
YARGIÇLAR NEYİ MAKSİMİZE EDER? (HERKES NEYİ MAKSİMİZE EDİYORSA ONU)¹ II

Richard A. POSNER*
Çeviri: Mustafa ACAR**

İmplikasyonlar. Oy kullanmanın sağladığı, (esasen, daha önce gördüğümüz üzere, kısmen onun bir fonksiyonu olan) fayda ve yargısal kararlarda oy kullanma gücünün getirdiği itibar ile desteklenen, görece mutedil düzeydeki sabit maaş, yargıçların oy kullanmak için ne kadar motive olduklarını ve oylarını birtakım etik olmayan yollarla neden satmadıklarını açıklamaktadır. Her ne kadar bu olgu yargıçların neden rastgele bir tarzda oy kullanmadıklarını açıklamıyorsa da, siyasi seçimlerde oy vermekle arada kurulacak benzeştirme (analoji) bunu açıklamaya yardım edecektir. İnsanlar sonucunu etkileyemeyeceklerini bilseler bile, siyasi seçimlerde rastgele oy kullanmazlar. Fayda, oy verme işleminin kendisinden değil, belirli bir kişi veya belirli bir şey için oy kullanmaktan kaynaklanmaktadır. Mesele, sonuçta hiçbir şey değişmeyecek olsa bile, kişilerin akıllarından geçeni dışa vurabilmelerinden kaynaklanan fayda ile ilgilidir.

¹ John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 15, 2D Series, The Law School, The University of Chicago.

* ABD Yargıtay Yedinci Dairesi'nde Yargıç olan Posner, Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde kıdemli öğretim üyesidir. Bu çalışma, 28 Ocak 1993 tarihinde George Mason Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen hukukun iktisadi analizi konulu konferansta sunulan bildirinin gözden geçirilmiş şeklidir. Konferansa katılanlara ve ayrıca Douglas Baird, Frank Easterbrook, David Friedman, Lawrence Lessig, Martha Nussbaum, Mark Ramseyer, ve Michael Trebilcock'a faydalı yorumları için teşekkür ederim. (Yazının ilk bölümü Demokrasi Platformu dergisinin bir önceki sayısında yayımlanmıştı. ç.n.)

** Kırıkkale Üniversitesi, İİBF, Öğretim Üyesi

Yargıçlar yargısal faaliyetin gereği olarak oy kullanmaktan, bu eylemin *saf tüketim değeri*nin yanısıra belirli bir güç de elde ettikleri için, üstelik oylarını rastgele vermeleri halinde bile sözkonusu güç daha az olmadığı için, yargıçların oy kullanan sıradan vatandaşlardan daha az sorumluluk duygusuyla oy kullanmalarını bekleyebiliriz! Elbette yargıçların çoğunluğu rastgele oy kullansalardı, eninde sonunda yargıçlar taifesinin tümünün işine son verilir. Fakat tek bir yargıcın rastgele oy kullanması o yargıcın kariyerini tehlikeye atmaz, dolayısıyla standart *bedavacı*² analiziyle pek çok rastgele oy kullanıldığını tahmin etmek mümkündür. Yine de bu nadiren görülen bir olaydır. Bunun iki nedeni vardır. Bunlardan biri, vurgulamakta olduğum üzere, tıpkı sıradan vatandaşlarda olduğu gibi yargıçlar için de oy kullanmanın güç kullanma imkânı veren *araçsal faydasından* (ki bu fayda, belirttiğim gibi, sıradan vatandaşlar açısından gözardı edilebilir bir değerdir, yine de vatandaş oyunu kullanır) bağımsız olarak, bir *saf tüketim değeri* vardır. Sözkonusu saf tüketim değeri kimin için oy kullandığınıza bağlıdır. İkinci neden, temyiz mahkemesi yargıçlarının hemen her zaman yaptığı üzere, bir heyet içerisinde oy kullanan yargıçlar için, rassal olmayan tarzda oy kullanmanın (nonrandom voting) maliyeti oldukça düşüktür. Hatta üç kişiden oluşan bir heyette, yargıçlardan enaz birinin davanın uygun sonucunun ne olması gerektiğine dair hararetle savunduğu bir görüşünün, hatta yargıçlardan birinin emrinde çalışan adli memurlardan birinin bu konuda kesin bir görüşünün olması halinde, diğer yargıçlar, şayet davayla çok yakından ilgileri yoksa, basitçe “görüş sahibi” yargıçla aynı oyu kullanabilirler. Bu tür oy kullanma rastgele oy kullanma davranışı olarak nitelendirilmez, bu olsa olsa *rahatına bakma* tavrı olabilir. Şayet davaya karşı kayıtsız olan yargıçların ikisi de dava konusunda sağlam görüşü olan yargıca karşı oy kullanırlarsa, tek kalan yargıç diğerlerini zor duruma sokabilecek ağır bir aykırı görüş yazabilir, veya onları, kendisinin ileri sürdüğü gerekçeleri çürütmek için çoğunluk kararını gözden geçirmek üzere biraz zaman harcamaya zorlayabilir. Dikkat etmek gerekir ki, şayet dava konusunda kayıtsız olan yargıçlardan biri, dosya hakkında gerekçeli kanaati olan yargıca katılırsa, diğer yargıcın da çoğunluğa katılma olasılığı yüksektir. Aksi takdirde, kendi kendini aykırı görüş yazmak zorunda bırakmış olacaktır.

“Uydum kalabalığa” türü oy kullanma, boş veya aylak zaman (leisure)³ arayışının yargısal davranış üzerindeki etkisini gösteren örneklerden yalnızca biridir. *Aylak zaman* her tür “zorluk” ve fazla çalışmaktan kaçınma olarak tanımlandığı takdirde (ki bunu şekilde tanımlamak gerekir), bu konu

² Bedavacı (free-rider): Ortak kaynakları kullanan, ancak bunların maliyetini karşılamaya yanaşmayan; bedelini ödemediği bir hizmetten yararlanan veya sonucuna katlanmadan bir eylemde bulunan kişi. (ç.n.)

