

Hukuki Süreçlerin Evrimi ve Avusturyan İktisadı

— ◆ —
Fuat Oğuz*

Hukukî süreçler nasıl işlemektedir? Modern hukuk teorilerinde bu konu yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Piyasa süreci teorisi çerçevesinde, Avusturyan iktisatçılar, hukukun evriminin incelenmesi için alternatif bir çatı sunmaktadır. Carl Menger'in çalışmalarıyla başlayan Avusturyan iktisat okulunun pek çok mensubu hukuk sisteminin ekonomik hayat üzerindeki etkisini oldukça yoğun bir şekilde tartışmışlardır. Buna rağmen, bu yönde kapsamlı bir çalışma, ancak, Friedrich Hayek tarafından ortaya konmuştur.

1960'lardan bu yana ilk başta Amerika'da ve daha sonra da Avrupa'da olmak üzere iktisadî analiz gittikçe daha fazla oranda hukuk eğitiminin ve pratiğinin bir parçası hâline geldi. Bu gelişmelerde, başta Ronald Coase ve Richard Posner olmak üzere Chicago ekolüne mensup iktisatçıların ve hukukçuların katkısı büyüktür.

Bugün iktisadî analiz Avrupa ve Amerika'da yaygın şekilde hem pozitif hem de normatif hukuk analizinde kullanılmaktadır. Hukuk kurallarının ekonomik sonuçlarından, sözleşmelerin ekonomik analizine, hukuk sistemlerinin hangisinin daha etkin olduğundan, etkinlik ve adalet tar-

* İktisatçı.

tışmalarına kadar neo-klasik iktisadın araçları pek çok tartışmada önemli bir faktör olarak yer almaktadır. Tazminat hukukundan, idare hukukuna kadar bütün hukuk dalları ekonomik analizden etkilenmektedir.

Bu kadar geniş kullanım alanına sahip olan iktisadî analiz, büyük ölçüde neo-klasik teoriyle sınırlı kalmaktadır. İktisat bilimindeki diğer gelişmeler hukukun ekonomik analizinde pek fazla yer bulamamaktadır. Hukukî süreçlerin işleyişi üzerinde önemli bir literatür oluşturan yeni kurumsalcı, kamu tercihi, ve avusturyan yaklaşımlarının pratikten uzak kalmaları bizlere mevcut hukuk sistemlerinin tarihsel gelişimi ve sınırları hakkında da önemli ipuçları vermektedir.

Neo-klasik iktisadın problemleri hukukun incelenmesine geldiğinde daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetin dinamik yapısı, kurumsal arkaplanı ve geleceği bilmenin imkânsızlığı hukuk kural ve kurumları açısından çok önemli sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Avusturyan iktisadı veya piyasa süreci teorisi¹, ekonomik faaliyetin incelenmesinde neo-klasik modelden daha farklı bir yaklaşım sunmaktadır. Neo-klasik iktisatla benzer şekilde marjinalist devrimle ilk temelleri atılan piyasa süreci teorisi, formel modellemenin iktisadı anlamada yarattığı problemlerin dışında kalabilmiştir. Zaman, bilginin sınırlılığı, zımnî (tacit) ve tecrübî bilginin önemi ve belirsizlik gibi temel sorunlara daha gerçekçi alternatifler sunabilmektedir. Aynı zamanda, iktisadî süreçlerin anlaşılmasında da hukukçular açısından daha kolay anlaşılabilir bir yaklaşım ortaya koymaktadır.²

Avusturyan iktisatçıların piyasa ve diğer sosyal kurumların evrimi üzerine yazdıkları, hukukî sistemlerin zaman içindeki değişimi ve belirli bir 'dengeye' ulaşmasını açıklamada da yardımcı olacaktır. Avusturyan iktisadını ısrarla savunduğu belirsizlik ve bilgisizliğin sosyal hayattaki hâkim rolü, hukuk süreçlerinin üzerinde de ekonomik süreçlerde olduğu kadar etkili olmaktadır. Nasıl piyasalardaki belirsizliği azaltmak ve bilgi eksikliğini gerçek hayatta ortadan kaldırmak imkânsız ise, hukukî süreç içinde ortaya çıkan belirsizlikleri ve bilginin sınırlılığını da dışsal düzenleme

¹ Bizce, piyasa süreci (market process) kavramı Avusturyan iktisadını da içine alan piyasa eksenli düşünce biçimini ifade etmektedir. Sadece Avusturyan iktisadını kullanmak, hem bu yaklaşımın şu andaki durumunu hem de içerdiği konuları açıklamakta, tarihsel sınırlılık nedeniyle, yetersiz kalmaktadır.

