanının daha ilkinde muvaffakiyet göstermiyen talebe, düzgünce konuşamayan, okuma ve yazma bilmeyen köylü, hatta fransızca bilmeden tesadüfen Fransa'dan geçmekte olan yabancı, bütün kanunları bilir mi addolunacaktır? *Şüphesiz mahkeme içtihatları ve doktrin adalet gaygusile bu an'anevi kaideden sadece mantıkî sonuçlar çıkarmaktan çekinmişleridir. Bu kaide ekseriya tatbik edilirse de her zaman tatbik edilmez. Muayyen bir formül ile bağlanmaktan kaçınılır.*" (v.e.) M. G. Derreux, "Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler", (Çev. Jale Güral), **AÜHFD**, Cilt:2, Sayı:4, 1945, ss.197-233, s.197-198.

[4] Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.25.

olduğumuz *servet maksimizasyonu*. Burada öz-çıkar kavramı ve onun rasyonalite ile bağı, salt parasal bir karşılıkla, yani değer açısından daha net ve bir o kadar radikal açıklama aracı üzerinden tanımlanır[5].

Öz-çıkar unsurun insan doğası ve ahlak kuramına uzanan boyutunun dışında geriye kalanı, faydaları azamileştirme veyahut zararları minimize etme yönündeki davranış örüntüsüdür. Fakat bu çerçeve içerisinde *homo economicus*'a rasyonel özellik yüklemek, sadece fayda maksimizasyonu kavramından ibaret değildir[6]. Amaç-araç bağıntısı kurmak anlamında, araç-rasyonel (*zweckrational*) tutarlı muhakeme ve tercih yapmak da rasyonel davranışın koşulu olarak kabul edilir[7]. Rasyonel tercih kuramı kapsamında, bu noktada tamlık, geçişlilik, yansıtma ve süreklilik gibi mantıki kriterler dile getirilir. Örneğin X kişisi önüne gelen seçeneklerden A'yı B'ye, B'yi C'ye tercih ediyorsa, A'yı da C'ye tercih etmesi gerekir[8]. Son olaraksa, neoklasik *homo economicus*'un faydayı maksimize eden araç-rasyonel davranışlarının *tam bilgi* üzerine kurulu olduğu kabul edilir[9]. Çünkü amaçlarına etkili bir biçimde erişme hamleleri yapacak olan *homo economicus*'un hem amaç hem de araçlar üzerinde bilgi sahibi olması gerekir.

Homo economicus'un rasyonalite ve onu açıklayan unsurlar nezdinde tanımlanmasının dışında vurgulanması gereken diğer yönleri, felsefi antropolojik boyutu, bilimsel bir aksiyom olarak kabul edilişi ve metodolojik işlevselliğidir. İlkinden başlayacak olursak, *homo economicus*, bencil insanı modellemesi nedeniyle

---

[5] Tartışma için bkz. Russell Korobkin, Thomas Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", **California Law Review**, Vol.88, No.4, July-2000, ss.1051-1144, s.1060-1066.

[6] Posner, **Frontiers of Legal Theory**, s.252: "Rasyonel Seçim, hem fayda-maliyet analizine dayanır, hem de seçili amaca en uygun araçların seçimidir."

[7] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.261-2; Eren Kırmızıaltın, **İktisat ve Rasyonalite: K. Marx, W. S. Jevons ve T. B. Veblen'de Rasyonalite, İnsan, Teori**, Heretik Yay., 2017, Ankara, s.25-31; Korobkin, Ulen, "Law and Behavioral Science", s.1061.

[8] Burada tercih edilenin tercih edilmeyene "ne kadar" tercih edildiğini bilmek değil, neyin neye tercih edildiğini bilmek önemlidir. Yani rasyonalite kavramının içeriğini, ölçmekten ziyade, sıralamak ve tutarlılık doldurmaktadır. Dolayısıyla yaklaşımın arka planında, daha önce değinmiş olduğumuz, ordinalizm/kardinalizm tartışması bulunmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. Kırmızıaltın, **İktisat ve Rasyonalite**, s.75-76.

[9] O'Neill, **Piyasa**, s.95; Ester Ruben, Devrim Dumludağ, "Davranışsal İktisadın Gelişimi, **İktisat ve Toplum Dergisi**, Sayı:58, Ağustos-2015, ss.4-9, s.6. (Açık erişim: http://www.iktisatvetoplum.com/wp-content/uploads/2017/10/Ester-Ruben-Devrim-Dumludag-Davranissal-58.pdf); Ersel, "Ronald Coase ve İktisatta Dışsallık Sorunu", s.47; Buğra, **İktisatçılar ve İnsanlar**, s.298.

Hobbesçu bir insan doğası kavrayışını akla getirir. Aristoteles'te bir tür ahlaki bozukluk ve adaletsizlik örneği olarak nitelendirilen *pleonexia* (πλεονεξία), yani hep daha fazlasını elde etme arzusu, Hobbes'ta tersyüz edilerek, insan doğasını tanımlayıcı başat unsur olarak karşımıza çıkar. Bu Hobbesçu perspektifi daha sonra faydacı felsefe de yoğun bir biçimde kullanmıştır. Gerek Bentham'da, gerekse onun Amerikan hukukunda gölgesinin vurduğu O. W. Holmes Jr.'da bu çıkarcı -ve hatta kötücül- insan doğası kavrayışının hukuki özneyi tarifte kullanıldığını görebiliriz. Holmes "hukukun ne olduğunu kavrayabilmek" için "kötü adamın" gözüne ihtiyaç olduğunu söylerken hukukun insan tasavvurunu bu kötücül, bencil ve çıkarcı çizgiye yaklaştırır[10].

Homo economicus varsayımı, ayrıca, metodolojik bireyciliğin kurucu unsuru olarak da karşımıza çıkar. Metodolojik bireycilik, bilindiği üzere, sosyal bilimlerin genelinde bireysel, amaçlı ve rasyonel davranışların çözümlenmesi yoluyla ve ilkin bireyden (yani en küçük parçadan) hareket edilerek, daha büyük sosyal fenomenlerin açıklanması anlayışıdır. Metodolojik bireycilik, egemen paradigma durumundaki neoklasik iktisadın mikroekonomik özünün yola çıkma ekipmanıdır ve hatta ekonomi biliminin bağımsız bir araştırma alanı olarak ortaya çıkışının ardındaki temel unsur olduğu da dile getirilmektedir[11]. Metodolojik bireyciliğin neoklasik iktisadın başlıca ögelerinden biri halini almasının ardında ise Avusturya İktisat Okulunun (Menger'in) Alman Tarihçi İktisat Okulu'na karşı yürüttüğü metot savaşının (*Methodenstreit*) etkili olduğu dillendirilir[12].

Felsefi, antropolojik ve metodolojik temalarla çevrelenmiş *homo economicus*, ekonomik analiz aygıtlarının çalıştırılabilmesinin dayanağı ve piyasa aktörlerinin davranışlarının izah edilmesine yönelik bir referans model olarak işlev görmektedir[13]; fakat bu kavramsallaştırmanın "hukukun insanları" arasından belki bir miktar "basiretli tacir" tipini temsil etmesi dışında ne kadar kapsayıcı ve kuşatıcı

[10] Holmes Jr., "The Path of Law", s.459.
[11] Demir, **İktisat Metodolojisi**, s.32.
[12] Bireyi *Volksgeist*'ın yanında değersizleştiren Alman tarihçi okulunun dışında, metodolojik bireyciliğin vücut bulmasına sebebiyet veren bir *diğer* karşı kutup ise August Comte'un sosyolojizmidir. Hatta daha sonra Emile Durkheim da bu sosyolojist kanatta yer almıştır. Bkz. Vefa Saygın Öğütle, **Metodolojik Bireyciliğin Eleştirisi**, Ayrıntı Yay., 2013, İstanbul, s.32.
[13] Müller, "Hukukun Ekonomik Teorisi", s.7-8.

olduğu kuşkuludur. Tacir olmayıp -üretici ile tüketici arasındaki doğal bilgi asimetrisi nedeniyle- edindiği bir maldaki ayıpları derhal kavrayamayan, dolandırılan ya da yaptığı işleme dair sonradan gabin itirazında bulunmak durumunda kalacak olan ya da suç işlemeye dönük tahrik edilen bir kişi, *homo economicus* kalıbının dışında kalsa bile hukukun ele aldığı insan tipi içerisinde olmayı sürdürür. Korku, tahrik ve bilgisizlik gibi doğal durumlar, "tam" yetilerle donatılı neoklasik *homo economicus* kavramı için yabancı olsalar da, hukuk bunları yerine ve koşullarına göre tanır ve işler. Bu yüzden *homo economicus* hukukun ele aldığı insanı, kavramsal olarak tamamen kuşatamayacak derecede sınırlı, sert ve mekanik bir insan tasavvuru olarak gözükmektedir.

Foucault hukuk ile iktisadın özneleri olarak ifade ettiği *homo juridicus* ile *homo economicus*'un ortak bir kalıba dökülemeyeceğini, daha doğru bir deyimle *homo economicus*'un hukuk öznesine indirgenemeyeceğini şu şekilde açıklar: Hukuk öznesi *homo juridicus*, içinde bulunduğu bütüne (topluma) klasik toplumsal sözleşme kuramındaki gibi bazı haklarını korumak adına başka bazı haklarını devretmek suretiyle bağlanır ve gerektiğinde siyasal otoriteyi şu şekilde uyarabilir: "Bunu yapamazsın, çünkü benim haklarım var; bir kısmını sana devrettim ama diğerlerine dokunamazsın". *Homo economicus* ise hükümdara farklı şekilde, tabiri caizse Hayek gibi seslenir: "Bunu yapamazsın, çünkü bilgin ve öngörün yetmez, hatta bilebilmen mümkün de değil". *Homo juridicus* bütüne, devretme ve feragat diyalektiğiyle bağlanırken *homo economicus* doğal ve kendiliğindenlik diyalektiğiyle dahil olur[14]. Öznelerin bütüne bağlanma diyalektiklerindeki bu farklılık nedeniyle Foucault ekonomik bir hukuk biliminin mümkün olmadığını savunur.[15] Ama neoliberalizm bu bağı bir biçimde oluşturmuştur ve Foucault bu oluşumu olanaklı kılanın "sivil toplum" kavramı olduğuna dair bir kapı aralar. Adam Ferguson üzerinden ve onun Hobbesvari toplum sözleşmesinin dışında bir yaklaşımla ele aldığı sivil toplum kavramının, gelinen noktada *homo juridicus* ile *homo economicus*'u aynı kalıba sığdıran bir toplumsal düzen paradigması sunduğundan bahseder.

[14] Bkz. Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.234, 239.
[15] Foucault, **a.g.e.**, s.234

Homo economicus kavramsallaştırmasının hukuki öznenin tanımlanması konusunda işlevsel olup olmadığı bir yana, aslında iktisat açısından bile yeterli olmadığı dillendirilmektedir. Özellikle iktisadın bir seçim bilimi olarak geniş kavrandığı koşullarda, neoklasik bir aksiyom olarak *homo economicus* kalıbının son derece dar bir kalıp olduğuna dair ekonomik düşünce literatürü içinden de çok fazla ses yükselmiştir. Bunların günümüzde en fazla göze çarpanı, insanın tam rasyonel değil fakat "sınırlı rasyonel" bir varlık olduğunu dile getiren, iktisadı tümdengelimsel bilimsel modellemelerden belki uzaklaştıran ama daha empirik ve deneysel bir içeriğe büründüren Davranışsal İktisat (*Behavioral Economics*) yaklaşımıdır. Araştırmacılarına ve temsilcilerine bolca Nobel iktisat ödülü kazandırmış bu yaklaşımın ilerleyen süreçte "Davranışsal Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı" olarak lanse edilen bir alt kolu da ortaya çıkmıştır. Fakat neoklasik *homo economicus* aksiyomuna dönük tek karşı-çıkışın davranışsalcılıktan geldiğini söyleyemeyiz. Onunla yaklaşık olarak eş zamanlı biçimde *Oyun Kuramı'*ndan ve Guido Calabresi'nden gelen başka eleştiriler de söz konusudur. Tarihsel olarak daha geriye gittiğimizde ise sırasıyla Kurumsalcı Okul'u ve en geride David Hume felsefesini kısaca ele almak yerinde olacaktır.

6.1.2. Sınırlı Rasyonalite'ye Doğru

6.1.2.1. Davranışsal İktisattan Önce

Logos ile başlayan ve tüm felsefe tarihine yayılan "akıl" kavramının mahiyetinin sorgulanması gibi üstesinden gelinemeyecek bir işe, hukuk ve ekonomi bağlamında özne ve rasyonalite tartışması içinde girişmek haddi zorlar ve manalı da değildir. Bu yüzden farklılıklar içinde bütünü idrak etmek ve hakikati kavramak bağlamında akıl kavramının o uçsuz bucaksız felsefi anlamıyla değil, iktisadi ve hukuki düşünce bağlamı içinde sadece ufak bir kısmıyla ilgilenmekteyiz. Bu dar çerçeve içerisinde *homo economicus* ve ona yüklenen akılsallık tasavvuru için en fazla 18.yy. İskoç Aydınlanması'na dönüp bakarak bugüne ilerlemenin anlamlı bir yönü vardır. Zira *homo economicus* iktisadi düşüncenin bir ürünüdür ve iktisat disiplininin de esas olarak o dönemde ete kemiğe büründüğü kabul edilir. Bu noktada önümüzde beliren başlıca figür olan Hume'un önemi, tutku ve alışkanlık

kavramlarına dikkat çekmesinden öte gelir. Aklı tutkunun kölesi addeden Hume[16], insanların davranışlarının muhakkak ve her zaman ölçüp biçmeye ve hesaplamaya dayandığı ve buna göre "rasyonel" olduğu savına karşı insandaki *alışkanlık* faktörüne dikkat çeker[17]. Yani bazen insanların uzun süre, sırf alışkanlıklara dayandığı için rasyonel sayılamayacak seçimlerde bulundukları gerçeği, Hume'un rasyonalizm eleştirisinde bir tür açıklama bulur. Bu yönde eleştiriler Hume ardıllarınca devam ettirilmiştir.

Bilindiği üzere *ratio*, kökeni itibariyle oran demektir. Oranlamak için en az iki farklı nesne gerektiği gibi o iki nesneyi gözlemleyecek, aralarındaki durumu anlayacak ve oradan bilgiyi çıkaracak bir özne de gerekir. Öznenin içinde bulunduğu durum, etkisi altında olduğu kurumsal yapılar, geçmiş deneyim birikiminin yahut bilgi yeterliliğinin, önünde duranı anlamlandırmasına veya değerlendirmesine etkileri gibi pek çok faktör aklın objektif bir çerçevede tanımlanması konusunda sorunlar yaratır[18]. Bilindiği üzere bir Hume takipçisi olan Hayek bu noktada bireylerin tek tek bilgi eksikliklerini vurgulamak suretiyle akıl kavramını piyasanın bütününe atfeder[19]. Bireyler kendi bilgi birikimleri ve işleme kapasiteleri çerçevesinde dışsal gerçekliğin sadece bir kısmını kavrayabilirler. Bu yüzden Hayek'i, Menger'den miras aldığı bilgi problemi[20] çerçevesinde, Chicago okulunun sert rasyonalite kavramının uzağında buluruz. Ama gariptir ki, aynı Hayek'i, "kurucu rasyonel" yapıları piyasa uğruna çözüp eritme noktasında Chicago çizgisiyle mevkidaş olarak da görürüz[21].

---

[16] "Akıl, tutkuların kölesidir ve yalnızca öyle olması gerekir; hiçbir zaman onlara hizmet etmekten ve boyun eğmekten başka bir görev üstlenemez." David Hume, **İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme**, (Çev. Ergün Baylan), Bilgesu Yay., 2009, Ankara, s.278.

[17] Collins, **Sosyolojide Dört Ana Gelenek**, s.134.

[18] Bkz. Müller, "Hukukun Ekonomik Teorisi", s.8, dn.38.

[19] Vipin P. Veetil, "Conceptions of Rationality in Law and Economics: A Critical Analysis of the Homoeconomicus and Behavioral Models of Individuals", **European Journal of Law and Economics**, Vol.31, 2011, ss.199-228, s.203

[20] Bkz. Menger, **İktisadın Prensipleri**, s.41-44.

[21] "Akıl, insanın içinde yaşadığı tabii ve sosyal çevreye bir intibaktır ve toplumun yapısını belirleyen müesseselere daimi bir karşılıklı etkileşim içinde gelişmiştir. Akıl, bu müesseseler üzerinde işleyen ve onları değiştiren bir şey olduğu kadar içinde geliştiği ve kendisinin yaratmadığı sosyal çevrenin mahsulüdür de. Akıl, insanın toplum içinde gelişmiş olmasının ve içinde yaşadığı grubun beka şansını arttırmış olan alışkanlıkları ve uygulamaları elde etmiş olmasının ürünüdür. *Toplumsal hayatı mümkün kılmış olan müesseseleri dizayn eden, daha toplumun mevcudiyetinden önce kâmilen gelişmiş bir akıl mefhumu, insan cinsinin evrimi hakkında bildiğimiz her şeye muhaliftir*" (v.e.) Hayek, **Hukuk, Yasama, Özgürlük**, s.25.

Dolayısıyla bireylerin ve onların oluşturduğu yapay organizasyonların (ki bu noktada Hayek'e göre piyasa doğaldır) bilgi problemini dillendirmesi itibariyle Hayek'in ortaya koymaya çalıştığı antirasyonalizm, önkabullerde uyuşmaz olduğu görüşlerle *çıktıları itibariyle* uyuşmaktadır.

Klasik iktisadın üzerinde durduğu emek-değer teorisi yerine fayda-değer teorisini merkeze alan marjinalizmin değer konusunda sübjektivizmi vurgulayan temsilcisi Menger, Mises ve Hayek'in bilgi problemini ele alışının ardındaki isimdir. Bu şekilde özne üzerinden düşünmek, bilgi problemine dikkat çekmek dışında, rasyonaliteyi de sübjektif bir içerikle tanımlamaya kapı aralar. Sübjektif değer anlayışının gölgesinde kalacak bu tip bir rasyonalite kavramı ise haliyle totolojik olacaktır. Çünkü "tercih ne ise, o faydalıdır ki tercih edilmiştir; dolayısıyla faydanın azamileştirilmesi anlamında rasyoneldir" gibi bir sonuç verir[22].

Hume'un işaret ettiği alışkanlık faktörüne ve onun irrasyonaliteye uzanan doğasına, 20.yy. şafağında Kurumsalcı İktisat (*Institutional Economics*) da temas etmiştir. Kurumsalcılığa göre, seçimin bireysel bir edim olduğunu savunan ve bu savunuyu kendi gerekçesi addeden neoklasik metodolojik bireycilik, seçimi yapan bireyin içinde bulunduğu kültürel ve sosyal kurumların söz konusu seçimin ardındaki motifleri şekillendirebilme potansiyelini gözardı etmekle hataya düşmektedir [23]. Kurumsalcılığın fikir babası addedilen Thorstein Veblen bu noktada "kurum" ve "alışkanlık" kavramları üzerinde durur. Esasında onun bireyin iktisadi davranışında etkili olduğunu söylediği toplumsal kurumlar alışkanlığa bağlı gelişirler ve hem evrimsel (*selective, adoptive*) süreçlerin neticeleri hem de dinamik biçimde ilerleyen sürecin nedenlerini teşkil ederler. Bu çerçevede kurumlar, bir cemaatin yaşam tertibini oluşturan ve bireyler üzerinde etkin olan konvansiyonel standartları ve davranış kurallarını da ifade eder[24]. Bu bakış açısıyla hukuk da bir kurumdur. Veblen'in çalışmaları, bilindiği üzere iktisat ile sosyoloji kesişiminde belirmiştir. Kurum ve alışkanlıkları vurgulaması, onun rasyonalite tanımının içine sosyolojik ögelerin dahlinin boyutunu gösterir.

[22] Benzer bir değerlendirme için bkz. Mercuro, "Jurisprudential Niche...", s.106
[23] Demir, **İktisat Metodolojisi**, s.32-33.
[24] Kırmızıaltın, **İktisat ve Rasyonalite**, s.166-167.

Veblen'in fikir dünyasında olduğu gibi, pür iktisadın alanından çıktığımızda ve sosyolojik düşünce evreniyle temas ettiğimizde, iktisadın rasyonel birey tipolojisine karşıt çok fazla cephe açılır. Verili toplumsal kurumlar, bireyin davranışlarının sonucunu ekonomik bir hesaba vurmayı önceleyen başkaca kavramları devreye sokabilir: İtibar ve gösteriş gibi… Örneğin, Veblen'in üzerinde durmuş olduğu gösterişçi tüketimin ne kadar neoklasik *homo economicus* modeline uygun olduğu bir soru işaretidir[25]. İnsan davranışına şekil veren ve neoklasik rasyonalitenin kalıbına oturmayan bu tip toplumsal unsurlar Weber'in değer-rasyonel (*wertrational*) tanımlamasında olduğu gibi sosyolojik düşüncenin rasyonalite kavramınca içerilmiştir. Örneğin değer-rasyonel eylemde bulunan kişi eylemini, kendisini merkeze alarak ekonomik boyutuyla kıymetlendirmeksizin, etik, estetik, dini ya da başka bir değer uğruna gerçekleştirir; önemli olan değerdir[26]. Antropologlar da bu konuya ilkel insanı araştırarak eğilmişlerdir: Bu tip ilkel toplumsallıklarda itibar, nüfuz, şeref ve saygınlık uğruna elindeki ekonomik değerleri çevresine saçan, gönüllü bir şekilde onları bir nevi yağmalatan insanlar vardır. Karşılıklılık ilkesinin tersine verilen bir armağanın, armağan alanı kültürel bir çekim ile armağan vermeye ittiği üzerine araştırmalar yapılmıştır. Antropologlar bunu Marcel Mauss'un armağan kuramı[27] ve potlaç (*potlach*) gibi kavramlar eşliğinde tanımlamaya çalışmışlardır[28]. Sözün özü, değer konusunda kurumlar ve kültürel unsurları devre dışı bırakan neoklasik iktisat teorisinin *homo economicus* kurmacası, tüm bu sosyolojik ve antropolojik içeriği dışlaması dolayısıyla, insanın ekonomik manada değişiklik yaratan davranışlarının *tümünü* açıklamak noktasında zafiyetler barındırır. Belki son olarak, sosyoloji ve antropoloji alanından ortaya çıkıp iktisadın aksi rasyonalite tanımlarından birini ve belki en güçlüsünü üreten kitle toplumu çalışmalarını anmamız gerekebilir. Kitle sosyolojisinin gücü kapitalizmin kitle gereksiniminden doğmaktadır[29] ve çizdiği rasyonel kalıp sadece tekil bireye özgüdür.

[25] Demir, **İktisat Metodolojisi**, s.62.
[26] Dinçkol, **Sosyoloji**, s.88.
[27] Bu konuda dikkate alınması gereken bir eser olarak bkz. Alain Caille, **Faydacı Aklın Eleştirisi**, (Çev. Devrim Çetinkasap), İletişim Yay., 2007, İstanbul.
[28] Bu yaklaşımların detaylı analizi için bkz. Caille, **a.g.e.**; Işıktaç, **Sözleşme**, s.60-64, 75-79.
[29] Kapitalizmin kitleleştirici karakterini Polanyi tutarlı bir biçimde ele almıştır. Onun tahlilinde, karmaşıklaşan makine ve fabrika yapısıyla kapitalist üretim, ancak ve ancak "kitlesel" olduğu takdirde kârlıdır. Bu yüzden üretim için gerekli faktörler olan emek, toprak ve paranın ne zaman istenirse hazır bulunmasını sağlamak adına "fiyata bağlı" kılınması yani metalaştırılması gerekir. Sanayileşebilen

Bu birey bir kitle elementi halini aldıkça söz konusu rasyonel kalıp bozulmaktadır[30]. Bu toplumsallık kavrayışında, toplumsallık bireylerin basit toplamından daha fazlasını ifade eder ve sonuçlar verir. Kitle etkisiyle normal hayatında gayet rasyonel kalıplarla hareket eden birini bir futbol müsabakasında tribün holiganı olarak karşımızda bulabiliriz. Keza bunun dışında, kitle değil fakat "grup" etkisi üzerine yoğunlaşan ve sosyal psikoloji alanını kuran pek çok çalışma da yapılmıştır. *Asch Deneyi* gibi deneyler, karar verme süreçleri üzerindeki konformist etkiyi ortaya koymakla beraber, aynı zamanda bunun mukayese, muhasebe ve muhakemeyi nasıl gölgelediğini de gözler önüne serer.

Humeculuktan Veblen'e geçtikten sonra ilerlemekte olduğumuz sosyoloji ve antropolojinin -neoklasik iktisatça bilinmek istenmeyen- sularından, iktisadın bilinen sularına geri dönersek, neoklasik rasyonalite kavramının sığ sulara tekabül ettiği değerlendirmelerini içeren birkaç yaklaşımdan daha bahsetmemiz gerekebilir. Bunlardan bir tanesi oyun kuramından çıkar.

Bireysel faydayı azamileştirme olarak neoklasik rasyonalite anlayışının eleştirisi mahiyetinde bir başka örneği oyun kuramından çıkmaktadır: *Tutukluların Dilemması*. Örneğin, iki zanlının iştirak halinde ağır bir suç işlediğinden şüphe duyan savcı, elinde bu iki zanlıyı mahkum edecek kuvvette delil bulunmamakla birlikte onlara yasadışı silah taşıma suçu isnat edebileceği kanıtlara sahip durumdadır. Savcı, tutukluların her birine şu teklifi götürür:

"Seni ve ortağını gasp ile suçlamak için elimde yeterince delil yok ama ikinizi de yasadışı silah taşımaktan suçlayabilirim ki onun da cezası bir yıl hapistir. Ancak sen yaptığınızı itiraf eder ve ortağın aleyhinde elimize kanıt verirsen, o ise suçunuzu itiraf etmezse, hiç ceza almadan serbest bırakılırsın. O da itiraf ederse, ikiniz de beşer yıl hapis cezası alırsınız. Sen itirafta bulunmaz da ortağın bulunursa, sen yirmi yıl hapis cezası alırsın, o ise serbest kalır"[31]

---

toplumlar için, 19.yy.'da tamamlanabilmiş bu metalaşma süreciyle beraber kapitalizm başat üretim modeli halini alabilmiştir. Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.122-123.

[30] Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s.134-135; Özcan, "Capitalism and the Rule of Law", s.315.

[31] Sevtap Metin, "Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu", **İÜHFM**, Cilt:72, Sayı:1, 2014, ss.235-264, s.236

		TUTUKLU B	
		İtiraf	İnkar
TUTUKLU A	İtiraf	İhtimal – 1 A = 5 Yıl. B = 5 Yıl	İhtimal – 2 A = 0 Yıl. B = 20 Yıl
	İnkar	İhtimal – 3 A = 20 Yıl. B = 0 Yıl	İhtimal – 4 A = 1 Yıl. B = 1 Yıl

Tablo 6.1: Tutukluların Dilemması

Bu durumda A'nın fayda sıralaması İ(2) > İ(4) > İ(1) > İ(3) iken, B'nin fayda sıralaması İ(3) > İ(4) > İ(1) > İ(2) şeklinde olur. Dolayısıyla itiraf etmemek kolektif akılcı eylem iken itiraf etmek bireysel akılcı eylemdir.[32] Karşıdakinin ne yaptığından bağımsız olarak her bir tutsağın en iyi seçeneği itirafta bulunmaktır. Hatta bu iki kişi karar verme öncesinde birbirleriyle görüştürülse bile kolektif rasyonel seçenek her ikisinin de susması olsa bile, döneklik yapıp itiraf etmek her biri için en iyi ihtimali gerçek kılacaktır. Dolayısıyla itiraf etmek makul görünmektedir. Fakat her ikisi de itiraf ederse bu sefer her ikisi için en iyi ikinci ihtimal yani İ(4) gerçekleşecektir. Bu şekilde tutsakların dilemması ile gösterilen şey de bir rasyonalite problemi olarak belirginlik kazanmaktadır; bireysel çıkar peşinde koşan sözümona rasyonel bireyler kendi kendilerini bozguna uğratabilirler[33]. Bu da bireysel çıkarın rasyonaliteyi tanımlamak bakımından şüpheler barındıran doğasını gözler önüne sermektedir.

Hukuk ve ekonomi öğretisinin baskın rasyonalite anlayışının bir başka eleştirisi, Guido Calabresi tarafından yapılır. Calabresi'ye göre, bu sert rasyonalite varsayımından esas itibariyle dört tane sapma hali söz konusudur ve bunları *The Cost of Accidents* (1970) isimli eserinin ikinci kısmında şöyle zikreder[34]: *(i)* insanlar tümüyle rasyonel kararlar alabilmek için yeterli seviyede bilgi edinemeyebilirler; *(ii)* yeterli bilgi elde etseler bile iyimserlik eğilimi (*optimism bias*) sergileyebilir ve kötü ihtimallerin hep başkasının başına geleceğine dair hatalı yargılara kapılabilirler; *(iii)* kişi, yargısında kendinden emin olabilir, bu sefer de onun değerlendirme seviyesini aşacak bir sorumluluk artışının, dikkat ve ihtimam gösterme motifi üzerinde marjinal

[32] Metin, a.g.e., s.237.
[33] Yılmaz, **Rasyonalite**, s.126-127.
[34] Bkz. Calabresi, **The Cost of Accidents,** s.56-59; Hylton, "Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", s.99.

etkisi olmaz; *(iv)* son olarak ise Calabresi'nin Goethe'nin *Faust* kitabından esinle "Faustçu Pazarlık" olarak isimlendirdiği sorun, bir rasyonalite problemi olarak ele alınır. Buna göre kişinin insanların Faustçu pazarlıklar yürütecek biçimde bir uzun-vadeli / kısa-vadeli fayda değerlendirmesi yapma zafiyetleri söz konusudur.

Ana-akım öğretinin sert rasyonalite varsayımının yetersizliğine dair ekonomik paradigmanın dışından, farklı disiplinlerden, kitle psikolojisinden, sosyal psikolojiden ve onun sosyal etki altındaki bireysel seçimleri açıklamasından, sosyal antropolojiden ve onun Batı medeniyetinin dışındaki toplumların üyelerinin davranışlarını anlamaya olanak tanıyışından türetilebilecek çok fazla sayıda itiraz akla gelebilir. Sadece ekonomik paradigma içinden çıkararak yukarıda sunmaya çalıştığımız belli başlı eleştirilerin gösterdiği üzere, hukukun ekonomik analizinin piyasa-içi davranış ve etkinliklere daha uyumlu bir analiz modeli olduğu, buna karşılık piyasa-dışı olarak görülen davranışları incelemekte o denli başarılı olamayacağı iddiasında bulunulur[35]. Hukukun ekonomik öğretisinin Becker-sonrası "yeni" versiyonunun bir eleştirisi anlamına gelen bu bakış açısını Ulen üç madde içinde sebeplendirir;

(i) Piyasa-içi ilişkiler rasyonel biçimde fayda-zarar hesabı yapmaya daha fazla elverişlilik arz eder. Suç işleme ve evlenme gibi genel olarak tam bir piyasa-içi eylem sayılmayan örüntülerde rasyonel hesaplamadan ziyade sevgi, aşk, nefret gibi duygusal durumlara verilen tepkiler önemli rol oynar.

(ii) Piyasa-içi ilişkiler "parasal" olarak ifade edilip açıklanabilir, mukayese edilip ölçülebilir. Oysa piyasa-dışı ilişkilerde rasyonalitenin zayıflığı nedeniyle davranışlar arası tercihler çok daha kompleks nedenlere bağlı olurlar ve nesnel biçimde ölçümlerini sağlayacak vasıtalar yoktur.

(iii) Piyasa-içi ilişkilerin tekrarlanma sıklığı çok daha fazladır ve bu nedenle empirik bir öğrenme ve tecrübe şemasına daha kolaylıkla oturtulabilirler. Oysa suç işleme gibi piyasa-dışı davranışlar genellikle daha az tekrarlanırlar ve tecrübe edilmelerine dair doğaları itibariyle daha sınırlı etki bırakırlar.

---

[35] Thomas S. Ulen, "Rational Choice in Law and Economics", **Encyclopedia of Law and Economics - Vol.1 (The History and Methodology of Law an Economics)**, (Eds: Boudewijn Bouckaert; Gerrit de Geest), Edward Elgar, 2000, yy., ss.790-818, s.795-6; Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.83, dn.330.

6.1.2.2. Davranışsal İktisat ve Sınırlı Rasyonalite Kavramı

Homo economicus varsayımının kapsayıcılığına dair en açık eleştirilerden birinin *Davranışsal İktisat* ekolünden geldiği bilinmektedir. Davranışsalcılığın ana teması, standart rasyonel modelle çelişen insan davranışlarına dikkat çekmektir[36]. Bu yüzden ana-akım öğretiye karşı, "sınırlı rasyonalite", "sınırlı irade gücü", "sınırlı bilgi" ve "sınırlı öz-çıkar" kavramlarının üzerinde durur[37]. Eleştirisi ana-akım öğretinin metodolojik bireyci kurgusuna değil, daha ziyade merkeze alınan özne aksiyomuna (*homo economicus*) ve ona yüklenen niteliklere dönüktür[38]. Bunun dışında ana-akımın fiyat kuramı ve *ex ante* bakış açısı gibi pek çok özelliği davranışsalcılarca da benimsenir[39].

Davranışsal İktisada göre, neoklasik *homo economicus* "tam rasyonel" bir özellik içinde tanımlanmıştır fakat bu tam rasyonel insan çok katı ve ütopik bir tasavvurdur. Davranışsalcılar bu yüzden ekonomik düşüncede sınırlı (*bounded*) rasyonel "gerçek insan" ve onun özelliklerine yer açma gayretinde olmuşlardır. Bu iki farklı insan tasavvurunun şu şekilde özelliklerini serimleyebiliriz[40]:

TAM RASYONEL İNSAN (*Homo economicus*)	SINIRLI RASYONEL (*Gerçek*) İNSAN
Tam bilgi sahibi	Eksik bilgi sahibi
Geleceği tam tahmin edebilen	Geleceği eksik tahmin edebilen
Her şeyi hatırlayan / Yanılmaz	Unutkan / Yanılabilen
Duygulara mesafeli	Duygusal
Değişimi öngörebilen	Değişimi öngöremeyen
Tam irade sahibi	Yetersiz irade sahibi

Tablo 6.2: Tam Rasyonalite / Sınırlı Rasyonalite

[36] Thaler, **Akıllı İnsanların Mantıksız Kararları**, s.306.
[37] Krecké, "The Figure of the Judge in Law and Economics", s.272.
[38] Bu yüzden örneğin Kurumsalcılık ile karşılaştırdığımızda Davranışçılık ana-akıma daha yakın durur. Zira kurumsalcılık hem *homo economicus*'a hem de metodolojik bireyciliğe dönük daha radikal bir eleştiri hüviyetindedir.
[39] Korobkin, Ulen, "Law and Behavioral Science", s.1084, 1095.
[40] Tablonun alındığı kaynak: Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.68.