³ Leisure: genellikle “boş vakit” olarak çevrilen “leisure” hiçbir şey yapmadan bomboş oturuş zamanından çok, kişinin keyfine göre değerlendirebildiği serbest yahut aylak zaman demektir; dolayısıyla burada boş vakit ile aylak zaman “leisure” karşılığı olarak birbirinin yerine kullanılmaktadır. (ç.n.)

bağlamında verilebilecek bir diğer örnek, yargıçların, verdikleri kararların “hukukun gereği” olduğu, dolayısıyla davayı kaybedenlerin veya karardan memnun kalmayanların kendilerini suçlamaması gerektiğinde ısrar etmeleridir. (Bu olguyu *sorumsuz yetki teorisi* olarak adlandırılabilir). Yargısal fayda fonksiyonunda aylak zamanın nasıl işlediğine ilişkin verilebilecek üçüncü örnek, temyiz mahkemelerinin üstlendikleri görevlerdeki güçlü eşitlik normudur. Aynı mahkemede görev yapan yargıçlar aynı sayıda davaya bakar ve genel olarak aynı sayıda karar yazmakla yükümlüdürler.⁴ Bir yargıcın kendisine düşen davadan daha fazla davaya bakma veya yazması öngörülen karardan daha fazla karar yazma girişimi hem hoş karşılanmaz, hem de reddedilir. Zira böyle bir çaba, başka hiçbir sonuç doğurmasa bile, Kongre’nin, federal yargısal iş yükünün daha az sayıda yargıç tarafından yerine getirilebileceğine ilişkin bir karar almasına yolaçabilecektir.

Dördüncü bir örnek, “kesin hüküm” (holding) ile “mütalâa” (dictum) arasındaki ayrımdır. Mütalâa, yargının hukuki görüşü içinde nihai karar için hayati önem taşımayan bir şeydir. Kesin kararların aksine mütalâa, aynı seviyedeki veya daha alt seviyedeki mahkemelerin daha sonraki kararları açısından bağlayıcı olarak kabul edilmez. Bu prensip farklı şekillerde açıklanabilir; ancak *aylak zaman yaratma arayışı* komple bir açıklamada bulunması gereken, önemli ama ihmal edilen, bir faktördür. Mütalâalar bağlayıcı olmadıkları için, bir yargıç, gelecekte kullanacağı oylara ipotek koymadan, meslektaşlarından birinin geliştirdiği, ama içinde kendisinin paylaşmadığı birçok unsur barındıran, bir hukuki görüşe katılabilir. Bunun karşılığında diğer yargıçlar da, aynı fikirde olmadıkları çok şey içerse de, kendisinin görüşüne katılacaktır. Hüküm ile mütalâanın bağlayıcılığı arasındaki bu farkın mümkün kıldığı bu “yaşa ve yaşat” tavrı, yargıçların hem (kendi mütalâasına karşı diğer yargıçların itirazlarını gidermek için) kendi görüşleri, hem de (itiraz edilebilir bulunduğu mütalâaların katılmadığı yönlerini düzeltmek için) meslektaşlarının görüşleri üzerinde harcayacağı çabayı azaltmaktadır.

Daha birçok alternatif açıklamanın yanısıra verilebilecek beşinci bir örnek, çoğunluğu yargıçlar tarafından icat edilen, tarafların uğrayabilecekleri zararlardan kaçınmak amacıyla aceleyle temyiz ettikleri kararlar için uygulanabilecek şunlara benzer çok sayıda aracın varolmasıdır: konu tartışmaya açıktır; yeterince olgunlaşmamıştır; “tavsiye niteliğinde görüşe” ihtiyaç vardır; yargıya konu olmayan siyasi bir sorunla ilgilidir; temyiz eden tarafın temyiz gerekçesi eksiktir; süresinden bir gün sonra temyize başvurulmuştur; temyiz eden taraf idari veya adli birtakım çözüm yollarını henüz tüketmemiştir vs. Bütün bu araçlar yargıçlara iş yüklerini azaltmanın yanısıra, zor olan veya siyasi açıdan hassas olan sorunlarla uğraşmaktan kaçınma imkânı verir. Daha önemli olanı da bu ikincisidir. Adalet hizmetlerinin daha süratli bir şekilde yerine getirilmesi, karar için bekleyen davaları azaltmak suretiyle (ki bu kuyruklar mahkemelere başvurmanın bir maliyetidir), adalet

⁴ Bununla birlikte, karar yazma hususunda Yüksek Mahkeme temyiz mahkemelerine oranla daha esneklerdir.

hizmetlerine olan talebi artırabilir, tıpkı yeni bir otoyol yapmanın, trafik yoğunluğunu azaltmak suretiyle, trafiğe çıkan araç sayısında bir artışa yol açabilmesi gibi. Davaya taraf olanların ve bölge yargıcının gözünden kaçmış adli bir eksikliğin çabucak farkına varabileceklerin sadece yetenekli yargıçlar olduğu bir gerçektir. Ancak yine de, normalde taraflardan birinin böyle bir eksiği mahkemenin dikkatine sunmak için bir sebebi olacaktır.

Sergilediğim bu yaklaşım neden yargıçların, tamamen olmasa da genel olarak, emsale uyma tavrına meyilli olduklarını açıklamaya da yardım edebilir. Şayet tamamen emsale uymaya yapışıp kalmış olsalar zaten oy kullanmazlardı. Oy kullanma bir dereceye kadar takdir kullanmanın varlığını ima eder: şayet tercih edilen bir alternatif yoksa, oy kullanmanın da bir zevki yoktur. Yine de, şayet yargıçlar her bir kararı yeniden gözden geçirserlerdi, her bir dava için çok daha fazla çalışmak zorunda kalırlardı. Dahası hoş gitmeyen bir kararın suçunu bir başkasının (daha önceki yargıçların) üstüne atabilmekten kaynaklanan “zorluk”tan kaçınma, eleştiriden korunmuş olma imkânından da mahrum kalırlardı. Ayrıca, daha fazla yasal belirsizlik dolayısıyla çok daha fazla dava açılabilirdi.