² Burada sadece bir önkabulle geçiştirdiğimiz piyasa süreci teorisinin ana hatları ve tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı tartışmalar için Oğuz'a (2001a; 2001b; 2003) bakılabilir.

lerle 'yasaklamak' mümkün değildir. Nasıl piyasa sürecinin dinamik yapısı, girişimcilerin kâr fırsatlarının peşinde koşmasıyla belirli bir düzene kavuşuyorsa, hukukî sistemde de, ortaya çıkan kâr fırsatları girişimcilerin (avukatlar, hâkimler, savcılar veya vatandaşlar) bu fırsatların peşinde koşmasına yol açmaktadır. Kâr fırsatlarının varlığı yeni kâr fırsatlarına yol açmakta ve hukukî sistem, dengesizlik içinde, kendiliğinden düzene sahip olmaktadır.

Piyasa süreci teorisi, bireylerin sübjektif değer yargularıyla hareket ettikleri gerçeği üzerine kuruludur. Bireyler, sadece objektif optimizasyon problemlerini çözerek çıkarlarını gütmazler. Esas olarak, bireylerin karar vermeleri aşaması, optimizasyondan önce gelmekte ve sübjektif bir karar verme sürecini içermektedir. Bireylerin sübjektif kararları, piyasada test edilmektedir. Bu kararların doğru olduğu durumlarda bireyler 'kâr' elde etmekte, yanlış olduğu zamanlarda ise, diğer bireylere kâr fırsatları sağlamaktadır. Piyasanın dinamik bir süreç olması, bireylerin sürekli olarak algıladıkları kâr fırsatlarının realize edilmesi çabası içinde olmasıyla doğrudan ilişkilidir.

Hukuk sistemlerinin doğası üzerine hukukun ekonomik analizi içinde gelişen tartışmalar, iktisat bilimindekilerden çok uzak değildir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları³ (Critical Legal Studies, CLS) yaklaşımı yasal düzenlemelerin çıkar gruplarını koruduğunu ve bundan güçsüz olan geniş kitlelerin zarar gördüğünü iddia etmektedir. Chicago hukuk-ekonomi yaklaşımı ise, hukukun amacının sosyal refahı ve etkinliği artırmak olduğunu iddia etmektedir. Bununla birlikte, neo-klasik modele dayanan etkinlik anlayışı, bu modelin bütün problemlerini de beraberinde taşımaktadır. Nitekim, iktisat içinde hayli yoğun eleştirilere konu olan etkinlik temelli analizin hukukta ortaya çıkarabileceği sorunlar, Chicago mensuplarını, etkinlik analizini çok fazla da gündeme tutmamaya itmektedir. Kamu Tercihî açısından bakıldığında, etkinlik kavramı eksenli analiz gerçek hayatın pek çok problemini, zorunlu olarak, göz ardı etmektedir. Hukuk 'piyasa'nın' oyuncularını, aynı ekonomik piyasalarda olduğu gibi, rant-arama ve

³ Bu tartışmalar daha ziyade Amerikan hukuk sistemi çerçevesinde yapılmaktadır. Hukuk sistemi daha farklı olan ülkemizdeki durum, Kamu Tercihî yaklaşımıyla incelendiğinde benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Ancak, Kamu Tercihî yaklaşımı, Marksist bir eğilime sahip olan CLS'ye göre, daha farklı politika önermeleri sunmaktadır. Daha geniş bir tartışma için Mercuro ve Medema'ya (1997) bakılabilir.

kollama faaliyetleri içinde olabilmektedir. Kendileri de bireysel çıkarlara sahip olan yasa koyucular, hâkimler, savcılar, avukatlar ve diğer piyasa oyuncularını, büyük ölçüde, kendi çıkarlarını sosyal refaha tercih etmektedir.

Hukuk sistemine, bu çerçevede yapılan her türlü dış müdahale, sadece, toplumda servet transferine yol açmaktadır. Hukukun sahip olması beklenen yüce değerlerin pratik olarak ortadan kalkması sonucunu doğuran neo-klasik model, hukukun sosyal bir süreç olması sebebiyle ortaya çıkan istem-dışı sonuçları da göz ardı etmektedir.

Bu noktada, piyasa süreci yaklaşımına geçmeden önce, Chicago etkinlik yaklaşımını bir miktar tartışmakta fayda görmekteyiz.

Hukukun Ekonomik Analizi: Chicago ve Karşıtları

Amerikan hukuk sistemi içinde temelleri atılan Chicago yaklaşımı, büyük ölçüde, yargıç hukukunun (common law) etkinliği üzerinde durmaktadır. En ısrarlı şekilde Richard Posner tarafından savunulan bu teori, yargıç hukukunun sosyal refahı maksimize eden en başarılı sistem olarak açıklanabileceğini savunmaktadır (Posner, 1992; 23). Posner, doğal olarak, her hukuk kuralı ve kurumu için genel geçer bir hipotez öne sürmektedir. Vurgulamak istediği, daha ziyade, hukukun genel eğilim olarak ekonomik gerekçelerle açıklanabileceğidir.