Homo economicus, insanın sadece belirli bir yönünü betimler, "gerçek" insan ise sadece ekonomik insandan ibaret değildir. Sosyal insan, dini insan, kültürel-ahlaki insan gibi farklı betimlemeler de vardır. Bir "gerçek" insan, bu farklı boyutların kesişim kümelerindedir. Örneğin dini inancı olmayan bir insan belki dini insan kümesinden pay almaz, ama ekonomik insan, kültürel insan ve sosyal insan kümelerinin kesişiminde olabilir[41]. Davranışsalcılar bu şekilde iktisadi düşünceye fiktif değil fakat gerçek insanı koyup neoklasik teoriye eleştiri getirmişler, ama diğer yönden de iktisadı pozitif bilimsel analizin zemininden sosyal bilimlerin geniş anlamda fakat pozitif bilimlerden uzak bilimselliğine çekmişlerdir[42].

1978 Nobel Ödülü'ne layık görülen Herbert A. Simon (d.1916-ö.2001), davranışsalcı ekolün kurucusu addedilir ve *homo economicus* karşısında gerçek insanın ekonomik teoride dikkate alınması gerekliliğini ayrıntılı bir biçimde ele almıştır. Bunun dışında ve irtibatlı olarak yönetim bilimlerinde karar mekanizmalarının işleyişi süreçlerine ilişkin hiyerarşi, işbölümü, uzmanlaşma, içdüzen ve verimlilik kavramlarıyla örülü klasik yaklaşımlar olarak Taylorist işletme modeline ve Weberyan bürokrasi anlayışına getirdiği eleştiri ile de dikkat çeken Simon, kararların temelde "sınırlı rasyonel" olması dolayısıyla optimalite analizinden çıkarılmasını ve "doyuruculuk", "tatmin edicilik" ya da "yeterlilik" çerçevesinde ele alınmasını salık veren bir yaklaşım oluşturmuştur. Dolayısıyla seçim yapma ve karar verme problemi, neoklasik teorinin *homo economicus*'unun tersine her zaman bir "maksimizasyon" problemi eşliğinde şekillenmez. İnsan davranışı çoğu zaman "azami"yi değil, "yeterli"yi hedefler[43]. Bu yeterlilik yahut tatmin seviyesi, kişinin dilek düzeyine (*level of aspiration*) ve doygunluk sınırına göre oluşur; bunlar ise veri olarak ele alınamaz çünkü kişinin sübjektif deneyimine, içinde bulunduğu ortamın özelliklerine, bilgi edinme ve işleme çaba ve yeterliliklerine göre biçimlenir[44]. Bunun dışında gerçek dünyada insanların aldığı kararlar neoklasik sınırsız rasyonalite kavramının *tam bilgi* varsayımı çerçevesinde de şekillenmez. İnsan zihni sınırlı, bilgi

[41] Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.25-26.
[42] Bkz. aş. s.325.
[43] Ahmet Tozlu, "Karar Verme Yaklaşımları Üzerine Herbert Simon Hegemonyası", **Sayıştay Dergisi**, Sayı:102, Temmuz-Eylül 2016, ss.27-45.
[44] Buğra, **İktisatçılar ve İnsanlar**, s.299; Tozlu, "Herbert Simon Hegemonyası" s.31; Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.85-86

edinimi ise maliyetlidir. Bu yüzden bireyin ne sahip olduğu bilgi tam olabilir, ne de sahip olabileceği bilgi tamlığa ulaşır; bu bilgiyi işleyip kullanılır duruma getirme (hesaplama) yeteneği de eksiksiz değildir[45].

Davranışsal İktisat, insan zihninin hatalar üreten özellikleri üzerine eğilir. İnsan zihni, *kestirmeler* ve *örneklemler* kullanmaya yatkındır; büyük sayılardansa küçük sayılarla işlem yapmayı tercih eder ve belli başlı örnekler üzerinden yargılar oluşturur. Daha önceki deneyimlerden daha sonrakilere rehber örnekler çıkarılırken, zihnin zafiyet gösteren bir takım özellikleri de ortaya çıkar ve bunlar önyargılar ve yanılgılara yol açar[46].

İlk olarak zikretmemiz gereken husus, az sayıda olayın gözleminden çok büyük genellemeler üretmenin, yargıda hata payını arttırışıdır. Ayrıca az sayıda gerçekleşen olaylar zihnimizde daha büyük bir iz bırakırken, sık gerçekleşenlerin tekrar gerçekleşme olasılığını gerçekte olduğundan daha az algılama gibi yanılgılara da kapılırız.

İkincisi; ihtimal değerlendirmelerinde bir başka problem olarak beliren gerçekçi olmayan aşırı iyimserlik (*over-optimism*) yahut olgusal temeli olmayan kendine-güven (*over-confidence*) gibi zihinsel hataların, kişilerin doğru bir biçimde risk ve maliyet analizi yapabilmelerine engel oluşudur. Özellikle tecrübe eksiklikleri durumunda ortaya çıkan bu tip zihinsel hatalar "benim başıma gelmez sanırdım" ifadesindeki gibi ihtimal hatalarını, yahut ceza hukukunda karşımıza bilinçli taksir-olası kast sınırında belirerek çıkan hareketleri yansıtır. Kişi ya daha önce başına kötü

[45] Buğra, **İktisatçılar ve İnsanlar**, s.298-9; Kırmızıaltın, **İktisat ve Rasyonalite**, s.36-37; Bilgi maliyeti ve sınırlı rasyonalitenin hukukta açılımı, hukuki öznenin kendisini özellikle ilgilendiren hukuk kurallarını öğrenmeye (bilgi maliyetine) katlanacağı, bu ilginin azaldığı oranda bilginin de azalmasının doğal ve gerçekçi bir yaklaşım olacağıdır. Örneğin bu anlayıştan, haksız fiil sorumluluğunda hukuki öznenin tedbir maliyeti ile bilgi maliyetinin oransal değerlendirilemesinin makuliyeti sonucu çıkarılabilir. Yani "hukuku bilmemek mazeret olmaz" kaidesinin hakkaniyet ölçüsü dışında (özgün durumları göz ardı ederek) tam biçimde kabulünün, sınırlı rasyonalite bakış açısıyla pek de gerçekçi olduğu söylenemez. Değerlendirme için bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, s.86, dn.344. Zaman ve bilgi sınırlılıkları dahilinde alınan kararların sınırlı rasyonel değil, "rasyonel" olduğuna dair aksi bir kanaat olarak bkz. Güvel, **Suç ve Ceza Ekonomisi**, s.37.

[46] Bkz. Timur Kuran, Cass R. Sunstein, "Availability Cascades and Risk Regulation", **Stanford Law Review**, Vol.51, No.4, April-1999, ss.683-768, s.705-715; Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.87; Grant M. Hayden, Stephen E. Ellis, "Law and Economics After Behavioral Economics", **Kansas Law Review**, Vol.55, 2007, ss.629-675, s.629-630.

bir durum gelmediğinden ya da kendisine güveninden dolayı, kalabalık yayaların arasına "bir şey olmaz" diyerek motorsikletle girip birilerini yaralayabilir.

Üçüncüsü ise, örnek kabul edilecek olayların başlangıç ve bitişleri daha çok akılda kalırken süreç unutulmaya daha elverişlidir. Süreç konusunda yaşanan unutmalar ise daha sonraki deneyimlerde hatalar yapmaya yol açar. Ayrıca örneklerin bir temsil sistemine göre seçilmemesi, sınırlı ve daha da önemlisi yanlı gözlemlere dayalı olması, yanlı genellemelere neden olur.

Kısaca, uzak bir ihtimal olarak görülemeyecek kadar günlük hayatımıza işlemiş bu üç problem nedeniyle örnekler üzerinden işleyen zihnimiz yanılgılar üretir, çeşitli ihtimal ve öngörü hataları yaparız. Bunun dışında insan unutabilen bir varlıktır. Hatta doğası gereği mutluluğu amaçlayan bir varlık olması dolayısıyla, mutlulukları unutmamak, acıları ise unutmak gibi eğilimlere de sahiptir. Bu yüzden insan hafızası unutkanlık konusunda *yanlıdır ve seçicidir,* dolayısıyla da yanıltıcı olabilir[47]. Gerek hukuki gerekse ekonomik işlemlerde yazılı işlem yapma ve kayıt tutma zorunlulukları, ayrıca şahit gereklilikleri insanın hafıza problemine karşı eylemlerini hukuki açıdan rasyonalize etme vasıtaları olmuştur[48].

Hylton, davranışsalcılığın ortaya koyduğu katı rasyonaliteden sapma hallerini ifade etmek üzere, yukarıda kısaca izah ettiğimiz aşırı-iyimserlik ile ana ihtimallerin dikkate alınmaması (*ignorance of baseline probablities*) gibi zihinsel hataların dışında iki etkinin daha altını çizer: (i) sahiplik etkisi, (ii) çerçeveleme etkisi[49].

İnsanın elindeki varlığa, elinde olmama ihtimaline kıyasla, daha fazla değer biçmesi (sahiplik etkisi – *endowment effect*) gibi bir eğilimi vardır. Bu eğilim, teklif ve talep fiyatı arasında gerçekçi olmayan farklar yaratır ve pazarlık sürecini bozucu veya işlem maliyetlerini arttırıcı sonuçlara neden olur. Elimizin altındakini daima daha değerli görürüz. Bu eğilim ayrıca, yeni şeyler kazanmaktansa eldekini kaybetmemeyi yeğleme, yani kayıptan kaçınma (*loss averison*) gibi etkileri de içinde barındırır.

[47] Demir, **Akıl ve Çıkar**, s.74.
[48] Demir, **a.g.e.**, s.73.
[49] Hylton, "Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", s.100.

Çerçeveleme etkisi (*framing effect*) ise, tamamıyla aynı mahiyette iki ürünün seçimi konusunda rasyonel kişinin nötr kalması gerekirken ürünlerin sunuluşu dolayısıyla seçimlerin nasıl rasyonelite dışı değiştiğini gösterir. Örneğin market rafındaki iki yoğurt markasından birinin üzerinde %30 yağlı, diğerindeyse %70 yağsız yazması durumunda, iki ürün de aynı bilgiyi farklı şekilde yansıtmakta ve bu da tüketici seçimine etki etmektedir.

6.1.3. Davranışsal Hukuk ve Ekonomi Ekolü

İnsanın ağırlıklı olarak rasyonel olduğunu bir varsayım olarak kabul etmezsek, tüm yasalar manasız kalır[50]. Bu noktada ancak ve ancak varsayımsal bir ağırlıklı oluştan söz edebiliriz. Zira tam rasyonalite varsayımı konusunda davranışsalcılığın eleştirileri dikkate alınmayacak gibi değildir. Simon'un çizdiği bu yolun ardından iktisat-psikoloji-davranış bilimleri kesişiminde beliren ve aralarında nobel ödüllü Daniel Kahneman ve Richard Thaler gibi isimlerin olduğu geniş bir entelektüel çevre ve ciddi derecede genişleyen bir literatür oluşmuştur. Yaklaşımın hukuk teorisine uzanan boyutununsa Thaler ile birlikte bir hukukçu olan Cass Sunstein, Thomas S. Ulen ve Russell Korobkin gibi isimler öne çıkmaktadır. Özellikle hukuki karar verme problemi bağlamında davranışsalcılığın iktisat-psikoloji kesişimi, bu yaklaşım kapsamında hukuk kümesi ile de bağlanarak üçlü bir kesişim kümesi meydana getirmiştir.

Ana-akım neoklasik iktisada dönük eleştirel tavrını yine bu damarda şekillenen hukuk ve ekonomi öğretisine de yansıtan davranışsalcılık, öğreti açısından merkezî önem taşıyan Coase teoremine ciddi eleştiriler getirir. Davranışsalcılar, Coase teoreminden çıkarılan ve pek çok artçı kabul alan, "hakların onlara en çok değer verenlerin elinde toplanacağı" tezine karşı çıkarlar. Daha önce de açıklandığı üzere, Coase teoremine göre, işlem maliyetlerinin sıfır yahut çok az olduğu durumlarda serbest pazarlık, uyuşmazlığın iki tarafı için de etkin sonucu verir, hatta müteessis hukukun uyuşmazlık taraflarından hangisine hak bahşettiği önemsizleşircesine taraflar kendi aralarında yaptıkları anlaşmalar ve servet transferiyle etkin olmayan hukuk yerine etkin uzlaşıyı koyarlar.

[50] Hylton, "Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", s.102.

Örneğin 22 kişiden oluşan bir grup insana gelişigüzel 11 adet kupa bardak dağıtıldığını, kupa dağıtılmayanlara da eşit miktar para verildiğini ve her kişinin kıyafetine (kupalara verdikleri değere göre kişileri sıralamak için) 1'den 22'ye kadar numara yapıştırıldığını düşünelim. Bu durumda, Coase teoremine göre, serbest bir pazarlık sürecinin peşinden kupaların 1-11 aralığında sıralanmış kişilerin elinde toplanacağını çıkarsarız. Fakat davranışçı görüş, *sahiplik etkisi* olarak adlandırdığı tutum nedeniyle Coase teoreminin formel neticelerine çoğu zaman ulaşılamayacağını iddia eder. Çünkü sahiplik etkisine göre insan, elinde olan varlığa normalinden çok daha fazla değer verebilmektedir[51].

Coase teoremine bir başka eleştiri, Thaler tarafından, oyun teorisinde *ultimatom oyunu* olarak adlandırılan oyun üzerinden getirilir. Örneğin bir davayı kaybetmiş kişi, eğer Coase teoremini dikkate alacaksak ve kaybeden kişi yine de uyuşmazlık konusu tarafa göre daha çok değer veriyorsa, sonuç aleyhine olsa dahi kazanan tarafla pazarlık yapmaya çalışır. Fakat gerçekte kişiler öfkelendiğinde, ne kadar çıkarına olsa dahi öfkelendiği kişilerle pazarlık yürütmek istemezler ve ne kadar makul de olsa gelen teklifleri geri çevirirler. Mahkeme kararı sonrasında da bu öfke duyguları sıklıkla depreşir ve iki tarafın pazarlık yapma girişimleri pek görülmez[52].

Chicago merkezli ekonomik hukuk yaklaşımının özne tasavvurunun tam bilgi, tam irade ve tam rasyonalite (kar zarar tartımı sonucu kendisi için en iyi seçeneğe yönelme) varsayımlarını, Sunstein ve Thaler, ünlü makalelerinde sundukları ve Chicago polisinin hatalı araç parkına karşı o dönemlerde başlamış olduğu yeni uygulamayı içeren örnekleriyle eleştirirler. Eski uygulamada hatalı park eden araçların ön camlarının silecek altlarına sıkıştırılan ceza kağıtları ile cezalar muhataplarına bildirilmekteyken, yeni uygulamada ceza kağıtları parlak turuncu renktedir ve sürücü koltuğunun bulunduğu sol-yan cama yapıştırılmaktadır. Bu sayede hatalı park nedeniyle camına ceza kağıdı yapıştırılmış aracın yanından geçen diğer sürücüler uygulamayı hemen fark edebilir ve hukuka uygun hareket etmeye

[51] Thaler, **Akıllı İnsanların Mantıksız Kararları**, s.308-311.
[52] Thaler, **a.g.e.**, s.315.

yönlendirilebilirler[53]. Bu şekilde park cezası bildirim kağıdının sadece rengini ve yapıştırılacak olduğu yeri değiştirerek, kabahatli kişinin tespit edilebilmesi (yahut genelleştirilebilir biçimde suçlunun yakalanması) ihtimalini hiç değiştirmeden hukuki yahut idari uygulamaya uyma davranışına dair motifler güçlendirilmiş olur. Sunstein ve Thaler, insan davranışlarını yönlendirmeyi konu edinen bu tip uygulamalara daha sonra *Dürtme* (*The Nudge*) demiştir.

İnsanların yanlış kararlar almasına neden olan sezgisel örüntü zincirlerinin kırılması, gerçekçi olmayan iyimserlik nedeniyle risk yönetiminde atabilecekleri yanlış adımların ve değişken dış koşullara devamlı surette adaptasyon sağlamasını engelleyen statik kalma eğilimi (*status quo bias*) [54] gibi zihinsel zafiyetlerin giderilmesi maksadıyla *Davranışsalcılık* yumuşak bir paternalizmi önermekte ve *dürtmeler* yoluyla bir seçim mimarisinin oluşturulmasını savunmaktadır. Savununun temel gerekçesi, insanın tercihe ilişkin doğal zihinsel zafiyetlerinin azaltılmasıyla beraber kararın gene insana bırakıldığı iddiasıdır. Yani iddiaya göre, bu paternalizm özgürlük karşıtı değil, bilakis özgürlükçü bir paternalizmdir[55].

Dürtme kavramı altında Sunstein ve Thaler, (Chicago eksenli) ana-akım ekonomik hukuk yaklaşımının anti-paternalist içeriğine karşı bu neviden bir "anti-antipaternalist" eleştiri getirirler ve liberteryan paternalizm anlayışının bir *oxymoron* olarak değerlendirilemeyeceğini iddia ederler. Sınırlılıkları ve sınırlı rasyonalite nedeniyle her zaman kendileri için doğru kararlar veremeyen insanların sağlık, refah ve mutluluğa dönük karar vermelerine yardımcı olmayı amaç edinen bir *seçim mimarisi* oluşturulmasının ve bu doğrultuda kişilerin seçim yapma özgürlüğünü ihlal etmeksizin yumuşak müdahaleciliklere onların kendileri için faydalı neticelere ulaşmalarına olanaklar oluşturmanın illiberal değerlendirilmeyeceğini savunurlar[56].

[53] Bkz. Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", **Stanford Law Review**, Vol.50, 1998, ss.1471-1550, s.1538. Ayrıca bkz. Thaler, **Akıllı İnsanların Mantıksız Kararları**, s.305.
[54] Cass R. Sunstein, "Behavioral Analysis of Law", **Law and Economics Working Paper Series**, No: 46, Coase-Sandor Institute, 1997, s. 16.
[55] Sunstein, "Behavioral Analysis of Law", s. 4.
[56] Cass R. Sunstein, Richard H. Thaler, "Libertarian Paternalism is not an Oxymoron", **University of Chicago Law Review**, Vol.70, ss.1159–1202, s.1159; Ayrıca bkz. Krecké, "The Figure of the Judge in Law and Economics", s.274.

Bu ise liberal bir ilke özellikle *laissez faire* anlayış ve J.S.Mill'in zarar ilkesinden mülhem "en iyi yargıç" (*the best judge principle*) ilkesine[57] açık bir karşı duruştur.

Davranışçı okul, daha önce de ifade edildiği üzere, ekonomik aktörlerin çoğu zaman optimalite yerine "asgari yeterlilikte tatmin" esasını benimseyerek davranışlarını sergilediklerini savunur. Buna paralel olarak, yargı kararlarının oluşuma ilişkin ortaya koydukları görüşe göre, yargıçların verdiği kararlarda da çoğunlukla optimizasyon değil, asgari yeterlilikte tatmin edici netice aradıkları dile getirilir.[58] Bu da Posner'in yargısal faaliyete ilişkin belirlediği pragmatik "en iyi netice" prensibinin, gerçeklikte takip edilemeyeceği üzerine sınırlı rasyonel insanın tercih eğilimlerine dayalı bir eleştiri mahiyetindedir.

Davranışsalcılığın *homo economicus* ve rasyonalite başlıklarında yapmış olduğu ana-akım eleştirisine karşı ana-akımı temsilen Posner'in yazdığı eleştiri önemlidir. *Homo economicus*'un pür gerçekçi bir tasarım oluşturulmasa da, bilimsel bir analize olanak sağlar ölçüde *öngörü* oluşturan bir ilke olduğunun altını çizen Posner'a göre davranışsalcılık, "davranışsal insan" *(behavioral man)* ile bu ilkeye saldırırken, verili bir durumda ne yapacağı oldukça belirsiz olan bir karakter tasarlamış; dolayısıyla öngörü oluşturamayan, dahası belirsizlik yaratan bu model nedeniyle bilimsellikten uzak bir yaklaşım olmaktan öteye geçememiştir [59]. Bir yandan öngörüyle gerçekliğin örtüşmeme ihtimaline binaen davranışsalcılığın eleştirel tavrının yararlanılabilir, empirik açılımlarınınsa değerli olduğunu belirtirken, diğer taraftan onun eleştirelliğinin teorik cephesinin zayıf ve özü itibariyle iktisadi değil psikolojik olduğunu ileri sürer[60]. İnsan davranışlarını bir seçim mimarisi ile

[57] "Kişinin çıkarlarının en iyi yargıcı kendisidir." Bu anlayış, bireylerin ekonomik alandaki yönelimlerinin kontrol edilmesine karşı kameralist-merkantilist-korumacı ve müdahaleci devlet edimlerine karşı klasik liberalizmin ünlü *laissez faire* deyimiyle kendini gösterir. J.S.Mill ise zarar ilkesiyle (*harm principle*) müdahale edimlerine ahlaki bir sınır çizerken, bilinçli bir insanın kendine zarar verecek bir duruma ilerlemesine onu sadece uyararak (geçeceği köprünün yıkılacağını ona bildirerek yahut alacağı ilacın yan etkilerini üzerine yazarak) engel olunabilir. Bunun dışında kişi riski ve tehlikeyi bilinçli bir şekilde üstleniyorsa, yapacak bir şey yoktur. Ama dürtmede bilinçli insanların algılarıyla oynanmaktadır.

[58] Krecké, "The Figure of the Judge in Law and Economics", s.281.

[59] Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", s. 1559.

[60] Bkz. Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", s. 1558-1560.

yönlendirmeye yahut kabul edilen tabirle "dürtmeye" yönelik önerilerinin ise totaliter açılımlar barındırdığını ayrıca ifade eder[61].

6.2. HUKUKTA EKONOMİZM

6.2.1. Hukukun Ekonomik Öğretisinin Bilimsellik Söylemi

Hukukun ekonomik analizi, ekonomizmin ya da bir diğer ifadeyle sosyal bilimler üzerindeki iktisadi emperyalizmin hukuk sahasındaki yansıması olarak yorumlanmaktadır.[62] Bu yorumu dikkate değer kılan birtakım emareleri, fiyat teorisinin ve metalaşmanın hukuki kurumlar üzerindeki artan etkisinde ve ekonomik etkinlik kavramının hukuka yön gösterici bir ilke biçiminde takdim edilişinde görmek mümkündür. Bu bağlantı noktalarının dışında ve daha öncelikli olarak bir başka önemli husus, bir sosyal bilim olarak iktisatın doğası ile hukukun doğası arasında ne gibi farklılıkların olduğu, bir başlangıç tartışması olarak ele alınabilir. Esasında, özne ve rasyonalite problemi çerçevesinde bu konuya, bir önceki başlıkta bir biçimde girizgah oluşturulmuş da sayılabilir. Fakat konunun, bu kısımda ele alınması gereken bir yönü daha vardır. Bu da hukukun "kişi"si ile iktisadın "kişi"si arasında rasyonalite tartışması özelinde ortaya çıkan farklılıkların, önemli ölçüde hukukun ve iktisadın bilimselliği meselesiyle ve köklü bilim/sanat ve teori/uygulama ayrımları üzerinde gelişmiş tartışmalarla ilişkili oluşudur.

İktisatta *homo economicus* kavramının bir temel varsayım olarak kullanımını savunan pek çok isim, bu kavramın gerçeklikle uyumsuzluklarını kabul etmekle birlikte, bu tip bir aksiyomun *bilimsel* analiz için elzem olduğunu ifade ederler. Bunu marjinalist devrimin iktisadı matematiksel kesinliğe büründüren temsilcilerinden ya da benzer saiklerle "pür iktisat/uygulamalı iktisat" ayrımını yapan Pareto'dan[63], günümüz yazarlarından Posner'a[64] dek pek çok kimsede görebiliriz. *Homo*

[61] Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", s. 1575.
[62] Gagnier, "Neoliberalism and the Political Theory of the Market", s.439.
[63] Pareto, bu ayrım çerçevesinde pür iktisadı mekanik bir kesinlikle işletebilmek için *homo economicus*'un gerekli bir soyutlama olduğunu belirtir. Bkz. Kırmızıaltın, **İktisat ve Rasyonalite**, s.70.
[64] Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law", s. 1558-1560. Ayrıca *homo economicus* kavramına ciddi eleştiriler getiren -ileride görecek olduğumuz- davranışsalcı akımın temsilcisi Thaler, bir konferansta Posner'in kendilerine "tamamıyla bilimsellikten uzaksınız" diye bağırdığını yazar. Bkz. Thaler, **Akıllı İnsanların Mantıksız Kararları**, s.306.

economicus'u bir aksiyom olarak kabul eden neoklasik iktisat, çoğunlukla tümdengelimsel biçimde bu aksiyoma dayalı modellemeler oluşturur ve insanın ekonomik davranışlarını ve neticelerini ele alır[65]. Peki *Digesta*'nın başında "iyinin ve adilin *sanatı*" -"*Jus est ars boni et aequi*"- olarak tanımlanan hukuk da iktisattaki gibi çeşitli modellemeler üzerinden mi çalışır? Örneğin etkin alım gücünün enflasyona bağlı düşüşü ile birlikte gelir kaybına uğrayan kişilerin, çalışmayan ve bakıma muhtaç aile bireylerine bakmayacağını ve buna bağlı olarak örneğin tedbir nafakası davalarında artış olacağını kestirebilir miyiz? Ya da mahkemeler bu tip kestirimler üzerinden mi hareket eder? Yasakoyucu gibi davranıp olası toplumsal sorunlara karşı bu tip kestirimlerden hareketle önlemler mi alır? Bu şekilde hukukun mahkemesi aynı zamanda bir iktisat mahkemesi olarak işlev mi görür? Ekonomik modellemelerin geçerli olabileceği hukuk alanları belki bulunabilir ama hukukun bütününe bu anlayışın teşmili makul biçimde gerekçelendirebilir mi?

Hiç şüphesiz hukukun, bir hukuki aksiyom olarak, hukuk kurallarını anladığını ve buna göre eylemlerini *rasyonel* biçimde belirlediğini varsaydığı insanlar, (yine hiç şüphesiz) *homo economicus* gibi pür bencil değil, özgecil yanları olan varlıklardır; çoğu zaman maaşlarını yitirseler bile aile bireylerine, eşlerine ve çocuklarına bir şekilde bakmaya çalışırlar. Ayrıca hukuk, iktisadi modeller üzerinden yapılacak çıkarımlar ile toplumsal düzeni tasarlayan değil, tasarlamak için tesis edilmiş toplumsal uzlaşımlar ve kararlarla biçimlenen bir kurumdur. Posner'in *tricameralist* yapıyı tarifle birlikte Amerikan hukukundaki kural ile karar arasındaki makas aralığının (Kıta Avrupası hukuk sistemlerindekine nazaran) darlığını ifade etmesi ve bu vesileyle yargıya *ex ante* bir güç bahşetmesi[66], hukukun politik

[65] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.262.

[66] Hukukun ekonomik öğretisi ile dogmatik hukuk yaklaşımı arasında metodolojik farklılıklar arasında en çok tartışma yürütülen konular hukuki akıl yürütmede tümevarımcı ve tümdengelimci yönelimlerden hangisinin nasıl ve ne koşullarda tercih edilebilir olduğu ile *ex post* ve *ex ante* yaklaşımlardan hangisinin nasıl ve ne koşullarda benimsenebileceğidir. (Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.62) Hukukun ekonomik öğretisinin *ex ante* vurgusu ve bu çerçevede mevcut durumu koruyucu ve ihlal hallerinde eski hale iadeci bakışı terk ederek, devamlı ileriyi gözeten bir hukuki bakışı yerleştirme çabası ayrıca şuna da işaret eder: Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki kural ile karar arasındaki makas aralığının Kıta sistemine nazaran darlığı, bu bakış açısının sahiplenilmesinde bir neden olarak düşünülebilir. Zira yasama merkezli bir sistemde hukuki öznelerin davranışları -ileriye dönük olarak- kurallar eliyle tasarlanmaya çalışılır. Dolayısıyla yasama aklı *ex ante* çalışırken, yargı aklı *ex post* çalışır. Fakat Anglo-Amerikan hukuk sisteminde *ex ante* bakış açısı, sistemin doğası gereği yargıya yüklenen misyondan ötürü yargısal akla da dahil olmuştur.

arkaplanını, kuvvetler ayrımı ve dengesi prensiplerini bir çırpıda tüm dünya üzerinden silip atmaya yeterli de değildir.

Ayrıca yargıç önüne gelen uyuşmazlığı, tarafların öznel durumlarına dek inerek adalet ve hakkaniyete göre çözme faaliyeti yürütürken ve çözeceği sorunu içinde bulunulan toplumsal çevrenin koşulları kapsamında[67] ele alırken, belki kökleri kabile üyeleri arasındaki husumetleri çözen bir kabile şefi yahut bilge kişinin gücü ya da maharetine uzanan ve beşeri yaşamın devamlılığını amaç edinen bir uyuşmazlık çözme sanatı icra etmektedir. Ancak vereceği kararın topkumsal kabul edilebilirliği, keyfilikten uzak durması ve içinde bulunduğu sistemle tutarlılığı, "iyi"yi takdir etmeyi sınırlı tutup, bir tür "doğru"yu bulma gereksinimini beraberinde getirir[68]. Bu yüzden bir referans noktası, sabit bir zemin ihtiyacı ortaya çıkmış; *modernite öncesinde* bu ihtiyaç inanç, dini-ahlaki bir kaynak ya da bir kutsal kitapla, *modernleşmeyle beraber* ise giderek seküler bir kisveye bürünerek irade yeryüzüne indirilmiş, kadiri mutlak bir hükümdarın yahut bir topluluğun (milletin ya da halkın) iradesi gibi farklı tür kaynaklar ile doldurulmuştur. Dolayısıyla yargıcın *phronesis'*i bu belirli ve sabit olduğu *düşünülen* kaynaklara inerek aklın ilkelerine uygun biçimde "hukukun bulunması" ya da gerektiğinde sınırlı ve kısmen "yapılması" faaliyetlerini içermiştir. Hukukun "yapılması" konusunda rahat konuşulamaması, bunun demokratik meşruiyeti meselesi dışında hukukun bir sistem olarak statik doğasından, hukuki belirlilik ve kesinlik nosyonlarından ileri gelir. Ekonomi alanında ise, bunun tersine, daimi bir dinamizm söz konusudur [69]. Hukuk ile ekonomi biliminin entegre çalışabilmesi noktasında onların doğalarından kaynaklanan bu uyuşmazlıktan, Hayek'in (ekonomik dinamizmi yakalayacak) hukuki esneklik vurgusu yahut

---

Yargıç verdiği kararın, emsal oluşturma ihtimalini barındıran niteliğinden ötürü, ileriye dönük etkisini de hesap etmek zorundadır.

[67] Sözer, Fransız matematikçi Pascal'dan güzel bir pasaj paylaşır: "Kutuptan üç paralel daha uzak yerde hukuk dogmatiği altüst olur. Hakikatin ne olduğunu tayin eden bir meridyen, hak sahibinin kim olduğunu tayin eden birkaç senedir. Ne garip adalettir ki, hudutlarını bir ırmak veya dağ silsilesi çizer. Pireneler'in bu tarafında doğru olan öte yanında yanlıştır". Bkz. Ali Nazım Sözer, "Bilim ve Hukuk", **MÜHFHAD (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan)**, Cilt:20, Sayı:1, 2014, ss.1081-1118, s.1099

[68] Cardozo'nun deyimiyle "yargıç, kendi ideal *iyi* ve *güzellik* anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir gezgin şövalye değildir". (v.e.) Cardozo, **Yargı Sürecinin Doğası**, s.83-84. İyi ve güzel öznel değerlendirmeleri yansıtan kavramlardır, doğru ise belli bir dayanağa bağlı olarak doğrudur.

[69] Halit Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, XII Levha Yay., 2013, İstanbul, s.70.

Posner'in pragmatist-analist yargıcı yoluyla kurtulmak, birer çıkış yolu olarak dikkat çekmektedir.

Hukukun bulunması yahut sınırlı ölçüde yapılması faaliyetine geri dönersek, bunun hukuk üzerine bir araştırma faaliyeti olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu tip insan ihtiyaçlarına çare bir uğraşın ardında mutlaka sistematik bir bilgi dağarcığı bulunur. Tekniklerin yahut sanatların bilimsel yönü budur[70]. Tabii ki bu bilimsel yön, eğer hukuk söz konusuysa, insanî ve sosyal bilimlerin doğa bilimlerinden farklı ve kendine özgü mantığı çerçevesinde şekillenir. Sosyal bilimlerin karakteri dışında, hukukun çok-boyutlu doğası[71] da onun bilimsel boyutunu kendine özgü hale getiren bir başka önemli husustur[72]. Hukukun nesnesi pozitif bilimlerin doğal/maddi gerçekliği değil, Timasheff'in "ideografik bilim" kavramı içinde tanımlamış olduğu şekliyle bir tasarımdır: düzen tasarımı[73]. Tasarım olması dolayısıyla da bir yumurta, su yahut çinko materyali gibi reel varlıklar üzerinde değil, mülkiyet, rıza, irade ve kast gibi ideal varlıklar aracılığıyla çalışır[74]. Söz konusu tasarım ve onu sistematik

[70] Vecdi Aral, "Hukuku Bilim Yapan Nedir?", **İnsan Özgür Mü?**, İstanbul Barosu Yay., 2004, İstanbul, ss.351-361, s.352. Ayrıca bkz. Sözer, "Bilim ve Hukuk", s.1115: "Düzenleme konusu olan sosyal sorunun tespiti ve norm haline getirilmesi süreci tamamen bilimseldir… [Yine] Yasa yapma süreci bilimsel nitelik taşımakta iken, uygulama süreci için ayni sonuca varmak kolay olmayacaktır… Uygulama faaliyeti ise sanat ya da zanaat olarak vasıflandırılabilir." Ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, **Hukuk Nedir?**, Dost Kitabevi, 2017, Ankara, s.47: "Hukukbilimci, konusunu karşısına alarak ona bakacak nesnelliğe ulaşırsa, belli bir yöntem (*methodos*) ve doğrulanabilir gözlemle ulaştığı tüm bilgiler onun bilimsel çerçevesini oluşturur."