“Uydum kalabalığa” türü oylama ile “yaşa ve yaşat” türü başkasının görüşüne katılma uygulamaları, ilgili olmakla birlikte, oy ticaretinden (“logrolling”⁵ farklıdır. Farklıdır, çünkü bunlar gücü maksimize etmekten ziyade, boş zaman oluşturma amaçlıdır. Bu nedenledir ki, daha yaygın olan öteki uygulamalara göz yumulduğu veya bunlar görmezden geldiği halde, daha nadir görülen oy ticareti yargıçlar tarafından resmen kınanıp ayıplanmaktadır. Yasa yapıcıların yargıçlardan farklı bir fayda fonksiyonu vardır, bunun kısmen nedeni yasa yapıcıların seçimlerle yüzleşmek durumunda olmalarıdır. Onlar için güç ve nüfuz yargıçlara göre daha önemlidir; bu nedenle de, birbirlerini destekleme (“kütük yuvarlama”) faaliyetleriyle iştiğal ederler.⁶ Dolayısıyla, bu noktada bazı realist hukukçuların ve eleştirel hukuk alimlerinin kimi aşırı iddialarının aksine, yargıçların sadece cüppe giymiş birer yasa koyucu olmadıklarını söylemek için iktisadi bir sebep var demektir. Ne var ki, bu tahlil aynı zamanda, seçilmiş yargıçlar arasında oy ticaretinin vuku bulabileceğini de öngörmektedir.

VI. Seyirci Benzeşirmesi

Cevaplanmayı bekleyen zor bir soru hâlâ ortada durmaktadır: Bütün parasal cezalar ve ödülleri kaldırıldığı, çalışma ile boş vakit arasında tercih yapma imkanının olmadığı, taraflardan birinin değil de ötekinin lehine, veya belirli bir yasanın ya da hukuk öğretisinin belirli bir yorumu lehine oy

⁵ Logrolling: kütük yuvarlama, belirli bir amaca ulaşmak için birlikte çalışma, birbirini destekleme, işbirliği. Burada yargıçların belirli konularda maksatlı olarak özellikle belirli bir şekilde oy kullanmak üzere işbirliği yapmaları kastediliyor. (ç.n.)

⁶ Barry R. Weingast, “The Political Institutions of Representative Government: Legislatures,” 145 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 693 (1989).

kullanma olanağının bulunmadığı, yahut (örneğin “muhafazakâr”, “liberal”, aktivist” veya “ılımlı”) belirli bir hukuk felsefesini diğerine tercih etme sebebinin olmadığı bir ortamda, yargıçların motivasyonunun ne olacağı sorusu. Gizli oy vermeye yapılan geleneksel itiraz—bunun sorumsuzca oy kullanmayı teşvik eden veya en azından koruyan bir yöntem olduğu itirazı—yargıçların oy vermeleri bağlamında öne çıkmış durumdadır. Yargıçların her oylaması alenidir⁷ (her ne kadar bazen bir yargıç arkadaşlarına, dava konusu meselenin karşı görüş geliştirmeye degecek kadar önemli görünmemesi nedeniyle, aslında katılmadığı bir görüşe oy verdiğini söylese de, durum budur). Bu durum eleştiri konusu olur. Özellikle meselâ para gibi normalde daha güçlü olan teşvik unsurlarının mevcut olmadığı durumlarda davranış üzerinde daha fazla etki yapması beklenen eleştiriyi kolaylaştıran bir durumdur bu. Yine de esasen yargıçların çoğu, diğer yargıçlardan gelenler hariç, eleştirilere nispeten duyarsızdırlar; bunun nedeni, eleştirilerin ekseriyetle siyasi ihtilaf, haset, (kasten veya değil) yargıçların çalışma koşulları konusunda sergilenen cehalet, ve kendini öne çıkarma güdüsünden kaynaklandığına inanmalarıdır. Dahası, Yüksek Mahkeme kararları hariç, yargı kararları hakkında kamuoyunda yorum yapılması pek nadirdir. Her yıl yayımlanan onbinlerce diğer temyiz kararının yok denecek kadar az bir kısmı, yargıca geri dönüp de onun gelecekteki davranışını değiştirmesine yol açacak derecede dikkat çeker ve önemli eleştirilerin konusu olur.

Bir davada oy vermek zorunda olan bir yargıcın karşı karşıya olduğu türden tercihler—maddi geliri, boş vakti, şöhreti veya benzeri menfaatleri artırmak üzerine bina edilemeyecek tercihler—hayatın diğer alanlarında da mevcuttur. Örneğin tiyatro veya sinema gösterilerini seyrederken yaptığımız tercihler bu türden tercihlerdir. Spor yarışmaları bundan farklıdır, çünkü, bunlarda doğal olarak genellikle “ev sahibi” takımın lehine bir taraf tutma sözkonusudur. Bu taraf tutma olayı sportif yarışmaların adli eylemlere benzeştirilmesini zorlaştırır. Bununla beraber, taraf tutma olgusu eyalet mahkemesi kararları için bir hayli işe yarar bir benzetmedir. Taraf tutma sadece federal yargılamadaki farklılıkları açıklamaya yardım etmekle kalmaz, aynı zamanda bir eyalette mukim bir kişiyi federal vergi mükellefleriyle karşı karşıya getiren çeşitli davalarda yargılama yetkisinin neden sadece federal mahkemelerde olduğunu açıklamaya da yardımcı olur.

Bir film veya tiyatro oyunu izleyen seyirci, sahnede veya perdede ortaya konan mücadele ne olursa olsun, çıkacak sonuçtan kendisinin elle tutulur bir kaybı veya kazancı sözkonusu olmadığı için, tarafsızdır. Yine de, seyirci bir tarafı diğerine “tercih” etmeye teşvik edilir. Genellikle tercih yazar tarafından manipüle edilir—bize âdeta kötü adama karşı kahramanın tarafını tutmamızı “söyler.” Fakat meselâ *Hamlet* gibi, veya *Measure for Measure*⁸

⁷ Hiçbir şekilde, yargılamanın evrensel bir unsuru değildir. Mark Ramseyer bana Japonya'da üç kişilik heyet halinde karar veren alt mahkeme yargıçlarının oylarının kamuya açıklanmadığını ve karşı görüşlerin asla yazılmadığını söylemektedir.