Aynen piyasada olduğu gibi, yasal süreçlerde de şahsî çıkarlarını güden bireyler, etkin olmayan kuralları daha etkin kurullarla değiştirmek üzere çabalamaktadır. 'Denge' kavramının bir yansıması olan bu anlayış içerisinde, bireyler davranışlarının maliyetlerine katlanır. Bu maliyetler enformasyon ve işlem maliyetlerini içermektedir. Enformasyon ve işlem maliyetleri arasında, ilgili yasal düzenlemeleri bulmak, delilleri toplamak, belirli bir karara varmak ve bunu ilan etmek gibi maliyetler yer almaktadır. Yargıcın bağımsız olduğu ve taraflarla bir ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, yargıç, ekonomik açıdan hangi durumun daha etkin olacağı üzerinde duracaktır. Bu anlayışa göre, yargıçlar, çıkar gruplarının baskılarına karşı daha dayanıklıdır. Temyiz süreci, yargıçların kendi çıkarları lehinde karar vermeleri önündeki en önemli engellerden biridir. Yanlı kararların üst mahkemelerden dönme olasılığı objektif kararların dönme ihtimaline göre daha yüksektir.

Piyasa

Posner, yargıçların, kural olarak, kötü olmadıklarını, ancak eksik enformasyon nedeniyle yanlış kararlar verebildiklerini savunmaktadır. Eğer yargıçlar, hukukun ekonomik analizi hakkında daha ayrıntılı bilgi sahibi olurlarsa, daha etkin kararlar verebileceklerdir. Ancak 'kötü yargıçlar' kötü kararlar vereceklerdir. Dolayısıyla, yargıçların, esas olarak, objektif olduklarını savunan Posner'a göre, hukuksal karar verme süreci subjektif tercihleri olan bireyler arasındaki bir çıkar çatışması olarak görülmemelidir. Posner, mahkemelerin sosyal refahı maksimize edecek olan kaynak dağılımını 'tahmin' edebileceklerini savunmaktadır (Posner, 1979; 120).

Posner'in yargıç hukukunun etkinliği artırdığı yolundaki görüşlerinin ardından pek çok ampirik çalışma yapılmıştır. Paul Rubin (1977), mesele, etkin olmayan kuralların, etkin olan kurallara göre daha fazla mahkemeye gideceğini savunmaktadır. Karşılıklı anlaşmanın tercih edildiği durumlar genellikle etkinliği artıran durumlar olacaktır. Zira, etkinliği artıran kararların, her iki tarafında çıkarlarını koruduğunu -ticaretten kazançlar argümanından hareketle- söylemek mümkündür. Rubin'e göre, tarafların kendi çıkarlarını güdüyor olması, yargıç hukukunun etkinliğinde, yargıçların âdil olmasından daha önemli olmaktadır. Bir anlamda, Rubin'e göre, yargıç hukukunun etkinliği bireylerin kendi çıkarlarını güdüyor olmasına dayanmaktadır. Bu düşüncenin doğal bir uzantısı, stratejik davranışın tarafların mahkemeye gitme veya anlaşma arasındaki tercihlerinde nasıl etkili olacağıdır. Stratejik davranışın, hukukî süreçlerde çok ağırlıklı olması, etkinlik argümanının tarafların tercihlerine bağımlı olduğu sonucuna bizi götürebilmektedir (Rubin, 1977; 57).

Yargıç hukukunun etkin sonuçlar ürettiğini iddia eden bir başka çalışma George Priest (1977) tarafından yapılmıştır. Priest'in üzerinde durduğu nokta, etkin kuralların etkin olmayanlara göre daha uzun süre varlıklarını sürdürecekleridir. Bir anlamda, sosyal evrim anlayışına dayanan bu görüş, etkin olmayan kuralların topluma maliyetinin etkin olanlara göre daha yüksek olacağı üzerine kuruludur. Etkin olmayan kararlar daha fazla oranda mahkemeye gideceği için, bu kararların etkin olanlar lehine bozulması daha muhtemeldir. Etkin olan kurallar ise daha ziyade anlaşma yolunu açacaktır. Bununla birlikte, bazı durumlarda tam tersi bir mekanizma da işleyebilir. Taraflardan biri, etkin olmayan kuralı güçlendirmek isteyebilir. Landes ve Posner (1979) bu tür durumlarda da etkin olan kuralların zaman içinde güçleneceğini iddia etmektedir.

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

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

Posner'in etkinlik yaklaşımı, literatürde yoğun bir şekilde eleştirilmektedir. Mario Rizzo (1979), Chicago yaklaşımını Hayek ve Mises'in düşüncelerinden hareketle eleştirmektedir. Rizzo'ya göre, hukukî süreç zaman içinde değişmektedir. Belirli bir dönem için etkin olan kurallar, daha sonra israfı yol açar hâle gelebilir. Ekonomik, sosyal ve teknolojik ortam sürekli değiştiği için, durağan bir kural sistemi yetersiz kalacaktır. Fayda-maliyet analizi, dinamik piyasa sürecindeki belirsizlikler ve bilgi eksiklikleri nedeniyle sosyal refahı maksimize edecek şekilde yargıçlar tarafından yapılamaz (Rizzo, 1985; 873). Hayek'in sosyalist hesaplama tartışmalarında merkezî planlama otoriteleri için ileri sürdüğü argümanlar, yargıçlar için de geçerlidir (Oğuz, 2004).

