

BİR İMKÂN OLARAK SÖZLEŞME HUKUKU

Yasemin Işıқтаç
İstanbul Üniversitesi

ÖZET

Bu makalede küreselleşmenin sözleşme hukuku alanına yaptığı etkiler üzerinde durulacaktır. Sözleşme hukuku aracılığıyla toplumsal alanda “adil dağılım”ın sağlanıp sağlanamayacağı tartışmaları iki model üzerinden temellendirilir. Bu modellerden ilki, sosyalist radikal yaklaşım diğeri de liberal ekonomik modelin eksikliklerinin giderilmesidir. Sorun, toplumsal barışın devamı ve refahın yaygınlaştırılması açısından var olan durumun adil olmadığı kabulüne dayalıdır. Daha adil bir toplum için gelirler ve külfetlerin daha adil dağıtılması gerekir. Bunun için öngörölmüş argümanlardan birisi de sözleşme hukuku aracılığıyla, ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesidir. Liberal ekonomik modelin temel ideolojisi “en fazla sayıda kişinin en fazla faydası”nın sağlanmasıdır. Bu ilkede kişilerin fayda algısı ile toplumun fayda algısı olarak kamu yararı kavramlarının hem teknik anlamda hem de analitik olarak hesaplanıp hesaplanamayacağı temel bir metot sorunu. Bir başka temel sorun da adalet ile fayda arasındaki antinomik ilişkidir. Adaletin bir “eşitlik düşüncesi” olmasındaki nötr hal ile faydanın pozitif veya negatif bir açıyla hesaplanabilirliği bu antinomik ilişkinin temelidir. Ancak yine de “kamu yararı” ve “adil dağılım” sorunları bir şekilde fayda ve adalet kavramlarının bir araya getirilmesini gerekli kılacaktır. Sonuç olarak adaletin doğrudan hakkaniyet, hak ediş ve genel olarak hak sahipliği ile ilişkisi, onun aynı zamanda bir dağılım eşitliği olarak tanımlanmasını gerektirir.

Anahtar Sözcükler: Sözleşme hukuku, adil dağılım, fayda, adalet, küreselleşme

ABSTRACT

The aim of this article is to focus on the effects of globalisation on contract law. There are two explanatory blueprints concerned with the problem of whether fair distribution in society is realized through contract law. While one of these blueprints can be called the radical socialist approach, the other one is concerned with correcting the wrongs of the liberal economy. The problem is that the recent situation of the world order is not equitable from the point of view of extending social peace and welfare. In order to make a new society that is fully just, the distribution of incomes and burdens must be fair. One of the arguments raised in trying to explain the conditions of this just social order is the elimination of injustice with the help of the notion of contract law. The main principle of liberal economy is "the greatest good for the greatest number of people." There is, however, a methodological problem with this principle. This problem is whether the individual good and the social good can be measured both in the technical sense and the analytical sense. Another problem is that there is an antagonistic relationship between justice and utility. At the centre of this antagonistic relationship there is an incompatibility between justice as a neutral notion, and utility as both a positive and negative value which can be measured. However, the notions of “public good” and “fair distribution” in a way require the consideration of utility and justice together. As a result, being connected directly with fairness, entitlement and, more generally with the possession of rights, the notion of justice needs to be considered as a fair distribution.

Keywords: contract law, fair distribution, utility, justice, globalisation

GİRİŞ

Bu çalışmanın odak noktası adalet ve fayda arasındaki antinomik ilişkidir. Adalet ve fayda arasındaki antinomik ilişki yani çatışık ilişki kalkmasa bile bunu hafifletecek modeller oluşturulabilir mi? Çalışmada, sözleşme hukukunun doğuş zemini olan liberal ekonomik model ve bu modelin yapısal sorunları, sorunlar için üretilen cevaplar ve karşı cevaplar, adil dağılım-kamu yararı ekseninde tartışılacaktır.