⁸ William Shakespeare'in meşhur oyunlarından biri. (ç.n.)

gibi, veya *Pygmalion* gibi, derin belirsizlik içeren, bu açıdan da entelektüeller arasında oldukça popüler olan dramatik çalışmalarda seyirciye sunulan tercih gerçek bir tercihtir. Çünkü, ya yazar dramatize edilen durumdaki merkezi gerilim konusunu henüz kendi zihninde çözmemiş, veya çözümünü yeterince açık bir şekilde sunmaya muktedir olamamıştır (veya bunu arzu etmemiştir). Bu olgu, örneğin Yitik Cennet'teki (*Paradise Lost*) gerçek kahramanın Şeytan olduğunu iddia eden, edebiyattaki revizyonist yorumların popüleritesini açıklamaktadır. Amaç eseri daha dramatik, dolayısıyla daha sürükleyici yapmaktır. Böylece, seyirci veya son örnekte olduğu gibi, okuyucu, delilleri değerlendirerek bir karara varmak durumundadır. (Bu arada, "canlı" performans adli sürece daha yakın bir analogi oluşturmaktadır. Gerçi günümüzde karar verilmek üzere sunulan çoğu davada sözlü veya benzeri tartışma yapılmamaktadır, aynen bir oyunu izlemek yerine okurken olduğu gibi.) Yargıcın durumu da buna benzer.⁹ Şayet seyirciler bu tür tercihlerden tüketim faydası elde ediyorlarsa, yargıçların da bu tür bir fayda elde etmeleri şaşırtıcı olmamalıdır.

Seyirciler oyunun ya da filmin anlamı konusunda, kendi tecrübelerine ve eğitim veya ilgileri dolayısıyla seyrettikleri oyun hakkında sahip olabilecekleri uzmanlaşmış kültürel birikime dayanarak, ve sıklıkla da tepkilerini benzer vasıflara sahip arkadaşlarıyla tartışmak suretiyle, tercihler yaparlar. Yargıç da seyircilik işlevini, sadece bir dizi şahsi ve politik tercihlerine dayanarak değil, aynı zamanda ihtisaslaşmış kültürel yetkinliğine ("hukuk" konusundaki bilgi ve tecrübesine) dayanarak yerine getirir. Şayet yargıç bir temyiz mahkemesi yargıcısı ise, kararını vermeden önce temyiz konusu meselenin doğru sonucunun ne olduğu konusunda profesyonel meslektaşlarıyla tartışacaktır.

Elbette ki her dava belirsizlik bakımından *Hamlet* kadar zengin değildir. Pek çok dava hukukî analizin teknik araçları vasıtasıyla çözülebilir bulmacalardan oluşur—burada yargıç bir dedektif romanı okuyucusu gibidir. Hakkati bulmakla görevli olan jüri üyeleri de benzer bir işlev yerine getirirler. Ancak jüri üyelerinin seyirciliği, burada vurgulamakta olduğum seyircilikten, yani temyiz yargıcından "gerçeğin ne olduğu"na değil de, önündeki davada "hangi tarafın elinin daha güçlü olduğu"na karar vermesinin istendiği seyircilikten, farklı bir seyircilik türüdür.

Yargısal karar vermeye benzetilmek açısından "oy verme" ile "seyircilik" analogileri birbirine benzer. Bu durum en kolay, alkışları oy verme ile karşılaştırmak suretiyle görülebilir; zira büyük bir seyirci topluluğu içindeki bir kişinin el çırpmasının toplam alkış sesine yaptığı katkı, bir seçimdeki tek bir

⁹ Yargıç ile edebi eser okuyucusu veya seyircisi arasındaki benzeştirme, farklı bir amaçla da olsa, Martha C. Nussbaum, "Equity and Mercy"de (*Philosophy and Public Affairs*'de yayınlanacak) geliştirilmiştir. Duruşmaların dramatik niteliği için bkz. Milner S. Ball, "The Play's the Thing: An Unscientific Reflection on Courts under the Rubric of Theater," 28 *Stanford Law Review* 81 (1975). Dramanın münazarayla ilgili yönü için bkz. Kathy Eden, *Poetic and Legal Fiction in the Aristotelian Tradition* 176-183 (1986).

oyun seçimin sonucuna sağlayacağı katkıdan pek farklı değildir. Seçmen adaylar arasındaki yarışmada bir seyircidir,¹⁰ tıpkı, Antigone ile Creon arasındaki mücadeleyi konu alan *Antigone*'yi okuyanlar veya seyredenler gibi. Aynen daha iyi ilan edilen ve daha yakın tarihli olan¹¹ seçimlerde oy verecek seçmen sayısının daha yüksek olması gibi, yoğun bir şekilde reklamı yapılan, oldukça dramatik bir oyuna gidecek seyirci sayısının da, yeterli reklamı yapılmayan ve dramatik olmayan bir oyuna gidecek seyirci sayısından daha fazla olması şaşırtıcı değildir. Aradaki fark şudur ki, siyasi propaganda yapanlar (her zaman değilse de¹²) genellikle, seçmenin özellikle şahsi menfaatini ilgilendiren konulara vurgu yaparak, ondan son derece kişisel bir tercihini ifade etmesini isterler. Oysa yargıçtan, tiyatro seyircisi gibi, (hiçbir kişisel çıkar gözetmeyen) tarafsız bir oy kullanması istenmektedir.

Yargılamanın seyircilikle benzeştirilmesi acaba neden şimdiye değin gözden kaçırılmıştır? Bunun nedenlerinden biri, genellikle yargıçların alenen tartışıldığı durumlarda sığınılan hürmet duygusudur. Seyirciliğe benzetmek yargılamaya gayri ciddi, önemsiz bir hava verir görünmektedir. Oysa, bir okuyucu veya seyirci olarak sanatla ciddi şekilde ilgilenmek önemsiz bir eylem olmadığı gibi, (iş yapmanın aksine) "oyun" da kurallara bağlılıkla uyumsuz bir şey değildir. Nasıl ki oyunun kurallarını ihlal etmekle bir satranç oyuncusu satranç oynamaktan duyduğu hazı artırmaktan ziyade azaltmış olursa, tiyatro seyircisi de—gerçek insanlar olmadıkları gerekçesiyle—oyundaki karakterlerin hayatlarına girmeyi reddetmekle aynı şeyi yapmış olur. Yargılama oyununun kurallarını ihlal eden yargıçların durumu da bundan farklı değildir. Spor seyircileri, tiyatro tutkunları, sinema tutkunları ve opera tutkunları çoğu kez bu işten aldıkları zevki artıran bir uzmanlık geliştirirler. Bir başka deyişle, seyretmekte oldukları oyunun kurallarını (genel hatlarıyla) öğrenirler ve bu kurallara göre tepki verirler. Aynı durum yargıçlar için de geçerlidir; şu önemli farkla ki, yargılama oyununun kuralları kesin değildirler ve bu kurallara mukavemet gösterilir.