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

Bir kısım hukukçular ve iktisatçılar yargıçların etkinliği sağlamakta önemli bir rol oynadığını savunmaktadır (Cooter ve Lewis, 1980). Yargıçların etkinlik analizini esas alması, etkinliğin sağlanmasının taraflara bırakılmasından daha etkin olacaktır. Yargıçlara daha fazla rol veren Cooter ve Lewis, sonuçta etkin olmayan kuralların daha fazla mahkemeye götürüleceği yönünde de yeterli delil olmadığını savunmaktadır.

Piyasa

Bununla birlikte, yargıçlara daha fazla rol verilmesi, her zaman etkinlik için yeterli olmayabilecektir. Mahkemelerin sadece kendilerine gelen davalara bakmaları, bir sapma oluşturabilmektedir. Daha da önemlisi, mahkemelerin hukukî süreçte kullandıkları bilgi maliyetlidir ve her enformasyon mahkeme sürecinde belirli bir sübjektif yorumla değerlendirilmektedir. Bir anlamda, etkinliği sağlamanın maliyeti bir çok durumda etkinliğin faydasından daha yüksek olabilmektedir.

Yargıçlar ve etkinlik arasındaki ilişki, yargıçların tamamen kamu yararını gütmeleri prensibinden hareketle kurulmaktadır. Ama, yargıçların da kendi tercihleri vardır. Meslekte yükselmek, dava yükünü azaltmak gibi nedenlerle yargıçlar davalar arasında tercih yapabilmekte, farklı davalarda farklı davranabilmektedir. Türkiye’de dava sayısının çokluğu ve hâkimlerin iş yükünün fazlalığı, pek çok davanın yeterince ayrıntılı şekilde incelenmesinin önüne geçmektedir. Çoğu durumda, hâkimler, davaları bir üst mahkemeden dönmeyecek şekilde karara bağlamaya öncelik verebilmektedir.⁴

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

Özetle, etkinlik temelli Chicago yaklaşımı, gerçek hayatta tartışmasız sonuçlar ortaya koyamamaktadır. Her ne kadar, Posner, genel olarak etkinlik yaklaşımının alternatiflerine göre daha başarılı olduğunu savunsa da, teorik ve ampirik olarak, pek çok soru hâlâ gündemdedir.

Pek çok durumda, etkinliğe ne zaman ulaşılabileceğinin kuralı yoktur. Etkinlik statik bir kavramdır, ancak, etkinliğe ulaşılması dinamik bir süreçtir. Kestirme bir çözüm, tarafların anlaşmasını esas almak olabilir. Ancak, taraflar tamamen serbest bir ortamda anlaşma yapamamaktadır. ABD’de mahkeme sürecinden önce ve mahkeme boyunca tarafların yapabileceği anlaşma biçimleri sınırlıdır. Yasal süreçlerde, en azından yasal düzenlemelerle tanımlanmış, anlaşmanın olmayışı, serbest mübadeleden hareketle tarafların ortak bir dengeye varabilmesini imkânsız kılmaktadır.

Kamu tercihi yaklaşımını Chicago yaklaşımının bir alternatifi olarak görmek mümkündür. Böyle bir sistemde, yargıçlar, avukatlar, yasa koyu-

⁴ Diğer bir pratik yaklaşım, hâkimin kararı tamamen bilirkişi raporuna göre vermesidir. Bu, hem hakimî dava üzerinde ayrıntılı olarak düşünme yükünden kurtarmakta, hem de sorumluluğunu azaltmaktadır (ortadan kaldırmaktadır?).

cular ve diğer hukukî sürece katılan bireyler birer çıkar grubu olarak görülebilir. Hukuka bu şekilde bakıldığında, hukukî süreçlerde adalet kavramından, hakların korunmasından bahsetmek pek mümkün olmayacaktır. Çıkar grupları üzerine kurulu bir sistemde, karşılıklı tercihler, neyin topluma için iyi olduğunu belirleyecektir.

Avusturyan iktisadı yasal süreçlerin işleyişini anlamada yardımcı olabilir. Hukukun, Hayek'in vurguladığı gibi, bir keşif süreci olarak görülmesi ve sosyal evrim ile kendiliğinden doğan düzen kavramları çerçevesinde yorumlanması, Chicago okulunun açıklamakta zorluk çektiği bazı karakteristiklerin daha kolay anlaşılmasını sağlayabilir.

Piyasa Süreci ve Hukuk Sistemi

Piyasa süreci teorisine göre, hukuk sistemi, toplumda oluşan kendiliğinden düzenden bağımsız değildir. Bireylerin sübjektif anlayışları ve piyasadaki davranışları hukuk sisteminin hem biçimini hem de yönünü önemli ölçüde etkilemektedir. Sosyal kurumlar, organik olarak bir evrim süreciyle şekillenmektedir ve bu sürece yapılan mekanistik müdahaleler sosyal düzen içinde bireylerin fiyat ve fiyat dışı sinyalleri yanlış yorumlamalarına neden olmaktadır.