[71] "Hukuk hem sosyal etken hem sosyal ürün olarak sosyal olgu boyutu ile sosyal bilimler alanının konusu olurken, değer açısından hukuk felsefesinin, dogmatik yönü ile de dogmatik hukuk biliminin konusudur. Bu nedenle hukukun bu üç cephesi ile kavranması son derece önemlidir." Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s.12.

[72] Bu kendine haslığı, Dilthey'in tin bilimlerini doğa bilimlerinden ayırırken bir yöntem farklılığı bağlamında kullandığı "açıklama (*erklären*) / anlama (*verstehen*)" ayrımı bağlamında tanımlayabiliriz. Doğa bilimleri empirik bir yolla, deney ve gözlemle doğal fenomenleri açıklama odaklıyken, tin (sosyal/manevi) bilimleri sosyal ve insani fenomenleri tarihsel pozisyonu içerisinde anlama odaklıdır. Dolayısıyla insan, onun hisleri ve değerleri gibi değişken kavramlarla bezeli sosyal bilimlerde (bittabi hukukbiliminde) "bilim" kavramı pozitif bilimlere kıyasla anlamsal olarak genişleyen (İngilizcedeki *science* kavramından ziyade Almancadaki *wissellschaft*'a yakın) özellik göstermektedir. Bkz. Sercan Gürler, "Vecdi Aral'da Hukukun Bilimselliği Sorunu", **DEÜHFD**, Cilt:18, Sayı:2, 2016, (Basım Yılı: Nisan 2017), ss.1-40, s.7,10; Ayrıca, Akal, **Hukuk Nedir?**, s.46; Örneğin bu değişken kavramsal içeriği vurgulayan Kirschmann gibi yazarlar hukuku bilim olarak görmezler. Bkz. Julius Hermann von Kirschmann, "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", (Çev. Coşkun Üçok), **AÜHFD**, Cilt:6, Sayı:1, 1949, Ankara, ss.181-212.

[73] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.10. "İdeografik" terimini Timasheff'in (1886-1970) öncesinde Wilhelm Windelband (1848-1915) da kullanmıştır. Windelband doğa bilimlerini nomotetik bilimler, sosyal/manevi bilimleri ise ideografik bilimler olarak niteler.

[74] Aral, "Hukuku Bilim Yapan Nedir?", s.352.

biçimde içeriklendiren ideal kavramlar üzerinde bilgi sahibi olmaksızın, tasarıma uygun bir uygulama ortaya koymak da mümkün değildir[75].

Dolayısıyla *hukuk uygulaması*, kadim metinlerde de belirtildiği üzere, bir tür teknik yahut sanattır[76]: insanlar arası sorunların -toplumun genel iyiliğine dönük biçimde- çözümü sanatı. Hukuk, bir bilim vasfıyla sosyal fenomenlerin sebebi ve aralarındaki ilişkileri açıklamaz, günlük hayata temas eden pratik gayelerin gerçekleştirilmesine olanak sağlar. Doğal fenomenlerin nedenselliği ve ilişkiselliğini açıklama odaklı doğa bilimleri ya da insana dair mevcut "olan"ı açıklama maksatlı ve yine olguya ve nedenselliğe dayalı sosyoloji ve psikoloji gibi bilimlerden farklı olarak normatiftir, amaçsaldır, "olması gereken"ler üzerine kuruludur[77]. Fakat bu demek değildir ki, hukuk bilimsel bir çerçevede ele alınmasın. Hukukun bilimsel yönü, hukuk uygulamasının kendi iç işleyişini, uygulamanın ardındaki sistematik bilgi alanını konu edinir. İktisattaki "normatif iktisat – pozitif iktisat" ayrımı bu noktada, "hukuk uygulaması – hukuk bilimi" ayrımına paralel bir anlam içerir. Fakat hukuk uygulaması ile normatif iktisat arasında, normatifliğin ardındaki "olması gereken" ve ona bağlı "amaç" tanımlarında da bariz bir farklılık vardır. Normatif iktisat, ihtiyaçlarını daha rahat karşılayabilecek, daha zengin ve refah içinde bir toplumun oluşturulmasına dönük ekonomik programlar ("olması gereken"ler) üzerinde çalışır. Bu noktada *dağıtıcı adalet* (ya da nüans farklarıyla *sosyal adalet* veya *ekonomik adalet*), çeşitli iktisadi yaklaşımlarca farklı ağırlıklarla tutunulan normatif bir ilke olarak karşımıza çıkar. Ancak pozitif/normatif, bilim/uygulama ya da bilim/sanat ayrımlarının paralelinde, meselenin hukuk cephesine baktığımızda, hukuk uygulamasının normatif ilkesi olarak daha farklı kavramlarla karşılaşırız: Bazı yaklaşımlar bu noktada adalet kavramını öne çıkarır ancak bu adalet anlayışı, normatif refah iktisadının dağıtım adaletinden daha geniştir, hakkaniyeti devreye sokar, somut olaylara kadar iner ve verili haklarla bağlıdır. Ayrıca bazı yaklaşımlar adalet kavramına odaklı olmaktan ziyade "düzen odaklı" yani mevcut toplumsal

[75] Sözer, "Bilim ve Hukuk", s.1101-1102.
[76] Hatta Supiot'nun deyimiyle "ilk maddi olmayan tekniklerden biridir." Supiot, **Homo Juridicus**, s.129.
[77] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.23; O. Gökhan Antalya, **Hukuk Teorisi**, Seçkin Yay., 2019, Ankara, s.102-103; Rona Serozan, **Hukukta Yöntem: Mantık**, Vedat Yay., 2.b., 2017, İstanbul, s.5.

düzenin idamesini esas alırken[78], bazıları (belki ekonomik etkinliğe daha yakın sayılabilecek) "toplumsal fayda" gibi ara-kavramları[79] öne çıkarırlar. Bu noktada normatif hukuk uygulaması ile normatif iktisat uygulaması arasında etkinlik ilkesini merkeze almak suretiyle Posner ve kuramını, geleneksel anlayışların dışında hibrit bir anlayış olarak karşımızda buluruz.

Dolayısıyla her şekilde hukuku, uygulama boyutu iktisada göre daha gelişkin ve meslek olarak icra edilen bir disiplin olarak vasıflandırabiliriz. Buna karşılık iktisat, insan ve toplum davranışlarını, pozitif bilimlerin yöntemlerini de kullanarak açıklamaya çalışması, modelleyebilmesi ve bulgularının genelleyebilmesi nedeniyle hukuka nazaran bilimsel yönü kuvvetli bir disiplindir; bu yüzden İngiliz iktisatçı Joan V. Robinson onu "sosyal bilimlerin kraliçesi" olarak nitelemiştir[80]. Hukukun iktisattan farklı olarak meslekî ve pratik yönünün ağırlığı dolayısıyla, öğrenimi de pratik donanım oluşturma anlayışı çerçevesinde biçimlenmiştir. Veljanovski hukuk eğitimine sinmiş bu anlayışı, onun disiplinler-arası kavranması noktasında zayıf kalışının, dolayısıyla bilimsel araştırılmasını besleyebilecek olan iktisattan uzak tutuluşunun sebebi olarak gösterir[81]. Dolayısıyla iktisat bilimsel kuvveti dolayısıyla hukuk biliminin yararlanabileceği bir sosyal bilimdir ama bu, hukukun hem teorik hem de pratik cephesinin tamamıyla iktisadi çerçeve içerisine alınmasına makul bir gerekçe oluşturmaz. Çünkü hukuk, nesnesi olan toplumsal ilişkileri neoklasik iktisadi modellerden ibaret olmayacak şekilde, farklı pek çok sosyal bilimden faydalanarak anlamlandırmaya ihtiyaç duyar.

Tüm bu uyuşmazlık noktalarına rağmen hukuka ekonomik yaklaşım yahut bunun daha bilimsel jargonla ifade edilen bir alt dalı olarak hukukun ekonomik analizi, popülaritesini büyük oranda "hukukun bilimselleştirilmesi" söylemi üzerinden edinmiştir. Bazı yazarlar hukukun bilimselleştirilmesi söyleminin çeşitli

[78] Akman, **Hukuk ve Politika İlişkisi**, s.379.
[79] Ara-kavram demem, faydacıların en büyük mutluluk yahut fayda ilkesini kamu politikalarına ve hukukbilimine özgü olarak benimsetme uğraşlarının ardındaki ve söylemlerine sinmiş olan şu mantığı vurgulama isteğinden kaynaklanmaktadır: Geleneksel olarak düzen ve adalet gibi büyük amaçlara fayda kavramından gidilir. Posner ve ekonomik analiz çizgisi de etkinlik kavramını benzer bir ara-konuma oturturlar.
[80] Korkut Boratav, **Dünyadan Türkiye'ye İktisattan Siyasete**, Yordam Kitap, 2015, İstanbul, s.274.
[81] Veljanovski, **Hukuk ve Ekonomi**, s.17.

açılardan sakıncalarını ve kartezyen bilimsel devrimlerle özde bağdaşmazlıklarını ele alırlar.

Örneğin Supiot, yönetim aklının bir fetiş şeklinde bilimselleştirilmesinin örneklerini biyolojinin yasaları ile tarihin yasaları üzerinden verir. İlkinden ırk yasaları ve Nazi rejiminin ikincisindense toplumsal sınıf yasaları ve Sovyet rejiminin doğduğunu ileri sürer. Buna göre yasanın bilimsel gücü, gerek yönetim anlayışını gerekse bunun hukuka yansımalarını son derece belirlenimci ve totaliter kılmıştır. Supiot bu bilimsellik fetişizminin günümüzde iktisat yasaları üzerinden sürdürüldüğünü ifade eder ve bilimselliğin ardında yatan bu totaliter özün yönetim ve yargı aklına sirayetinin tehlikesine işaret eder.[82] Supiot'ya göre, bunun en büyük ve genel tehlikesi ise, ekonomik rekabetteki kaybedenin yok olması nosyonunu meşrulaştıracak hukuki teçhizatlanmadır.

Ekolojik yaklaşımcılar ise kartezyen bilimsel devrimlerin özellikle de Newtonculuğun mekanik bir bilim anlayışını ortaya çıkardığını; bunun doğayı kontrol etmeye dönük bir proje biçiminde "doğa-insan ikiliği" üzerine inşa olduğunu belirtirler. Bugünün doğa tahribatının ardında bunun yattığını dile getirerek, pozitif bilimlerde dikkate alınmaya başlayan (ve doğa-insan toplumu ikiliğine değil bütünselliğine yaslanmış) ekolojik bilincin, ekonomi ve hukuk alanlarında da oluşması gerektiği yönünde çaba gösterirler. Çoğunlukla ekonomik etkinlik uğruna sürdürülen söz konusu tahribat ve ortaya çıkardığı risklerin, ekonomi ve hukuk alanlarında ekolojik bir bilincin oluşmadığı koşullarda felaketlere yol açacağı uyarılarında bulunarak[83], hukukta bilimsel jargon kullanımına bu çerçeveden bir eleştiri getirirler.

Dolayısıyla hukukta bilimselci söylem, Nazi hukukuna şekil veren sosyo-biyolojik içerik yahut ekolojik yaklaşımlarca hatalı olduğu savunulan modern kartezyen bilimselci perspektif gibi, çeşitli biçimlerde görünüm sergiler. Meselenin bilim yönünün arkasında Nazilerin ırkçılığı yahut ekonomik yaklaşımcıların kapitalizmi gibi dikkat çekici politik vurgular da söz konusudur. Tüm bunlar,

[82] Supiot, **Homo Juridicus**, s.163-164.
[83] Capra, Mattei, **Hukukun Ekolojisi**, s.21-35; Benzer şekilde bkz. ve karş. Beck, **Risk Toplumu**, s.58-61, 122-127; Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, s.47

bilimselciliğin meşruiyet sağlayıcı etkisi bir yana, toplumsal düzenin idamesinde hukuk uygulamasına biçilen ve modern hukuk devleti ilkeleriyle sarmalanmış depolitik karakter[84] ve dolayısıyla hukukun toplumun genelince kabul edilebilirliği ve toplumsal meşruiyeti noktalarında ciddi zafiyetler barındırmaktadır.

6.2.2. Fiyatlandırma Mekanizması Olarak Hukuk (?)

Hukukta ekonomizm tartışmaları bağlamında hukukun ekonomik analizinin en çok vurgulanan yönü, fiyat teorisini hukuki kurumlar üzerinde uygulama gayretidir. Fiyat, ekonomik düşünce evreninin en önemli ve merkezi kavramlarından biridir. Pek çok ekonomik kavram, "fiyat" kavramı sayesinde tanımlanır. Örneğin "faiz" para kullanımının, "rant" toprak kullanımın, "ücret" emek gücünün fiyatıdır. "Kâr" ise, iki fiyat grubu arasındaki farktır: üretilen malların fiyatları ile maliyetleri yahut üretim için gerekli malların fiyatları arasındaki fark[85]. Fiyat ayrıca iktisadi anlamda bir *bilgi* taşıyıcısı ve *iletişim* aracıdır. Üretici ve tüketicinin karşı karşıya geldiği piyasalarda, iletişimi sağlayan dil, anlaşmaya olanak yaratan araç ise fiyattır[86]. Fiyatın piyasadaki anlaşmalara aracı oluşu, onun piyasa içinde devamlı değişim halindeki değerlerin bilgilerini taşıyıcı özelliğinden kaynaklanır. Bu bilgilerin bireyler arasındaki iletiminde piyasanın sinyalizasyon mekanizması fiyatlar yoluyla çalışır.

Hukuku ekonomik bir mantıkla kavrama çabasında olan pek çok kişi ve çevrece, fiyat mekanizmasının, aynı piyasa alanındaki işlevi gibi ve genelleştirilebilir şekilde, hukuk açısından da analitik bir temel oluşturduğu düşünülmektedir. Bentham'ın bir alelade vatandaşın öldürülmesiyle bir kamu görevlisi yahut devlet başkanının öldürülmesi arasında verilecek cezaları bir ceza yelpazesi içinde farklı farklı fiyatlandırmasından, "hukukun insan davranışlarını fiyatlandırdığı" düşüncesini benimsemiş daha pek çok yazar fiyat-kural analojisinin kuruluşuna zemin hazırlamışlardır. Buchanan, fiyat kuramını anayasal-politik sahaya

[84] Hukukun "depolitik iktidar" düzeni olarak tariflenişi hakkında bkz. Mehmet Tevfik Özcan, "Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism", **Philosophy Study**, Vol.4, No.2, Feb.-2014, ss.75-96, s.84 vd.
[85] Polanyi, **Büyük Dönüşüm**, s.115.
[86] Dinler, **Mikro Ekonomi**, s.14.

yansıtırken[87], Hayek de keza fiyat ile bilgi arasındaki bağa vurgu yapar. Benzer bir yaklaşıma sahip Posner, fiyatın ayrıca parasal yönünün de altını çizer[88]. Ancak hepsindeki ortak tema, hukukun bir çeşit fiyatlandırma mekanizması şeklinde çalıştığıdır.

Hukukun insan davranışlarını yönlendirme mekanizmasının altında iktisadın arz-talep-fiyat yasalarının yattığı düşünülmektedir[89]. Cezalandırmada caydırıcılık kuramının adının da yeterli biçimde gösterdiği üzere, hukuk bir davranışın fiyatını arttırdığı zaman o davranıştan kaçınılır; aynı şekilde başka bir davranışa yönlendirmek içinse o davranışın birey üzerinde oluşturacağı maliyeti düşürülür, yani fiyatı. Tüm bunlar temelde geleceği hesap eden rasyonel birey varsayımına bağlı olarak geçerlidir. Dolayısıyla geleceği dikkate alan bireylerin, gelecekte en fazla faydayı sağlayacak şekilde davranmaya çalışmaları da bir varsayım olarak alınır[90]. Ayrıca fiyat mekanizmasının hukuk evreninde işleyişi, hukukun *ex ante* fonksiyonunun bir uzantısıdır.

Fiyat kuramının, hukukun *etkinlik* düzeyiyle ilgili tahliller yapılabilmesine olanak sağladığı da kabul edilir. Çünkü ekonomik aktör olarak bireylerin, hukuki sahada ortaya çıkan değişimlere çıkarları doğrultusunda akılcı tepkiler verdikleri varsayılır. Bu konuda 1696 İngilteresi'nin pencere vergisi çokça anılır. İnsanların gelirlerini tespit edebilme imkanının düşük olduğu bir dönemde, gelir yüksekliğinin kriteri olarak pencere sayısı baz alınmıştır ve mülk sahiplerine mülklerindeki pencere sayısı oranında vergi salınmıştır. Buna ekonomik bir tepki olarak da pencereler örülmüş ve ısınmayla aydınlanma konusunda toplumsal ekonomik kayıpları arttıran karanlık evler ortaya çıkmıştır.

Kurallara, bu şekilde, *ex ante* bireysel tepkilerin yanı sıra, bireyler arası pazarlıklar yoluyla da tepkiler verildiği kabul edilir. Toplam serveti

[87] Bkz. James M. Buchanan, "The Minimal Politics of Market Order", **Cato Journal**, Vol.11, No.2, Fall-1991, ss.215-232, s.216-218.
[88] Bir servet maksimizasyonu sistemince değerlendirmeye konu olan tek tercih türü, piyasa tarafından kayda alınıp parasal olarak ifade edilmiş türdür. Yani parasal ifade biçimi olarak fiyat kavramı, Posner'ın düşünce sisteminde de temel unsurlardan biridir. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", s.119.
[89] Oğuz, "Hukukun Ekonomik Analizi", s.4.
[90] Engle, "Law and Economics", s.53.

azamileştirmeyen (yani "etkin" olmayan) yasalara karşı bireylerin -Coase teoremindeki gibi- pazarlık süreciyle çareler aradığı ve gerektiğinde anlaşmalı biçimde yasaları dolanarak fayda seviyelerinde optimal düzeyi yakaladıkları düşünülür. Örneğin alıcı ile satıcı arasında, yapmış oldukları alım satıma dair makbuz yahut fiş düzenlenmemesi için anlaşılması bunun en bilinen örneğidir. Böylelikle örneğin katma değer vergisinin ürün fiyatına eklenmemesi (dolayısıyla ürünün daha ucuza alınabilmesi) alıcı için, yapılan satımın periyodik gelir vergisi hesaplarına yansımaması (yani bir nevi vergi kaçırılması) da satıcı için kârlı olur. Tüm bunlar söz konusu ekonomik ilişkiyi düzenleyen hukuk kurallarının etkin olmadığını göstermektedir.

İktisadi düşüncede, fiyat kavramının kendi içinde "parasal fiyat"/"parasal olmayan fiyat" yahut "tam fiyat" gibi çeşitlilikler gösterdiğini ayrıca belirtmek gerekir ve bu konu genellikle fiyat kontrolleri tartışmaları ile paralel bir biçimde yürütülür ve ele alınır[91]. Devletin ekonomiye müdahale yöntemlerinden en önde gelenlerinden biri fiyat kontrolleridir. Çeşitli mal ve hizmetlerin (özellikle de ekmek ve petrol ürünleri gibi ölçek ekonomilere ilişkin malların) fiyatlarının kontrol edilmesi, asgari ücret ve kira kontrolü uygulamaları, fiyat kontrollerinin en çok rastlanan türleridir. Çoğunlukla sosyal devlet ilkesi ve sosyal adalet gereği, kaynakların toplumda yeniden dağıtımı gerekçesiyle refahçı ekonomi politikalarının uygulamaya koyduğu bu uygulamalara, serbest piyasa taraftarları çeşitli argümanlarla karşı gelirler.

Serbest piyasacı bakış açısına göre, fiyat kontrolleri piyasaya müdahale ederek piyasa içinde kendiliğinden fiyat dengelerinin oluşumuna (yani "gerçek" fiyatın yahut bir diğer tabirle piyasa adaletinin temin ettiği "adil" fiyatın oluşumuna) engel olur. Parasal fiyatın yanında parasal olmayan fiyatlar ortaya çıkarır. Bunun sonucunda da "görünür fiyat" ile "tam/gerçek fiyat" arasında farklar meydana gelir. Örneğin bir spor müsabakasının biletleri, müsabakalar toplumun düşük gelirli kesimlerince de rahatça takip edilebilsin diye, ortalama gelir seviyesine göre makul bir rakam olan 10 liraya sabitlenirse talep pek tabii artar. Ama bu sefer, doğal arz-talep-fiyat denge noktasından düşük olan bu fiyat nedeniyle bilet kuyrukları da

[91] Tartışma için bkz Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.101-120.

oluşur. Aynı durum, sebze-meyve satışlarında uygulanacak fiyat kontrollerinde (ör. tanzim satış usullerinde) de görülebilecektir. Bu tip durumlarda, insanların (fiyatları kontrol altındaki) ucuz mal ve hizmetlerden faydalanmak için oluşturacakları kuyruklarda bekleme süreleri (ya da bunu ikame edecek diğer yollar, yolsuzluk, rüşvet ve irtikap suçları vb.) birer *parasal olmayan fiyat* halini alır. Böylelikle parasal fiyat ile tam fiyat arasında bir fark meydana gelir. Serbest piyasa savunucuları, karaborsaların oluşumunun ardındaki en önemli sebep olarak bu durumları görürler. Kuyrukta bekleyip 10 liradan bilet alanlar, bu biletleri (artık piyasadaki talep durumuna göre) belki 50-60 liraya karaborsadan satabilirler. Dolayısıyla bu şekilde, çoğunlukla yasal düzen hilafına ikincil/gölge piyasalar oluşup işler hale gelir. Karaborsa vergisiz işler, yasaya aykırı işler, yasal düzenlemeye uymama yönünde eğilimler artar, yasalar etkinsizleşir. Ayrıca ürünlerini piyasadaki göstergeler üzerinden daha yüksek bir fiyata satışına engel olunan üreticiler, bu sefer, ya üretimde bulunmama yolunu seçerek alternatif sektörlere yönelip kontrollü bir şekilde ürünün kıtlığına sebebiyet verirler ya da ürünlerin maliyetlerini azaltma ve kalitelerini düşürme yoluna giderler. Örneğin kira kontrolü durumlarında evlerini daha yüksek bir fiyattan kiraya verebilme olanakları elinden alınmış ev sahipleri, evlerinin kalitesini düşürürler ve kira süresince oluşacak ilave giderleri devamlı ve hatta yasal direktifler hilafına kiracılar üzerinde bırakma çabasına girerler; işlem maliyetleri artar, işlemlerde gönüllülük azalır ve yasaları dolanma davranışları sıklaşır. Asgari ücret uygulamalarında ise bu sefer azami fiyat değil ama asgari fiyatın belirlenmesi şeklinde, işgücünün fiyatlandırılmasının üzerinde kontrol oluşturulur. Gerekçesi sosyal adalettir. Piyasacı karşı-argümanlar ise buna, benzer şekilde karşı çıkarlar. İşverenler daha az ücretle işçi çalıştırma şanslarını kaybettikleri için, asgari ücretli işçiye daha fazla iş yükleme (minimum ücret, maksimum verim ya da sömürü) yoluna ve çoğu zaman bunu yasal olmadığı için gizli saklı yapma yoluna giderler; yasaları bir biçimde dolanırlar ve etkinsizleştirirler.

Hukukun ekonomik analizi kapsamında dışsallıklar problemi üzerinde çok fazla durulmasının ardında da fiyat oluşumuna etkileri yatar. Çünkü dışsallıklar gerçek fiyatların oluşumuna engeldir. Hukuki aygıtlardan beklenen, "dışsallıkların

içselleştirilmesi"dir [92] . Yani ekonomik aktörün, davranışlarının tüm sonuçlarını (meydana getireceği negatif dışsallıkları da) hesap ederek hareket etmesi, üretim yapması ve fiyat belirlemesi arzulanır. Örneğin bir fabrikanın üretim neticesinde çevreye verdiği kirlilik, olası bir tazminat faktörü olarak haksız fiil hukukunca belirginleştirildiği takdirde, bu durumda örneğin bir deterjanın fiyatı, artık üretimde ortaya çıkarılmış zararları da içerecek şekilde artar ve fiyat da artık tüm maliyeti yansıttığı (diğer bir deyişle dışsallıkları içselleştirdiği) için optimal hale gelir. [93] Sadece satıcı açısından değil alıcı açısından da gerçek fiyata yansımayan maliyetler olumsuz sonuçlar doğurur ve alıcıların gerçekte almayacakları kadar ürün almalarına ya da üretilmemesi gereken miktarda ürün üretilmesine neden olur[94].

Hukukun bir fiyatlandırma mekanizması olarak tasavvur edilişi, onun insan davranışlarını etkileme ve yönlendirme gücünü kavrayabilme çabası olması bakımından ilgi çekicidir. Fakat eğer hukukun asgari bir ahlaki içeriği varsa yahut hukukun insanlarının ahlaki yönleri onların kurala-uyma davranışlarına etki etmekteyse, "fiyat" kavramının ne derece makul bir açıklama aracı olduğu tartışılabilir. En basitinden ve belki de olabilecek en çatı örnek olarak, sözüne bağlı kalma davranışının içeriği tamamıyla ekonomik motiflerle mi yüklüdür yoksa bunun etik bir yönü de var mıdır; ve her şekilde hukuk bunu nasıl sistemleştirmiştir? Örneğin, bir sözleşmeyi cayma akçesini yahut cezai şartı ödeyerek her an bozabilirim; çünkü irade serbestisi vardır. Hatta ekonomik hukuk öğretisine sinmiş (her konuyu pazarlığa döken) *privatopik* içerikle uyumlu biçimde sözleşmesel yükümlülükleri kamusal yükümlülüklere teşmil ederek örnekleri çeşitlendirebiliriz: Her davranışın bir fiyatı vardır; sigara içmenin, hızlı araç kullanmanın… Bunlar sadece benzinin litresi yahut bir paket sigaranın etiket fiyatı değildir. Kapalı alanda sigara içmenin yahut hız limiti olan yollarda limiti aşmanın hukuki fiyatları da vardır. Bu durumlarda sigara yasağını, ona biçilmiş fiyatı göze alıyorsam delebilirim; hız sınırlarını "ücretini ödeyerek" aşabilirim. Bir gölü yahut bölgeyi, zarar görenlerin zararlarını tazmin ederek kirletebilirim. Fiyatlandırma anlayışının ve gölge fiyatların

[92] Horwitz, "Law and Economics: Science or Politics?", s.906.
[93] Sanlı, "Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", s.7-8.
[94] Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", s.514.

kapı araladığı şekilde, sözleşme ile kamusal vasıfta kabul edilen diğer durumlar arasında yapılan bu tip benzeştirme yahut teşmiller ne derece yerindedir?

Fiyatlandırma mantığı, sözleşme hukuku açısından da benzer sorunlara gebedir. Sözleşme ile kurulmuş olan hukuki ilişkinin lağvının bir yaptırımı olarak belirlenen cezai şartlar, cayma akçeleri ve sair aygıtlar çeşitli vasıtalarla söze bağlılığı temin etme yönünde gelişmiş; ekonomik tabirle, söze aykırılık durumu çeşitli ihtimallere göre fiyatlandırılmıştır. Örneğin temerrüt halinde ödenmesi muhtemel tazminat miktarı, cezai şartlar ve bunları düzenleyen hukuk kuralları, söze bağlılığı koşullayan faktörlerdir. Cezai şart gibi faktörler kişiyi borcunu ifa etmeye teşvik ederken, sorumsuzluk anlaşması gibi uygulamalar tam aksi yönde davranmaya sevk eder. Yani bu bakımdan hukuk, daha geniş kapsamlı amaçları göz önünde tutarak *homo economicus*'u yönlendirmenin ve onu bir *hukuki özne* formuna sokmanın araçlarını tasarlar.

Hiç şüphesiz bir sözleşmesel borcun ifa edilip edilmemesi, *ekonomik bakış açısından*, borcun ifa edilmemesi halinde elde edilecek fayda ile ihlal yahut temerrüdün neden olacağı maliyetin karşılaştırılmasına dayanır. Örneğin A kişisi için, borcunu ifası öncesinde, bir üçüncü kişinin (C kişisi) ifa konusu edim için anlaşma sağlanmış eski tekliften (B'nin teklifinden) daha iyi bir teklifte bulunması halinde ne olacaktır? A'nın, bu teklifin sağlayacağı fayda ile borcunu ifa etmemenin maliyetini mukayese edip, borca aykırılık arz eden kararlar alması (sözleşmeyi fesh, temerrüt vb.) muhtemeldir. Kişi (A) fayda ve zararını tartmış ve bir karar vermiştir; bu karar sonucunda hem kendisi hem de yeni sözleşme yaptığı kişinin (C) mutluluğu artmış, eski sözleşme tarafınınki (B) aldığı cayma akçesi sayesinde sabit kalmış yahut beklenen faydasının düşmesi dolayısıyla bir miktar azalmıştır; fakat her şekilde toplam tatmin nicel olarak diğer alternatiflere kıyasla azamileşmiştir. Hatta bu durum, tazminat koşulunu yerine getirdiği ölçüde Kaldor-Hicks modeli çerçevesinde etkin de kabul edilebilir[95].

[95] A muhakkak, C ile yapacağı anlaşmadan daha yüksek bir kazanç sağlayacaktır ki B'ye cayma akçesi vermeyi baştan kabul etmiştir. Yani A'nın yeni kurulacak sözleşmeden elde edeceği fayda, eski sözleşmeyi feshetmenin maliyetini (cayma akçesini, tazminatı vs…) karşılayacak yahut içerecek ölçüde büyük olmalıdır. Sonuçta, meydana gelen değişiklikten kazançlı çıkanlar, kayıp yaşayacakların kayıplarını telafi edebilecek ölçüde zenginleşirler.

Peki bu davranışın ekonomik boyutunu bir kenara koyduğumuzda cayma akçesini yahut cezai şartı ödemeyi göze almak, sözleşmeye aykırı davranışı "hukuki" hale getirir mi? Bu, bugün pek kullanılmayan ancak makul bir ayrım olan *"subjektif hukuk / objektif hukuk"* ayrımı[96] çerçevesinde subjektif hukuku ihlal eden bir davranıştır ve o yüzden örneğin ceza hukukunda davranışları hukuki kılıcı faktörleri ifade etmekte kullanılan terminolojiden ("*hukuka* uygunluk nedenleri") farklı olarak sözleşmesel ilişkilerde genelde "hukukilik" kavramı yahut olumsuzu değil, "*haklı* nedenle" yahut "*haksız*" fesih gibi kavramlar kullanılır. Zira sözleşmeyle oluşturulmuş hukuk, taraflar arasında onlarla sınırlı ve karşılıklı hak ve yükümlülükler oluşturucu bir şekilde tesis edilmiştir. Diğer bir deyişle sözleşmesel anlamda haklı neden olmaksızın hareket edebilme konusunda -bunun ekonomik külfetine katlanmak karşılığında- bireye tercih alanı bırakılmakta iken; ceza hukuku bağlamında hukuka uygunluk nedeni bulunmayan bir davranışı gerçekleştirme konusunda bireye cevaz verilmemektedir. Bu yüzden bir suç işlediğimde, sadece suçun kurbanı olan bireye değil, bir topluluğun normlar sistemine saldırmış olurum; fakat biriyle yapmış olduğum sözleşmeyi ihlal ettiğimde eylemim sadece ona karşı addedilir. Her ne kadar bugün ceza hukukunun mantığı ekonomikleşme, bireyselleşme ve karşılıklılık çizgisine çok daha yakınlaşmış olsa da.

Konunun aynı zamanda dürüstlük ve güven problemine dayanması dolayısıyla etik bir boyutu da vardır ve söze bağlılığı salt ekonomik boyutu üzerinden ele almanın açmazlardan bir diğeri, söze bağlılığın etik ve ekonomik boyutlarının örtüşme probleminden kaynaklanır. Kişi (A) fayda ve zararını tartmış ve sözleşmeye aykırılık konusunda eylem bazında bir karar vermiştir. Dolayısıyla ahde vefasızlığın fiyatını göze alıp yapılmış sözleşmeyi bozması, tekil bir davranış olarak onun adına faydalı görülebilir. Fakat mukayese ve ikame edilebilir değerlerden müteşekkil sözleşme hukuku sahası, bir sistem olarak canlılığını eylem bazlı muhafaza edemez. Bu yüzden *pacta sunt servanda* ilkesine bağlılık, eylem bazında değil, kural olarak faydalıdır. Dolayısıyla söze bağlılığın ekonomik hesaplarının

[96] Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Yay., 1954, Ankara, s.16-33; Leon Duguit, **Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans**, (Çev. Edip Serdengeçti, Emre Partalcı), Pinhan Yay., 2019, İstanbul, s.21-41 (Birinci Konferans).

yanında şu gerçek durur; bir temel ilke olarak *pacta sunt servanda* zedelenirse sözleşme denen kavramdan bahsedebilecek koşullar tümüyle ortadan kalkar.

İnsanlar birbirleriyle sözleşme yaptıklarında, bunun arkaplanında üzerinde anlaşma yapılmış çıkarlar yatar. Fakat aynı zamanda sözleşme ilişkisinin arkaplanındaki dürüstlük ilkesiyle ekonomik çıkar zemini arasında şöyle bir farklılık ve buna bağlı bir soru gündeme gelir: Bir kez sözleşildiği vakit, arkadaki çıkar motifi ne derece canlı kalır? Söz kesildiği andan itibaren egemenlik sözde midir, çıkarda mı? Çıkar ile söz arasındaki bu gerilime Foucault, ilgi çekici bir şekilde iki önemli düşünür üzerinden açıklama getirmeye çalışır: Blackstone ve Hume.