Seyirci benzeştirmesine yeterince önem verilmeyişinin ikinci bir nedeni, yargısal davranışın analizi alanında akademisyen hukukçuların baskın bir konumda olmasıdır. Akademisyen de bir seyircidir, ancak o, yargıcın şahit olduğu küçük dramının (yargıcın çözüm bulduğu ihtilafın) değil, *yargıcın görüşleri* dramasının seyircisidir. Akademisyenler çoğunlukla duruşmalardaki sözlü savunmaları dinlemez, veya tartıştığı davaya ait belgeleri okumazlar. Dolayısıyla, normal olarak, akademisyenler kararın kendisinden ziyade, davaya sunulan yargıç görüşlerine, gerekçelere, kararın retoriğine vb. un-

¹⁰ Brennan and Lomasky, yukarıda dipnot 20.

¹¹ Bu argüman, seçimin sonuçların tek bir oyla değiştirilebilecek kadar yakın olmadığı varsayımına dayanmaktadır. Şayet tek bir oy sonucu değiştirebilecekse, bir oyun son derece önemli bir *araçsal* değeri olurdu.

¹² Yukarıda 20. dipnotta belirtilen kaynakta Brennan ve Lomasky siyasi seçimlerdeki ilgisizlik unsuruna vurgu yapmaktadırlar. Maliyeti düşük olduğu zaman ilgisiz (tarafsız) eylemlerin daha muhtemel olduğunu öne sürerken Adam Smith'in *Theory of Moral Sentiments* (Ahlâki Duygular Kuramı) adlı eserinde belirtilen görüşü takip etmektedirler.

surlara daha fazla önem atfederler. Bununla beraber, bütün bunlar pek çok yargıç açısından tali unsurlardır. Yargıçlar için, Hamlet'te olduğu gibi, "oyunun kendisi"¹³ önemlidir. Birçok yargıcın kendilerinin görüşleri konusunda akademisyenlerin yaptıkları eleştirileri kusurlu bulmasının bir nedeni de işte budur.

Seyirci benzeştirmesi yargı kararlarının, hem yargıçların tercihlerinin ne şekilde işin içine girdiğini ve hem de belirli davalardaki brifinglerin ve tartışmaların hangi kalitede olduğunu nasıl yansıttıklarını anlamamıza yardımcı olur. Yine bu analogi, yasa yapıcıların, adli makamlara aday olanların tercihlerini tahkik yoluyla belirleyebilmelerinde yargısal teyit oturumlarının fonksiyonunu anlamamıza da yardımcı eder, çünkü bu tercihlerin yargıçların kararlarına rehberlik etmesi beklenebilir.

VII. Yargısal Fayda Fonksiyonunun Formel Bir Modeli

Yargısal idarenin somut sorunlarının—meselâ yargıçların seçimi ve ücretlendirme sistemi gibi—analizinin implikasyonları basit bir formel model yardımıyla daha detaylı incelenebilir.¹⁴ "Çaba"nın "zaman" değişkeniyle temsil edildiği aşağıdaki yargısal fayda fonksiyonunu gözönüne alalım.¹⁵

$$U = U(t_j, t_i, I, R, O)$$

Burada t_j yargılama faaliyetleri için yargıcın bir günde kaç saat harcadığını, t_i yargıcın aylak zaman için ayırdığı süreyi¹⁶ (bu süre yargılama dışında geçirilen tüm zamanlardır, böylece $t_j + t_i = 24$ olur), I (başlangıçta maaşla sınırlandırılmış olan) parasal geliri, R şöhreti, O ise bir yargıç için bu çalışmada tartışılan diğer fayda kaynaklarını (popülerite, prestij, ve kararının bozulmasından sakınma) göstermektedir. R , O ve (özellikle) I 'nin düşük seviyeli belirli bir eşğin üstünde t_j 'ye göre değişmeyen şeyler olduğu varsayılabilir;¹⁷ biz ortalama bir yargıcın bu eşğin epeyce üzerinde olduğunu kabul edelim. Bu varsayımlar altında yargıç, zamanını aylak zaman ile yargılama arasında öyle tahsis edecektir ki, yargılamaya ayırdığı son saatin ona sağlayacağı fayda, aylak zamana ayıracağı son saatin sağlayacağı faydaya eşit olsun. Aksi takdirde, zamanını daha az fayda sağlayan aktiviteden daha fazla fayda sağlayan aktiviteye doğru yeniden tahsis ederek toplam faydasını artırması mümkün olurdu.

¹³ Krş. Joseph Bensman ve Robert Lilienfeld, *Craft and Consciousness Occupational Technique and the Development of World Images* 19-22 (1973).

¹⁴ Çalışmanın bu bölümünün taslağını eleştiren David Friedman'a şükran borçluyum.

¹⁵ Daha geliştirilmiş bir modelin, (Gary S. Becker, *A Treatise on the Family* 64-79 (Genişletilmiş baskı 1991)'de yapıldığı gibi) "enerji"yi veya "çaba"yı, zamanın yanısıra, ilave bir tercih değişkeni olarak değerlendirmesi mümkündür. Bu hususa tekrar döneceğim.

¹⁶ Aylak zaman yahut boş vaktin, alışıldığı üzere, ille de evde geçirilmiş olması gerekmez. Benim modelimde işyerinde zamanı boşa geçirmek de bir aylaklık yahut boş zaman biçimi olarak değerlendirilmektedir.

¹⁷ Hiçbir iş yapmayan yargıcın, bekleneceği üzere, dava edilip görevden alınması halinde gelir sıfır olur ($I=0$).

Bu son derece basit modelde gelirin¹⁸ yargılama hizmeti ile aylak zamanın faydası üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı kabul edilmektedir. Oysa bunun bir etkisi olabilir. Ekonomistler genel olarak, paranın marjinal faydasının azalması nedeniyle, gelirden bir artış olmasının çalışmaya kıyasla aylak zamanın faydasında bir artışa neden olacağını kabul ederler. Ancak bunun böyle olmasının nedeni, işin (çalışmanın), sağladığı gelirin verdiği kadar başka hiç bir fayda sağlamadığının varsayılmasıdır. Şayet iş (burada, yargılama), aynen aylak zamanın sağladığı gibi, maddi olmayan bir fayda sağlıyorsa, gelirden bir artışın, neden zamanın çalışmadan kesilip aylak zamana doğru yeniden tahsisine yolaçacağı hususu açık değildir. Esasen, yargılama gibi "zevкли" bir iş bir nevi aylak zaman olarak da değerlendirilebilir.¹⁹ Bu nedenle gelirin aylak zaman (boş vakit) üzerindeki etkisi konusunda daha detaylı bir tahlil yapmak gereklidir.