Piyasa süreci teorisinin kurucuları olarak kabul edilen Ludwig von Mises ve Friedrich von Hayek hukuk sürecine ilişkin sorunlarla çok ayrıntılı olarak ilgilenmemişlerdir. Hukuk daha ziyade genel sosyal sistemin bir parçası olarak görülmüştür. Hayek'in en temel eserleri arasında yer alan *Law, Legislation and Liberty* (1973-1978) ise genel bir çerçeve çizmeyi hedeflemiştir. Piyasa eksenli görüşlerin doğrudan hukukî analize uygulanması, Avusturya okulu iktisatçılarının ancak yakın geçmişte ilgisini çekmeye başlamıştır.

Piyasa süreci teorisi klasik liberal prensipler üzerine kurulu bir sosyal düzen tasarımını savunmaktadır. Bu sistem içinde, temel belirleyici faktörler bireysel özgürlükler, serbest mübadele, mülkiyet hakları ve serbest girişimcilik olarak sayılabilir. Bu dört temel unsurun sağlandığı toplumlarda ekonomik refahtaki gelişme, alternatif durumlara göre tarihsel olarak daha hızlı olmaktadır.

Bu unsurları taşıyan toplumlarda, mülkiyet hakları ve sözleşme serbestisi tam olarak korunmakta ve devlet müdahaleleri asgari seviyelerde

Piyasa

olmaktadır. Bu prensiplerden hareket eden ideal klasik liberal toplum, toplumdaki bireylerin ve grupların tercihlerinden bağımsız olarak varlığını sürdürebilmektedir. Klasik liberal toplum düzeni, bu anlamıyla, sadece bireylere hareket serbestisi sağlayan bir altyapı teşkil etmektedir.

Piyasa süreci teorisi çerçevesinde yasal kurallar ve kurumlar, diğer sosyal kurumlarda olduğu gibi, kendiliğinden doğan düzen içinde şekillenmektedir. Kendi çıkarlarını güden bireyler, fayda-maliyet analizi çerçevesinde zaman zaman yasal olanın ötesine geçmeyi de alternatifleri arasında saymaktadırlar. Refah maksimizasyonu çerçevesinde, ahlâkîlik veya meşruluk sadece optimizasyonun bir değişkeni olarak yer almaktadır. Bireylerin davranışları, sosyal düzenin zaman içinde ne şekilde değişeceğinde belirleyici olmaktadır. Kendiliğinden düzenin en önemli fonksiyonlarından biri, bireylerin davranışlarını topluma faydalı olacak şekilde yönlendirmesidir. Hayek (1948; 11), Adam Smith'in sunmaya çalıştığı piyasa sisteminin temel amacının, bireylerin topluma verebilecekleri zararın en aza indirilmesi olduğunu ifade etmektedir.

Hukukî sistem, aynı piyasa sistemi ve diğer sosyal kurumlarda olduğu gibi kendiliğinden bir evrim geçirmektedir. Bireylerin tercihleri, diğer kurumsal yapılarıdaki değişimler veya sadece zamanın geçmesi, hukukun sürekli yeni durumlara adapte olmasını gerektirmektedir.

Bir Keşif Süreci Olarak Hukuk

Hukuk konusunda en fazla eser veren Avusturyan iktisatçı Friedrich Hayek'tir. Piyasa süreci, Hayek'e göre, bireylerin kendi planlarını ve beklentilerini toplumun diğer bireyleriyle uyumlu hâle getirdikleri bir süreçtir. Bu süreç içinde bireyler kendi çıkarlarını güderken, aynı zamanda sosyal açıdan verimli sonuçların da ortaya çıkmasına yardımcı olurlar. Hukuku da bir tür piyasa süreci olarak görmek mümkündür. Hukuk, bireylerin yasal boyutta kendi tercihlerini, beklentilerini ve planlarını toplumun diğer bireyleriyle uyumlu hâle getirir.

Hayek'e göre, sosyal kurallar ve kurumlar evrimci bir gelişme çizgisine sahiptir. Sosyal açıdan faydalı⁵ sonuçlar doğuran kurumlar varlıklarını

⁵ Hayek 'faydalı' ve 'etkin' arasında bir ayrım yapmaktadır. Kurumların varlıklarını sürdürmelerinde etkinlik yeterli olamamaktadır. Hatta pek çok durumda daha az etkin olan ama daha faydalı olan kurumlar varlıklarını sürdürmede daha başarılı olmaktadır. Değişen şartlara daha iyi uyum sağlamak belirleyici olmaktadır.

sürdürecektir, faydalı olamayanlar ise, kaybolacaklardır. Kurumun ilk baştaki amacının kurumun varlığını sürdürmesi üzerinde hâkim bir etkisi olmamaktadır. Pek çok durumda, kurumların istem-dışı sonuçları daha belirleyici olmaktadır.