> Mesela Blackstone kurucu sözleşme, toplum sözleşmesi sorununa değinirken şöyle diyor: Neden insanlar sözleşme yaptı? Çünkü çıkarları bu doğrultudaydı. Her bireyin kendi çıkarları vardır, fakat sözleşmenin varolmadığı doğal halde bu çıkarlar tehdit altındaydı. Dolayısıyla, çıkarlarının bir kısmını koruyabilmek, bazılarını feda etmek zorundaydılar. En kısa vadeli olanlar, daha önemli ve ileriye dönük olanlar adında ve bazen farklı şekillerde feda edilir.[97]

Hume ise bu içeriği basit bulur. Evet, çıkar gereği sözleşme yapılır, "çünkü bir aşamada eğer yalnızsanız ve diğerleriyle bağınız yoksa çıkarlarınızın korunamayacağını fark ediyorsunuz"[98]. Fakat Blacstone'un sözleşme yapıldıktan sonra, artık bir sözleşme olduğu için hukuka uymak gerektiğini bildiren, dolayısıyla çıkar kavramını yutan bir hukuki irade kavramını Hume kabul etmez. Foucault'nun Hume'dan çıkarmış olduğu şekilde;

> Sözleşmeye uymamızın sebebi ortada bir sözleşme olması değil, ortada bir sözleşme olmasının çıkarlarımız doğrultusunda olmasıdır. Sözleşmenin ortaya çıkışı, çıkar öznelerini hukuk öznesine dönüştürmemiştir. Birey, kendi çıkar hesapları dahilinde, sonuna kadar belli bir çıkar oluşturmaya devam

[97] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.225

[98] Buna hakkın *sosyal* rıza, garantörlük yahut kabul edilebilirlik koşulu da denebilir. Bkz. aş., s.338, dn.103. Bu koşula başka pek çok düşünür de temas etmiştir. Örneğin bkz. John Stuart Mill, "Utilitarianism (1861)", **Collected Works (Essays on Ethics, Religion and Society)**, Vol. 10 (Ed. J. M. Robson), University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, 1969, ss.203-260, s.250: "Bir şeyi, bir kimsenin hakkı olarak adlandırmakla, bu kimsenin o şeyin sahibi olmak için toplumdan korunma isteyebileceğini demek istemekteyiz." Ayrıca bkz. Dugger, "Property Rights, Law and John R. Commons", s.47

> edecek bir yapı kurmuştur. Çıkarıma uymadığı takdirdeyse, kimse beni sözleşmeye uymaya devam etmeye zorlayamaz.[99]

Foucault'nun tespitindeki gibi, Humecu paradigmada sözleşme hukukunun öznesi, çıkar öznesinin yerini almaz. Çıkar öznesi daima hukuk öznesinden "taşmaktadır". "Hukuk öznesi tarafından yutulmamıştır, aksine onu aşar, çevreler." Hatta o aynı zamanda, hukuk öznesinin işleyebilmesinin de daimi koşuludur.[100]

> Bir söz daima gelecek zamanı ilgilendirir, oysa istencin yalnızca şimdiki eylemler üzerinde bir etkisi vardır [s.346]… Ahlak, hislerimize dayanır… İstencimizin tek bir eylemiyle, yani *söz verme* yoluyla, bir eylemi hoş ya da rahatsız edici, ahlaklı ya da ahlaksız kılamayız… Bir söz verme yeni bir yükümlülük yaratır. Yeni bir yükümlülük yeni hislerin doğmasını gerektirir. İstenç hiçbir zaman yeni hisler yaratmaz. Öyleyse doğal olarak bir *sözden* herhangi bir yükümlülük doğamaz, üstelik zihnin o yükümlülüğü isteme saçmalığına düşebileceği kabul edilse bile [s.347]… İnsan bir şeye söz verdiğini söylediği zaman, gerçekte onu yerine getirmeye yönelik bir *kararı* ifade eder [s.350]...[101] (v.e.)

Yani Hume-eksenli paradigmanın çıkar öznesi bir şekilde sözleşmesel hukuk öznesine baskındır ve bu paradigmaya bağlı zihinler hukukun "hak" kavramını salt çıkar motifi temelinde tarif ederler. Bu tip tariflerce "hukuki hak" kavramından bağımsız bir "ekonomik hak" terimi üretilmiştir[102]; fakat bir bütün olarak hukukun bu bahsedilen çıkarları tanıyıp tanımadığı sorunu irdelenmeden, "tanıması gerektiği" üzerine, başka bir deyişle hukuki olanın daima ekonomik olanı takip etmesi gerektiği yönünde fikirler inşa edilir. Dolayısıyla ekonomik bir değer ve buna bağlı taleple oluşan bir fiyatın, sözleşmeye bağlılık meselesiyle birlikte sözleşme yahut ekonomik mübadele ilişkisinin içine nelerin dahil edilebileceğine dönük de bir etkisi söz konusudur. Fakat takdir edilecektir ki, hukuki hakkı salt "ekonomik çıkar" kavramı

---

[99] Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.225.
[100] Foucault, **a.g.e.**, s.226; Sözleşme hukuku bahsinde bu Humecu perspektifin hukukun ekonomik öğretisinde genel olarak kabul gördüğüne ilişkin bkz. Sanlı, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku**, s.80-81.
[101] Genel olarak bkz. Hume, **İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme**, s.346-352
[102] Bu ekonomik haklar, anayasal tanınırlığı olan ve üçüncü kuşak haklar olarak nitelenen ekonomik haklar değildir. Hukukça tanınmış olmasının dikkate alınmadığı ama tanınmasının gerekliliğinin vurgulandığı sözde haklardır. Örneğin bkz. Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.81, 145.

ile tanımlayamayız. Kişi her zaman çıkarlarının tam olarak farkında olmayabilir yahut çıkarlarını bilinçli bir biçimde her zaman gözetmiyor veya önemsemiyor da olabilir. Örneğin belli bir doygunluk seviyesinde ve azalan marjinal fayda prensibi doğrultusunda, belli varlıklardan bilinçli olarak el çekebilir. Dolayısıyla çıkarlara dönük bir iradenin yahut talebin "hukuki hak" kurgusunda yeri ve işlevi vardır[103]. Fakat sadece bu yetmez. Kişi kendi çıkarına uygun bir biçimde faydalandığı ve sahip olma iradesiyle elinde tuttuğu bir varlığın ya da sürdürdüğü bir faaliyetin üzerinde hak sahipliğini bir sosyal kabul ediş olmadan sürdüremez. Örneğin, belki Dworkin'in bilindik kıskançlık testinin (*the envy test*) arka planında, insanın toplumsal bir varlık oluşu ve sosyal kabul edilebilirlik olmaksızın hak sahipliğinin gerçekçi bir formülasyonunun yapılamayacağı bilinci söz konusu olabilir[104]. Fakat daha pek çok düşünürün çeşitli şekillerde ifade ettiği yahut çevresinde dolaştığı bu gerçeğin tersine, gerek hak kavramına tatmin edici bir tanım getirmek gerekse hukuki ilişkileri belli bir denge içerisinde açıklamak bağlamında kıskançlık yahut sosyal kabul meselesi göz ardı edilir[105].

Hak kavramı ve fiyat kuramı bağlamında bir önemli eleştiri daha söz konusudur. Buna göre, hakkın ekonomik çıkara dayalı kurgusu ve hukukun fiyat kuramı çerçevesinde bir fiyat mekanizması olarak tarifi, hukuk dogmatiğinde

---

[103] Lawrance Friedman'ın *The Legal System* isimli eserinde dile getirdiği üzere ekonomik bir kavram olarak çıkar "talep" olarak ifade edilmediği müddetçe hukuk sistemi açısından sistem-dışı kabul edilir. Aktaran: Swedberg, "The Case for Economic Sociology of Law", s.9-10

[104] Bu hususta bkz. Ülker Yükselbaba, **Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick**, XII Levha Yay., 2016, İstanbul, s.156-165; Ronald Dworkin, **Justice for Hedgehogs**, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, London, Mass., s. 356-358 Kanımca Dworkin'in adalet teorisi kapsamında fiktif ıssız ada örneği üzerinden ortaya koyduğu iki ilkeden ilki olan açık arttırmayı (*auction*) da ekonomik hukuk öğretisinin *"varlıklar onlara en fazla değer verenlerin elinde toplanır"* varsayımının bir benzeri olarak kabul etmek ve kaynakların paylaşımını piyasa mekanizması çerçevesine alma olarak okumak mümkündür. Dolayısıyla Dworkin bu iki koşulla hakların onlara en fazla değer verenlerin elinde toplanacağını salık veren fakat meselenin toplumsal kabul edilebilirliğini görmezden gelen ekonomik yaklaşımdan daha gerçekçi bir şema oluşturmuştur. Hak verilecektir ki özel mülkiyet hakkı toplum yararı hilafına, yani başkalarına zarar verecek şekilde kullanılamaz, özgürlüklerin sınırlarını ise başkalarının özgürlük sınırları oluşturur. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri toplumsal bağlamdan kopuk, birbirleriyle hiçbir şekilde temas etmeyen atom bireylere münhasır bir biçimde düşünemeyiz.

[105] Örneğin Rosanvallon, kıskançlığa kuramsal bir değer atfetmemek ve görmezden gelmekle Rawls ve Nozick'in yaklaşımlarının toplumsal olanı yadsıdığını -diğer bir tabirle "a-sosyolojik" olduğunu- vurgulayarak eleştirir. Buna göre söz konusu yaklaşımlar kıskançlık meselesini göz ardı etmekle, Adam Smith'in sempati ilkesini ters yüz edip bireylerin birbirlerine kayıtsızlığı faraziyesine yaslanmakta ve siyasal alan fikrinin içini boşaltmaktadırlar. Bkz. Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.84-86.

fiyatlandırılamayacak değerler olarak kabul edilmiş bir sahanın giderek fiyatlandırılabilir sözleşmesel ilişkiler alanına çekilmesine zemin oluşturmaktadır. Roma hukukundan gelme klasik "*personae, res, actiones*" tasnifinden bugüne insan, eşya sınıfının dışında tutulur. Yüksek ihtimalle *Imago Dei*'den mülhem[106] "onur" sahibi bir varlık olarak kendisi ve yaşamı, araçsallaştırılamaz, başka bir değerle mukayese edilemez ve fiyat biçilemez kendinde bir değer olarak görülmüştür. Ne zamanki ekonomik akıl hukukun kaynakları itibariyle transandantal olarak nitelenebilecek olan bu sahasını istila eder[107], o zaman modern hukuk düşüncesinin altyapısını oluşturan *kişi* ile *şey* arasındaki klasik ayrım ortadan kalkmış olur. Hukukun uyuşmazlıklara çözüm üretme süreci, genellikle, yarışan çıkarların tartımı için bir kıstas bulabilme noktasında kilitlenmektedir ve ekonomik analiz uyuşmazlıklara dair tarafların fayda ve zararlarının ekonomik açıdan tartılması açısından işlevsel olabilir[108]; ama yeter ki tartılabilecekler tartılmaya elverişli olsun. Örneğin Posner'ın düşüncelerine bakıldığında, onun hukuki dogmalara karşı metafizik-karşıtı pragmatist manifestosu ve hukuku ahlaki içeriklerden arındırıcı tavrının yanında, kişi ile şey arasında yapılmış dogmatik ayrımların onun gözünde bir değerinin olmadığını, bebek piyasası, organ ve uyuşturucu ticareti gibi kritik konularda yapmış olduğu rahat açıklamalarda görmek pekala mümkündür[109]. Dogmatik hukukta insan yaşamının tartılamazlığı ve kıyaslanamazlığı nedeniyle mutlak setler çekilmiş bu gibi konularda, ekonomik bakış açısının o setleri birbir kaldırdığı yahut yüksekliklerini azalttığı görülmektedir. Leff'in deyimiyle, "İnsan her şeyin ölçüsü olabilir, fakat kendisi bu ölçümün ötesindedir"[110].

İnsanın fiyat kuramı çerçevesinde şeyleşmesinin yanında, fiyat kuramının yeterli bir bakış açısı sunmadığı bir diğer konu çevresel sorunlardır. Neoliberal ceza uygulamalarının olabildiğince tazminî ve parasal hale getirilişleri, yani her kötü eylemin fiyatlandırılması, insanı iddia edildiği gibi ve gerçek manada sorumlu hale getirmekte kifayetsiz kalmaktadır. Örneğin çevresel kirliliklerin "kirleten öder"

[106] Bir tartışma olarak bkz. Supiot, **Homo Juridicus**, s.38.
[107] Ki Klaus Mathis, hukukun ekonomik analizinin işbu noktada çıkmaza girdiği eleştirisinde bulunur. Bkz. Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.170 vd.
[108] Engle, "Law and Economics", s.53.
[109] Ponser, "Utilitarianism, Economics and The Legal Theory", s.138-139
[110] Arthur A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism", **Virginia Law Review**, Vol.60, No.3, March-1974, ss.451-482, s.481.

mantığıyla düzenlenmesi, haklı olarak, paranın çevreyi eski hale dönüştüremeyeceğinden kaynaklanan eleştirilere maruz kalır[111]. Nitekim bu kirliliğin ve tahribatın etkileri risk toplumu tartışmalarında da görüldüğü üzere zaman ve mekan açısından durdurulabilecek gibi değildir ve ekonomizm insanın sorumluluklarının bilincinde olmasını uzun vadede sağlayamamaktadır.

Son olarak bahsedilmesi gereken şey, hukuk normu ile fiyat arasındaki "bilgi taşıyıcılığı" özellikleri nedeniyle kurulan analojik bağın sorunlu içeriğine ilişkindir. Kanımca piyasa sinyali olarak fiyat kavramı, bilgi taşıma noktasında hukuk normuyla ilişkilendirilebilmeye müsait bir doğaya sahip değildir. Bu noktada Hayek'in hukuk ve ekonomi bağlamına en önemli katkılarından biri olan bilgi-fiyat-kural analojisi de ciddi eleştirilere açık bir içeriğe sahiptir.

Bilgi-Fiyat-Kural Analojisi Üzerinden Hayek'in Olumladığı ve Olumsuzladığı Bilginin Toplumsal Dağılımı ve Kullanımı Biçimleri		
	OLUMLU	**OLUMSUZ**
Ekonomik Açıdan	Serbest Piyasa Ekonomisi	Komuta Ekonomisi
Hukuki Açıdan	Yargısal Yasama (Common Law)	Aktif Yasama (Teşrii Usül)

Tablo 6.3: Hayek'te Ekonomik ve Hukuki Açılardan Bilgi Kullanımı Sistemleri

Zira iktisat literatüründe, fiyat mekanizmasının ekonomik aktörlerin faaliyetlerinin koordinasyonu için gerekli tüm bilgiyi sağladığını ileri sürüşünde ve bilginin iletilmesinin koordinasyonu sağlamak için gerekli tek şey olduğu varsayımında Hayek'in yapısal yanılgılar içerisinde olduğu zikredilmiştir. O'Neill rekabetçi piyasa aktörlerinin birbirlerine bilgiyi -Hayekçi iddianın aksine- öncelikle iletmeme (yani bilgiyi saklama) yönünde hareket etme eğiliminde olduğunu, bu nedenle de piyasanın -rekabetçi niteliği dolayısıyla- bilginin iletilmesini bizatihi engelleyen bir yapıda çalıştığını iddia etmekle bu yanılgılara işaret eder[112]. Serbest piyasa ekonomisi, Hayek'in kendiliğinden düzen portresindeki gibi gönüllü iş birliklerinin ve birlikte zenginleşmenin sahası değil, bireysel çıkarlar peşinde koşulan

[111] Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, s.47.
[112] O'Neill, **Piyasa**, s.220-221.

bir sahadır ve bu rekabetçi sahada bilgi güçtür. Bu nedenle -örneğin- tüketici hukuku, üretim faaliyetinin doğal bir sonucu ve bir piyasa komplikasyonu olan bilgi asimetrisini makul seviyelerde tutmanın yolu olarak addedilir. Ayrıca mesleki/ticari sır yükümlülükleri ve fikri mülkiyet hakları gibi hukuki kurumlar da aynı nedenden, yani bilgi saklama eğiliminden, ortaya çıkmıştır[113]. Hayekçi fiyat-bilgi analojisinin başkaca çelişki ve açmazları da içinde barındırdığı söylenmektedir. En başta, fiyat piyasadaki bilginin iletimi konusunda önemli bir gösterge olmakla birlikte, subjektif değeri yansıtma konusunda elverişsiz bir vasıtadır[114]; üstüne üstlük Avusturya Okulunun subjektivizmini de dikkate aldığımızda Hayek'in anlayışı okulun genel subjektivist düşünce yapısıyla da çelişik bir görüntü verir. Ayrıca O'Neill, küresel piyasaların gelişmesinin, yerel ve pratik bilginin ortadan kayboluşunu ve soyut kodlanabilir bilginin gelişmesiyle at başı gittiğini belirtmekle de Hayek'i eleştirir[115]. Dağınık olduğu için tek elden koordine edilemeyeceği iddia olunan bilginin ancak ve ancak serbest piyasa tarafından koordine edilebileceğine dönük Hayekçi iddianın, bilginin dağıtılması hususunda "piyasa-dışı" olarak tarif edilebilecek kurumların ve bilimsel topluluğun varlığını görmezden geldiği gerekçesiyle eleştirildiğini ayrıca belirtmek gerekir[116]. Hukuk ise toplumsal yaşama düzenine dair gerekli bilgileri muhataplara açık bir şekilde duyurucu ve kamulaştırıcı bir mekanizma olarak, serbest piyasa temelli Hayekçi bakış açısının tersi yönünde bir niteliği bünyesinde barındırır.

6.2.3. Özel Mülkiyet Odaklı Radikal Görüş ve Adaletin Metalaşması

Mülkiyet hakları, maddi varlıkların ekonomik potansiyellerinin tanımlanması (onlarla hangi faaliyetlerin yapılıp yapılmayacağının belirlenmesi) ve haklarındaki bilginin tek bir sistem içinde toplanması gibi yönleriyle, refah ya da toplumsal zenginlik üzerinde etkiler üretir. Örneğin mülkiyet haklarını düzenleyen kanun ve yönetmelik gibi düzenlemeler, varlıkları maddi birer varlıktan ziyade birer haklar bütünü olarak çerçeveleyerek, onlarla nelerin yapılabileceğinin ve yapılamayacağının

[113] Bkz. O'Neill, **Piyasa**, s.234-260. Hiç şüphesiz, fikri ve sınai mülkiyet hakları, sır olarak tutulan bilgiyi belli bir olgunluğa erişmesi ile birlikte kamuya açıklama motifi üretme üzerine, ödüllendirme ve teşvik etme yaklaşımı perspektifinden projelendirilmiştir. Bkz. O'Neill, **Piyasa**, s.251.
[114] Litschka, Grechenig, "Law by Human Intent or Evokution?", s.58.
[115] O'Neill, **Piyasa**, s.229.
[116] O'Neill, **a.g.e.**, s.217, 235.

bilgisini toplar; keza tapu sicili ve motorlu taşıt ruhsatı gibi kayıt ve siciller de sahipliğin ve maddi varlığın ekonomik niteliklerine ait bilgilerin (örneğin, her bir motorlu aracın yük yahut yolcu taşıma özelliğinin) tek bir sistem içinde toplanması işlevi görürler. Bunların tümü yasal hak alanı ile ekonomik ilişkiler alanı arasındaki bilgi korelasyonunun sağlayıcılarıdır. Yasal düzenlemelerin ekonomik ilişkilerin nesneleri hakkında yeterli bilgi vermiyor olması halinde, bilginin toplumda yayılabilmesinin ve etkin bir şekilde kullanılabilmesinin maliyetleri önemli ölçüde artacaktır[117].

Örneğin Perulu ünlü iktisatçı Hernando de Soto, ekonomik açıdan gelişkin ülkeleri üçüncü dünya ekonomileri ile karşılaştırdığı çalışmasında bu konuda "Batı" toplumlarının üstün yönlerinin, sermaye oluşturabilme kabiliyetlerinden geldiğini ileri sürer. Ve bu kabiliyetin ardında da özel mülkiyet haklarını etkin bir biçimde tanıyıp, tahsis edip, koruma altına alan hukuki rejimler olduğunu dile getirir[118]. Özel mülkiyetin, Soto'nun deyimiyle *(i)* varlıkların ekonomik potansiyellerini görünür kılmak, *(ii)* dağınık enformasyonu toplamak, *(iii)* insanları sorumlulaştırmak, *(iv)* iş yapma imkanlarını arttıracak şekilde valıklara esneklik (bölünebilirlik, transfer edilebilirlik vb. özellikler) kazandırmak, *(v)* insanlar arasında ağ kurmak ve *(vi)* ekonomik işlemleri koruma altına almak gibi sermaye oluşumunu destekleyici altı ana işlevi söz konusudur[119].

Bir önceki başlık altında tartıştığımız piyasa sinyali olarak fiyat kavramı ve onun teorik çerçevesinin hukuka uygulanması, netice olarak, özel mülkiyet kavramının dogmatik sınırlarını aşan bir genişlikte telakki edilmesini ve tüm hukuki kurum ve süreçleri belirleyen giderek radikalleşmeye meyilli bir bakış açısını beraberinde getirir.

> Dağıtımla ilgili bütün kararları en iyi belirleyecek olanın piyasalar ve piyasa sinyalleri olduğunu varsaymak, prensipte her şeye meta muamelesi yapılabileceğini varsaymak anlamına gelir. Metalaştırma, süreç, eşya ve

[117] Oğuz, **Mülkiyet Hakları**, s.23-24.
[118] Soto, **Sermayenin Sırrı**, s.17.
[119] Soto, **a.g.e.**, s.52-67.

> toplumsal ilişkilerin mülkiyet hakkına tabi olduğunu, yasal sözleşmeyle alınıp satılabileceğini ve hepsinin fiyatlandırılabileceğini varsayar.[120]

Fiyatlandırma mantığının hukuku tamamıyla ekonominin çizgisine çeken bir yönü olduğunu, fakat hukuk dogmatiğinin kökleri Roma hukukuna dayananan tasnifler eşliğinde fiyatlandırılamayan konuları da barındırdığını söylemiştik. Ekonomik yaklaşım ise, neoliberal etkilerle beraber, söz konusu klasik tasnifleri sarsıcı bir şekilde ve insanı dahi içine alacak ölçüde ekonomik kavramların geniş kullanımını ve "sermaye-insan"ı ortaya çıkarmıştır. Benzer şekilde, özel mülkiyet hakkının radikal bir genişlikle ele alınışı ve hukuk dogmatiğinin klasik kabulünü bozar şekilde "devredilemez hak" konseptini eritişini hukukun ekonomik analizi tartışmaları içerisinde belirgin bir biçimde görmekteyiz.

Bu nedenle hukuka ekonomik yaklaşımla sosyal fenomenlerin özel mülkiyet kavramı çerçevesinde tanımlanma anlayışı sürekli bir dirsek teması içerisindedir. Avusturya iktisatçılarının mülkiyet merkezli yaklaşımları buna örnektir. Hayek mülkiyet düşüncesini insan aklının "en işe yarar icadı" olarak görüp bir "özel hukuk toplumu"nun oluşturulmasını liberalizmin vazifesi addederken[121], bir başka Mises tilmizi Rothbard hukuku, özgürlüğü ve insan haklarını mülkiyet hakkına ve onun ardındaki praksiyolojik ilke "kendine-sahiplik" durumuna dayandırır[122]. Hayek'te devlet ve kamu hukukunun sahası olabildiğince küçültülürken, Rothbard gibi isimlerin fikirlerinde hepten ortadan kaldırılır ve yerine piyasa anarşizmi konur.

Avusturya okuluna sinmiş bu özel-mülkiyet merkezli hukuk paradigmasını Amerikan yaklaşımlarında da görürüz. Özel mülkiyetçi paradigmanın öğreti içinde öne çıkan halinin bir örneği -Posner gibi etkili yazarlarca da önemli ölçüde benimsenmiş[123] olan- Coase teoremidir. Coase teoreminde pazarlığın, regülasyon ve vergi gibi seçeneklere kıyasla tercihe değer oluşunun ardında sosyal maliyetlerin azaltılmasına dönük bir etkinlik kavramı yatmaktadır. Ayrıca kamusal mallara atfen kullanılan, öjenist Garrett Hardin'in "müştereklerin trajedisi" (*the tragedy of commons*) dediği olumsuzluk da Coase teoremini besleyen bir diğer düşünsel

[120] Harvey, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, s.174.
[121] Hayek, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, s.134-135, 139-140.
[122] Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.117 vd.
[123] Parisi, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", s.262

faktördür. Buna göre, örneğin bir mera herkesin kullanımına açık kaldığı sürece, herkes onu tüketip yok edene dek kullanır ve ortaklıkta kaldığı için de kimse o meranın kullanımının sürdürülebilirliğine ehemmiyet vermez, onu korumaz, bakımını üstlenmez. Refah devleti üzerine kaleme aldığı eserinde Pierre Rosanvallon, müşterekerin trajedisiyle ilişkili biçimde özel mülkiyetçi paradigmayı açıklamak için şu örneği verir:

> Bir otoyol köprüsü üzerinde bir kamyonun tepesinden düşen bir döşek yüzünden trafik tıkanmış olsun. Bu durumda yüzlerce araba yavaşlamak zorunda kalır ve oluşan tıkanıklık yüzünden zaman kaybeder. Ancak döşeğin ucuna geldiklerinde onunla ilgilenmeyerek yeniden hızlanırlar. Kimse durmayı düşünmez. Paradoks, bileşim etkisi, sürücülerin her birinin, birinin döşeği kaldırarak kaybedeceği zamandan daha çok zaman kaybedecek olmasıdır. Bu tipik ve yaygın bir toplumsal israf vakasıdır. Bu uygunsuz durum nasıl analiz edilir ve çözülebilir? Schelling'e göre "sonuç kötüdür çünkü pazar yoktur". Eğer birinin otoyol köprüsü üzerinde "mülkiyet hakkı" olsaydı, döşeği kaldırmak ve buna karşılık böylece zaman kazanacak olan sürücülerden birkaç kuruş tahsil etmek onun ve aynı zamanda sürücülerin yararına olurdu[124].

Yazar bunun peşinden, "piyasa çözümü" olarak ifade edilebilecek ve her tür sorunu çözmek için gerekli görülen özel mülkiyet hakları tahsisinin oluşturabileceği maliyeti de düşünmeye davet eder:

> Sonuçta zararlı etkilerde gerçek bir azalma olacak mıdır? Hayır, çünkü bu vakada ücret sisteminin kendisi bir arabirim gibi işlemektedir. Ekonomik aktörler arasına yerleşip aralarındaki ilişkileri düzenliyor oluşu daha az toplumsal israf ya da nesnel bir davranış düzenlemesi yanılsaması uyandırabilir ancak sistemin kendisi bireysel davranışların ve güç ilişkilerinin sonucudur[125].

Örneğin bir kişi (otoyolun günlük kazancının çok üzerinde bir miktarda) yüksek bir ücret vererek, tıpkı bir restoranın yahut sinema salonunun kapatılması

[124] Rosanvallon, **Refah Devletinin Krizi**, s.38.
[125] Rosanvallon, **a.g.e.**, s.38.

gibi, otoyolun sahibinden o otoyolu bir günlüğüne kendisi için kapatmasını pekala isteyebilir. Özel mülkiyet hakkı, bu noktada pek çok hakkın önüne geçmektedir; seyahat etme hakkının, bir şehirden o otoyol vasıtasıyla başka şehirdeki bir hastaneye gitmek isteyen bir kişinin sağlık hakkının ve daha pek çok kişinin pek çok hakkının… Dolayısıyla mal ve hizmetlere özgü hiçbir kamusal nitelik bırakılmamakta, herşey özel hukuk işlemi haline dönüştürülmektedir. Yani bu özel mülkiyetçi paradigmayla beraber "vatandaşa dönük kamu hizmeti" fikrinin demode kılınışıyla "tüketiciye dönük özel sektörün hizmet arzı" fikrine bir geçiş söz konusudur. Bu bakış açısı, kamu hizmetinin dönüşümü ve özelleştirme yoluyla kamusal maliyetlerin düşürüleceği tezlerinden anarko-kapitalist toplum teorilerine dek uzanan kaygan bir zemin meydana getirir.

Benzer şekilde Coase teoreminin kamusal mal ve hizmetlerin özelleştirilmesini savlayan çıktıları yanında, müşterek varlıkların, yani genel anlamda doğanın, özel mülkiyet hakları biçiminde tanımlanıp bölüşülmesini savunan yönü de vardır. Ekolojik hukuk yaklaşımları bu anlayışı reddeder ve eleştirir. Buna göre Coase teoremi dışsallık sorununu topu piyasa mekanizmasının vicdanına (?) atarak çözmek istemektedir. Bu anlayış, insanların kendilerini içinde bulundukları doğadan yabancılaştırmasına ve doğaya (dolayısıyla, esasen ondan ayrı olmayan kendisine) karşı sorumluluklarının bilincine varamamasına neden olur. Capra ve Mattei'nin deyimiyle kişi susuzluk ve kuraklık koşullarında bile "parasını ödediği" için "saatlerce banyo yapma hakkı"nı umarsızca savunma bencilliğine düşer ve bu sorun tamamıyla insanın doğa ile kurduğu ilişkinin yanlışlığında yatmaktadır[126]. Ekonomik bakış açısı ve hukukun bu bakış açısı altında yorumlanması ise söz konusu yanlışı sürekli bir biçimde beslemektedir.

Özel mülkiyetçi paradigmanın bir başka neticesi, toplumda zenginliğin azamileştirilmesi yolunun metalaşma süreçlerine ket vurulmamasından geçtiği fikrine varır. Örneğin Posner, var olan ancak hukuki yasaklar nedeniyle karaborsa biçiminde işleyen organ ve bebek piyasalarının hukukileştirilmesinin toplumsal

[126] Bkz. Capra, Mattei, **Hukukun Ekolojisi**, s.150; Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, s.47.

zenginliği arttıracağını iddia eder[127]. Toplumda var olan ihtiyaçlar ve fakat bu ihtiyaçlara rağmen konmuş yasaklar nedeniyle oluşmuş bu karaborsalar bireylerin maddi ve manevi ihtiyaçlarını gideremememelerine sebebiyet vermektedir. Posner'in tabiriyle, bir kesim insan yüksek seviyede bebek üretimi yapma potansiyeline rağmen onlara bakmak istememekte, bir diğer kesimse böyle bir potansiyelleri olmamakla birlikte bebek sahibi olup onu yetiştirmek arzusu içindedir. Yasaklar, bu konuda insanların tatmin olabilmelerine engel olmaktadır. Bu piyasaların hukukileştirilmesine karşıt fikirler ise insan onuru gibi hukuk dogmatiğinden gelen ve nispeten ahlaki nitelikteki argümanlar dışında, Posner'in tahliline göre, kendilerini üç şekilde gerekçelendirmektedirler. Birinci gerekçelendirme sahtekarlık ihtimalidir; ortaya çıkan ürünlerin değerleri ölçüsünde sahtekarlık olasılıkları dillendirilmektedir. İkincisi gene piyasanın ürünlerinin değeri ve hayatiliği ölçüsünde ortaya çıkabilecek icbar tehlikesidir. Üçüncüsü ise negatif dışsallıklardır; örneğin satılmış bir bebeğin ve çevresinin bu gerçeklikten ötürü yaşayabileceği psikolojik zorluklar gibi... Ayrıca piyasanın ürünlerine dönük talep doğrultusunda öjenik üretim tehlikeleri de söz konusu olasılıklar arasında yer alır. Ancak Posner tüm bu itirazları, toplumsal zenginlikteki artışın etkisi karşısında zayıf bulur[128].

Modern hukukun kavramsal çerçevesi, *Corpus Juris Civilis*'ten beri net bir biçimde mülkiyet merkezli olmuştur. Ancak günümüzde etkilerini her geçen gün arttıran hukuka ekonomik yaklaşım, bu mülkiyet merkezliliği "özel mülkiyet" biçimine dönüştürerek kapsamını radikal bir biçimde genişletmiştir. Roma hukukundan bugünlere dek ulaşan tasniflerle, *res communis omnium* (yani deniz ve hava gibi kişilerin hariç tutulamayacağı "herkese ait şeyler") ve *res publicae* (yani yollar, meydanlar ve kanalizasyonlar gibi idaresi kamusal makamların elinde olan "kamu malları") ortaklıkların trajedisi, bedavacılık, sosyal maliyet ve nihayet ekonomik etkinlik gibi gerekçelerle *res nullius* (yani henüz ele geçirilmemiş olmakla birlikte özel biçimde sahiplenmeye elverişli "hiç kimsenin malı") olarak görülmekte ve özelleştirme süreçleriyle metalaştırılmaktadır. 15 ve 19.yy.'lar arasında İngiltere'de, Thomas More'un deyimiyle "koyunların insanları yediği" çitleme

[127] Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", s.138-139.
[128] Posner itirazları zayıf bulur ama kendisi de dişe dokunur bir savunma geliştirmez. Bkz. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", s.139.

dalgaları doğal kaynakları ve toprağı ortaklığın trajedisinden eşitsizliğin trajedisine çevirir ve metalaştırırken, geçtiğimiz yüzyılın bakiyesi olarak karşımızda neoliberalizmin sermaye-insanının[129] gen patentlerini, sigortalanmış vücut parçalarını ve markalaşmış kişiliklerini bulmaktayız. İnsanı içine alan ve bebek, doku ve organ piyasaları gibi fikirleri işleyen bu metalaşma süreci ekonomik hukuk yaklaşımlarının da katkılarıyla devam etmektedir.

Ortak malların trajedisi söyleminin ilgi odağı olmaya mazhar bir diğer kavram ise, modern düşüncenin müşterek varlık olarak bıraktığı hukuktur. Hukuk kamusaldır, geneldir, herkese hitap eder, ayrıca müşterek bir inşadır. Bir ulus formunda insan topluluğunun birlikte barış içinde yaşamasının koşulları, hukuk kavramı altında, yine o topluluğun iradesini temsil eden yapıların yasa koyma veyahut derleme edimleriyle kurumsallaşmıştır. Modernitenin oluşturduğu bu kapsayıcı çatının 20.yy. itibariyle postmodern partikülarizm ve cemaatçi teoriler aracılığıyla parçalı yapılara bölünme eğiliminin yanı sıra, önemli ölçüde ekonomikleşme eğilimleri de barındırdığını belirtmiştik. Bu çerçevede, ulus devletlerin belirleyiciliğinin kaybolduğu parçalı yargısal yapılarla ve onların özel sektör mantığı çerçevesinde faaliyet göstermeleriyle birlikte adalet kavramının bir piyasa aksesuarı oluşu problemi de belirginlik kazanmaktadır.

Bu eğilime ivme kazandıran faktörlerden belki de en başta geleni, hukukun bir kamu malı yahut hizmeti olarak (*law as public good*[130]) ele alınışıdır. Bilindiği üzere, bir ulusal ekonomi, piyasa ekonomisi ve kamu ekonomisi olarak iki çerçevede ele alınır. Piyasa ekonomisinde arz ve talebi düzenleyen fiyat mekanizmasıdır. Üreticiler, hangi mal ve hizmetleri ne miktarda üreteceklerini kişisel taleplerin toplamını dikkate alarak kendileri belirler. Fakat kamu ekonomisinde fiyat mekanizmasının geçerliliği tartışmalıdır. Çünkü kamusal mal ve hizmetlerin

[129] Supiot, "insan sermayesi" kavramına, Nazilerin "insan malzemesi" tabirini referans göstererek karşı çıkar. Bkz. Supiot, **Homo Juridicus**, s.77, dn.64.