Daha yüksek gelir aylak zamanı potansiyel olarak birbirini götüren iki farklı şekilde etkiler. Birincisi ev işlerine ayrılan zamanı azaltarak,²⁰ böylece, sadece zevk duyulan boş zaman faaliyetlerini değil aynı zamanda yargılama da dahil, diğer faaliyetler için boş vakit oluşturmak, ki modelimde yargılama da bir fayda kaynağıdır. Esasen, yüksek gelir, bireyi günlük işleri yerine getirmek için kullanmak isteyeceği aylak zaman (ücret karşılığı çalıştığı sürenin dışında kalan zaman) ihtiyacından kaçınmaya sevkettiği takdirde, aylak zamanın *değeri* düşer, dolayısıyla aylak zaman faaliyetleri için bir ikame sözkonusudur. Yüksek gelirin ikinci etkisi, satın alınabilecek faaliyetlerin kalitesini yükseltmek suretiyle, seyahat gibi boş vakte zevk duyulan faaliyetlerin yapılmasından doğan faydayı artırmasıdır. Güney sahillerine yapılacak bir seyahat, verandada salıncaklı bir sandalyede oturmaktan daha eğlencelidir. Elbette ki, boş vaktin *kalitesinin* artması daha fazla *zamanın* boş vakte ayrılmasını gerektirmez. Süresi aynı olup, pahalı olan bir tatilin yerini ucuz bir tatilin alması başka bir alternatif olabilir. Fakat ben, boş vakit için harcayacak daha fazla parası olan insanların boş vakte olduğu kadar, boş vaktin kalitesi için de daha fazla zaman ayıracıklarını varsayıyorum.

Mevcut geliri sıkıcı ev işlerini başkalarına yaptırabilecek düzeyde yüksek birinin gelirinde yapılacak artış halinde, daha yüksek bir gelirin boş zaman talebi yaratma etkisinin daha baskın olmasını bekliyorum. Bu nedenle yargıcın gelirinin artmasının muhtemelen mevcut yargıçların yapacağı iş miktarında bir azalmaya neden olacağını öngörüyorum. Burada "mevcut yargıçlar" nitelemesi önemlidir. Yargıç maaşlarında bir artış, seçim alanını²¹ genişletmek ve özellikle de yüksek ücrete (dolayısıyla aylaklığa oranla, ça-

¹⁸ Elbette ki parasal gelirden bahsetmekteyim.

¹⁹ "Verimli tüketim" in bir başka örneği iş yemekleridir. *Bkz.* Gary S. Becker, "A Theory of the Allocation of Time," 75 *Economic Journal* 493, 504 (1965).

²⁰ Modelde yargılama dışında kalan bütün faaliyetlerin boş zamana dahil olduğunu hatırlayalım. Gelirden meydana gelen artış işgücünden tasarruf ettirici aletlerin satın alınması ve ev işlerinde yardımcı olacak kişileri işe alma imkânı verir.

²¹ "Seçim alanı"ndan kasıt, mesleğe eleman seçebilmek için yararlanılabilecek havuz, yani meslekle ilgilenen aday sayısıdır. (ç.n.)

lışmaya) daha büyük önem veren yargıçları cezbetmek suretiyle, daha çalışkan bir yargıç sınıfının mesleğe girmesini sağlayabilir. Ayrıca, özel sektörde çalışma olanağı olan yargıçların (muhtemelen bunlar en iyi yargıçlardır) meslekten ayrılma oranını azaltmak suretiyle, yüksek maaşlar, daha tecrübeli ve daha kaliteli adalet hizmetleri sunulmasına vesile olabilir. Fakat, daha düşük çaba harcamanın olası maliyeti gözardı edilmemelidir—bu arada okuyucuya “zaman” ile “çaba”nın aynı anlama gelmediğini hatırlatmakta yarar vardır.²² Şayet çaba veya enerji sınırlı ise, ve de boş vakit değerlendirme yargılama faaliyetinden daha az çaba sarfetmeyi gerekli kılıyorsa, yargılamaya ayrılan zamanın bir kısmının boş vakit faaliyetlerine aktarılması aslında yargıcın yargılama için harcayacağı çabayı, neticede yargısal ürünün kalitesini, artırabilir.

Müsaadenizle yargıçların esas işlerinden başka işlerden de gelir elde etme olanağını işin içine sokarak, analizi daha da karmaşıklaştırayım. Bu tür gelirler elde etme imkânı son zamanlarda oldukça kısıtlanmıştır—yargıçlar artık yaptıkları konuşmalar veya yazdıkları makaleler için para kabul edememektedirler; ders vermek suretiyle elde edebilecekleri gelirler de maaşlarının oldukça düşük bir oranıyla sınırlandırılmıştır. (Ancak kitap telif ücretlerinde herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır; o halde yargıçların bundan böyle daha az konuşma yapıp daha çok kitap yazacağını tahmin edebiliriz). Yargılama hizmetleri dışından gelir elde etme olanağının kısıtlanmasının etkisi, yargıcın gelirini biri sabit diğeri değişken iki unsura bölmek suretiyle—ikincisi asıl iş dışından elde edilen geliri temsil etmek üzere—modellenebilir. Bu rötuşla birlikte, (ve de yargısal fayda fonksiyonuna dahil olup da—yargılama faaliyeti geliri hariç—yargılamaya ayrılan zamana çok duyarlı olmayan değişkenleri bir yana bırakarak), yargısal fayda fonksiyonu aşağıdaki şekilde yeniden yazılabilir.