Hukuk kurumuna yönelik evrimci bakış, temellerini İskoç aydınlanmasında bulmaktadır. Adam Ferguson, David Hume ve Adam Smith, yargıç hukuku geleneğinden hareketle, hukukun zaman içinde tecrübî bir gelişme gösterdiğine inanıyorlardı (Hayek, 1960; 55).

The Constitution of Liberty'de Hayek, hukukun kendiliğinden doğan düzenin bir sonucu olarak ortaya çıkması gerektiğini savunmaktadır. Hukukun devlet tarafından yapılan yasalar yoluyla gelişmesi, toplumun plan ve beklentilerinin bu yasalarda tam olarak yansıtılmamasına yol açacaktır. Bu durum, Hayek'in 'bilgi probleminin' hukuk sistemi içinde nasıl sonuçlar doğurabileceğini de gösterecektir. Ekonomik hayatta devletin veya belirli grupların tercihlerini empoze etme anlamını taşıyan yasalar, bireylerin tercihlerinin büyük ölçüde kendi isteklerinin dışında kısıtlanması anlamını taşıyacaktır.

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

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

Soyut ve genel olan kuralların yarattığı sonuçlar da, kurallardan bağımsız olacaktır. Devletin yasal düzenlemelerinin belirli bir amaca yönelik olması nedeniyle, istem-dışı sonuçları, bu düzenlemelerin amaçlarına ulaşmasını engelleyecektir. Daha da önemlisi, bireylerin yasaları ne şekilde yorumlayacağını veya kullanacağını önceden tasarlayabilmek müm-

kün değildir. Chicago yaklaşımının temel problemlerinden biri bu noktada başlamaktadır. Herhangi bir kuralın veya yasanın etkinliği artırıp artırmadığını bilmek mümkün değildir. Hâkimlerin kararlarında bütün kuralların tüm istem-dışı sonuçları hesaba katmaları da pratik olarak imkânsızdır (Hayek, 1960; 158). Genel hukuk kurallarına dayanan bir sistemin temel amacı, bireylerin kendi amaçlarını, toplumsal özgürlükleri çerçevesinde, serbestçe takip etmeleridir.

Avusturyan iktisatçılar piyasa süreci analizinden hareket ettikleri için, piyasaların bilgiyi aktarma ve kullanma süreçleri sosyal kurumların anlaşılmasında temel bir yer tutmaktadır (Oğuz, 2001a). Hukukî süreçler, bireylerin toplumda kendi amaçları yönünde hareket edebilmelerini sağlayan zımnî (tacit) ve formel kurallar bütünü bir parçasını oluşturur. Sosyal sistem zaman içinde değiştikçe, hukuk kurumu da yeni durumlara adapte olmak zorundadır. Genel kurallar üzerine kurulu bir sistemde değişime adaptasyon daha çabuk ve az maliyetli olmaktadır.

İnternet ve bilgisayar teknolojilerindeki hızlı değişim, örneğin, pek çok geleneksel hukuk kuralının değişmesini pratik bir zorunluluk haline getirmiştir. Şöhret, internet ortamında, fizikî varlıktan çok daha değerli bir varlık haline gelmektedir. Benzer şekilde, internet ortamında işlenen suçların nasıl tanımlanacağı, neyi içereceği ve nasıl cezalandırılacağı, geleneksel hukuk sisteminin cevap bulmakta zorlandığı alanlardır. Hukuku bir süreç olarak görmek ve spesifik kanunların yerine genel kurallar üzerine kurulu bir sosyal kurumsal arkaplan oluşturmak, değişimin getirdiği 'sorunları' daha etkin şekilde çözebilmeyi mümkün kılmaktadır.

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

Avusturyan iktisatçıların hukukî süreç analizi, yargıçlara pasif bir rol vermektedir. Hayek'e göre, yargıçlar, hukuku, 'yaratmak' yerine sadece yorumlamalıdır (Hayek, 1973; 87). Hayek, Chicago etkinlik analizini de reddetmektedir. Kendiliğinden düzene yapılan müdahaleler, iyi niyetli yargıçlar tarafından yapılsa bile, hukukun üstünlüğüne zarar verecektir. Bu anlayış, fayda-maliyet hesaplaması üzerine kurulu hukukun ekonomik analizinin de reddedilmesini getirmektedir. Posner, doğal olarak, Hayek'in bu anlayışını kabul etmemektedir (Posner, 2003).⁶

Peki, bireylerin bekleme ve hukuk kuralları arasında bir uyumsuzluk olduğu zaman ne olacaktır? Diğer bir ifadeyle, dengesizliği dengeye doğru kim yönlendirecektir? Avukatlar bu noktada belirleyici olmaktadır. Aynen piyasadaki girişimciler gibi, avukatlar da, hukuk kurallarının boşluklarını doldurmaktadır. Bu şekilde, hukuk sistemi, toplumla aynı yönde hareket edebilmektedir. Müvekkillerinin çıkarlarını arayan avukatlar, sistemdeki dengesizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bir fonksiyon üstlenmektedir. Şirket yöneticilerinin durumunda olduğu gibi, müvekkilinin çıkarını koruyamayan avukatlar, avukatlık piyasasında silinip gidecektir.