[130] Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı**, s.65, dn.172: "... İktisadi anlamda kullanılan kamusal mal (*public goods*: adalet, ulusal güvenlik, temiz hava, yaşanabilir çevre) kavramı ile hukukta kullanılan kamu malı (*public property*: adliye binası, kamu hiizmetinin araç ve gereçleri) kavramları birbirinden çok farklıdır." Hukukun bir "kamusal mal" olarak tanımlanması, "mal" kelimesinin genellikle maddi varlıklar için kullanımı dolayısıyla genel olarak Türkçe'ye de uygun düşmemektedir. Bu yüzden "law as public good" ifadesinden hukukun kamusal bir varlık ya da yaratım olduğu düşünmek genel manada pek tabii mümkündür. Ancak Amerikan literatüründe bu ifade spesifik olarak hukuku, iktisadi anlamda kamusal mallar ile kıyas ederek düşünmek yollu kullanılmaktadır.

bölünemezlik, *rekabete tâbi olmama* ve *pazarlanamazlık* gibi temel özellikleri nedeniyle, doğal fiyatına ne derece erişebileceği ve buna göre arz edileceği belli değildir. Çünkü kamusal mal ve hizmetlerin alıcısı konumundaki vatandaşlar, kendileri talep etmeseler de onların üretilip arz edileceğini ve bu konuda kendilerinin dışında toplum kesimleri talepte bulunsalar bile kamusal mal ve hizmetin üretimi sonrası bunlardan kendilerinin de herhangi bir çaba sarfetmeksizin yararlanacaklarını bilirler ve finansman işi (ki genelde vergi yoluyla olur) devreye girdiğinde çoğu zaman rasyonel bir sessizliğe (ör. vergi beyanında bulunmamaya) bürünürler.

Piyasa ile kamu ekonomisi arasıdaki ayrıma göre ekonomik mal da iki türde tanımlanır; biri standart ekonomik mal, diğeri ise *kamusal mal*. Kamusal mal ve hizmetler, yukarıda da ifade edildiği üzere, bir defa üretildiğinde bundan faydalanan ama bedelini ödemeyen bireyleri dışlamanın mümkün olmadığı bir özelliğe sahiptirler [131] . En basit örnek olarak ulusal savunma ve güvenlik harcamaları gösterilir. Bu harcamaların finansmanı için alınan vergilerden kaçınan bir birey bile finansmanına katılmadığı bu güvenlik önlemlerinden fayda sağlar. Buna literatürde bedavacılık problemi (*free-rider problem*) denmektedir. Bedavacılık davranışına bağlı kamu malı arzı ve bundan faydalanma konusunda olasılıklar, oyun kuramında *Çok Aktörlü Tutuklu Dilemması* örneğiyle gösterilir*:*

		DİĞERLERİ	
		Yeter sayıda diğer kişinin işbirliği içinde olması ve kamu malı finansmanına katılması	Yeter sayıda diğer kişinin işbirliği içinde olmaması ve kamu malı finansmanına katılmaması
AKTÖR	Kişisel Payın Ödenmesi	Aktör kamu malına sahip olur ama maliyetinin bir kısmını ödemek durumundadır**.**	Aktör kendi üzerine düşen payı ödemesine rağmen diğer kişiler işbirliği içinde olmadığı için kamu malını edinemez.
	Kişisel Payın Ödenmemesi	Aktör kamu malını bedava elde eder.	Aktör kamu malını edinemez ama herhangi bir ödeme de yapmaz.

Tablo 6.4: Kamu Malları Üretimine Özgülenmiş Çok Aktörlü Tutuklu Dilemması Oyunu[132]

[131] Stiglitz, **Kamu Kesimi Ekonomisi**, s.150.
[132] Mack, Gaus, a.g.e., s.160

Kamusal mal ve hizmetlere özgü bu tip "bedavacılık" hallerinde bireysel tercihlerden yola çıkarak toplumsal tercihin tespitinde ve üretim seviyesini belirleme noktasında üretime konu mal ve hizmete gerçekte ne kadar talebin olduğunu tespitte zorlanılır. Örneğin, bedavacılık nedeniyle kamu malları, herkes kendi payına düşeni ödemeyi ona sahip olmama durumuna tercih etse bile nitel ve nicel olarak "yetersiz arz edilme" eğilimli mallar olarak değerlendirilir.[133] Tüm bunların altında yatan sebep olarak da, kamusal mal ve hizmetlerin ne kadar ve ne kalitede üretileceğinin "siyasal karar alışlar" ile belirlenmesi gösterilir. Serbest piyasa düzeninde doğal fiyatın oluşumu sürecinden farklı olarak, bu tip siyasal karar alışlarda ne derece gerçekten kamusal talebin ve kamu yararının dikkate alındığı ya da ne derece oy/çıkar maksimizasyonu motifinin etkili olduğu konusunda şüpheler dile getirilir[134]. Bilindiği üzere başta Virginia Okulu olmak üzere pek çok ekonomik hukuk yaklaşımı bu meseleyi ana temalarından biri olarak ele almıştır.

Doğal fiyat oluşumu, optimal arzın belirlenmesi, siyasal karar alışın bu süreçleri bozucu etkisi ve bedavacılık sorunu gibi gerekçelerin yanı sıra ekonomik dışsallıklar kuramının da konuya katkısı söz konusudur. İktisadi dışsallıklar nedeniyle bir özel malın faydaları o özel malın sahibi yahut yararlanıcılarının dışına da etki ettiği için, kamu mallarının önemli ölçüde varlık gerekçesini teşkil eden ve sadece kamu mallarına has olduğu söylenegelen "herkesin yararlanması" özelliğinin

[133] Mack, Gaus, "Klasik Liberalizm ve Liberteryenizm", s.159.

[134] Aktan, Dileyici, "Kamu Ekonomisinde Karar Alma ve Oylama Yöntemleri", s.35-36. Kamu malı arzı ile siyasal karar alma arasında kurulan bu bağın, siyasal karar ile yasama edimi arasında da kurulduğunu ve bu noktadan bir *common law* övgüsü kurgulandığını görürüz. Örneğin liberteryen hukukçu Stephen Kinsella, tıpkı Hayek gibi, hukukun iki tip biçimlenişi olduğunu söyler; bir tanesi merkeziyetçi (*centralized*), diğeriyse merkeziyetçi-olmayan (*decentralized*) yoldur. İlki yasamanın aktif olduğu Kıta (*civil law*) geleneğidir. İkincisi ise Roma hukukunun ve *common law*'un biçimleniş sürecindeki gibi, merkezileşmemiş bir yapının, yani yasamanın değil, yargıçların aktif olduğu bir hukuki biçimleniştir. Hukuki belirlilik ve kesinlik adına referansta bulunulan sistem genellikle yazılı şekle, kodifikasyona ve ilana verdiği ağırlıktan ötürü merkeziyetçi Kıta hukuku sistemidir. Fakat Kinsella, daha önce Bruno Leoni'nin de iddia ettiği gibi, gerçeğin bunun tam tersi olduğunu iddia eder. Politik gücü elinde tutan ve hukuku "yapma" meşruiyetini bünyesinde toplamış bir yasamanın, yarın ne yapabileceğini bilmenin mümkün olmadığını söylerler; bugünün hukuku yarın değiştirilebilir, çünkü bu başka bir şeyi umursamaz güç yasama faaliyetin ardındaki siyasal karar alışlardadır. Bkz. Bruno Leoni, **Freedom and The Law**, D. Van Nostrand Company Inc., 1961, United States and Canada, s.8-10, ; N. Stephen Kinsella, "Legislation and The Discovery of Law in A Free Society", **The Journal of Libertarian Studies**, Vol.11, No.2, 1995, ss.132-181, s.139,143.

çöküntüye uğradığı savunulmaktadır[135]. Yani rızai pazarlık süreçleri güdümünde negatif dışsallıkların minimize edilip pozitif dışsallıkların maksimize edildiği bir ortamda, kamusal mal ve hizmetlerin varlık gerekçeleri de kuvvetini yitirmektedir.

Buchanan'ın da dediği üzere "kamusal mal ve hizmetler, bir kez bir kişi için üretildiğinde, aynı zamanda herkes için de üretilmiş olan şeylerdir"[136]. Bu çerçeveden hukuka bakıldığında, yargıya bir dava taşımak süreç içinde taraflarca belli harçların ödemesini gerektirdiği için bu durum bir tür katılım olarak değerlendirilebilir, fakat örneğin "… Milleti Adına" verilmiş ve "kamuya açık" bir biçimde ilan olmuş bir mahkeme kararının başkalarının benzer davaları için emsal oluşturma durumu, bir tür bedavacılık örneği olarak algılanabilir. Söz konusu emsal kararın oluşumu için yıllar süren dava sürecine katlanan kişilerin gayretinden, başka kişiler kendi davaları için faydalanmaktadırlar. Peki bu durumda ne yapılmalıdır? O emsal karardan karşılık elde edilmeksizin kimse ondan faydalandırılmayacak mıdır? Ya da o karşılık, senelerini ve birikimlerini davaya yatırmış kişinin masraflarının gideriminde mi kullanılacaktır? Dolayısıyla hukuki süreçlere bir çeşit yatırım süreci gözüyle mi bakmak gerekecektir?

Peki gayretiyle o emsal kararın çıkmasını sağlamış davacının, mahkeme sürecinde, savunduklarının ve gerekçelendirmelerinin arka planında hiç bir sosyal birikim yok mudur? Muhakkak ki o iddianın dayanakları vardır ve bu dayanaklar nihayetinde deneyimlenmiş benzer ve irtibatlı sosyal ilişkiler kümesinden türerler. Bu dayanakları, dolayısıyla hukukun müşterek inşasını görmezden gelmek, her bir yeni kararın ve hukuki gelişmenin "çitlenmesi" anlamına gelmektedir. Ayrıca örneğin bir kişinin kaybettiği bir davanın nihai kararında geçen ve uyuşmazlığın odak noktası olmayıp mahkemenin yaptığı yan değerlendirmelerin birinden, üçüncü tarafların kendi dava süreçlerinde kullanmak üzere fayda elde etme durumlarında, ilk davadaki davacıya -davayı kaybetmesine rağmen- yine de borçlu mu kalınmaktadır? Bu tür soruları sorduran hukuki süreçler üzerindeki bedavacılık araştırmaları, hiç şüphesiz hukukun müşterek inşa sürecini görmezden gelen saçma çıkarımlar üretir. Ayrıca yargısal süreçleri özel sektör gibi işletecek, adalet duygusunu metalaşmanın

[135] Hans Herman Hoppe, "Fallacies of the Public Goods Theory and the Production of Security", **Journal of Libertarian Studies**, Vol.IX, No.1, 1989, s.27-52, s.28-29.
[136] Bkz. Buchanan, **The Limits of Liberty**, s.139.

boyunduruğu altında yapaylaştıracak neticelere gebedir. Yargısal süreçlerin kamusal vasfının tasfiyesini ve özelleştirilmesini savunan çok sayıda görüş[137], "ödemesini yapan adaleti alır" anlayışının küçük nüans farklılıklarını temsil ederler. Örneğin Landes ve Posner, Adam Smith'e dayanarak[138], modern-öncesi siyasi otoritelerce yargılama faaliyetinin gelir getirici yönüyle kavranışının altını çizerken ve günümüzün zayıflayan kamusallığına yargının da dahlinin tarihsel gerekçelendirmesi olarak bunu sunarken[139], Smith'in yolsuzlaşma riskine değinişini[140] es geçerler. Neticede liberal devletin gerekçesi olarak kalmış çekirdek alanın, yani güvenlik ve adaletin, bu türden yaklaşımlarla daha da küçültülmesi ve hatta yok edilmesi, söz konusu yaklaşımların piyasa anarşizmine uzanan düşünsel uzanımlarını gösterir. Diğer bir deyişle bu türden görüşler, hukukun ekonomik öğretisinin ve liberteryen hukuk kuramlarının anarko-kapitalizme açılan kapılarını temsil ederler[141].

Anarko-kapitalist düşüncenin sıklıkla üzerinde durduğu konu "rekabet" ve "tekel" kavramlarına referansla, adalet ve güvenlik hizmetlerinin özel teşebbüslere devri olmuştur. Devleti, özellikle güvenlik ve adalet sağlamayı kendine gerekçe eden bir tekel güç olarak tanımlayan anarko-kapitalizm, devlet yerine özel piyasa

[137] Bu içerikte çok sayıda makale *The Journal of Libertarian Studies*'de bulunabilir. Yaklaşımın kökleri Gustave de Molinari ve Benjamin Tucker gibi düşünürlere dayanır. Ayrıca şu liberteryen düşünürler ve eserleri de yargı gücünün özelleştirilmesi düşüncesini kapsamlı bir biçimde yansıtmakta ve desteklemektedirler: David Friedman, **The Machinery of Freedom: Guide to a Radical Capitalism**, 2nd ed. Open Court, 1989, LaSalle. (Ayrıca aynı yazarın şu makaleleri: "Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case", **The Journal of Legal Studies**, Vol:8, No.2, 1979, ss.399-415; "Efficient Institutions for the Private Enforcement of Law", **The Journal of Legal Studies**, Vol:13, No.2, 1984, ss.379-397); Rothbard, **For A New Liberty,** s.219-246; Rothbard, **Özgürlüğün Etiği**, s.181-188; Anthony de Jasay, **Social Contract, Free Ride: A Study of the Public-Goods Problem**, Clarendon Press, 1989, Oxford; Gary S. Becker, George J. Stigler. "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", **The Journal of Legal Studies**, Vol.3, 1974, ss.1-18; Landes, Posner, "Adjudication as a Private Good", b.a.

[138] "Gelgelelim, böyle bir hükümdarın yargı yetkisi kendisine bir masraf kapısı açmak şöyle dursun, uzun zaman bir gelir kaynağı oldu. Hak aramak için ona başvuranlar, bunun karşılığını ödemeye her zaman razı idiler; bir dilekçenin yanı sıra bir armağan hiçbir zaman eksik olmuyordu. Yine, hükümdar nüfuzunun iyiden iyiye kökleşmesinden sonra, suçu saptanan kimse davacı tarafa vermek zorunda bulunduğu tazminattan başka, aynı zamanda hükümdara para cezası ödemeye yükümlü kılınıyordu. Suçlunun efendisi olan kralı zahmete soktuğu, tedirgin ettiği, onun huzurunu kaçırdığı için, bu kabahatlerden ötürü bir para cezası ödemesi gerektiği düşünülmüştür." Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.795-796.

[139] Landes, Posner, "Adjudication as a Private Good", s.235.

[140] "Adalet dağıtımını gelir amaçlarının hizmetine koşmak için tasarlanan bu düzenin bir takım çok büyük yolsuzluklara meydan vermekten geri kalması hemen hemen olanaksızdı. Elinde koskoca bir armağanla hak aramak üzere başvuran kimsenin, hakkından fazla bir şeyler elde etmesi olasılığı vardı." Smith, **Milletlerin Zenginliği**, s.796.

[141] Foucault da Chicago yaklaşımının anarko-kapitalizme uzanan yönlerinin olduğu teşhisinde bulunur. Bkz. Foucault, **Biyopolitikanın Doğuşu**, s.125.

unsurlarının bir merkez ve hiyerarşi olmaksızın rekabetçi bir biçimde toplumsal düzenin idamesini sağlamasını savunurlar[142]. Bunun gerekçelerinden biri piyasanın -devlete oranla üstün- bilgi toplama kabiliyeti, diğeriyse tekel olmaktan kaynaklanan devlet gücünün kötüye kullanımıdır. Tekel probleminin diğer yüzü ise rekabettir. Adalet ve güvenlik hizmetleri rekabet içinde, devletçe değil fakat devlet-dışı organizasyonlar eliyle yürütülürse, bu durumun hizmetin fiyatı, kalitesi ve inovatif gelişimi açısından etkin olacağını savunurlar[143].

Hukuki kurumlara ekonomik yaklaşımın beraberinde getirdiği, toplumsal ilişkileri rekabet ve özel mülkiyet kavramlarının güdümünde okuma ve devleti klasik liberalizmin önerdiği "sınırlı" halden "yok" olmaya dek küçültmeyi, bir örnek eser üzerinden tekrar özetleyebiliriz. Bu özetleme, hukuka ekonomik yaklaşımın anarko-kapitalist öğretilere uzanan kaygan zeminini göstermesi bakımından önemlidir. Eser, dilimize de çevrilmiş olan, Avusturya İktisat Okulu'nun piyasa anarşizmini savunan üyelerinden biri olan Robert P. Murphy'nin *Kaos Teorisi* isimli küçük kitabıdır. Kitap, piyasa anarşizminin hukuk sistemi tasarımlarına bir örnek oluşturması bakımından dikkate değerdir. Murphy, eserinde, devletsiz bir hukuk sisteminin devletin varolduğu bir hukuk sistemine nazaran daha "etkin" ve "adil" olacağını savunmaktadır [144]. Tezi şudur: Devlet, liberallerce, genellikle piyasanın özel mülkiyeti koruyamayacağı fikri üzerinden, güvenlik gerekçesiyle meşrulaştırılmıştır. Devleti olabildiğince küçültmeyi arzulayan Milton Friedman ve Mises gibi isimlerin düşüncelerinde dahi bu meşrulaştırma vardır ama bu fikirler Murphy'ye göre isabetli değildir. Çünkü piyasa kendi içinde kendi güvenlik ve adalet aygıtlarını oluşturabilir. Murphy bunu, özel hukukun devlete alternatif olabileceği yani özel hukukun kamu hukukunu yutabileceği fikri ekseninde savunur [145]. Bu tasarıma göre devletsiz hukukun temeli özel mülkiyet olacaktır ve tüm toplumsal ilişkiler özel süjeler arası sözleşmesel ilişkiler üzerinden dönecektir, bir kamu hukuku ilişkisinden bahsedilemeyecek, zira devletin yerini özel süjeler alacaktır.

---

[142] Mack, Gaus, "Klasik Liberalizm ve Liberteryenizm", s.153.
[143] Mack, Gaus, a.g.e., s.153; Hoppe, "Takdim", **Özgürlüğün Etiği**, s.xxiii.
[144] Robert P. Murphy, **Kaos Teorisi: Piyasa Anarşizmi Üzerinr İki Makale**, (Çev. Talha Gülmez), Liberplus Yay., 2016, İstanbul, s.21.
[145] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.40-41. Hatırlanacağı üzere bunu Hayek başta olmak üzere, Coase, Buchanan ve Posner gibi yazarların pek çoğunda çeşitli derecelerde de olsa gördük.

Murphy'nin devlete ve devlete bağlı yargıya yer tanımadığı bu sistemde, bireyler tüm yaşamlarını sözleşmesel bağlılıklarının olduğu sigorta şirketlerinin güvencesi altında hareket ederek yaşayacak ve olası hukuki uyuşmazlıklarını da yine sözleşmelerle önceden belirlenmiş özel tahkim ajanslarında göreceklerdir. Örneğin iş başvurularımda işverenim beni, olası hatalarıma yahut haksızlıklarıma karşı güvenceleyen ve arkamda duran sigorta şirketime göre seçecektir; keza benzer güvenceleri ben de işverende arayacağım; onun çalıştığı sigorta şirketinin güvenilir ve güçlü olup olmadığına, olası bir sorunda güvenilir bir *tahkim* ajansı ile çalışıp çalışmayacağımız hususuna bakarım. Eğer işimi sözleşmeye uygun biçimde düzgün yapmazsam, örneğin iş nedeniyle emanetimde bulunan bir malı çalarsam ya da başkaca bir yolsuzluk yaparsam, tazminat sorumluluğum doğacaktır. İşverenim bu durumlarda, benden tazminatı tahsil edememe ihtimaline karşı arkamdaki sigorta şirketine başvuracaktır. Benim de daimi sigorta şirketimin güvencesini kaybetmememem için, işimde ve genel olarak yaşantımda sorumluluk sahibi biri olarak hareket etmem gerekir. Çünkü bu sistemde bir sabıkalının ya da başarısız birinin sigorta şirketi açısından aktüeryal *riskleri* daha fazla olacak, dolayısıyla sigorta primleri de daha yüksek olacaktır. Yani Murphy'nin risk yönetimi üzerine kurulu piyasa toplumunda sigorta şirketleri bireylerin birer hamisi olarak tasarlanmıştır; ancak bunlar bugünün devleti gibi güçlenemezler, çünkü rekabetçi bir ortamdadırlar (onun deyimiyle devlet gibi *tekel* değildirler[146]) ve bireyler hangi sigorta şirketleriyle çalışacaklarını seçebilirler. Ayrıca bu hamilik durumunun Murphy açısından yadırganacak bir tarafı da yoktur, zira biz bugün herkesin zorunlu hamisi olan devlet denen tekele (ve onun güdümündeki sosyal sigorta sistemlerine) zaten zorunlu vergiler yahut primler ödemekteyiz. Piyasa toplumunda ise güvence bir zorunluluk ilişkisi olmayacak, vergiler yerine özel sigorta primleri ödenecek ayrıca bunlar serbest rekabet ve seçim özgürlüğü koşullarında gerçekleşecektir[147]. Aynı şekilde güvenlik hizmetleri de serbest piyasa içinde sigorta ve güvenlik şirketleri ile yapılan

[146] Devletin tekel olduğu vurgusuna pek çok liberteryenin ve anarko-kapitalistin ekonomik içerikli tahlillerinde rastlamak mümkündür. Bir ülkenin vatandaşlığının terk edilip başka bir ülkenin vatandaşlığını kazanmanın mümkün olduğu dünyamızda, tekel üzerinden geliştirilen bu söylemin yerindeliği kanaatimce tartışmalıdır.
[147] Bkz. Murphy, **Kaos Teorisi**, s.27-28.

sözleşmelere dayalı olacaktır[148]. Kısacası adalet de güvenlik de, kapıları bedavacılara ardına kadar açık kamusal hizmet amaçları değil, birer metadır artık.

Piyasa anarşisi sistemi, piyasa adaletine göre işleyeceği için Murphy'nin nazarında yozlaşmaya uzaktır. İşini iyi yapmayan ya da hileli yapan sigorta şirketleri ne bireyler tarafından ne de o bireylerin iş yapacağı şirketler tarafından tercih edilir; dolayısıyla iflas ederler, yani sonlarını "piyasa adaleti" takdir eder. Keza işini iyi yapmayan özel tahkim ajansları da tercih edilmez ve piyasadan silinirler. Devletin olmadığı bu toplumda herşeyi piyasa belirlerken yozlaşma riski de devletin varlığı koşullarına nazaran, Murphy'ye göre, daha düşük olacaktır. Bunun nedenini Murphy özel mülkiyetin sorumluluk üreten etkisine dayandırır[149]. Zira devlet ajanları devlet kaynaklarının sahibi olmadıkları için (temsilî ve geçici bir iktidarları olduğu için), bunları verimli kullanma hassasiyetini çoğu zaman göstermezler ve sistem bunun güvencesini tam olarak sağlayamaz; ama onların yerini alacak piyasa ajanları kaynakların (tıpkı feodal lordlar gibi[150]) bizzat sahibi oldukları için onları daha verimli kullanacaklar ve genel olarak daha ihtiyatlı davranacaklardır.

Murphy yozlaşma riski gibi çatışma riskini de değerlendirir. Yani "eğer bu özel sigorta, güvenlik ve tahkim ajansları mafyalaşırsa ne olacak?" sorusuna cevap arar ancak kelimelerinin sonunda bu durumu önemsemediğini gösterir; çünkü ona göre çatışma riski zaten devletler arasında da daima olmuştur ve olmaktadır. Bu noktada Murphy piyasanın müzakereci, pazarlıkçı ve barışçıl tabiatının piyasa anarşisindeki çatışma olasılıklarını azaltacağını düşünür[151].

Murphy'nin sisteminin "rasyonel birey" varsayımına dayandığı açıktır[152]. Zira insan yaşamı içindeki her şey pazarlık konusudur ve bireyin iktisadi davranışına göre tasarlanmıştır. Birey bu sistem içinde sorumlu ve rasyonel davranmaya kendiliğinden sevk olur. Buna rağmen fütursuzca davranan kötü insanlar tabii ki çıkacaktır. Bu insanlara ne yapılacağı hususunda Murphy tarafından tasarlanan ve

[148] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.55.
[149] Mülkiyetin sorumluluaştırıcı etkisi ile alakalı "müştereklerin trajedisi" söyleminden, Coase teroremine ve Soto'nun mülkiyetin sermaye-yaratıcı etkilerine dek, pek çok örnek vermiştik.
[150] Murphy'nin feodalizm övgüsü için bkz. Murphy, **Kaos Teorisi**, s.34.
[151] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.32.
[152] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.29

bugünün özel hukuk nosyonuyla inşa olunmuş piyasa hukukunun cevap üretebilmesi gerekir. Örneğin o, insan öldürme suçuna şöyle bir önlem tasarlar: Piyasa anarşisinde, bir birey bir iş merkezinde çalışmaya başlayacağı zaman yahut en basitinden alışveriş yapmak için bir alışveriş merkezine gireceği zaman onay vereceği taahhütnamelerde insan öldürme ya da yaralama eylemleri olduğu takdirde zarar görenlere x miktar tazminat ödeyeceğini taahhüt edecektir. Yani suçlar, bugünün ceza kanunları gibi genel düzenleyici normlarla belirlenip ülke genelinde (bir ülkedeki tüm kamusal ve özel mekanlarda) uygulanmayacak, özel mülkiyet hakkı dahilinde münhasır taahhütnamelere konu edilecektir. Uslanmaz insan meselesine geri dönecek olursak; başkalarına verdikleri zararları arkalarındaki sigorta şirketleri ödedikçe aktüeryal riskleri artacak olan bu insanlar, bir noktadan sonra sigorta şirketi bulamaz hale gelecekler ve verdikleri zararı da tazmin edemeyecekleri için özel ceza infaz kurumlarında tutulacaklardır.

Bu tasarım, ilk bakışta bugün için hayal mahsulü gibi görünmektedir. Düşünün, basit bir yara bandı almak için bir alışveriş merkezine gireceğim zaman imzalayacağım güvenlik sözleşmesinde böyle bir kloz varsa, her halde tüm ihtimalleri hesapladığımızda o sözleşmenin binlerce sayfa olması gerekir. Ve ayrıca herşeyin özel mülkiyet olduğu bu düzende, yürüyebileceğimiz kamuya ait bir yol bile olmayacağı için, gün içinde yüzlerce mülk sahibiyle bu tip sözleşmeler yapmamız gerekecektir [153] . Murphy bu itirazlara şöyle cevap vermeye çalışır: Örneğin gireceğimiz alışveriş merkezinde bir çırpıda onaylayacağımız mülke giriş ve o mülk içinde bizden istenen davranışları sergileme taahhüdü, X hukuk firmasınca düzenlenmiş ve pek çok alışveriş merkezince halihazırda kullanılmakta olan örneğin "xscr" güvenlik protokolü olacak ve bu pek çok kurumsallaşmış şirketin bugün hizmet satımında insanlara imzalattığı genel işlem şartlarına benzeyecektir[154]. Hatta Murphy'e göre piyasa toplumunda bu tip taahhütler periyodik olarak verilebileceği için bir yere girerken kimlik tespitinin dışında her girişte bu tip sözleşmelere onay

[153] Ki Murphy, Hans Hermann Hoppe'tan destekle, piyasa anarşizminde serbest dolaşımın bir temel hak olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü bunun doğal hak olan özel mülkiyet hakkıyla bağdaşmayacağını dile getirir. Bkz. Murphy, **Kaos Teorisi**, s.31 (dn.12). Bu arada günümüzde birey söz konusu protokoller yığınıyla günlük gerçek yaşamda olmasa bile internet ortamında sıklıkla karşılaşmaktadır. Her sitenin kimi zaman sadece girişinde kimi zamansa çeşitli seviyelerdeki üyelik kayıtlarında çeşitli türden protokol onayları söz konusudur.

[154] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.24-25.

vermeye gerek de olmayacaktır. Hatta piyasa toplumunda karşılaşma ihtimalinde olduğumuz muadil güvenlik güvenlik protokollerinde de Murphy'e göre hep benzer klozlar olacaktır, bu klozlarda o toplumun ortak aklınca benimsenmiş davranış örüntüleri konu alındığı için bireylerin bunlar üzerinde uzun uzun düşünüp taşınmasına gerek olmayacaktır. Murphy'nin işaret ettiği bu hukuk nosyonu, rasyonalist bir doğal hukuk çizgisindedir[155]; buna göre piyasa toplumunda hukuku piyasa yaratır ve piyasaya da ortak akıl ve sağduyu (*common sense*) hükmetmektedir[156].

Murphy, ceza hukukunu özel hukuk nosyonuyla sarmalanmış tazminî bir yapıya dönüştürürken, başkaca kamu hukuku uygulamalarını da bu çerçeveye alır. Örneğin tapu kayıtlarının tutumu profesyonel özel şirketlerce yapılacaktır. Ancak çocuklar ile ilgili modern hukuk anlayışının kamu hukuku güvencelerinin piyasa sistemince ne derece sağlanacağı konusunda kendisi de emin değildir. Şöyle der:

> Modern duyarlılıkları şoka uğrayacak olsa da, ebeveynlik haklarının en yüksek teklifi verene satıldığı tam olarak işleyen bir bebek piyasası olacaktır. Çok hissizce görünse de böyle bir piyasa çocuk istismarını kesin olarak düşürür. Nihayetinde, çocukları seven insanların velayet almak için yüksek meblağlar ödemesine izin verilirse, çocuğunu evlatlık vermek için satışa çıkaracak olanlar, çoğunlukla istismarcı veya ihmalkâr ebeveynler olacaktır[157].

Murphy'nin bu alelacele önerileri pek çok noktadan açık vermektedir, zira kamu hukukunun olmadığı, ülkesel uygulanırlığı olan bir ceza kodundan bahsedemediğimiz ve cezai sorumlulukların özel sözleşmelerle oluşturulduğu bu sistemde gayet zengin bir sapığın o çocukları istismarının nasıl engelleneceğini kurgulamamaktadır. Tüm toplumsal ilişkiler ve bunlardan doğacak uyuşmazlıkların çözümü, piyasanın vicdanına (?), bireylerin ekonomik güçleri arasındaki dengesizliklere sevk edilmiştir.

---

[155] Hatta Murphy, piyasa hukuku teorisinin Hoppe-Rothbard çizgisinde bir rasyonalist doğal hukuk ile bağlantılarına kendisi de işaret eder. Bkz. Murphy, **Kaos Teorisi**, s.29(dn.8), 31(dn.12), 57(dn.41).
[156] Bkz. Murphy, **Kaos Teorisi**, s.41.
[157] Murphy, **Kaos Teorisi**, s.35-36.

6.2.4. Hukukun Amacı ve Etkinlik Kavramı

Fiyat teorisi ve radikalleşme eğilimleri barındıran özel mülkiyet temelli hukuk paradigmasının yanı sıra, hukukta ekonomizmi görünür kılan bir diğer faktör, özü gereği ekonomik bir anlam barındıran ve fakat hukukun amacı olarak da takdim edilen "etkinlik" (*efficiency*) kavramıdır. Bilindiği üzere hukuka ekonomik yaklaşımın çeşitli okullarınca yapılan şey, hukuka ekonominin penceresinden bakmaktır. Bunun ahlak ve politikadan hukuka açılan eski pencerelere bir alternatif mi oluşturduğu, yahut onları ikame mi ettiği tartışmalıdır. Bu tartışmalar kapsamında, o eski pencerelerden bakıldığında, hukukun irtibatlandırılır görüldüğü adalet, hakkaniyet ve meşruiyet gibi kavramların yerine mi yoksa yanına mı etkinlik kavramının iliştirilmiş ya da ikame edilmiş oluşu önem arz etmektedir[158].

Etkinlik ile özellikle adalet kavramı arasındaki bu ilişki yahut uyuşmazlık bir yana, etkinliğin hukuk ve ekonomi literatüründe bir ilke olarak sunuluşuyla paralel biçimde dillendirilen bir söylem daha vardır: *Common Law*'un etkinliği tezi.

> Horwitz (1977), Amerikan İç Savaşı öncesi dönemde, mahkemelerin ve yargıçların, teamül hukukuna ilişkin yeni, "araçsal" bir bakış açısını benimsediklerini ileri sürmektedir. Teamül hukukunun kurallarını, özel hukuk davalarındaki taraflar açısından adaletin sağlanmasına yönelik yorumlayan on sekizinci yüzyıldaki meslektaşlarının aksine, *on dokuzuncu yüzyıl yargıçları, bu kuralları farklı bir standarda göre; verilen bir kararın Amerikan ticaret hayatını nasıl etkileyeceğine göre yorumlamışlardır.* Bu temel değişim, teamül hukukunu Amerikan iktisadi kalkınması için güçlü bir araç haline getirmiştir.[159]

Horwitz bu toplumsal dönüşümde mahkemelerin hukuku araçsal kullanma ve verilen kararların ekonomik ve ticari yaşamdaki etkilerini gözetme anlayışlarına Adam Smith'in *Milletlerin Zenginliği*'ne atıf yapan mahkeme kararlarına değin çokça çarpıcı örnek verir[160]. Yargı kararları üzerine bu *ex ante,* araçsalcı ve ekonomik etkinliği önemseyen bakış açısı, somut bir davanın görülmesine içkin

[158] Mercuro, "Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", s.62.
[159] Edelman, Stryker, "Hukuka ve Ekonomiye Sosyolojik Yaklaşım", s.228.
[160] Morton J. Horwitz, **The Transformation of American Law: 1780-1860**, Harvard University Press, 1977, United States, s.1-4.

taraflar arasındaki husumetin çözümü gayesi ile genel olarak yargılamanın gayesini[161] perçinleyici bir karakterdedir. Bunda Amerikan *common law* sisteminin kural ile karar arasındaki makas aralığını azaltan özelliği önemli bir etkendir. Bir diğer önemli husus ise, ekonomik yaklaşımla birlikte, tekil davalarda ortaya çıkan husumetlerin çözümü (küçük ve kısa vadeli amaç) toplumsal barış ve huzurun idamesi (büyük ve uzun vadeli amaç) gayesiyle birleştirilmekten ziyade, toplumsal barış ve huzur yerine toplumsal zenginliğin arttırılmasının öncelenişidir. "Bireysel enerjileri toplumsal dönüşüme" ileten bu yargılama mantığı, ekonomik yaklaşımla birlikte, barış ve huzurun idamesi için önem arz eden *adalet* duygusunun tatmini yerine toplumsal zenginliği arttırmayı imleyen *etkinlik* kavramını öne çıkarmıştır.