$$U = U(I_f, I_v(t_v), t_j, t_i)$$

Formülde I sabit ve değişken bileşenlere ayrılmıştır; birinci bileşen yargıcın yargılama faaliyetlerinden elde ettiği maaştır; diğeri ise yargıcın esas işi dışında gelir getirici faaliyetlere ayırdığı zamana bağlıdır (t_v). Böylece, $I = I_f + I_v(t_v)$ 'dir; bu arada $t_j + t_i + t_v = 24$ 'tür. Yargılamaya ne kadar zaman ayırması gerektiğini düşünürken rasyonel bir yargıç sadece yargılamaya ayrılan zamanın boş vaktine olan olumsuz etkisini değil, esas işi dışında elde edeceği gelire olan olumsuz etkisini de gözönüne alacaktır. Yargıcın yasal olarak esas işi dışından gelir elde etme imkanı ne kadar azsa, bu etki de o kadar düşük olacaktır. Bu nedenle, esas işi dışından gelir elde etmenin kısıtlanmasının hem mevcut yargıçların yargılama amaçlı çabalarını (kitap yazanlar hariç!), hem de boş vakitlerini artırmasını bekleyebiliriz, zira esas işi haricinde gelir elde etme olanağı boş vaktin maliyetini yükseltmektedir.

Önceden belirtildiği gibi, adli personelin seçimi ve hizmette tutulması bir bütün olarak değerlendirilmek zorundadır; aynen, yargıçların esas işleri di-

²² Yukarıdaki 31. dipnota bakınız.

şındaki faaliyetlerden gelir elde etme imkânlarının kısıtlanmasının vergi gelirleri üzerindeki azaltıcı etkisinin de dikkate alınması gerektiği gibi. Elbette ki, adayları seçme ve işte tutma üzerindeki etkileri sınırlandırmak için esas iş dışından gelir elde etmenin kısıtlanması yargıç maaşlarında bir artışla desteklenirse, net vergi gelirlerinde bir azalma olmayabilir. Fakat, maaş artışını finanse etmek üzere hükümet harcamalarında net bir artış olacaktır. Bu arada yüksek maaşın yargıçların boş zaman talebini artırıcı etkisi, esas işi dışında başka bir işte çalışmayı kısıtlamanın yargısal çabayı artırıcı etkisini götürebilir.

Yargıçların seçimi ile ilgili olarak birkaç şey daha söylemek istiyorum, zira elimizdeki formel model bu konuda da bize yardımcı olacaktır. Bir insan yargıçlığı, şayet yargıçlıktan beklenen net fayda pozitifse seçecektir. Bir başka deyişle, şayet yargıç olmanın sağlayacağı fayda, kişinin mevcut işinden (farzedelim avukatlık) elde ettiği fayda artı yargıç olabilmenin (mevcut işinden elde ettiği gelirin dışındaki) maliyetinden (örneğin bir sürü ayrıntılı form doldurma, FBI soruşturması ve muhtemelen Senato Adalet Komisyonu tarafından ciddi bir şekilde sorguya çekilme gibi şeylerin verdiği rahatsızlık, hattâ aşağılanma) fazla ise yargıçlığı tercih edecektir. O halde formel olarak yargıçlığı kabul etmenin şartı şudur:

$$U_J(t_J, t_I, I_J, R, P_J) - U_L(t_L, I_L) - C > 0$$

Burada U_J yargıç olmanın sağlayacağı fayda, I_J yargıcın maaşı, P_J yargıç olmanın prestiji, U_L mevcut mesleğin (avukatlık olsun demiştik) sağladığı fayda, t_L avukatlık yapmanın sağlayacağı parasal olmayan fayda, C yargıç olmanın maliyetidir; diğer terimler ya daha önce geçtiği yerdeki aynı ya da kendi kendini izah eder türden terimlerdir. Avukatların aylak zamanlarının olmadığı kabul edilmektedir. Daha gerçekçi bir ifadeyle, I_J avukata kıyasla yargıcın ilave aylak zamanının faydasına yaptığı katkı olarak görülmelidir. Yargısal fayda fonksiyonundaki öteki elemanlar (yani, O 'yu oluşturan, prestij dışındaki bileşenler) yargı personelinin seçiminin analizinde fazla bir önem arzetmediklerinden dikkate alınmamıştır. Fayda terimleri C ile karşılaştırılabilir olmak için aslında bugünkü değerlere dönüştürülmelidir, fakat ben bu detayı gözardı ediyorum.

Bazı hususlar yeterince açıktır. Yargıç olmanın maliyeti yükseldikçe, ve de avukatlıkla elde edilen gelire kıyasla yargıç olarak elde edilecek gelir azaldıkça, bir avukatın yargıçlığı kabul etme olasılığı azalacaktır. Bu nedendir ki, yaşam maliyeti ve avukatların aldıkları ücretler ülke içinde oldukça değişmesine rağmen federal yargıçların nerede bulunurlarsa bulunsunlar hep aynı ücreti alıyor olmaları gerçeği, yüksek maliyetli yerlere göre düşük maliyetli yerlerde seçim alanını genişletmektedir. Bir avukatın avukatlığa kıyasla aylak zaman, prestij ve yargılamaya verdiği değer arttıkça, bu kez bir avukatın yargıçlığı kabul etme olasılığı artacaktır. Biraz daha ince bir husus şudur ki, seçim yapılabilecek alanı genişletmek için, yargıç sayısını sınırlandırmak suretiyle yargıcının prestijini artırmaya dönük adımlar atılması halinde, bir yargıcın şöhretini olumsuz etkilemeksizin yararlanabileceği aylak

zaman miktarı azalacaktır. Kısaca sonuç itibariyle seçim alanı genişletilemeyebilir. Bununla beraber, aday sayısı aynı olsa bile, grubun kompozisyonunda boş vakitten hoşlanan yargıçlar aleyhine bir değişme olacaktır; bunun sonucu, yargıç sayısını sınırlandırmakla yargısal ürünün (karar sayısı) azalmayabileceğidir.