Günümüzde tüm düşünce dünyası alanlarında olduğu gibi ekonomi alanında da geniş fikirler yelpazesinin bağdaştırıcılık ve karma yaklaşımlar altında şekillendiğini görüyoruz. Artık liberalizm, sosyalizm ve sosyal adaletçi tutumlar farklı dozlarda da olsa bir arada bulunabilmektedir. Burada, biz tartışmayı bu noktadan başlayarak yeni bir açılımı liberal düşüncenin nasıl yapmak istediği bağlamına

taşımak istiyoruz. Başlangıç noktasına bir iktisatçıyı yani Keynes'i koyabiliriz. Keynes, yaptığı çalışmalarla, kapitalizmin 20.yy.da karşılaştığı güçlüklerin aslında giderilemez güçlükler olmadığını ileri sürmüş, liberalizme yeniden bir dönüş yapılmasının ve düzeltilmesinin olanaklarını ortaya koymaya çalışmıştır. Böylece, yükselen yeni liberal dalga güçlü bir hareketlilik yaratabilmiştir. Ancak yine de örneğin, Schumpeter "*Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi*" isimli ünlü çalışmasında saf liberalizmin tüm bu çabalara rağmen ölüme mahkûm olduğunu güçlü delillerle ortaya koyabilmiştir. Karşıt söylem olarak, Marksizm de farklı gerekçelerle kapitalist sistemin zorunlu olarak sona ereceğini belirtmiştir. Bu güçlü tezlere karşın liberal düşüncede bir evrimci kabul varlığını sürdürür. Bununla birlikte, gerek 1929 krizi gerekse İkinci Dünya Savaşı'nın etkileri sürecin bir evrimsel süreç olarak algılanmasındaki durma noktalarıdır. Bunlara bir de Üçüncü Dünya Ülkeleri başlığıyla isimlendirilen geniş bir insani blok ve bu bloğun gereksinimleri eklenince evrimcilik ne yazık ki daha da geri plana düşmüştür. Burada evrimcilikle kastedilen, liberalizmin bazı özgün değişimlerle yeni koşullara uyum sağlayarak devam edeceğidir.

Liberalizmin neo-klasik iktisat yaklaşımı ile aldığı görünüm tüm ekonomik argümanları derinden etkilemiştir. ABD Virginia Eyaleti George Mason Üniversitesi bünyesinde toplanmış bulunan Virginia Politik İktisat Okulu önemli bir dönüm noktasıdır. Bu okulun kurucusu olarak kabul edilen James M. Buchanan'ın "Kamu Tercih Teorisi" ve "Anayasal İktisat" düşünceleri özel olarak üstünde durulmaya değer açılımlar sağlamıştır. Virginia Politik İktisat Okulu ve James Buchanan, devletin sürekli bir şekilde büyüdüğünü, bunun da ekonomik ve politik hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açtığını belirtmektedir. Kamu tercihi iktisatçıları, "anayasal iktisat" adını verdikleri bir yeni disiplin içerisinde devletin güç ve yetkilerinin çerçevelerini çizmeye ve sınırlarını ortaya koymaya çalışmaktadırlar.