Etkinlik kavramının öğretide taşıdığı önem, zamana bağlı biçimde değişiklik göstermiştir. 20.yy.'ın ilk yarısında hukuk ve ekonomi korelasyonu üzerine dikkat kesilmiş literatürde, bu kavramın, yüzyılın ikinci yarısındaki kadar önem taşımadığını görürüz. Örneğin, bu dönemin en önemli hukuk ve ekonomi akımı Kurumsalcılıktır ve bu akımın önde gelen temsilcilerinden John R. Commons etkinlik kavramını hukuk ve ekonominin ortak kavram havuzunda görmez. Commons, ekonomi biliminin beş temel ilkesinden dördünün hukuk bilimi açısından da temel mahiyette olduğundan bahisle bu dört unsuru: kıtlık (*scarcity*), geleceğe dönüklük (*futurity*), gelenek (*custom*) ve egemenlik (*sovereignty*) olarak sıralar; ekonominin beşinci temel kavramı olan etkinlik (*efficiency*) kavramının ise hukuk ile değil doğa bilimleri ile ekonominin ortak kavramı olduğunu savunur. Bunun arkaplanı olaraksa, özellikle Anglo-Amerikan iktisadi düşüncesindeki İngiliz geleneğinin hakimiyetini ve bu gelenekte etkinlik kavramının "doğanın yasalarının insanın bilinçli üretim faaliyetine amade kılınıp fayda üretilmesi" olarak kavranışının altını çizer[162].

[161] "Yargılamanın amacı nedir?" sorusuna cevaben Ejder Yılmaz bireyci ve toplumcu perspektifler adı altında, benzer bir ayrım yapar. Bireyci perspektif, bu amacı *husumetli kimseler arasındaki husumetin çözümü* olarak tarif ederken; Toplumcu perspektif, meseleye daha geniş bir şekilde bakarak amacı *toplumsal barışın idamesi* olarak kabul eder. Bu iki uç arasında ortacı/uzlaşmacı görüşler yelpazesi de bulunmaktadır. Ayrıca bir başka görüş, bu sorunsal çerçevesinde yargılamanın amacı ile tekil bir davanın amacını birbirinden ayırırken, ilkinin amacını toplumsal barış, ikincisinin amacını ise menfaat husumetlerinin çözülmesi olarak görür. Bkz. Yılmaz, "Usul Ekonomisi", s.246-247.

[162] Commons, "Law and Economics", s.371.

Bugün ise "etkinlik" kavramı, hukuk ile bağlantılandırılır şekilde, literatürde çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Verilen bir kararın ekonomik etkileri itibariyle kaynakların en yüksek değer seviyesinde kullanılabilecek şekilde tahsisatını olanaklı kılması, faydaların maksimize edilmesi, verili bir amaca ulaşmak adına uygun araçlardan yararlanmak ve bir kişinin durumunu kötüleştirmeden değiliklik yapamama durumu (Pareto-etkinliği) gibi[163]... Örneğin Polinsky'ye göre etkinlik, "bir duruma ilişkin toplam kârlar ile toplam maliyetler arasındaki ilişkiyi ifade eder".[164] Devlin'e göre hukuk kurallarının optimal düzeyinin tanımlanması noktasında hukukun ekonomik analizinin biçtiği kriter, servet maksimizasyonu anlamında etkinliktir[165]. Yine daha önce de belirttiğimiz üzere servet maksimizayonu ile etkinliği özdeş mahiyette okuyanların başında gelen Posner'a göre etkinlik "toplam tüketici ödeme istekliliği anlamında insan tatminini maksimize edecek şeklinde ekonomik kaynakların kullanılması" anlamına gelir. "Bir kaynağın *değer*inin en yüksek seviyede tutulması demek, o kaynak *etkin* bir biçimde kullanılıyor demektir." Ayrıca ekonomik değer de "ödeme istekliliği" üzerinden tanımlanır. "Ödeme istekliliği ise bir toplumda refah ve gelirin *varolan* bölüşümünün bir fonksiyonudur."[166] Dolayısıyla mevcut kaynaklardan mümkün olan en büyük faydanın elde edilmesinin söz konusu olduğu durumlar, "etkin" olarak nitelendirilmektedir [167] ve bunu Posner toplumsal servette (bunun bölüşümü problemini devre dışı bırakarak) artış ve yine servete bağlı ödeme isteği ile çerçevelemiştir. Yani etkinlik meselesi, Pareto ve Kaldor-Hicks modellerinin de yeterli düzeyde yansıttığı üzere, kazananlar ve kaybedenler meselesidir. Kazananların olup kaybedenlerin olmadığı ya da daha da benimsenen bir yaklaşım olarak kazananların kaybedenlerin zararlarını da karşılayabilecek ölçüde çok kazandığı ve ortadaki pastanın (servetin) büyüdüğünü ifade eder. Bu çerçevede

[163] Roger A. Arnold, "Efficiency vs. Ethics: Which is the Proper Decision Criterion in Law Cases?", **The Journal of Libertarian Studies**, Vol.6, No.1, Winter-1982, ss.49-57, s.49.
[164] Polinsky, **An Introduction to Law and Economics**, s.7. Polinsky'e göre etkinlik "pastanın büyüklüğü" ile alakalı iken, eşitlik onun bölünmesi ile alakalıdır. Ona göre, iktisatçılar pastayı büyütmekle ilgiliyken, yasakoyucular onu bölmekle ilgilenir. Benzer şekilde bkz. David D. Friedman, **Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters?**, Princeton University Press, 2000, New Jersey, s.18-19.
[165] Devlin, **Fundamental Principles of Law and Economics**, s.2.
[166] Aktarımlar ve değerlendirme için bkz. Baker, "The Ideology of The Economic Analysis of Law", s.4; Benzer şekilde bkz. Liebhafsky, "Price Theory as Jurisprudence", s.32.
[167] Müller, "Hukukun Ekonomik Teorisi", s.5.

hukuk kurallarının pratik etkilerinin, toplumsal servette bu neviden bir etki meydana getirmesi beklenir ve kuralların bu etkisi, onların etkinlikleri olarak tercüme edilir[168]. Fakat bu etkinlik bahsinde, dikkat edileceği üzere, kazananlar kaybedenlerin kayıplarını telafi ederken aralarındaki durumu eşitlemez; kazananın elinde tazminat sonrasında da yüksek bir fayda kalır. Tazminat, kaybedenlerin bakış açısından tatmin edicidir; kazananlar içinse elde ettikleri faydanın yanında kimi zaman hiçbir şeydir.

Yani Posner'in gözler önüne serdiği, salt zenginlik artışına bağlı bu etkinlik formülasyonu içinde eşitlik ve eşitliğe bağlı bir adalet nosyonu yoktur. Adaletin eşitleyici ve menfaatleri dengeleyici özelliği yerine, hak edişe vurgu yapılarak, sosyal ilişkileri "piyasa adaleti"ne tevdi eden bir bakış açısı söz konusudur. Benzer bir piyasa adaleti kurgusu Avusturya iktisatçılarında da vardır. Eşitliğe iktisadi açıdan, Rothbard'ın bir kitabına vermiş olduğu isim gibi, "doğaya karşı isyan" olarak, bakarlar. Sadece ve sadece Hayek'in prosedürel adaletinin içinde yaşam bulacak ölçüde biçimsel ve hukuki bir eşitlik nosyonu söz konusudur. Fakat eşitliğe karşı bu bakış açısı, Avusturya iktisatçılarında etkinliği önplana almak biçiminde bir çıktı üretmez. Aksine onlar neoklasik etkinlik kavramını, özellikle hukuki süreçlerde benimsenebilecek bir kriter olarak görmezler[169]. Çünkü Avusturya iktisadının piyasa algısına dinamizm şekil verir. Bu dinamik ve belirsizlikler içeren kendiliğinden düzen içerisinde geleceğe ilişkin mükemmel derecede bilgiye vakıf olunamayacağı için, politik kararlar ve yargısal süreçlere rehber mahiyette bir etkinlik nosyonunun esasında bir "kuruntu"dan ibaret olduğunu dile getirirler[170].

Posner'ın bölüşüm (diğer bir deyişle dağıtıcı adalet) problemini devre dışı bırakmak suretiyle bir etkinlik tanımı vermesi, onu önemli bir ikileme kapılmaktan kurtarır. Ancak toplumsal gerçeklik bu ikilemden bir çırpıda kurtulmaya çoğu zaman müsaade etmez. Bölüşüm yahut dağıtım adaleti çerçevesinde toplumsal düzlemde eşitlik problemlerini çözmek ile ekonomik etkinlik perspektifinden toplumsal

[168] Toplumsal servette düşüş meydana getiren yasaların harfiyen tatbik edilmesi, sosyolojik olarak o kuralların etkililiğini (*efficacy*) ifade eder. Etkinlik (*efficiency*) kavramının içeriğini ise iktisadi bilgi şekillendirir.
[169] Bu konuda bkz. Posner, "Hayek, Law, and Cognition", b.a.
[170] Örneğin bkz. Murray N. Rothbard, "Comment: The Myth of Efficiency", **Time, Uncertainty and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes**, (Ed. Mario J. Rizzo), Lexington Books, 1979, Massachussetts, Toronto, ss.90-95, s.90.

sorunlara yaklaşmak bazılarına göre çok büyük ikilem ve bir seçim (*tradeoff*) meselesi olarak beliriverir[171]. Buna göre toplumsal düzeni sağlayan kurallar sistemi gerçeklikte, sadece pastayı büyültmek ile değil, çoğu zaman bunun nasıl dilimleneceğiyle de alakalıdır.

Bazı görüşler ise etkinlik ile adaletin uzlaşmaz kavramlar olmadığını dile getirmektedir. Örneğin hukuka ekonomik yaklaşımın bir başka güçlü isim Calabresi, Posner'in radikal şekilde etkinlik üzerine yapmış olduğu vurguyu benimsemez ve düşüncesinde hem etkinliğe hem de adalet idesine yer ayırır. *Costs of Accidents* isimli kitabının kaza hukukunun amaçları ve alt-amaçlarını (*sub-goals*) değerlendirdiği kısımda, bir kaza hukuku sisteminin eş seviyede ve aralarında "ya/ya da" şeklinde tercih (*tradeoff*) yapılamayacak iki ilkesel amacı olduğunu, bunlardan birinin "adalet ve hakkaniyet", diğerininse "kazaların maliyetlerinin azaltılması" (diğer bir deyişle negatif anlamda etkinlik) olduğunu dile getirir. Fakat bunlardan "görünür amaç" olarak takip edilen "maliyet azaltma"dır. Adalet ve hakkaniyet ise maliyet azaltma amacını takipte bir veto ve sınırlama, diğer bir deyişle nihai sınama (*final test*) kıstası olarak işlev görür[172].

Etkinlik kavramının hukuki düşüncenin merkezine tek başına yerleşemeyeceğine dair Yale Okulu cephesinden yöneltilen bir başka eleştiri, hak sahipliği tahsisatının (*entitlement*) ardındaki sebepleri irdeleyen Calabresi ve Melamed imzalı makalede dile getirilir. Makalede, bir kimseye gürültü ya da çocuk yapma hakkını, mülkiyetini kullanma ya da devretme hakkını veren ya da tersine bunları sınırlayan sebep nedir (?) sorusunun cevabı aranır. Üç ilke değerlendirilmeye alınır: (i) ekonomik etkinlik, (ii) dağıtım, (iii) adalet. [173]

Ekonomik etkinlik: Tarih boyunca pek çok toplum ortak mülkiyet, merkezi planlama ve komuta ekonomisi araçlarını kullanmıştır. Bu tip sistemlerde, insanlar arası ekonomik ilişkilerin etkinliği, söz konusu komuta merkezlerinin kararlarına,

[171] Dağıtım fikriyle etkinlik arasındaki farklılığa ve hatta uzlaşmazlığa dair değerlendirmeler olarak bkz. Calabresi, Melamed, "Property Rights, Liability Rules, and Inalienability", s.1104; Arthur M. Okun, **Equality and Efficiency: The Big Tradeoff**, Brookings Institution Press, 2015, Washington; Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.190.
[172] Calabresi, **The Costs of Accidents**, s.24-25.
[173] Calabresi, Melamed, "Property Rights, Liability Rules, and Inalienability", s.1093-1105; Ratnapala, **Jurisprudence**, s.251-253.

oluşturdukları kural ve kurumların ekonomik sisteme uyumluluğuna, doğru tahmin ve aksiyon gösterme yeterliliklerine bağlıdır. Bilgi problemine odaklanarak Hayek'in eleştirdiği sistem bu tip sistemlerdir. Bazı toplumlarsa ekonomik etkinliği daha ziyade piyasa mekanizmasına bırakmışlardır. Ben miras olarak bir çiftlik edinmişsem ve çiftçilik yapmak istemiyorsam bunu çiftçilik yapmak isteyen birine pekala satabilirim ve kararıma engel mahiyette bir kurum söz konusu değilse serbest pazarlıktan etkin netice çıkacaktır. Eğer çiftçiysem ve toprağın verimliliği düştü ya da ürüne talep azaldıysa, arazimi ekonomik açıdan daha fazla talep edilen başka bir faaliyete hasredebilir yahut satmak suretiyle böyle bir faaliyetin bir başka yatırımcı tarafından yapılmasını -maddi karşılığını alarak- sağlayabilirim. Bu bakış açısı hak sahipliklerinin oluşumu ve değişimini, ekonomik etkinlik ilkesi ve buna bağlı piyasa mekanizması üzerinden okur.

Dağıtıma ilişkin sebepler: Tarih boyunca pek çok toplumun hukuk sistemi, statülere göre hak sahipliklerini *dağıtmıştır*. Statüden sözleşmeye doğru, Maine'in deyimiyle, bir evrimsellik söz konusu olsa da statülerin bir toplumda hepten ortadan kaybolduğunu söylemek mümkün değildir. Devlet memuru statüsü, aile bireyi statüsü, çocuk, kadın ya da işçi statüsü gibi pek çok hal, hak ve yükümlülüklerin dağıtımında bugün de önem arz eder. Ve verili hukuk kurumları salt etkinlik ve pazarlık odaklı hak tahsisini yapmaz. Örneğin miras hukukundaki saklı pay kuralı, tamamıyla statü temelli bir dağıtım ilkesi çıktısıdır.

Diğer adalet sebepleri: Calabresi ve Melamed dağıtım sebeplerinin etkinlikten farklı olarak adalet temelinde rasyonalize edilebileceğini belirtmekle beraber "diğer adalet sebepleri" olarak çok açık ve anlaşılır olmamakla birlikte dağıtıcı adalet dışındaki adalet türlerini ifade ederler[174]. Netice itibariyle bu üç unsur üzerinden işaret ettikleri husus, bir toplumsal düzende hak ve yükümlülüklerin tahsisatında, salt etkinlik nosyonuna bağlı kalabilmenin yetersiz oluşudur[175].

Adalet ve etkinlik arasındaki bir önemli fark ise ilkinin özellikle de dengeleyici ve düzeltici adaletin *ex post* ikincisininse *ex ante* bir kavramsallaştırma oluşudur. Dolayısıyla hukukta etkinlik nosyonunu kuvvetlendirmek isteyen

[174] Bkz. Calabresi, Melamed, "Property Rights, Liability Rules, and Inalienability", s.1198, dn.21.
[175] Calabresi, Melamed, a.g.e., s.1197-1198.

ekonomik yaklaşımlar, bu yolla hukukun *ex ante* düzenleyici etkilerini ve kendini toplumsal sorunlara cevap vermede daima daha iyiye evrilteceği ileri sürerler. Etkinliğin bir hukuk ilkesi olarak benimsenmesi taraftarlarından biri olan Klaus Mathis[176], bu noktada Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi arasındaki yapısal bir farklılığa işaret ederek etkinlik nosyonunun Kıta hukukları için şartlı bir biçimde benimsenebileceğinin altını çizer. Buna göre Kıta hukukları için kural ile karar arasındaki fonksiyonel makas aralığı Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre daha açıktır. Bu yüzden geniş anlamda "yasama faaliyeti kapsamında onanmadığı sürece, salt yargı faaliyeti kapsamında benimsenecek iktisadi argümantasyonlara ihtiyatla yaklaşmak" gerektiğini belirtir[177]. Ama bu sistemik gerekliliğin dışında Mathis, etkinliğe genel olarak adalet kavramının bir gerekliliği gözüyle bakar. Bu yüzden söz konusu iki kavramın birbirlerini zorunlu bir biçimde dışlamadıkları fikrini sahiplenir. İki kavramın karmaşık ama birbirlerini dışlamayan bir irtibat vardır. Örneğin "adaletsizlik insanların üretkenliğini ve çalışma iradesini azaltıp sosyal düzenin meşruiyetinin altını oyarsa, bu durumda adaletin etkinlik için temel bir ön-gereklilik olduğu hususunda başka bir kanıta gerek kalmaz".[178] Onun karşı çıktığı etkinlik kavramı, Posner'in servet maksimizasyonu ilkesi içerisine sıkıştırılmış etkinlik kavramıdır. Bunun dışında etkinlik kavramının hukuk düşüncesinde sistemik farklar bir yana, her geçen gün daha çok önem kazandığını belirtir. Örnek olarak OECD'nin 1995 yılından beri üye ülkelerin yasal düzenlemelerinde aranmasını tavsiye ettiği Düzenleyici Etki Analizini (*Regulatory Impact Analysis* -RIA) gösterir. Benzer bir etkinlik analizi olarak İsviçre Federal Konseyi'nin (federal anayasanın 170 ve parlamento yasasının 140. maddelerine binaen almış olduğu) 15 Eylül 1999 kararını da örnek gösterir Mathis. Bu karara göre, yasal düzenlemelerde beş kıstas üzerinden ekonomik etkinlik analizi yapılması gerekliliği öngörülmüştür. Bu beş kıstas: (i) devlet ediminin gerekliliği, (ii) toplumsal gruplar üzerindeki etkileri, (iii) bütün olarak ekonomi üzerindeki etkileri,

[176] Mathis, Radbruch'un hukuka rehber üç ilkesi, "adalet", "fayda" ve "hukuki belirliliğe" ilaveten, etkinliğin de dördüncü bir ilke olarak benimsenmesi gerektiğini savunur.
[177] Mathis, **Efficiency Instead of Justice?**, s.206
[178] Mathis, **a.g.e.,** s.204

(iv) alternatif düzenlemelerin değerlendirilmesi ve (v) düzenmelenin yürütülmesinin olanaklılığıdır.[179]

Son bir tespit olarak belki hukukun ekonomik öğretisinin, hem özel mülkiyet odaklı yönünün hem de etkinlik arayışlarının birlikte etkisiyle, kamu hukuku sahasını daraltma, buna mukabil özel hukuk sahasını genişletme gibi önemli bir eğilimi barındırdığını tekrar belirtmek gerekir. Bu noktada, toplumda zenginliğin artışı probleminin yanında onun dağılımı meselesine hukukun dahli noktasında, vergi hukuku mekanizması gibi yöntemler yerine, sözleşme ve tazminat hukukunun kullanımı üzerinde durulur[180]. Keza kamu düzeninin idare hukuku vasıtalarıyla sağlanması yerine, kamu mal ve hizmetlerinin özelleştirilmesi süreçlerine eşlik eder bir biçimde, gene sözleşme hukukuna dayanan (Posner'in deyimiyle *common law*[181]) çözümlerin(in) önerilmesi yahut ceza davalarının onarıcı adalet namına uzlaşma süreçlerine giderek daha çok dönüştürülmesi ve parasal cezaların arttırılma önerileri de benzer bir bakış açısını yansıtır. Tüm bunlar, hukukun ekonomik öğretisinin çeşitli düşünsel vasıtalarla ve etkinlik namına hukuki süreçleri tarafların rızai pazarlık süreçlerine (piyasayı taklit eder şekilde) dönüştürme yönünde sunmuş olduğu içeriğin Hayek'in özel hukuk toplumu fikriyle ne derece örtüştüğünü açık bir biçimde gözler önüne sermektedir.

[179] Mathis, **a.g.e.**, s.205; Türk hukukunda idari düzenlemelerde aynı bakış açısının gerekliliği üzerine bir değerlendirme olarak bkz. Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı**, s.69

[180] Mark Tushnett'e dayanan bir tespit olarak bkz. Akman, **Hukuk ve Politika İlişkisi**, s.128; Dağıtıcı adaletin sözleşme hukuku ile vergi hukuku seçenekleri üzerinden sağlanması ile ilgili görece ortada bir bakış açısı ve tartışma olarak bkz. Kronman, "Hukuk ve Sözleşme", s.247, 254.

[181] Bkz. Posner, **Economic Analysis of Law**, s.343 vd.

SONUÇ

Hukuka ekonomik yaklaşım bugün ciddi ölçüde Richard A. Posner ile anılmaktadır. Ama takdir edilecektir ki, Posner'in düşüncelerinin artalanında neoklasik iktisat teorisinin, serbest piyasa liberalizminin ve Chicago İktisat Okulu geleneğinin etkisi büyüktür. Bu gelenek, Kıta liberalizminin önemli bir versiyonu olan Avusturya İktisat Okulu'nun da katkı ve desteği ile birlikte, II. Dünya Savaşı sonrasında liberal düşünceye yön vermiş, onu Keynesçilik, eşitlikçi liberalizm, sosyal devlet veya refah iktisadı gibi eklentilerden ciddi anlamda koparmıştır. Bu okulların liberalizme edindirdiği bu yeni biçem, çokça kullanılan ve benimsenmiş bir adlandırmayla bugün "neoliberalizm" olarak da anılmaktadır. Doğal olarak bu okulların hukuka yönelttikleri ekonomik bakış açıları, aynı zamanda neoliberal hukuk ideolojisinin bileşenlerinin bir görünümünü vermek bakımından önemlidir. Hem Avusturya hem de Chicago okulu ile ciddi entelektüel bağlara sahip Kamu Tercihi Okulu'nun da keza bu kavramsal çerçeveye kamu yararının bir mit olduğunu savunmaları ve kamu mallarında bedavacılık gibi piyasa-dışı hataları (*non-market failures*) genişletmeleri dolayısıyla dahil olduğunu belirtmek gerekir.

Chicago Okulu Coase teoremi ve Becker-Posner çizgisinin ekonomizminin fikrî baskınlığı altında, kamu hukuku kurumlarının etkinlik namına özel hukuk formlarına çevrilmesi noktasında çok geniş bir literatür oluşturmuştur. Tüm bu içerik neoliberalizmin sosyo-ekonomik düzen tasarımı ve bunun hukuki kurgusuyla ciddi bağlar içerir. Bu kurgu, Hayek'in *Privatrechtsgesellschaft* olarak adlandırdığı liberal toplum fikriyle genel olarak uyum içindedir. Posner'ın da Hayek'in de sürekli yasama "müdahaleleri"yle kurgulanmayan "kendiliğinden" bir hukuk düzeni fikrini, *common law* övgüleri eşliğinde sürdürdüğünü görürüz. Bu noktada aralarında beliren fark, Posner'in pragmatik yargıç-yapımı hukuku, Hayek'in anayasal demokrasi üzerine Kıta'dan kalma kabulleriyle uyumsuz bir biçimde öne çıkarışıdır. Bu noktada Posner'in aktif-yaratıcı yargı anlayışının ve pragmatist yargıç figürünün karşısında, fonksiyon ve yetkilerinin anayasal sınırları belli olan klasik liberal yargı anlayışını, Hayek'e benzer bir biçimde Buchanan'ın da savunduğunu görmekteyiz. Buchanan'ın

hukukun ekonomik öğretisi açısından özelliğiyse, Hayek'ten çok daha somut fakat Posner'a nazaran daha sınırlı bir alanda ekonomik bakış açısını hukuk alanına (anayasa hukukuna) yöneltmesinden öte gelir. Kamusal aktörlerin de birer *homo economicus* oluşunun sonucu olarak kamu yararı ilkesinin bir mit oluşunu, kamu hizmetlerinde bedavacılık problemini ve oy, çıkar yahut bütçe maksimizasyonu gibi sorunlara işaret ederek anayasal kurumların hatalar üretebilme potansiyellerine işaret etmesi bu yönde yaşanan somut pek çok sorunun çözümü açısından önemlidir. Fakat anayasal demokrasilerde ortaya çıkan bu hataları, "devlet başarısızlığı" olarak adlandırmak suretiyle, ekonomik anayasa marifetiyle devleti piyasa lehine küçültmenin ve anayasal kurumları ekonomikleştirmenin teorik çerçevesini çizerler. Anayasal kurumları, ideolojik analiz etmediklerini her ne kadar iddia etseler de, gerek devletin anayasal sınırlanmasının (refah devleti ve Keynesçilik karşıtı) belli bir iktisadi düşünce ekseninde yapılması önerileri, gerekse benzer fikirleri benimseyen -Mont Pelerin Topluluğu gibi- entelektüel çevrelerle yoğun ilişkileri, onların 20.yy.'ın ikinci yarısındaki liberal dönüşümün paydaşlarından, yani neoliberal okullardan biri olarak yorumlanmasına neden olmuştur.

Pek tabii ki, hukuka ekonomik yaklaşımı bu üç okulla sınırlamamak gerekir. Ekonomik etkinlik vurgusunun, işin içine adalet tartışmalarını sokmak yoluyla sınırlarını çizen Yale Okulu çizgisi (Guido Calabresi) ve *New Deal* döneminin planlamacı ve müdahaleci özelliklerini yansıtan Kurumsalcı Winsconsin Okulu (John R. Commons) bizim odaklanmış olduğumuz üç okul ile uyumsuz görüntüler yansıtırlar. Bu yüzden gerek Kurumsalcılık gerekse Yale Okulu, bir "hukuki müdahalecilik" ve "yargısal aktivizm" simgesi addedilen, 1950-1960 arasında faaliyet göstermiş olan Earl Warren'in başyargıçlığındaki yüksek mahkemenin ("Warren Court") selefi ve halefi olarak etiketlenmiştir. Bu iki yaklaşım Chicago, Avusturya ve Virginia yaklaşımları karşısında liberalizmin daha eşitlikçi, müdahaleci ve nispeten "sol" olarak nitelendirebileceğimiz kanadında yer alırlar.

Kurumsalcılık ve Yale Okulu dışında, Davranışsalcı İktisat da özellikle Chicago-eksenli ana akımın sert rasyonalite ve *homo economicus* varsayımları karşısında -eşitlikçi olmamakla beraber- bozguncu bir karakter taşır. Böylelikle davranışsalcılar hukuk-ekonomi-psikoloji üçgeninde, deneysel ve farklı bir bakış

açısı sunarlar. Keza oyun kuramının da, ele aldığımız üç hukuk ve ekonomi okulunun dışında ve nispeten eleştirel bir yaklaşım oluşturduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla hukuk ve ekonomi sahasının, bu çalışmada ele alınan üç okul ile sınırlı algılanmaması gerekir. Çalışmanın bu üç okula hasredilmesinin sebebi ise, daha önce de değinildiği üzere, Chicago okulunun öğreti üzerindeki baskınlığından, diğer iki okulun ise onunla uyumlu çıktılar sunması ve çağdaş liberalizm tartışmaları kapsamında ona çoğu zaman müttefik oluşlarından öte gelir.

Dolayısıyla, tüm bu özellikleri nedeniyle hukuka ekonomik yaklaşımın ele almış olduğumuz üç okulca geliştirilen boyutunun ideolojik bir yönünün bulunduğu, kanaatimce son derece açıktır. Hukukun ekonomik öğretisinin arkaplanında ideolojik unsurlar yattığına ve hatta öğretinin sadece bir paravan olduğuna dönük şüpheler ve değerlendirmeler, literatürde pek çok yazarca dile getirilmekte ve yine pek çok yazarca bu şüphelerin haksız olduğuna dönük eleştiriler yapılmaktadır. Sınırlı sayıda eser üretilmiş Türkçe literatüre dikkat kesilecek olursak, genel itibariyle hukukun ekonomik öğretisinin felsefi mahiyetini ve ideolojik boyutunu yeteri derecede sorgulayan eser olduğu söylenemez. Anayasal iktisat üzerine eserleriyle tanınan Aktan, yaklaşık yirmi yıldır, hukuk ile ekonomi arasındaki bağın hukukçularca yeterli derecede dikkate alınmadığı ve yeterli araştırma yapılmaksızın onun neoliberal ideolojinin bir kurgusu olarak sunulduğundan duyduğu rahatsızlıkları dile getirmektedir. Hukukla ekonomi ilişkisi ve onun rekabet hukukuna etkileri üzerine eğilmiş olan Gürkaynak ise, eserinin henüz altıncı sayfasında, bu yaklaşımın ideolojik boyutuna dönük sorgulamaların yersiz olduğunu dile getirmektedir. Yargıç Holmes'e referansla, çağın hukukçusunun mecburen ekonomi bilgisiyle uzlaşık olma zorunluluğunu öğretinin önemini vurgulama noktasında öne çıkarmakta ve bir nevi çağın ruhuna gönderim yapmaktadır. Ekonomik yaklaşımı Türk özel hukuk sahasına uygulama noktasında önemli eserler kaleme almış olan Sanlı ise, doktora tezinin ilk bölümünün son sayfalarında (s.97), kendi bakış açısının Posner'in servet maksimizasyonu ilkesine karşıt bir biçimde sosyal refah temelli olduğunu dile getirerek ve bu konuyu tercihen ilerletmeyerek, meselenin ağırlıklı olarak haksız fiil hukuku boyutunu ilgi edinir. Ekonomik öğretiyi sözleşme hukuku sahasına uyguladıığı bir diğer eserinde de genel olarak bu yaklaşımını sürdürür. Bu

çalışmaların dışında, hukuk ve ekonomi ilişkisine dair kaleme alınmış Türkçe makalelerin bir kısmında, konunun ideolojik boyutunu göstermek açısından kritik önem arz eden servet maksimizasyonu ile refah maksimizasyonu kavramları arasındaki ayrımın bile henüz net bir biçimde belirginleştirilemediğini, hatta bir kısmında karıştırıldığını görmek mümkündür. Dolayısıyla hukuka ekonominin penceresinden bakışın *(i)* aksiyomatik unsurlarının ve felsefi temellerinin mahiyetinin ve *(ii)* bu pencerenin, servet ve refah ayrımı üzerinden kendini açığa vuran liberalizm içindeki konumunun (dolayısıyla ideolojik boyutunun) yeterince değerlendirildiğini söyleyemeyiz. Konunun bu iki yönü, meseleye hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi cephelerinden yaklaşıldığında, kanaatimce göz ardı edilemeyecek yönlerdir. Ekonomik yaklaşımın hukukta kullanılabilirliğinin, artı ve eksilerinin değerlendirilmesinde, kanımca meselenin bu yönleri de dikkate alınmalıdır ve çalışmada bunlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Ele alınması ve soruşturulması gereken bir başka husus ise hukuka ekonomik yaklaşımın toplumsal dayanaklarıdır. Zira hukuk, toplumsal yaşama düzenine ilişkindir ve bugün bile haliyle tüm dünyayı homojen bir toplumsal yapı ve özellik içerisinde telakki edemeyiz. Dünyanın her köşesinde ve her kendine özgü hukuk düzeninin içinde, içinde bulunulan toplumsal gerçekliğin kendine özgü değerleri yer bulur. Dolayısıyla Posner'in yahut Buchanan'ın hukuki yahut anayasal kurumları tahlillerinin, dünyanın başka bir köşesindeki hukuk düzeni açısından geçerliliğini tartışırken, meselenin toplumsal boyutunun da değerlendirilmesi icap eder. Bu konu üzerine Swedberg gibi yazarların yaptıkları gibi eğilme girişiminde bulunmuş fakat pek fazla derinlik kazandıramamış birkaç çalışma dışında, hukuka ekonomik yaklaşımın toplumsal boyut ve dayanaklarının uluslararası literatürde dahi pek fazla ele alınmamış olduğunu belirtmek gerekir. Bunda neoklasik iktisat teorisinin güdümündeki ana-akımın, Swedberg'in deyimiyle "a-sosyolojik" kalışının da önemli bir payı vardır. Bu yönü dolayısıyla hukuka ekonomik yaklaşımın toplumsal dayanaklarının genel olarak zayıflığından rahatlıkla bahsedebiliriz. Ekonomik etkinlik uğruna, hukukun piyasayı taklit etmesi gerektiğinden, otoyollar ve göller gibi pek çok kamusallığın özelleştirilmesini, organ ve hatta bebek piyasasını savunmaya dek, giderek radikalleşen düşünsel çıktılar üreten bir bakış açısının,

toplumun çatışmalı doğası, kültürel çeşitliliği ve zenginliğe bağlı bölünmüş yapısı karşısında kendi söylemini sağlama alacak argümanlar geliştirmesi beklenirken, bunu görebilmek güçtür. Görülebilen tek şey, 18.yy.'ın "kendiliğinden düzen" kavramı üzerine temellendirilmiş söylemler ve Hayek'in totalitarizm ünlemleri eşliğinde sunduğu ve fikrî sütunlarını dikmeye çalıştığı özel hukuk toplumudur.

Çalışmada, hukuka ekonomik yaklaşımın toplum teorisiyle temas ettiği diğer noktalar olarak, onun çoğu zaman birlikte anıldığı neoliberal ve postmodern toplum tasarımları yahut tahlilleri değerlendirilmeye çalışılmıştır. Zira ana-akım ve müttefiklerinin hukuki ve anayasal analizler vasıtasıyla gerekçelendirir göründükleri toplumsal düzene dair yeniden yapılanma önerileri, neoliberal düşüncenin toplum tasarımıyla pek çok noktada örtüşmektedir. Bu çerçevede neoliberal ve postmodern toplumun bireyi, her tür kolektif bağdan arındırılarak tekilleştirilmekte, kendi özçıkarının takipçisi bir *homo economicus* ve hatta bir *sermaye-insan* (*human-capital*) olarak mutlak bir biçimde sorumlulaştırılmaktadır. Modernitenin güvenlik paradigmasının yerini, tekil öznelerce dikkate alınması gereken riskler, bireysel önlemler ve sigortalar ile sözleşmesel ilişkiler alır. Bu tekilleşmenin hukuki formülasyonları ise özel mülkiyet haklarının uçsuz bucaksız genişlemesi, tüm kamusal ve müşterek varlıkların, devletin ve hukukun dahi özelleştirilmesine kapı aralar. Bu açılan kapının ardında devredilmez kabul edilen haklar ekonomikleştirilmekte ya da Posner'in tabiriyle "dogmatik hukukun kutsal inekleri" kutsallıktan arındırılmaktadır.