VIII. Sonuç

Burada yapmış olduğum analiz, yargısal davranışı analiz etmeye çalışanların temel kaygılarına ışık tutmakta yetersiz kalmakla eleştirilecektir. Zira bu analiz bir yargıcın belirli bir davada neden belirli bir şekilde oy kullandığını veya bir hukuk felsefesini diğerine neden tercih ettiğini, ancak bir tiyatroya seyircisinin belirli bir oyunu neden belirli bir şekilde analiz ettiğini açıkladığı kadar açıklamaktadır, daha fazla değil. Fakat analizin amacı zaten bu değildi. Amaç, rasyonel eylem açısından bakıldığında yargısal davranışın çözülemeyen bulmacalar sunmadığını göstermekti. Rasyonel yargıçlar da, tıpkı özel kişilerin yaptığıyla aynı türden ve onlarla aynı yollardan, araçsal ve tüketime yönelik hedefler gözetmektedirler. Onların neyi maksimize ettikleri bir sır değildir. Yargıçlar da, ana bileşenleri kâr amacı gütmeyen firma, seçimlerde oy verme ve tiyatroya gitme gibi toplumsal eylemlerden âşinâ olduğumuz katılımcıların davranışlarında kolaylıkla gözlemlenebilen bir fayda fonksiyonu maksimize etmektedirler. Yargıçlar, sayılan bu toplumsal aktörlerin bir bileşkesi olarak görülebilirler; bu şekilde görüldükleri takdirde de, kendilerinin davranışlarının birçok özelliğini iktisadi analizin standart araçları yardımıyla analiz etmek mümkün hale gelir.

Her ne kadar sözkonusu analiz yargıçların neden şimdi yaptıkları şekilde oy kullandıklarını göstermemekteyse de, öyle sanılabileceği gibi, *umumi hukuk* ve yargıçların ürettiği öteki hukuk alanlarının bir bütün olarak etkinliği artırıcı olduğu tezinin altını oymamaktadır.²³ Aksine, yargıda istihdam koşullarının yargıçların kendi değer ve tercihlerine göre oy kullanmalarına imkân tanıdığını ve onları buna teşvik ettiğini göstermek suretiyle, bu analiz (etkinliğin, “önemli, dolayısıyla yargıçların çoğunluğunca içselleştirilmiş bir toplumsal değer” olması, dahası, yargıçların–düzeltici yetkilerinin sınırlı olduğu da dikkate alındığında–etkili ve kolay bir tarzda destekleyebilecekleri yegâne toplumsal değer olması nedeniyle) yargıçlar marifetiyle yapılan hukukun verimi artırıcı olduğu önermesini desteklemekte, ya da en azından bunu yadsımamaktadır.

Diğer bir itiraz, analizimin yargısal karar alma sürecinin “kaideleştirme” niteliğini açıklamamasıdır. Adalet hizmetlerinde görev yapanların (yargıçlar dahil) kararlarında pek çok hata, kasıt ve hatta delidoluluk olsa da, jüride görev yapan ve adli eylemlere katılan bir kişi şunu bilir ki, adli işlemler çoğunlukla, en azından federal mahkemelerde (eyalet mahkemeleri konusunda birincil tecrübem yok) eylemler görev bilinciyle, sorumlu, vicdani kanaate dayanarak, ve her zaman çok başarılı tarzda olmasa da, tarafsız olarak

²³ Örneğin bkz. Posner, *supra* note 12, 2. husus.

yapılmaktadır. Yargısal davranışın bu önemli özelliği, jüri üyelerinin ve yargıçların eleme sürecinden geçirilmesine gönderme yapmak suretiyle, ayrıca (seyircinin, okuduğu metin veya izlediği gösterinin tarzının gerektirdiği kurallara ve teamüllere karşı çıkmaktan ziyade onlara bağlı kalmak suretiyle faydasını maksimumlaştıracağını öğreten) seyirci benzeştirmesi yoluyla, modelim çerçevesinde açıklanabilmektedir.

Yargıçları, dünyayı değiştirmeye kararlı bir Promethean²⁴ veya insani zaaflardan, peşin hükümlerden ve kusurlardan arınmış bir *azize* benzetmek-tense, onları normal sıradan insanlar olarak mütalaa etmekte yarar olduğuna kuvvetle inanıyorum. Yargıçların büyük bir çoğunluğunun bunların ne biri, ne öteki (ne Promete, ne aziz) olduğu muhakkaktır.²⁵ Çoğu kez bu insanlar politikacılar gibi güç peşinde koşan kişiler, veya çoğu bilim adamı gibi gerçeği bulmaya çalışan kişiler de değildirler. Seçme ve ödüllendirme de, gerçeğin peşinde koşmayı bilim adamlarına izafe edilebilecek (tamamen gerçekçi olmasa bile) makul bir amaç haline getiren öteki kurumsal tahditler de, yargı ortamını karakterize etmemektedir.²⁶ Burada, önceki paragrafta belirtildiği üzere, biraz ileri gitme riski vardır. Fakat, yargıç adayları oldukça sıkı bir dürüstlük ve temel mesleki yeterlilik elemesinden geçirilmekle beraber, genelde yargıçların seçilmeleri veya terfileri esas itibariyle liyakate göre yapılmaz. Liyakate göre ücretlendirilmedikleri kesindir; hiçbir zaman gözetim altında da tutulmazlar. Bu çalışmada benimsenen yaklaşım, seçilerek atanan yargıçlara, Kıta Avrupası yargıçlarına, jüri üyelerine ve yasa koyuculara da uygulanabilir; umarım böyle de olacaktır. Bu yaklaşım aynı zamanda yargıçlar üzerindeki esrar perdesini aralayarak bu insanların iktisadi analizin inceleme konusu haline gelmelerine zemin oluşturmaktadır.

²⁴ Yunan mitolojisinde gökten yahut tanrılardan ateşi çalıp insana veren, mecazi anlamda ona özgürlük, yaratıcılık ve yiğitlik kazandıran varlık (ç.n.)

²⁵ Yargıçlık kariyerinin kimi cilalanmamış gerçeklikleri hakkında bir fikir edinmeye nihayet yeni yeni başlıyoruz. Kayda değer örnekler için bkz. Frank H. Easterbrook, "What's So Special About Judges?" 61 *University of Colorado Law Review* 773 (1990), ve Patricia M. Wald, "Some Real-Life Observations About Judging," 26 *Indiana Law Review* 173 (1992).

²⁶ Yargıçların çoğu, hatta Yüksek Mahkeme yargıçları bile, gayet hakettikleri entellektüel çapraşıklıktan koparılmıştır. Charles W. Collier, "The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law: Reexamining the Assumptions of Interdisciplinary Legal Scholarship," 41 *Duke Law Journal* 191, 221 (1991). Buna siyasi çapraşıklıklardan soyutlanmış olmalarını da ilave etmek mümkündür.