1974'lerde Kamu Tercih teorisi hem ekonomistler hem de siyaset bilimciler tarafından çok da olumlu karşılanmamıştır. Çünkü hem ekonominin hem de siyaset biliminin temel kavramlarını kökten sarsmıştır. Kamu Tercih yaklaşımı özünde pozitivist bir yaklaşımdır. Gerçek yaşamı modelleyerek kamu yararı yaklaşımına göre daha iyi tahminler geliştirip geliştirilemeyeceğini test etmektedir. Sosyal Tercih Modeli ise, bu modelden daha farklı olup normatif özellikler gösterir ve Arrow tarafından biçimlendirilmiştir. Arrow rasyonel anlamda seçim yapmanın olanaksızlığını ispatlayarak yeni bir açılım yapmaya çalışmaktadır (Arrow, 1963/a: 27 vd). Bu açılımın üç temel sonucu olduğunu belirtebiliriz (Arrow, 1963/b: 35): **İlk sonuca** "Olanaksızlık teorisi" ile ulaşılır. Olanaksızlık teorisi ile Arrow, bireysel tercihlerden akılcı biçimde toplumsal seçim türetmenin olanaksızlığını gösterir. **İkinci sonuç**, kendiliğinden ortaya çıkan durum ile amaçlanan durum arasında fark olduğudur. **Üçüncü sonuç** ise, kendiliğinden düzenin, insanın amaçsal bir tutumla "daha iyi" talepleri aracılığıyla düzeltilip düzeltilemeyeceği noktasındadır. Bugünden, böyle bir sonucu öngörmenin mümkün olmayacağı, o nedenle de fütürist bir tutumu içerdiği için Arrow'un ütölist olmakla suçlandığını görüyoruz. Diğer yandan Arrow'un Sosyal Tercih Modeli sadece negatif yönleri vurguladığı için eleştirilmektedir. Ancak bu eleştiriye rağmen Pareto'dan beri devam etmekte olan iyimserliğin, bir kez daha gözden geçirilmesini sağladığı için Arrow'un yaklaşımı son derece önemlidir. Arrow'un bireysel koşulları temel alan toplumsal kararlar üzerinde düşünmeyi önceleyen yaklaşımı bir olanaksızlıklar teorisi olarak isimlendirilmekle birlikte koşullu olanaksızlık olarak anlaşılmasının daha uygun olacağı Kamu Tercih Teorisinin kurucusu olan Buchanan tarafından da belirtilmiştir (Buchanan, 1954: 114-123; Buchanan, 1998:130 vd). Liberal yaklaşımda temel değer faydadır. Bu noktada da hukuksal düzenlemeler ile iktisat arasındaki ilişki daha doğrusu piyasaya hukuksal müdahalenin yeni bir olanak olarak ele alınması konusu tartışılmaya başlanmıştır. Anayasal iktisat, Chicago Okulu ve Freiburg Okulları bu bağlamda ele alınabilir.

İşte tam bu tartışmaların yapıldığı ortamda yeni bir yaklaşım olarak sözleşme hukuku üzerinde durulduğunu görüyoruz. Sözleşme hukuku daha üst bir kavram olarak özel hukuka bağlı toplum kavramı temel alınarak okunmalıdır.

Toplumsal yapının "*özel hukuka bağlı toplum*"a (privatrechts gesellschaft) ya da "*medeni hukuka bağlı toplum*"a (Zivilrechtsgesellschaft) dönüştürülmesi önerilmektedir. Bu düşünce, toplumda herkesin aynı haklara ve statüye sahip olması yani özel hukuk kurallarına tâbi bir kimsenin statüsünü ifade etmektedir. Bu düşüncenin en önemli amacı, hukuktaki eşitsizlikleri ortadan kaldırmaktır. "*Staatsfreie Wirtschaft*" terimi yani ekonomik müdahale etmeme halini, mülkiyet haklarının önemini, sözleşme hukukunu, rekabet hukukunu, patent hukukunu ve benzerlerinin önemini kavramış ekonomiyi ifade etmektedir (Vanberg, 1998: 179). Bu nedenlerle, Anayasal İktisat teorisi taraftarlarının sözleşmenin hukukun argümanı oluşuna merkezi bir önem attiklerinden söz edebiliriz. Buchanan, klasik liberal ilkelerden yola çıkarak, özellikle anayasacılık üzerinde olan çalışmalarında karşılıklı rıza ve sözleşmeye dayanan çözümler önerir. Rıza esası için bir örnek vermek gerekirse, köle olmaya razı bir grup insan ile köleye sahip olmak isteyen bir grup insan karşı karşıya geldiğinde kölelik sözleşmesini ortaya çıkarabilecektir. Buchanan'ın modelinde bu karşılıklı rıza ile ortaya çıkan durum için herhangi bir karşı çıkış söz konusu olamaz. Buchanan böyle bir sistemi onaylamak zorundadır. Ancak liberal temel yaklaşımlar açısından aynı sorun ele alındığında Locke'un haklar