Hukuka ekonomik yaklaşımın ayrıca risk toplumu tartışmalarıyla da ciddi bağlantı noktaları söz konusudur. Ulrich Beck'in deyimiyle "bugünün, gelecek karşısında yok olduğu" risk toplumuyla, hukukun ekonomik öğretisinin etkinlik söylemine eşlik eden ileriye dönüklük (*ex ante*) vurgusu arasında bir paralellik söz konusudur. Fakat risk toplumu tartışmaları, neoliberal ve postmodern toplum teorileri gibi, hukukun ekonomik öğretisine refakat eden bir yöne sahip olmanın yanı sıra, aynı zamanda onu sorgulamaya açan eleştirel bir içeriği de bünyesinde barındırır. Risk toplumu tartışmaları kapsamında ele alınan "insan, toplum ve doğa arasındaki *sorunlu* ilişki", aynı zamanda ekonomik yaklaşımın açık veren noktalarını da gözler önüne sermektedir. Bu sorunlu ilişki, insanın doğa üzerinde hakimiyet kurma ve onu

özel mülkiyete dönüştürme anlayışının (yumurta-tavuk paradoksu gibi) hem sebebi hem de sonucudur. Ekolojik hukuk yaklaşımlarınca da vurgulandığı üzere, bu sorunlu ilişki, insanı esasında içinde bulunduğu ve ayrı olmadığı doğadan uzaklaştırmakta ve yabancılaştırmaktadır. Netice itibariyle de insan, geri-dönüşlü, mekan, zaman ve sınıf açısından haddi hududu olmayan çok çeşitli risklerle birlikte yaşamak zorunda kalmaktadır. Devletin düzenleyici ve vergileme yetkisiyle telafi mekanizmasını çalıştırıcı fonksiyonunu sınırlandırıp bu fonksiyonu haksız fiil hukukuna transfer eden Coase teoreminin ekonomik dışsallık sorununu giderme maksadının yanında beliriveren kirlilik piyasası ve onun ortaya çıkardığı çeşitli riskler, bu durumun en göze çarpan örneğidir.

Hukuka ekonomik yaklaşımın temas edilmiş bu boyutları ve pek çok kimse için sakınca olarak görülebilecek özellikleri, daha önce de belirtildiği üzere çalışmada üç temel ekolün merkeze alınması dolayısıyla, hukuk ve iktisat bağlamında gelişmiş olan sahanın bütününe teşmil edilebilir değildir. Çalışmanın ağırlıklı olarak eleştirel bir içeriğe bürünmesi, belki konunun bir nebze hukukçu muhafazakarlığı refleksleriyle ele alınmasından kaynaklanmış olabilir. Dolayısıyla hukukun dogmatik kabullerini sarsan yayılmacı-iktisadi yaklaşımları (ki bu noktada Anglo-Amerikan hukuk sistemine nazaran ekonomik öğretinin Kıta hukuk sistemine daha yabancı olduğunun tekrar altını çizelim) eleştirmek, bu muhafazakar refleksler üzerinden yapıldığında zor bir iş sayılmaz. Esas mesele, tam tersi yönde, mantıklı ve makul temellendirmeler yapabilmektir. Dolayısıyla eleştirirken ve çekinceler ihtiva eden noktaları belirtirken, ekonomik yaklaşımın hukukbilimine yapmış olduğu katkıları da görmezden gelmemek gerekir. Öyle ki, bütünsel bir değerlendirme yapıldığında, ekonomik yaklaşımın hukukbilimi açısından dikkate değer yönlerinin bulunduğunu pek tabii söyleyebiliriz: Örneğin hukuk araştırmalarının ekseriyetini oluşturan nitel araştırmalardan farklı olarak, nicel verileri işleme potansiyelinden ötürü dikkat çekici bir yaklaşımdır. Bu noktada ABD'de Learned Hand'in yapmış olduğu gibi yaratıcı çözümler, iktisadi değerlendirmelerin eşliğinde ortaya çıkmıştır. Bir diğer önemli olduğu nokta ise, özellikle davranışsalcı teorinin etkileri vesilesiyle, empirik hukuk çalışmalarına dayanak sağlayıcı yönüdür. Ayrıca Posner'in vurguladığı gibi, nesnel çıktılar üretebilme kaygılarını besleme yönü de, *konusu*

elverdiği (yani ekonomik olduğu) ölçüde hukuka ekonomik yaklaşımı dikkate değer kılan bir başka özelliktir. Tüm bunların onun ideolojik yönüne paravan edilmesi her ne kadar haksızsa, ideolojik tarafının bu özellikleri gölgelemesine zemin oluşturmak da o kadar haksızlık olur.

KAYNAKÇA

AGAMBEN, Giorgio; "For A Theory of Destituent Power", **criticallegalthinking. com** (05 February 2014), par.7, (Açık Erişim: http://criticallegalthinking.com/2014/02/05/theory-destituent-power/)

AGHION, Philippe; BOLTON, Patrick; "A Theory of Trickle-Down Growth and Development", **Review of Economic Studies**, Vol.64, 1997, ss.151-172.

AKAL, Cemal Bâli; **Hukuk Nedir?**, Dost Kitabevi, 2017, Ankara.

AKKAYA KİA, Rukiye; **Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk**, Beta Yay., 2.b., 2011, İstanbul.

AKMAN, Şefik Taylan; **Hukuk ve Politika İlişkisi: Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi**, İmge Kitabevi, 2016, Ankara

AKTAN, Coşkun Can; **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete**, Yeni Türkiye Yay., 1999, Ankara.

Türkiye'de Anayasal İktisat: Eleştirel Görüşlerin Eleştirisi, Sobiad Yay., 2020, İzmir

"Hukukun İktisadi Analizi ve Muhtelif Uygulama Alanları", **Hukuk ve İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.50-74.

"Kamu Tercihi Teorisi ve Anayasal Politik İktisat", **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.3-30.

"James M. Buchanan'ın Politik İktisada Katkıları", **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.335-354.

"Anayasal İktisat ve Homo Economicus'un Felsefesi: Köpekler, Kurtlar ve İnsanlar", **Anayasal**

İktisat, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.724-727.

"Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Liberterianizm, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:28, Sayı:1, Mart-1995, ss.3-32

AKTAN, Coşkun Can; DİLEYİCİ, Dilek; "Kamu Ekonomisinde Karar Alma ve Oylama Yöntemleri", **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.35-64.

AKTAN, Coşkun Can; KARAASLAN, Yusuf T.; "Regülasyon Ekonomisi ve Kamusal Regülasyonlar Teorisi", **Kamu Ekonomisi ve Kamu Politikası**, (Ed.Coşkun Can Aktan vd.) Seçkin Yay., 2.b., Ankara, 2006;

AKTAŞ, Sururi; **Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi**, Liberte Yay., 2001, Ankara.

ANTALYA, O. Gökhan; **Hukuk Teorisi**, Seçkin Yay., 2019, Ankara

ALADA, A. Dinç; **İktisat Felsefesi ve Belirsizlik**, Bağlam Yay., 2000, İstanbul.

ARAL, Vecdi; "Hukuku Bilim Yapan Nedir?", **İnsan Özgür Mü?**, İstanbul Barosu Yay., 2004, İstanbul, ss.351-361.

ARDA ÖZALP, Leyla Firuze; **İktisatta Refah ve Refah Devletinin İktisadi Analizi**, (Tez Danışmanı: Gülden Ülgen), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2016, İstanbul.

ARISTOTELES; **Politika**, (Çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1975.

ARNOLD, Roger A.; "Efficiency vs. Ethics: Which is the Proper Decision Criterion in Law Cases?", **The Journal of Libertarian Studies**, Vol. 6, No.1, Winter-1982, ss.49-57.

ARROW, Kenneth J.; **Social Choice and Individual Values**, John Wiley and Sons Inc., 1963, United States.

ASPROMOURGOS, Tony; "Neoclasical", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman), MacMillan, 1991, United Kingdom, ss.502-503.

ATİYAS, İzak; ODER, Burak; **Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, TEPAV Yay., 2008, Ankara

ATKINSON, Glen; "Going Concerns, Futurity and Reasonable Value", **Journal of Economic Issues**, Vol.43, No.2, January-2009, ss.433-440.

AUSTIN, John; **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, (Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş), Tekin Yay., 2015, İstanbul

BAKER, C. Edwin; "The Ideology of the Economic Analysis of Law", **Philosophy and Public Affairs**, Vol.5, No.1, Autumn-1975, ss.3-48.

BARRY, Norman P.; **Hayek's Social and Economic Philosophy**, MacMillan Press, 1982, London and Basingstoke.

Modern Siyaset Teorisi, (Çev. Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin), Liberte, 3.b., 2012, Ankara.

"The New Liberalism", **British Journal of Political Science**, Vol.13, Issue:1, January-1983, ss.93-123

"Yeni Liberalizm", (Çev. Beyza Aydaş), **Liberalizm: El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte Yay., 2.b., 2017, Ankara, ss.301-350.

BASTIAT, Frédéric; **Hukuk**, (Çev. Yıldıray Arsan, Atilla Yayla), Liberte Yay., 4.b., 2010, Ankara.

"Görünen ve Görünmeyen", (Çev. Emrah Akkurt), **Piyasa**, Sayı:6-7, 2003, ss.101-103.

BAUDRILLARD, Jean; **Baştan Çıkarma Üzerine**, (Çev. Ayşegül Sönmezay), Ayrıntı Yay., 5.b., 2019, İstanbul

BAUMAN, Zygmunt; **Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları**, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yay., 2000, İstanbul

BAYKAL, C. Murat; "Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Say:4, Güz-2008, ss.76-87.

BECK, Ulrich; **Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru**, (Çev. Kâzım Özdoğan, Bülent Doğan), İthaki Yay., 2.b., 2014, İstanbul.

World at Risk, (Trans. by Ciaran Cronin), Polity Press, 2009, Cambridge, Malden

BECKER, Gary S.; **The Economic Approach to Human Behavior**, University of Chicago Press, 1976, Chicago and London.

"Crime and Punishment: An Economic Approach", **The Journal of Political Economy**. Vol.76, No.2, 1968, ss.169–217.

"A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", **The Quarterly Journal of Economics**, Vol.98, No.3, August-1983, ss.371-400.

BENICOURT, Emmanuelle; GUERRIEN, Bernard; **Neoklasik İktisat Teorisi**, (Çev. Mustafa Dönmez, Hüseyin Şahin, Ertuğrul Tokdemir), İletişim Yay., 2017, İstanbul

BENSON, Bruce L.; "Customary Commercial Law, Credibility, Contracting, and Credit in High Middle Ages", **Research Handbook on Austrian Law and Economics**, (ed. Todd J. Zywicki, Peter J. Boettke), Edward Elgar Publ., 2017, Cheltenham, Northampton, ss.129-177

BENTHAM, Jeremy; "Truth versus Ashhurst: or, Law as It Is Contrasted With What It Is Said To Be [Yazım tarihi: 1789, İlk Baskı: 1823]", **The Works of Jeremy Bentham**, Vol.5 (Ed. John Bowring), 1843, Edinburgh and London.

An Introduction to The Principles of Morals and Legislation [1789], Clarendon Press, 1907 [1823 tıpkı bas.], London.

"Manual of Political Economy", **The Works of Jeremy Bentham: Part IX**, (Ed. John Bowring), Stevenson and Co., 1839, Edinburgh, ss.33-84.

"Panoptikon ya da Gözetim Evi" (Çev. Barış Çoban, Zeynep Özarslan), **Panoptikon: Gözün İktidarı**, (Haz. Barış Çoban, Zeynep Özarslan), Su Yay., 2008, İstanbul, ss.9-76.

Yasamanın İlkeleri, (Çev. Barkın Asal), XII Levha Yay., 1.b., 2011, İstanbul.

Ahlak ve Yasama İlkeleri, (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı), Litera Yay., 2017, İstanbul.

BERMAN, Harold J.; **Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition**, Harvard University Press, 1983, Cambridge.

BERNSTEIN, Peter L.; **Tanrılara Karşı: Riskin Olağanüstü Tarihi**, (Çev. Canan Feyyat), Scala Yay., 7.b., 2015, İstanbul

BIEBRICHER, Thomas; "The Rise of Juridical Neoliberalism", **The Politics of Legality in a Neoliberal Age**, (Ed. Ben Golder, Daniel McLoughlin), Routledge, 2018, United Kingdom, ss.97-115

BIX, Brian; **Jurisprudence: Theory and Context**, 5th.ed., Carolina Academic Press, 2009, Durham.

"Richard Posner", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia**, Vol.II, (Ed: Christopher B. Gray), Garland Publ., 1999, New York and London, ss.665-666.

BORATAV, Korkut; **Dünyadan Türkiye'ye İktisattan Siyasete**, Yordam Kitap, 2015, İstanbul

BÖHM, Franz; "The Rule of Law in a Market Economy", **Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution**, (ed. Alan Peacock, Hans Willgerodt), Palgrave Macmillan, 1989, United States, ss.46-67

BRANDEIS, Louis; "The Living Law", **Illinois Law Review**, Vol.10, No.7, Feb-1916, ss.461-471.

BRAUDEL, Fernand; **Maddi Uygarlık: Mübadele Oyunları**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, 2.b., 2004, Ankara.

BROWN, Jennifer G.; AYRES, Ian; "Economic Rationales of Mediation", **Virginia Law Review**, Vol:80, No:2, March-1994, ss.323-402.

BROWN, Wendy; **Halkın Çözülüşü: Neoliberalizmin Sinsi Devrimi**, (Çev. Barış Engin Aksoy), Metis Yay., 2018, İstanbul.

BUCHANAN, James M.;

Why I, Too, Am Not a Conservative: The Normative Vision of Classical Liberalism, Edward Elgar Publ., 2005, Cheltenham, Massachussetts.

The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan, Libertyfund Inc., University of Chicago, 2000, [orj.1975], United States.

"Social Choice, Democracy and Free -Markets", **Journal of Political Economy,** Vol. 62, No. 2, April-1954, ss.14-123.

"What Should Economists Do?" **Southern Economic Journal**, Vol.30, No.3, Jan.-1964, ss.213–222.

"Politics, Property, and the Law: An Alternative Interpretation of Miller et al. v. Schoene", **Journal of Law and Economics**, Vol.15, No.2, 1972, ss.439–452.

"Good Economics – Bad Law", **Virginia Law Review**, Vol.60, No.3, March-1974, ss.483-492.

"Contractarian Political Economy and Constitutional Interpretation", **The American Economic Review**, Vol.88, No.2, 1988, ss.135–139.

"The Minimal Politics of Market Order", **Cato Journal**, Vol.11, No.2, Fall-1991, ss.215-232.

"Devletin Başarısızlığını Teşhiste ve Yapısal Reform Önerisinde Kamu Tercihi Teorisinin Başarısı ve Sınırları", (Çev. C. Can Aktan), **Anayasal İktisat** (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.127-138.

"Anayasal İktisadın İlgi Alanı" (Çev. Melek Seferoğlu), **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.269-281.

"İktisat Politikası Anayasası", (Çev. Vural F. Savaş), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.130-144.

"Liberal Anayasa Üzerine", (Çev. İrfan Kapalı), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.145-154.

BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G.; **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**, Liberty Fund Inc., 1999, Indianapolis.

BUĞRA, Ayşe; **İktisatçılar ve İnsanlar: Bir Yöntem Çalışması**, İletişim Yay., 9.b., 2013, İstanbul.

BUTLER, Eamonn; **Hayek: Çağımız İktisat ve Siyaset Felsefesine Katkısı**, (Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya), Liberte Yay., 2001, Ankara.

CAILLE, Alain; **Faydacı Aklın Eleştirisi**, , (Çev. Devrim Çetinkasap), İletişim Yay., 2007, İstanbul.

CALABRESI, Guido; "Some Thoughts on Risk Distrubation and The Law of Torts", **Yale Law Journal**, Vol.70, 1961, ss.499-553.

"An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin", **Hofstra Law Review**, Vol.8, 1980, ss.553-562.

The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, Yale University Press, 1970, United States.

The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection, Yale University Press, 2016, United States.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas; "Property Rules, Liability Rules And Inalienability: One View of The Cathedral", **Harvard Law Review**, Vol.85, No.6, 1972, ss.1089–1128.

CAPLAN, Lincoln; "Is the Supreme Court Ready for This Kind of Free-Market Justice?", **Washington Post**, 30/09/1984

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo; **Hukukun Ekolojisi: Doğa ve Toplumla Uyumlu Bir Hukuk Sistemine Doğru**, (Çev. Ebru Kılıç), Koç Üniversitesi Yay., 2019, İstanbul

CARDOZO, Benjamin N.; **Yargı Sürecinin Doğası**, (Çev. Muzaffer Dülger, Sedat Erçin), Tekin Yay., 2018, İstanbul

CASLIN, Terry; "Devlet ve Ekonomi" (Çev. Mensur Akgün), **Liberalizm, Refah Devleti, Eleştiriler** (Der. Kemâli Saybaşılı), Bağlam Yay., 1993, Ankara, ss.290-316.

CASSENS WEISS, Debra; "Why Did Posner Retire? He Cites 'Difficulty' With His Colleagues On One Issue", abajournal.com, 07/09/2017, https://www.abajournal.com/news/article/why_did_posner_retire_he_cites_difficulty_with_his_colleagues_on_one_issue

CLARKE, Simon; "Neoliberal Toplum Kuramı", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.91-105.

COASE, Ronald H.; "The Problem of Social Cost", **Journal of Law and Economics**, Vol.56, No:4, November-2013, ss.837-877.

"Law and Economics at Chicago", **The Journal of Law and Economics**, Vol. 36, No. 1, Part 2, [John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago, Apr., 1993], ss. 239-254.

"Law and Economics and A. W. Brian Simpson", **The Journal of Legal Studies**, Vol.25, No.1, Jan.-1996, ss.103-119.

"Firmanın Doğası", (Çev. Can Madenci), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.171-193.

"Yeni Kurumsal İktisat", (Çev. İnan Bozkurt), **Nobelite ve Liberal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2020, İzmir, ss.194-198

COHEN, George M.; "Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View From The Bench", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 133, No. 5 (Jun., 1985), pp. 1117-1166.

COLEMAN, Jules L.; "Economics and the Law: A Critical Review of Foundations of the Economic Approach to Law", **Ethics**, Vol.94, No.4, Jul.-1984, ss.649-679.

"The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'", **Stanford Law Review**, Vol.34, No.5, May-1982, ss. 1105-1131.

"Efficiency, Utility, and Wealth Maximization", **Hofstra Law Review**, Vol.8, 1980, ss.509-551.

COLLINS, Randall; **Sosyolojide Dört Ana Gelenek**, (Çev. Ümit Tatlıcan), Sentez Yay., 2015, İstanbul,

COMMONS, John R.; **Legal Foundations of Capitalism**, MacMillan Co., 1924, United States.

"Law and Economics", **Yale Law Journal**, Vol.34, Issue:4, 1925, ss.371-382.

COOTER, Robert D.; "Coase Theorem", **The New Palgrave: The World of Economics**, MacMillan, 1991, United Kingdom, ss.52-57

CORNFORTH, Maurice; "Pragmatizm" (Çev. Tonguç Ok), **Bilim ve Düşünce: Gericiliğin ve Saldırganlığın Teorisi-Amerikan "Felsefesi"**, Doğa Yay. İstanbul, 2005, ss.47-97.

COTTERRELL, Roger; **Hukukbilimin Politikası**, (Çev. Saim Üye), Pinhan Yay., 2018, İstanbul.

CULP, Jerome; "Judex Economicus", **Law and Contemporary Problems**, Vol.50, No.4, Autumn-1987, ss.95-140.

ÇEBİ, Sezgin Seymen; "Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme", **Hukuk Kuramı**, Cilt:2, Sayı:6, Kasım-Aralık 2015, ss.1-19

ÇINAR ÖZKAN, Sezal; "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik", **HHFD**, C.3, S.1, 2013, s.85-98.

"Pragmatizm Hukuka Ne Önerebilir?" **HHFD**, C.7, S.1, 2017, ss.311–332.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian; **Dünyanın Yeni Aklı: Neoliberal Toplum Üzerine Deneme**, (Çev. Işık Ergüden), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2012, İstanbul.

de SOTO, Hernando; **Sermayenin Sırrı: Kapitalizm Batı'da Zaferle Kazanırken Diğer Yerlerde Neden Başarısız?**, (Çev. Murat Aygen), Liberte Yay., 3.b., 2009, Ankara.

DEFLEM, Mathieu; **Hukuk Sosyolojisi**, (Çev. Devrim Özkan, Yücel Karadaş), Adres Yay., 2019, İstanbul.

DELEUZE, Gilles; **Nietzche ve Felsefe**, (Çev. Ferhat Taylan), Norgunk Yay., 2011, İstanbul.

"Denetim Toplumları Konusunda Bir Ek", (Çev. Ulus Baker), **Birikim**, Sayı:142-143, Şubat-Mart 2001, https://www.birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-142-143-subat-mart-2001/2334/denetim-toplumlari-konusunda-bir-ek/4382

DELEUZE, G.; GUATTARI, Felix; **Anti-Ödipus: Kapitalizm ve Şizofreni 1**, (Çev. Fahrettin Ege, Hakan Erdoğan, Mustafa Yiğitalp), Bilim ve Sosyalizm Yay., 2.b., 2014, Ankara.

DEMİR, Ömer; **İktisat Metodolojisi**, Sentez Yay., 2012, Bursa.

Akıl ve Çıkar: Davranışsal İktisat Açısından Rasyonel Olmanın Rasyonelliği, Sentez Yay., 2013, Bursa.

DERREUX, M. G.; "Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kaidesi Hakkında Bazı Düşünceler", (Çev. Jale Güral), **AÜHFD**, Cilt:2, Sayı:4, 1945, ss.197-233

DEWEY, John; "Hukuk Felsefem", (Çev. Furkan Kararmaz), **Hukuk Kuramı**, Cilt:3, Sayı:4-5, Temmuz-Ekim 2016, ss.30-38 (Açık Erişim: https://goo.gl/57EXXv)

DEVLIN, Alan; **Fundamental Principles of Law and Economics**, Routledge, 2015, London and New York.

DIAMOND, Peter A.; "Posner's Economic Analysis of Law", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.5, No.1, Spring-1974, ss.294-300.

DİNÇKOL, Abdullah; **Sosyoloji**, 2.b., Der Yay., 2019, İstanbul.

DİNLER, Zeynel; **Mikroekonomi**, 13.b., Ekin Yay., 2000, Bursa.

DOERING, Detmar; **Frédéric Bastiat**, (Çev. Kadir Koçdemir), Liberte Yay., 1999, Ankara

DOMNARSKI, William; **Richard Posner**, Oxford University Press, 2016, NewYork.

DUGGER, William M.; "Property Rights, Law and John R. Commons", **Review of Social Economy**, Vol. 38, No. 1 April-1980, ss. 41-53.

DUGUIT, Leon; **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Yay., 1954, Ankara.

Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans, (Çev. Edip Serdengeçti, Emre Partalcı), Pinhan Yay., 2019, İstanbul

DUMÉNİL, Gérard; LÉVY, Dominique; "Neoliberal (Karşı) Devrim", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.25-41.

DÜLGER, Muzaffer; "Hukuk, Evrim ve Pragma: Holmes ve Cardozo'nun Pragmatik Düşünceleri Üzerine Bir Değerlendirme", **HHFD**, Cilt:7, Sayı:1, 2017, ss.449-478.

"Hukuki Pragmatizm: Hukuki Muhakeme Felsefesi ve Richard A. Posner", **Hukuk ve İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2019, İzmir, ss.96-128.

DWORKIN, Ronald; **Hukukun Hükümranlığı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2018, İstanbul.

Justice for Hedgehogs, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, London, Massachussetts.

"In Praise of Theory", **Arizona State Law Review**, Vol.29, 1997, ss.353-376.

"Is Wealth a Value?", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, No. 2, (Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives), March-1980, ss.191-226.

"Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner", **Hofstra Law Review**, Vol. 8: Issue: 3, Article: 5, ss.563-590.

EDELMAN, L. B.; STRAYKER, R.; "Hukuka ve Ekonomiye Sosyolojik Bir Yaklaşım", (Çev. Zeynep Berke Çetin), **İktisat Sosyolojisi**, (Ed. Neil J. Smelser, Richard Swedberg, Çev. Ed. Esma Gültüvin Gür Omay), Sentez Yay., 2013, Ankara, ss.209-255.

EGE, Ragıp; "Ekonomi", **Felsefe Ansiklopedisi**, Cilt:5, (Ed.Ahmet Cevizci), Ebabil Yay., 2007, Ankara, s.236-264.

ELDERS, J. L. M.; "Rudolph von Jhering (1818-92) and the Economics of Justice", **The Elgar Companion to Law and Economics** (Ed. Jürgen Backhaus), 2nd ed., Edward Elgar Publishing, Inc., 2005, United Kingdom, ss.568-575.

ENGLE, Eric; "Law and Economics: Theoretical Puffery, Exaggerated Claims and Counterfactual Models", **The Journal Jurisprudence**, Vol.2, 2009, ss.29-59.

ERDOĞAN, Mustafa; **Hukuk ve Adalet,** Hukuk Yay., 2017, Ankara.

ERSEL, Hasan; "Ronald Coase ve İktisatta Dışsallık Sorunu", **İktisat ve Toplum**, Sayı: 36, 2013, ss.43-48.

FIDE, Ben; MILONAKIS, Dimitris; **İktisadi Emperyalizmden Acayip İktisada: İktisat ve Diğer Sosyal Bilimler Arasında Değişen Sınırlar**, (Çev. Eren Kırmızıaltın, Hüsnü Bilir), Heretik Yay., 1.b., 2014, Ankara.

FINK, Eric M.; "Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics", **Hastings Law Journal**, Vol.55, Issue:4, 2004, ss.931-964.

FOUCAULT, Michel; **Biyopolitikanın Doğuşu: College de France Dersleri (1978-1979),** (çev. Alican Tayla), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2015, İstanbul

FRASER, Nancy; "İlerici Neoliberalizmin Sonu", (Çev. Ayşe Kalav), **Vira Verita** (E-Dergi - 09/08/2017). https://viraverita.org/yazilar/ilerici-neoliberalizmin-sonu

FREEMAN, Michael; "Neoliberal Politikalar ve İnsan Hakları", (Çev. Şafak Evran Topuzkanamış), **DEÜHFD**, Cilt: 17, Sayı: 2, 2015, ss.165-188

FREYER, Hans; **Sanayi Çağı**, (Çev. Bedia Akarsu, Hüseyin Batuhan), Doğubatı Yay., 2.b., 2018, İstanbul.

FRIEDMAN, David D.; **Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters?**, Princeton University Press, 2000, New Jersey

FRIEDMAN, Milton; **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk, Nilgün Himmetoğlu), Altın Kitaplar, 1988, İstanbul

FUKUYAMA, Francis; **Büyük Çözülme: İnsanın Doğası ve Toplumsal Düzenin Yeniden Oluşması**, (Çev. Zeynep Avcı, Aslı Telli Aydemir), Sabah Kitap, 2000, İstanbul

FUREDI, Frank; **Korku Kültürü: Risk Almamanın Riskleri**, (Çev. Barış Yıldırım), Ayrıntı Yay., 2001, İstanbul

GAGNIER, Regenia; "Neoliberalism and The Political Theory of the Market", **Political Theory**, Vol.25, No.3, June-1997, ss.434-454

GALBRAITH, John K.; **İktisat Tarihi**, Dost Kitabevi, (Çev. Müfit Günay), 2.b., 2010, Ankara.

GIDDENS, Anthony; **Modenliğin Sonuçları**, (Çev. Ersin Kuşdil), Ayrıntı Yay., 1994, İstanbul.

Üçüncü Yol ve Eleştirileri, (Çev, Nihat Şad), Phoenix Yay, 2001, Ankara

GIDE, Charles; "Has Co-operation Introduced a New Principle into Economics?"; **The Economic Journal**, Vol.: 8, 1898, ss.490-511.

GLINAVOS, Ioannis; "Neoliberal Law: Unintended Consequences of Market-Friendly Law Reforms", **Third World Quarterly**, Vol.29, No.6, 2008, ss.1087-1099.

GORDON, David; **Avusturya İktisadı'nın Felsefi Kökleri**, (Çev. Necmiddin Bağdadioğlu), Liberte Yay., 2000, Ankara

GÖKÇAY, Şerif Emre; **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları**, XII Levha Yay., 2018, İstanbul

GRAF, Konrad; "Action-Based Jurisprudence: Praxeological Legal Theory in Relation to Economic Theory, Ethics, and Legal Practice", **Libertarian Papers**, Vol. 3, Art.No.19, 2011, ss.1-75.

GROENEWEGEN, Peter; "'Political Economy' and 'Economics'", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. John Eatwell, Murray Milgate, Peter Newman), MacMillan, 1991, United Kingdom, s.556-562.

GÜNEŞ, Ahmet Mithat; "Risk Toplumunda Hukuk", **Güncel Hukuk Dergisi**, Sayı:128, Ağustos-2014, ss.40-43.

GÜRİZ, Adnan; **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 8.b., 2009, Ankara.

Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Phoenix Yay., 2.b., 2011, Ankara

GÜRKAN, Ceyhun; "Foucault'da Neoliberal Yönetimselliğin Tarihsel Boşlukları: Erken Neoklasik İktisat ve Kamusal Seçim Teorisi", **Felsefelogos: Foucault ve Neoliberal Yönetimsellik**, Sayı:63, 2016/4, ss. 87-106

GÜRKAYNAK, Gönenç; **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması**, Rekabet Kurumu Yay., 2003, Ankara.

GÜRLER, Sercan; "Vecdi Aral'da Hukukun Bilimselliği Sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.18, S.2, 2016, ss.1-40.

GÜVEL, Enver Alper; **Suç ve Ceza Ekonomisi**, Roma Yay., 2004, Ankara

HARNAY, Sophie; MARCIANO, Alain; "Posner, Economics and The Law: From 'Law and Economics' to an 'Economic Analysis of Law'", **Journal of the History of Economic Thought**, Vol.31, No.2, June-2009, ss.215-232.

HARVEY, David; **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, (Çev. Aylin Onacak), Sel Yay., 2015, İstanbul.

HART, H.L.A.; "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", **Georgia Law Review**, Vol.11, No.5, Sept.-1977, ss.969-989.

HAYDEN, Grant; ELLIS, Stephen; "Law and Economics After Behavioral Economics", **Kansas Law Review**, Vol.55, 2007, ss.629-675

HAYEK, Friedrich August; **Hukuk, Yasama ve Özgürlük**, (Çev.Atilla Yayla, Mustafa Erdoğan, Mehmet Öz), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2012, İstanbul.

Kölelik Yolu, (Çev. Turhan Feyzioğlu, Yıldıray Arsan, Atilla Yayla), Liberte Yay., 4.b., 2010, Ankara.

Özgürlüğün Anayasası, (Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya), Bingbang Yay., 2013 [Orj.1960], Ankara.

The Fatal Conceit: The Errors of Socialism, (Collected Works, No.1), Routledge, 4.b., 1992 [1.b. 1988], London.

"The Use of Knowledge in Society", **The American Economic Review**, Vol.XXXV, No.4, Sep.-1945, ss.519-530.

"Anayasal İktisat Üzerine Düşünceler" (Çev. Tekin Akdemir), **Anayasal İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Siyasal Kitabevi, 2002, Ankara, ss.291-29.

"Liberalizm", (Çev. Ünsal Çetin), **Liberalizm El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte, 2.b., 2017, Ankara, ss.19-62.

HEPER, Altan; "Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", **İÜHFM**, Cilt:LXXII, Sayı:1, 2014, ss.333-348.

HOHFELD, Wesley N.; "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", **Yale Law Journal,** Vol.23, 1913, ss.16–59.

HOLMES Jr., Oliver Wendell; "The Path of Law", **Harvard Law Review**, Vol.10, No.8, 1897, ss.457-478.

HOPPE, Hans Herman; "Fallacies of the Public Goods Theory and the Production of Security", **Journal of Libertarian Studies**, Vol.IX, No.1, 1989, ss.27-52.

"Takdim", (Murray Rothbard) **Özgürlüğün Etiği**, (Çev. Recep Tapramaz), Liberte Yay., 2009, Ankara, ss.viii-xlvi.

HORWITZ, Morton J.; **The Transformation of American Law: 1780-1860**, Harvard University Press, 1977, United States

"Law and Economics: Science or Politics?", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Issue:4, 1980, s.905-912.

HUME, David; **İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme**, (Çev. Ergün Baylan), Bilgesu Yay., 2009, Ankara.

HYLTON, Keith N.; "Law and Economics v. Economic Anaylsis of Law", **European Journal of Law and Economics**, Springer, Published Online: 10 April 2018.

"Calabresi and The Intellectual History of Law and Economics", **Maryland Law Review**, Vol.64, Issue:1, 2005, ss.85-107.

INGRAM, David Bruce; **Hukuk Felsefesi**, (çev. Ezgi Su Dağabak), Fol Kitap, 2019, Ankara.

IŞIKTAÇ, Yasemin; **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 2014, İstanbul.

Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 2018, İstanbul.

"Türk Hukukunda Bir İmkân Olarak Arabuluculuk", **Dönüşen Toplum - Dönüşen Hukuk III: Phronesis**, Sümer Kitabevi, 2018, İstanbul, ss.87-110

IŞIKTAÇ, Yasemin; KOLOŞ, Umut; **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2015, İstanbul.

IUSTINIANUS, **Institutiones**, (Çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1968.

JAMES, William; **Pragmatizm**, (Çev. Tahir Karakaş), İletişim Yay. 2015, İstanbul.

JOHNSON, David B.; "Anayasal İktisat", (Çev. Hayal Ayça Şimşek), **Anayasal Politik İktisat**, (Ed. Coşkun Can Aktan), Sobiad Yay., 2019, İzmir, ss.39-54.

JOHNSTON, Deborah; "Giriş", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.13-23.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard; "A Behavioral Approach to Law and Economics", **Stanford Law Review**, Vol.50, 1998, ss.1471-1550.

KALDOR, Nicholas; "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", **The Economic Journal**, Vol.49, No.195, Sept.-1939, ss.549-552.

KALKAN, Buğra; **James M. Buchanan: Demokrasinin Patolojileri ve Anayasal Çözüm Önerileri**, Liberte, 2016, Ankara.

KARARMAZ, Furkan; **Hayek'te Özgürlük, Zorlama ve Özgür Bir Toplumun Güvenceleri**, Adalet Yay., 2017, Ankara.

KARAYALÇIN, Yaşar; **Ticaret Hukuku (I. Giriş - Ticari İşletme)**, Güzel İstanbul Matbaası, 3.b, 1968, Ankara

KAYE, Tim; "Law and Risk: An Introduction", **Risk and The Law**, (Gordon R. Woodman, Diethelm Klippel), Routledge-Cavendish, 2009, London, New York, ss.3-20.

KAZGAN, Gülten; **Liberalizmden Neoliberalizme: Neolibera-lizmin Getirisi ve Götürüsü**, Remzi Kitabevi, 2016, İstanbul.

İktisadi Düşünce: Politik İktisadın Evrimi, Remzi Kitabevi, 9.s., 2000, İstanbul

KELSEN, Hans; **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016, İstanbul

KETİZMEN, Muammer; "Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adaleti Sistemi?", **Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm**, Der. Ali Murat Özdemir, Muammer Ketizmen, İmge Kitabevi, 1.b., 2014, Ankara, ss.151-169.