Sübjektivizm, Belirsizlik ve Kendiliğinden Düzen

Avusturyan iktisadının sübjektivist metodolojisi, sosyal kurumların sonuçlarının önceden bilinemeyeceğini kabul etmektedir. Bireylerin sübjektif değerlendirmeleri birbirinden farklıdır ve bunları önceden tanımlanmış amaçlara yönelik olarak yönlendirmek mümkün değildir. Sübjektif anlayış, toplumda istem-dışı sonuçların hedeflenen sonuçlardan daha önemli hâle gelmesine neden olmaktadır. Ancak, sübjektif yargıdan kaynaklanan belirsizlik, sonuçların tamamen rastgele olduğu anlamına da gelmez. Sosyal kurallar ve kurumlar, oluşabilecek sonuçları belirli bir alanla sınırlandırmaktadır. Ancak, bu alan gene de tahmin edilebilir değildir.

Böyle bir ortamda, girişimciler, daha önceden farkedilmemiş kâr fırsatlarını görebilirler. Hukuk süreci ortaya çıkabilecek sonuçları sınırlandırmaktadır. Her dava farklı şartlara ve özelliklere sahip olduğu için, girişimci avukatlar her zaman mahkemeleri ikna edebilecek yeni anlayışlar ve yorumlar geliştirebilmektedir. Dinamik hukuk sürecinde fırsatların varlığının

⁶ Bununla birlikte, temel iktisat kurallarının işleyişi ve piyasa ekonomisinin etkinliği üzerinde Posner'in ulaştığı sonuçlar Hayek'ten çok farklılaşmamaktadır. Aynen George Stigler ve diğer Chicago iktisatçılarındaki olduğu gibi, sosyalist bir sistemi de işletebileceği varsayılan neo-klasik anlayış, liberal bir sistem lehinde kullanılmaktadır.

önüne geçmek mümkün değildir. Fırsatlar zaman içinde azalmamakta, sürekli bir evrim içinde olan toplumda varlıklarını sürdürmektedir.

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

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

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

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

Hukuk piyasası, piyasa süreci teorisi çerçevesinde, etkinliği maksimize etmeyi amaçlamaz. Hukuk piyasası, bu piyasada işlem yapan bireylerin karşı karşıya olduğu belirsizliği azaltır. Amaç, bireylerin, önceden tahmin edilebilir ve plan yapılabilir bir ortamda işlemlerini yapmalarınıdır. Bireylerin hangi işlemleri yapıyor oldukları, sürecin işleyişinden bağımsızdır. Bu anlamda, etkin olmayan ama istikrarlı olan kurumlar ve kurallar varlıklarını sürdürebilmektedir.

Hukuk Piyasasında Girişimcilik

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

Yasal süreçleri bir keşif süreci olarak görmek, yasal süreçlerin sonunda neyin ortaya çıkacağını önceden bilemiyor olmakla ilişkilidir. Bu bakış açısı içinde, hukuk sürecinin girişimcilerini de bulmak mümkündür. İlk başta, avukatlar bu süreç içindeki dengesizliklerden istifade etmektedir. Ancak, hukukta girişimcilik bir sınıf olarak avukatlarla sınırlı değildir. Hukuk boşluklarını bilen ve yeni yorumları takip edebilen siyasetçiler, hâkimler ve diğer piyasa oyuncularını da piyasadaki boşlukları doldurabilmektedir. Dolayısıyla, girişimciliği bir sınıfla sınırlandırmak doğru değildir.

Avukatların temel avantajı, 'kâr' fırsatlarını diğerlerine göre kullanmak konusunda önde olmalarıdır. Bireylerin haklarının korunması piyasasına girmek büyük ölçüde avukatlarla sınırlandırıldığı için, girişimsel fırsatları kullanmada avukatlar pratik bir önceliğe sahiptir.⁷ Avukatlar, müvekkillerinin çıkarlarını korumak için, hukukta boşlukları ararlar ve yeni yorumlar geliştirmeye çalışırlar. Hukuk süreci dinamik yapısını bu girişimsel faaliyetler yoluyla kazanır.

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

Avukatların diğer rakipleriyle rekabet ediyor olmaları, ortak hareket etmeleri önündeki temel engeldir. Nasıl piyasalarda girişimciler, diğerlerinden önce kâr fırsatlarından istifade etmek istiyorlarsa, avukatlar da di-

⁷ Bununla birlikte, bütün piyasalarda olduğu gibi, dava yoluyla sorunların çözülmesinin maliyetinin yükseldiği durumlarda alternatif dağıtım mekanizmaları devreye girebilmektedir. Bunun en açık örneklerinden biri, mahkeme süreçlerinin uzadığı durumlarda, hukuki sorunları daha etkin (?) çözebilen mafya benzeri kurumların gelişmesidir.

ğer avukatlardan önce gördükleri yeni yorumları ve boşlukları kullanmak isteyeceklerdir. Bu süreç avukatların belli alanlarda uzmanlaşmasını getirecektir. Zira, rekabette başarı ancak kendi ürününü farklılaştırarak gelmektedir (Hayek, 1978).

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

Avukatların bir çıkar grubu olarak hareket etmesi, iktisadî analizde olduğu gibi, rant-aramanın kâr aramadan daha faydalı olduğu durumlarda mümkün olacaktır. Bunun tipik örneği, avukatların avukatlık mesleğine girişi kısıtlama yönünde ortak hareket etmeleridir.⁸ Piyasaya girişi sınırlandıran bu davranışlar, avukatların müvekkillerinden daha fazla tekel rantı elde edebilmelerine yol açmaktadır. Avukatlar, zaten oluşturmuş oldukları çıkar gruplarını, daha farklı amaçlar için de kullanabilmektedir. Yapılan yasaların, avukatların çıkarlarını korumasının sağlanması buna örnek olarak verilebilir.

Son Söz

Avusturyan iktisadı, Chicago yaklaşımından daha farklı bir bakış açısıyla, hukuk kurum ve kurallarının evrimi üzerinde durmaktadır. Etkinlik ve çıkar grupları analizinin yerine, hukukun amacı, belirsizliği azaltmak, özgürlüğü artırmak olarak görülmektedir. Hukuk, ayrı bir süreç olarak görülmemekte, diğer sosyal kurumlarla beraber kendiliğinden düzenin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Piyasa süreci analizinin kullanılmasına imkân veren bu anlayış avukatları girişimci olarak görmektedir. Hukuk süreci piyasa oyuncularının hareketlerinin işlem ve enformasyon maliyetlerini azaltarak, bireylerin kararlarını daha 'doğru' vermelerine yardımcı olmaktadır.

⁸ Avukatların ortak hareketinin tipik bir örneği, avukatlık ücretlerinin Barolar tarafından belirlenmesidir. Avukatlık tarifelerinin zorunlu olarak uygulanması, piyasada fiyatı sabitlemek anlamında rekabeti engelleyici bir durum yaratmaktadır. Ancak, bu tür uygulamalar, bir noktaya kadar başarılı olmaktadır. Eğer, baronun belirlediği ücret düzeyinde talep arzın altındaysa, doğal olarak, avukatlar bu ücretin altında işlem yapmayı tercih etmektedir. Serbest piyasa sistemine yapılan bu müdahaleler, hem sosyal refahı azaltmakta, hem piyasanın işlerliğini zayıflatmaktadır.

Kaynaklar

Cooter, R. and L. Kornhauser (1980), "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?," *Journal of Legal Studies*, c. 9.

Hayek, F. A. (1948), *Individualism and Economic Order*, Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F. A. (1973), *Law, Legislation and Liberty*, Chicago: University of Chicago Press.

Landes, W. and R. Posner (1979), "Adjudication as a Private Good," *Journal of Legal Studies*, c. 8.

Mercuro, N. ve S. G. Medema (1997), *Economics and the Law*, Princeton: Princeton University Press.

Oğuz, F. (2000), "The Role of Practical Knowledge in Market Processes: An Assessment of the Austrian Contribution", *Journal of Economic and Social Research*, c. 2, s. 2, ss. 59-74.

Oğuz, F. (2001a), "Piyasa Süreci Teorisi: Tarihsel Gelişim", *Liberal Düşünce*, c. 6, s. 21.

Oğuz, F. (2001b), "Rekabet, Girişimcilik ve Keşif", *Liberal Düşünce*, c. 6, s. 23.

Oğuz, F. (2003), *Mülkiyet Hakları: Bir Ekonomik Analiz*, Ankara: Roma Yayınevi.

Oğuz, F. (2004), "Sosyalist Hesaplama Tartışmaları Niçin Hâlâ Önemli?", *Liberal Düşünce*, c. 9, s. 33.

Posner, Richard A.: "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Legal Studies*, c. 8, s. 1.

Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, 4th ed.

Posner, R. (2003), "Kelsen versus Hayek: Pragmatism, Economics and Democracy," *Law, Pragmatism, and Democracy* içinde, Cambridge: Harvard University Press.

Priest, G. L. (1977), "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules," *Journal of Legal Studies*, c. 6.

Rizzo, M. (1979), "Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law," M. Rizzo (ed.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium* içinde

Rizzo, M. (1985), "Rules versus Cost Benefit Analysis in the Common Law", *Cato Journal*, c. 4, s. 3.

Rothbard, M. (1979), "Comment: The Myth of Efficiency," M. Rizzo (ed.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium* içinde.

Rubin, P. H. (1977), "Why is the Common Law Efficient?," *Journal of Legal Studies*, c.6.

Piyasa