KEYNES, John Maynard; **Genel Teori: İstihdam, Faiz ve Paranın Genel Teorisi**, (Çev.Uğur Selçuk Akalın), Kalkedon Yay., 2.b., 2010, İstanbul.

KINSELLA, Stephen; "Legislation and The Discovery of Law in A Free Society", **The Journal of Libertarian Studies**, Vol.11, No.2, 1995, ss.132-181

KIRSCHMANN, Julius Hermann von; "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", (Çev. Coşkun Üçok), **AÜHFD**, Cilt:6, Sayı:1, 1949, Ankara, ss.181-212

KIRMIZIALTIN, Eren; **İktisat ve Rasyonalite: K. Marx, W. S. Jevons ve T. B. Veblen'de Rasyonalite, İnsan, Teori**, Heretik Yay., 2017, Ankara.

KLICK, Jonathan; PARISI, Fran.; "Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles Lawmaking", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis, Nicholas Mercuro), Routledge, 2015, London, New York, ss.104-120.

KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas S.; "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", **California Law Review**, Vol.88, No.4, July-2000, ss.1051-1144.

KRECKÉ, Elisabeth; "The Figure of the Judge in Law and Economics", **Law and Economics: Philosophical Issues And Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis, Nicholas Mercuro), Routledge, 2015, New York, ss.267-296.

KREVER, Tor; "Law, Development, and The Political Closure Under Neoliberalism", **Neoliberal Legality: Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project**, (Ed. Honor Brobazon), Routledge, 2018, London and New York, ss.22-42.

KRONMAN, Anthony T.; "Wealth Maximization as a Normative Principle", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, 1980, ss.227-242.

"Hukuk ve Sözleşme: Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet", (Çev. Sevtap Metin), **HFSA**, Sayı:15, (Haz. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yay., 2006, İstanbul, ss.230-254

KUHNER, Timothy K.; "Citizens United as Neoliberal Jurisprudence: The Resurgence of Economic Theory", **Virginia Journal of Social Policy & the Law**, Vol.18, No.3, Spring-2011, ss.395-468

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass; "Availability Cascades and Risk Regulation", **Stanford Law Review**, Vol.51, No.4, April-1999, ss.683-768

LANDES, William M.; "The Art of Law and Economics: An Autobiographical Essay", **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, No. 45, 1997, ss.1-22.

LANDES, William; POSNER, Richard; "Adjudication as a Private Good", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 8, No. 2, 1979, ss. 235-284

LAPAVITSAS, Costas; "Neoliberal Dönemde Anayolcu İktisat Kuramı", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.59-75.

LAT, David; "The Backstory Behind Judge Richard Posner's Retirement", abovethelaw.com (07/09/2017) https://abovethelaw.com/2017/09/the-backstory-behind-judge-richard-posners-retirement/

LAZZARATO, Maurizio; **Borçlandırılmış İnsanın İmali: Neoliberal Durum Üzerine Deneme**, (Çev. Murat Erşen), Açılım Kitap, 2.b., 2015, İstanbul.

LE GOFF, Jacques; **Ortaçağın Tüccarları ve Bankerleri**, (Çev. Oğuz Adanır), Doğu Batı Yay., 2018, İstanbul.

LEFF, Arthur A.; "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism", **Virginia Law Review**, Vol.60, No.3, March-1974, ss.451-482.

LESHEM, Dotan; "What Did the Ancient Greeks Mean by *Oikonomia*?", **Journal of Economic Perspectives**, Vol: 30, No:1, Winter-2016, ss.225–231.

LEONI, Bruno; **Freedom and The Law**, D. Van Nostrand Company Inc., 1961, United States and Canada

LIEBHAFSKY, H. H.; "Law and Economics from Different Perspectives" **Journal of Economic Issues**, Vol. 21, No. 4, Dec.-1987, ss.1809-1836.

"Price Theory as Jurisprudence: Law and Economics, Chicago Style", **Journal of Economic Issues**, Vol. 10, No. 1, March-1976, ss.23-43.

LIPPMANN, Walter; **An Inquiry into the Principlesof The Good Society**, Little, Brown and Company, 1938, Boston. [Kısaca: **The Good Society**]

LITSCHKA, Michael; GRECHENIG, Kristoffel; "Law by Human Intent or Evolution? Some Remarks on The Austrian School of Economics' Role in the Development of Law and Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol:29, 2010, ss.57-79.

LLERAS, Andres Palacios; "Neoliberal Law and Regulation", **Neoliberal Legality: Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project**, (Ed. Honor Brobazon), Routledge, 2018, London and New York, ss.61-76.

LLEWELLYN, Karl N.; "From the Point of View of the Economist and Business Man: Relation of Current Economic and Social Problems to the Restatement of the Law", **Proceedings of the Academy of Political Science of the City of New York**, Vol.10, No.3, Jul.-1923, ss.25-34 [*ss.331-340*].

LYOTARD, Jean François; THEBAUD, Jean Loup; **Just Gaming**, (Trans. By Wlad Godzich), University of Minnesota Press, 5th print., 1999, Minneapolis

LOWRY, S. Todd; "Lord Mansfield and Law Merchant: Law and Economics in the Eighteenth Century", **Journal of Economic Issues**, Vol.VII, No.4, December-1973, ss.605-622.

MACK, Eric; GAUS, Gerald F.; "Klasik Liberalizm ve Liberteryenizm", (Çev. Arda Akçiçek, Bican Şahin), **Liberalizm: El Kitabı**, (Ed. Cennet Uslu), Liberte, 2.b., 2017, Ankara, ss.141-185.

MAINE, Henry Sumner; **Ancient Law: Its Connection with Early History of Society and Relation to Modern Ideas**, Henry Holt and Company, 1906, New York.

MARCIANO, Alain; "Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner", **The Review of Austrian Economics**, Vol.20, Issue:2-3, Sep.-2007, ss.187–200 [*Kısaca*: "Buchanan versus Posner"]

MATHIS, Klaus; **Efficiency Instead of Justice? Searching for The Philosophical Foundations of The Economic Analysis of Law**, (Trans. By Deborah Shannon), Springer, 2009.

MATTIACCI, Giuseppe D.; PARISI, Francesco; "The Economics of Tort Law", **The Elgar Companion of Law and Economics**, 2nd. Ed., (ed. Jürgen G. Backhaus), Edward Elgar Publ., 2005, Chelthenham and Northampton, ss.87-102.

McCLUSKEY, Martha T.; "Efficiency and Social Citizenship: Challenging the Neoliberal Attack on the Welfare State", **Indiana Law Journal**, Vol.78, ss.783-876

MEDEMA, Steven G.; "From Dismal to Dominance? Law and Economics and the Values of Imperial Science, Historically Contemplated", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis and Nicholas Mercuro), Routledge, London and New York, 2015, ss.69-88.

"Chicago Law and Economics", **The Elgar Companion to the Chicago School of Economics**, (Ed. Ross B. Emmett), Edward Elgar Publ., 2010, United Kingdom, ss.160-174

"Ronald Harry Coase", **The Elgar Companion to the Chicago School of Economics**, (Ed. Ross B. Emmett), Edward Elgar Publ., 2010, United Kingdom, ss.259-264.

MENGER, Carl; **İktisadın Prensipleri**, (Çev. Kemal Çelebi), Liberte Yay., 2009, Ankara.

MERCURO, Nicholas; "The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics", **The Journal Jurisprudence**, Vol.2, 2009, ss.61-109.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; **A Legal Theory Without Law: Posner v. Hayek on Economic Anaylsis of Law**, Mohr Siebeck, 2007, Tübingen.

METİN, Sevtap; **Magna Carta ve Sened-i İttifak'tan Bugüne**, XII Levha Yay., 2018, İstanbul.

"Oyun Teorileri Işığında Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Kuramının Analiz ve Yorumu", **İÜHFM**, Cilt:72, Sayı:1, 2014, ss.235-264

MILL, John Stuart; "Utilitarianism (1861)", **Collected Works (Essays on Ethics, Religion and Society)**, Vol. 10 (Ed. J. M. Robson), Canada: University of Toronto Press, Routledge & Kegan Paul, 1969, s.203-260.

Hürriyet Üstüne, (Çev. Mehmet Osman Dostel, Sadeleştiren: Ömer Çaha), Liberte Yay., 2012, Ankara.

"Cezalandırma Üzerine", (Çev. Muzaffer Dülger), **Hukuk Kuramı**, Cilt:4, Sayı:3, Mayıs-Haziran 2017, ss.14-18.

Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler, (Çev. Özgüç Orhan), Pinhan Yay., 2017, İstanbul.

MINDA, Gary; **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**, New York University Press, 1995, New York and London

MIROWSKI, Phillip; "The Thirteen Commandments of Neoliberalism", **The Utopian**, (19/06/2013), Açık Erişim: https://www.the-utopian.org/post/53360513384/the-thirteen-commandments-of-neoliberalism

MISES, Ludwig von; **İnsan Eylemi: Ekonomi Üzerine Bir İnceleme**, (Çev. İsmail Aktar), Liberte Yay., 2008, Ankara.

Sosyalizm: İktisadi ve Sosyolojik Bir Tahlil, (Çev. Yusuf Şahin), Liberte Yay., 2007, Ankara

"Özgürlük ve Mülkiyet", (Çev. Can Madenci), **Piyasa**, Sayı:10, Bahar-2004, ss.87-103

MOLINARI, Gustave de; **Yarının Toplumu**, (Çev. Işık Cemre Güngör), Liberplus Yay., 2016, İstanbul

Serbest Piyasa ve Güvenlik, (Çev. Gürkan Polat), Liberplus Yay., 2016, İstanbul

MUNCK, Ronaldo; "Neoliberalizm ve Siyaset, Neoliberalizmin Siyaseti", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev.

Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.106-122.

MURPHY, Jeffrie; COLEMAN, Jules; **Philosophy of Law: An Introduction to bir Jurisprudence**, Westview Press, 1990, Boulder, San Francisco, London.

MURPHY, Robert P.; **Kaos Teorisi: Piyasa Anarşizmi Üzerinr İki Makale**, (Çev. Talha Gülmez), Liberplus Yay., 2016, İstanbul

MÜLLER, Felix; "Hukukun Ekonomik Teorisi", (Çev. Ahmet M. Güneş), **Küresel Bakış**, Yıl:1, Cilt:1, Sayı:3, Ekim-2011, ss.1-20.

NEOCLEOUS, Mark; **Toplumsal Düzenin İnşası: Polis Erkinin Eleştirel Teorisi**, (Çev. Ahmet Bekmen), H2O Yay., 2013, İstanbul.

NOZICK, Robert; **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2.b., 2006, İstanbul

NUSSBAUM, Martha C.; "Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis and Nicholas Mercuro), Routledge, London and New York, 2015, ss.16-31.

ODABAŞ, Hakkı; **James M. Buchanan ve Liberal Politik İktisat**, SOBİAD Hukuk ve İktisat Araştırmaları Yayınları, 2019, İzmir.

OĞUZ, Arzu; **Lex Mercatoria**, Yetkin Yay., 2004, Ankara

OĞUZ, Fuat; **Mülkiyet Hakları: Bir Ekonomik Analiz**, Roma Yay., 2003, Ankara

"Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", **Piyasa**, 2002/2, ss.3-23.

O'NEILL, John; **Piyasa: Etik, Bilgi ve Politika**, (Çev.Şen Süer Kaya), Ayrıntı Yay., 2001, İstanbul

ÖĞÜTLE, Vefa Saygın; **Metodolojik Bireyciliğin Eleştirisi**, Ayrıntı Yay., 2013, İstanbul.

ÖZCAN, Mehmet Tevfik; **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, XII Levha Yay., 4.b., 2011, İstanbul.

Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yay., İstanbul.

İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk, XII Levha Yay., 2.b., İstanbul, 2012.

"Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit mi, Gerçeklik mi?" **İÜHFM**, Cilt:71, Sayı:1, 2013, ss.963-1002

"Capitalism and the Rule of Law: The Three Stages of Legal Order in Modern Society", **Standing Tall: Hommages a Csaba Varga**, (Ed. Bjarne Melkevik), Pazmany Press, 2012, Budapest, ss.305-340.

"Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism", **Philosophy Study**, Vol.4, No.2, Feb.-2014, ss.75-96.

ÖZDEK, Yasemin; **Şirket Egemenliği Çağı: Sosyal Devletten Ceza Devletine**, Notabene Yay., 2011, Ankara.

PALLEY, Thomas I.; "Keynesçilikten Neoliberalizme: İktisat Biliminde Paradigma Kayması", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.42-58

PARISI, Francesco; "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol. 18, No. 3, December 2004, ss.259-272.

PARK, Robert Ezra; **Rekabet ve Çatışma: Sosyoloji Bilimine Giriş - III**, (Çev. Gökçe İnan Yağlı), Pinhan Yay., 2017, İstanbul.

PARTALCI, Emre; "Marx ve Ardıllarında Hukuk ve Yöntem Üzerine Notlar", **Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk II: Yöntem**, (Ed. Yasemin Işıktaç), Sümer Kitabevi, 2016, İstanbul, ss.75-108.

PERÇİN, Önder; "Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırıl-masında Paradigma Kayması", **AÜHFD**, Cilt:59, Sayı:2, 2010, ss.277-307

PIRENNE, Henri; **Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), Alan Yay., 1983, İstanbul.

Ortaçağ Kentleri, (Çev. Şadan Karadeniz), 3.b., İletişim Yay., 2002, İstanbul.

POLANYI, Karl; **Büyük Dönüşüm: Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri**, (Çev. Ayşe Buğra), İletişim Yay., 11.b., 2013, İstanbul.

POLINSKY, A. Mitchell; **An Introduction to Law and Economics,** Aspen Law and Business, 2nd. Ed., 1989, United States

POSNER, Richard A.; **Economics of Justice**, Harvard University Press, 1981 (1st print.) United States.

Economic Analysis of Law, 3rd. Ed., Little Brown Co., 1986, United States. (İlk basım: 1973)

The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, 1993, Cambridge, London.

Overcoming Law, Harvard University Press, 1997 (4th print.), United States. (İlk basım:1995)

The Problematics of Moral and Legal Theory, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Cambridge, London.

Frontiers of Legal Theory, Harvard University Press, 2001, Cambridge, Massachusetts.

Law, Pragmatism and Democracy, Harvard University Press, 2003, Cambridge, London

Catastrophe: Risk and Response, Oxford University Press, 2004, New York

Kapitalizmin Çöküşü, (Çev. Nurcan İnce Ateş), Bizim Kitaplar, 2009, İstanbul.

"Theory of Negligence", **Journal of Legal Studies**, Vol.1, No.1, Jan.-1972, ss.29-96.

"Theories of Economic Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.5, No.2, Autumn-1974, ss.335-358

"The Economic Approach to Law", **Texas Law Review**, Vol.53, 1975, ss.757–782.

"Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", **The Journal of Legal Studies**, Vol.8, No.1, 1979, ss.103-140

"The Ethical and Political Basis of Efficiency Norm in Common Law Adjudication", **Hofstra Law Review**, Vol. 8, Issue:3, 1980, ss.487-507.

"The Present Situation in Legal Scholarship", **Yale Law Journal**, Vol.90, No.5, Apr.-1981, ss.113-130.

"The Law and Economics Movement", **The American Economic Review**, Vol.77, No.2, May-1987, ss.1–13

"What Has Pragmatism Offer to Law?", **Southern California Law Review**, Vol.63, 1990, ss.1653-1670.

"Gary Becker's Contributions to Law and Economics", **The Journal of Legal Studies**, Vol. 22, No. 2 (June-1993), ss.211-215.

"The Sociology and The Sociology of Law: A View from Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol.2, 1995, ss.265-268.

"Pragmatic Adjudication", **Cardozo Law Review**, Vol.18, No.1, 1996-97, s.1-21.

"Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin", **Arizona State Law Journal**, Vol:29, 1997, s.377-388.

"Creating a Legal Framework for Economic Development", **The World Bank Observer**, Vol.13, No.1, Feb.-1998, ss.1-11.

"The Best Offence", **The New Republic**, (02/09/2002).

"Hayek, Law, and Cognition", **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol.1, No.0, 2005, ss.147-166.

"Norms and Values in The Economic Approach to Law", **Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions**, (Ed. Aristides N. Hatzis and Nicholas Mercuro), Routledge, London and New York, 2015, ss.1-15.

"Huxley'e Karşı Orwell: Ekonomi, Teknoloji, Mahremiyet ve Hiciv", (Çev. Aysun Sezen), **Doğubatı (Distopya)**, Sayı:80, 2017, ss.223-254.

POSTEMA, Gerald J.; **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**, Springer Publ., Dordrecht, Heidelberg, London and New York, 2011.

POUND, Roscoe; "The Economic Interpretation and The Law of Torts", **Harvard Law Review**, Vol.LIII, No.3, January-1940, ss.365-385.

"Political and Economic Interpretations of Jursiprudence", **Proceedings of the American Political Science Association (9th Annual Meeting)**, Vol. 9, 1912, ss.94-105

RAMELLO, G. B.; MARCIANO, A.; "Cesare Beccaria: Back to The Future of Law and Economics", **European Journal of Law and Economics**, Vol.46, Issue:3, Dec.-2018, ss.271–274.

RAND, Ayn; **Bencilliğin Erdemi**, (Çev. Nejdet Kandemir), Plato Yay., 2006, İstanbul

RAPHAEL, David D.; **Adam Smith**, (Çev. Ekrem Erdem, A. Aslıhan Çelenk), Liberte, 1.b., 2014, Ankara.

RATCLIFFE, Davis T.; "Risk", **The Journal of Insurance**, Vol. 30, No. 2, June-1963, ss.269-272

RATNAPALA, Suri; **Jurisprudence**, Cambridge University Press, 2009, Cambridge, New York.

REDER, Melvin W.; "Chicago School", **The New Palgrave: The World of Economics**, (Eds. J. Eatwell, M. Millgate, P. Newman), MacMillan Press, 1991, United Kingdom, ss.40-50.

RENNER, Karl; **The Institutions of Private Law and Their Social Functions**, (Çev. Otto Kahn-Freund), Routledge & Kegan Paul, 1949, London.

RIDLEY, Matt; **Akılcı İyimser: Refahın Evrimi**, Çev. Mehmet Doğan, Boğaziçi Üniversitesi Yay., 2013, İstanbul.

RITZER, George; **Küresel Dünya**, (Çev. Melih Pakdemir), Ayrıntı Yay., 1.b., 2011, İstanbul.

Modern Sosyoloji Kuramları, (Çev. Himmet Hülür), Deki Yay., 2012, Ankara.

ROSANVALLON, Pierre; **Refah Devletinin Krizi**, (Çev. Burcu Şahinli), Dost Kitabevi, 2004, Ankara.

ROSENFELD, Michael; "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justive Without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardozo Law Review**, Vol.18, 1996-1997, ss.97-151.

ROSS, Andew; **Krediokrasi: Borç Reddi Davası**, (Çev. Emrullah Ataseven), Ayrıntı Yay., 2015, İstanbul.

ROTHBARD, Murray N.; **Özgürlüğün Etiği**, (Çev. Recep Tapramaz), Liberte Yay., 2009, Ankara.

Ethics of Liberty, New York University Press, 1998, New York

İnsan, İktisat ve Devlet (Cilt-1), (Çev. Ahmet Uzun, Ayşe Meral Uzun), Liberte Yay., 2009, Ankara.

For A New Liberty: The Libertarian Manifesto, Macmillan Publishing Co., 2002, New York, London.

"Comment: The Myth of Efficiency", **Time, Uncertainty and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes**, (Ed. Mario J. Rizzo), Lexington Books, 1979, Massachussetts, Toronto, ss.90-95.

"Praxeology: The Methodology of Autrian Economics", **The Foundations of Modern Ausrian Economics**, (Ed.: Edwin G. Dolan), Sheed&Ward, Inc., 1976, Kansas City.

RUBEN, Ester; DUMLUDAĞ, Devrim; "Davranışsal İktisadın Gelişimi, **İktisat ve Toplum Dergisi**, Sayı:58, Ağustos-2015, ss.4-9, s.6. (Açık Erişim: http://www.iktisatvetoplum.com/wp-content/uploads/2017/10/Ester-Ruben-Devrim-Dumludag-Davranissal-58.pdf)

SAAD-FILHO, Alfredo; JOHNSTON, Deborah; "Giriş", **Neoliberalizm: Muhalif Bir Seçki**, (Çev. Şeyda Başlı, Tuncel Öncel), Yordam Kitap, 2.b., 2014, İstanbul, ss.13-23.

SAFRATİ, Metin; "Görünmeyen El Metaforu", **Görünmez Adam Smith**, (Der. Mine Kara, N. Emrah Aydınonat), İletişim Yay., 2010, İstanbul, ss.197-217.

SAĞLAM, Rabia; **Liberalizm, Adalet ve Ütopya: Hayek, Rawls, Dworkin ve Nozick**, Legal Yay., 2008, İstanbul.

SAMUELS, Warren J.; "John R. Commons (1862-1945)", **The Elgar Companion to Law and Economics**, Ed. Jürgen Backhaus, 2nd Ed., Edward Elgar Publ., 2005, Cheltenham, Northamptob, ss.499-507.

SAMUELS, Warren J. MERCURO, Nicholas; "Posnerian Law and Economics on the Bench", **International Review of Law and Economics**, Vol.4, No.2, February-1984, ss.107-130

SANLI, Kerem Cem; **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, (Yayınlanmış Doktora Tezi / Dnş.: Cevdet Yavuz), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, İstanbul.

Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, XII Levha Yay., 2017, İstanbul

"Hukuk ve Ekonomi Yönteminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış", **Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler**, (Ed. Başak Baysal), XII Levha Yay., 1.b., 2017, İstanbul, ss.3-22.

SARFATİ, Metin; "Görünmez El Metaforu", **Görünmez Adam Smith**, (Der. Mine Kara, N. Emrah Aydınonat), İletişim, 2010, İstanbul, ss.197-217

SAVAŞ, Vural Fuat; **İktisatın Tarihi**, Siyasal Kitabevi, 5.b., Ankara, 2007.

Anayasal İktisat, Beta Yay., 1989, İstanbul.

"Hukuk ve İktisat", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:1, S:2, 2004, ss.3-14.

SAVATIER, Rene; **Hukuki ve Ekonomik Açıdan Borçlar Teorisi**, (Çev. Turgut Önen, Tamer İnal), Kalite Matbaası, Ankara, 1980.

SAVRAN, Sungur; **Kod Adı Küreselleşme: 21. Yüzyılda Emperyalizm**, Yordam Kitap, 2.b. 2011, İstanbul.

SCHNEIDERMAN, David; "Özelleştirmeye Anayasal Yaklaşımlar: Neo-liberal Anayasacılığın Ağırlığı Üzerine Bir İnceleme", (Çev. Umut Koloş), **İÜHFM**, Cilt:LXXIII, Sayı: 1, 2015, ss.505-530.

SCHULAK, Eugen Maria; UNTERKÖFKER, Herbert; **Austurian Schools of Economics: A History of Its Ideas, Ambassadors, and Istitutions**, (Trans.by Arlene Oost-Zinner), Ludwig von Mises Istitute, 2011, Alabama

SEROZAN, Rona; **Hukukta Yöntem: Mantık**, Vedat Yay., 2.b., 2017, İstanbul

SEVİĞ, Vasfi Raşid; "Borçlar Hukuku ve İktisat", **AÜHFD,** C:VII, S:3, 1950, ss.227-265.

SIMA, Josef; "Praxeology as Law and Economics", **Journal of Libertarian Studies**, Vol.18, No.2, Spring-2004, ss.73-89.

SKOUSEN, Mark; **Mikro İktisat: Ekonomik Mantık**, (Çev. Atilla Yayla), Adres Yay., 1.b., 2009, Ankara

"Viyana ve Chicago: İki İktisat Okulunun Hikayesi" (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), **Piyasa**, Sayı:11, Yaz-2004, ss.127-132.

"Avustuyanlar Chicago Okulu'na Karşı", (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), **Piyasa**, Sayı:11, Yaz-2004, ss.137-140.

SLATTERY, Martin; **Sosyolojide Temel Fikirler**, (Ed. Ümit Tatlıcan), Sentaz Yay., 8.b., 2015, Bursa

SMITH, Adam; **An Inquiry into The Nature and Causes of The Wealth of Nations**, (Eds. R. H. Campbell, A. S. Skinner, W. B. Todd), Oxford University Press, 1976, Indianapolis.

Milletlerin Zenginliği, (Çev. Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 5.b., 2011, İstanbul

Ahlaki Duygular Kuramı, (Çev. Derman Kızılay), Pinhan Yay., 1.b., 2018, İstanbul.

Hukuk Üzerine: Adalet, Kamu Düzeni, Devletin Gelirleri ve Silahlı Güçler, (Çev. Ahmet Celiloğlu), Pinhan Yay., 1.b., 2018, İstanbul

SÖZER, Ali Nazım; "Bilim ve Hukuk", **MÜHFHAD (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan)**, Cilt:20, Sayı:1, 2014, ss.1081-1118

SPENCER, Herbert; **Devlete Karşı İnsan**, (çev. Yavuz Selim Altındal), Litera, 2016, İstanbul.

"The Factors of Organic Evolution [1886]", **Essays: Scientific, Political and Speculative**, Vol.1, Williams and Norgate, 1891, Edinburgh, London, ss.389-464.

STIGLER, George J.; "The Theory of Economic Regulation", **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Vol.2, No.1, Spring-1971, ss.3-21.

"The Development of Utility Theory - I", **Journal of Political Economy**, Vol.58, No.4, Aug.-1950, ss.307-327

STIGLITZ, Joseph E; **Kamu Kesimi Ekonomisi**, (Çev. Ömer Faruk Batırel), Marmara Üniversitesi Yay., 2.b., 1994, İstanbul.

Küreselleşme: Büyük Hayal Kırıklığı, (Çev. Arzu Taşçıoğlu, Deniz Vural), Plan B Yay., 2.b., 2002, İstanbul

SULLIVAN, Michael;

SOLOVE, Daniel J.; "Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism" **Yale Law Journal**, Vol.113, 2003, ss.687-741.

SUNSTEIN, Cass R.; "Bir Hukuk Devriminin Öncüsü: Richard A. Posner", (Çev. Şahin Ardıyok), 29/08/2018, http://www.rekabetregulasyon.com/bir-hukuk-devriminin-oncusu-richard-posner/

"Behavioral Analysis of Law", **Law and Economics Working Paper Series**, No: 46, Coase-Sandor Institute, 1997

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.; **Dürtme: Sağlık, Zenginlik ve Mutluluk ile İlgili Kararları Uygulamak**, (Çev. Enver Günsel), Pegasus Yay., 5.b., 2017, İstanbul.

"Libertarian Paternalism is not an Oxymoron", **University of Chicago Law Review**, Vol.70, ss.1159–1202.

SUPIOT, Alain; **Homo Juridicus: Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme**, (Çev. Bige Açımuz Ünal), Dost Kitabevi, 2008, Ankara.

SWEDBERG, Richard; "The Case for An Economic Sociology of Law", **Theory and Society**, Vol.32, No.1, February-2003, ss.1-37

Principles of Economic Sociology, Princeton University Press, 2003, Princeton, Oxford

ŞAHİN CEYLAN, Şule; **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, XII Levha Yay., 2009, İstanbul

TAN, Turgut; **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, 2.b., 2015, İstanbul

THALER, Richard H.; **Akıllı Kişilerin Mantıksız Kararları**, (Çev. Zafer Akın), Pegasus Yay., 2019, İstanbul.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass; **Dürtme: Sağlık, Zenginlik ve Mutlulukla İlgili Kararları Uygulamak**, (Çev. Enver Günsel), Pegasus Yay., 5.b., 2017, İstanbul

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine; **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Epos Yay., 2016, Ankara.

TOLLISON, Robert D.; "Foreword", [Buchanan, Tullock] **The Calculus of Consent: Logical Foudations of Constitutional Democracy**, Liberty Fund Inc., 1999, Indianapolis, ss.ix-xi

TOPUZKANAMIŞ, Engin; "Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite", **DEÜHFD**, Cilt:14, Sayı:2, 2012, ss.253-274.

TOURAINE, Alain; **Modernliğin Eleştirisi**, (çev. Hülya Uğur Tanrıöver), Yapı Kredi Yayınları, 8.b., 2012, İstanbul

TOZLU, Ahmet; "Karar Verme Yaklaşımları Üzerine Herbert Simon Hegemonyası", **Sayıştay Dergisi**, Sayı:102, Temmuz-Eylül 2016, ss.27-45 [Kısaca: "Herbert Simon Hegemonyası"]

TRUBEK, David M.; "Max Weber on Law and The Rise of Capitalism", **Wisconsin Law Review**, No.3, 1972, ss.720-753. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4993&context=fss_papers

TÜRE, Can; **Neoliberalizm Kıskacında Kamu Hizmetlerini Yeniden Düşünmek**, Salyangoz Yay. 2014, İstanbul.

TÜRE , İlknur; **Yeni Anayasacılık: Neoliberalizmin Hukuku**, Pınar Yay., 2016, İstanbul

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; "Hukuk ve Ekonomi Anlayışı ya da Hukukun Ekonomik Analizi", **HFSA**, Sayı:8, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2003, ss.58-68.

UÇARYILMAZ, Talya Şans; "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:135, 2018, ss.335-382.

ULEN, Thomas S.; "Rational Choice in Law and Economics", **Encyclopedia of Law and Economics - Vol.1 (The History and Methodology of Law an**

Economics), (Eds: Boudewijn Bouckaert; Gerrit de Geest), Edward Elgar, 2000, yy., ss.790-818.

UYANIK, Halit; **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, XII Levha Yay., 2013, İstanbul.

ÜSKÜL (ENGİN), Zeynep Özlem; **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, Filiz Kitabevi, 2017, İstanbul.

"Yüzyılımızın Postmodern Bireyi ve Boudrillard'ın Birey Anlayışı", **İÜHFM**, Cilt:63, Sayı:1-2, Ocak-2005, ss.139-167

VAN DEN HAUWE, Ludwig; "Friedrich August von Hayek (1899-1992)", **The Elgar Companion to Law and Economics**, 2nd. Ed., (Ed. Jürgen B. Backhaus), Edward Elgar Publ., Cheltenham and Northampton, 2005, ss.545-558.

VAN HORN, Rob; MIROWSKI, Philip; "The Rise of Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism", **The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective,** (Ed. Philip Mirowski, Dieter Plehwe), Harvard University Press, 2009, Cambridge, London, ss.139-178.

VATTER, Miguel; "Foucault and Becker: A Biopolitical Approach to Human Capital and Stability of Preferences", **The Politics of Legality in a Neoliberal Age**, (Ed. Ben Golder, Daniel McLoughlin), Routledge, 2018, United Kingdom, ss.64-82.

VEETIL, Vipin P.; "Conceptions of Rationality in Law and Economics A Critical Analysis of The Homoeconomicus and Behavioral Models of Individuals", **European Journal of Law and Economics**, Vol.31, 2011, ss.199–228.

VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emilios; FARMER, Lindsay; **Jurisprudence: Themes and Concepts**, 2nd.ed., Routledge, 2012, New York.

VELJANOVSKI, Cento G.; **Hukuk ve Ekonomi**, Çev. Atilla Yayla, Liberte Yay., 1.b., 2016, Ankara.

"Wealth Maximization, Law and Ethics: On the Limits of Economic Efficiency", **International**

Review of Law and Economics, Vol. 1, 1981, ss.5-28.

VERGARA, Francisco; **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, (Çev. Bülent Arıbaş), İletişim Yay., 2006, İstanbul.

WACKS, Raymond; **Hukuk Kuramını Anlamak**, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver), Astana Yay., 2018, Ankara.

WEBER, Max; **Ekonomi ve Toplum: Cilt:1**, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yay., 2012, İstanbul

Ekonomi ve Toplum: Cilt:2, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yay., 2012, İstanbul

WELLS, Harry K.; **Emperyalizmin Felsefesi Pragmatizm: Hukukta, Tarihte, Psikolojide, Eğitimde, Ahlakta, Din ve Dış Politikada İşbitiricilik Felsefesi**, (çev. Tahsin Yılmaz), Sorun Yay., İstanbul, 1986.

YAY, Serdar; "Hukukun İktisadi Analizi: Richard A. Posner'in Hukuk ve İktisat Yaklaşımına Katkıları", **Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Ek Sayı, Aralık-2019, ss.415-440

YAYLA, Atilla; **Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi**, Profil Yay., 2014, İstanbul.

"Gary Becker'ın Ardından", **Yeni Şafak** (24/05/2014), https://www.yenisafak.com/yazarlar/atillayayla/gary-beckerin-ardindan-53582

YILDIRIM, Cengizhan; "Birinci ve İkinci Nesil Washington Uzlaşması: Neoliberal İktisat Politikalarının 1980'den Sonraki Evrimi", **Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt:7, Yıl:7, Sayı:2, Güz-2011, ss.1-23

YILMAZ, Ejder; "Usul Ekonomisi", **AÜHFD**, Cilt:57, Sayı:1, 2008, ss.243-274.

YILMAZ, Feridun; **Rasyonalite: İktisat Özelinde Bir Tartışma**, Paradigma Yay., 2009, İstanbul.

"Ekonomi Politik", **Felsefe Ansiklopedisi**, Cilt:5, (Ed.Ahmet Cevizci), Ebabil Yay., 2007, Ankara, ss.276-279.

YÖRÜKOĞLU, Ömer; **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1986.

YÜKSELBABA, Ülker; **Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick**, XII Levha Yay., 2016, İstanbul

"Postmodernizm ve Hukuk", **İÜHFM**, Cilt:74, Sayı:1, 2016, ss.139-156

ZEYBEKOĞLU, A. Emre; "Rechtsstaat'tan Doppelstaat'a ya da Refah Devletinden Neoliberal Bir Ütopyaya Doğru", **Hukuk Kuramı**, C.6, S.3 , Eylül-Aralık 2019, ss.32-56.

ZYWICKI, Todd J.;
SANDERS, Anthony B.; "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Review**, Vol.93, 2008, ss.559-603.

ÖZGEÇMİŞ

Muzaffer Dülger

1987 yılında Kadıköy'de dünyaya geldi. 2005 yılında Haydarpaşa Anadolu Lisesi'nden, 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2014 yılında "John Stuart Mill'de Bireysel ve Toplumsal Fayda" başlıklı yüksek lisans tezini savunarak İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku alanında yüksek lisans derecesini aldı.

2012 yılı içinde Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalında, 2012-2020 yılları arasında ise İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalıştı.

G. Jellinek, B. Cardozo, J. S. Mill, W. Godwin ve J. Dewey gibi çeşitli düşünürlerin kitap ve makalelerinden Türkçeye çeviriler yapmıştır. Ayrıca ulusal akademik dergilerde ve kitaplarda yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır.

Evli ve bir çocuk babasıdır.