ve özgürlüklerin ayrılmazlığı kavramı açısından bu bir çelişki yaratacaktır. Klasik liberal anlayışın bu tutumu ile sözleşme hukuku yaklaşımı arasında örnekteki gibi bir gerilim ilişkisi vardır (Sen, 2004: 339). Anayasal iktisat, gerek hukuk alanının gerekse iktisadın yeni eğilimlerini bir araya getirerek yapısal bir çözüm oluşturma yolunda önemli bir yaklaşım olarak inter-disipliner bir çalışmayı önceler. Anayasal iktisadın aynı zamanda anayasaların toplumsal sözleşme oluşu fikrini merkeze alması nedeniyle sözleşmecî yaklaşımlar açısından da önemine işaret edelim. Hukukun idesi olarak belirlenen adalet ile iktisadın saptadığı refah arasında bir bağlantı kurmak amacındadırlar. Anayasal iktisat, iktisattan kaynaklanan yapısal sorunları daha üst perdeden sisteme akılcı müdahalelerle eklemek yöntemini seçmiştir (Vanberg, 1998: 177). Neo-liberalizmle eş zamanlı olarak ortaya çıkan liberteryanizmde ise ahlâki ilkeler üzerinden bir temellendirme yapılır. Liberteryanizmde Rothbard, Friedman, Nozick ve Rand isimleri öne çıkar. Bu isimler özgürlük, mülkiyet ve bireysel haklar konusunda benzeşmekle birlikte, devlet ve devletin meşruiyeti konularında oldukça farklı düşünürler. Bu farklılıklar nedeniyle, genelleştirici bir temellendirmesi yapılamayan liberteryanizm aynı zamanda Rand'ın kendi yaklaşımını objektivizm olarak adlandırmasıyla daha da karmaşık bir yapı almış olur. Bu teorik açılımları bir yana bırakıp metodolojik açıdan iktisadi bir analizin hukuk alanındaki etkisini irdelemek gerekir.

Hukuk kurallarının iktisat açısından analiz edilmesi, bir teori ortaya koymaktan çok belirli hukuk kuralları veya tasarılarından doğan sonuçları açıklamakla sınırlandırılmış “değerden bağımsız” bir incelemedir. Bu şekilde anlaşıldığında iktisadi analiz, diğer teorilerle rekabet eden bir teori değil söz konusu teorileri değerlendirmede kullanılacak birçok ölçütten sadece biri olabilir. İktisadi analizi bazı açılardan hukuk teorisinin normatif değerlendirmesinde de kullanabiliriz. Metodolojik anlamda bireyci olan verimlilik anlayışı, bireyler arasındaki mübadelelerin, kaynakların etkin veya optimal bir dağılımının sağlanabileceği görüşüdür. Serbest bir piyasada, faydalarını maksimize eden bireyler ticaretten kazanç elde ederler ve verimlilik kendiliğinden ortaya çıkar. Çünkü piyasa bütün sözleşme ihtimallerinin tüketilmesine olanak verecek ölçüde etkindir.

Örneğin hukuksal bir düzenleme ile sağlanacak ekonomik verimlilik, hukuksal düzenlemenin temel gerekçesi olarak algılanabilir. Ancak burada daha çok bir öngörme hali söz konusudur. Zorunlu olarak hukuksal düzenlemenin doğrudan ekonomik verimliliği garanti edeceği sonucuna da ulaşamaz. Verimlilik teorisi liberal söylemle örtüşmektedir. Yani hak-yükümlülük ilişkisi içinde en fazla yararı gözetecek mübadele ilişkisinin kurulması arzu edilmektedir. Böyle bir varsayımsal durum, hak ve yükümlülüklerin değiş tokuşunun uygulanabilirliğini veya uygulanamamasını net olarak açıklayabilecek midir (Barnett, 1986: 275)?

Verimlilik temelli yaklaşımlar şöyle bir kabulü ortaya koyar: İşlem maliyetinin nötr olduğu kusursuz tam bir rekabet ortamını yansıtan ekonomilerde verimlilik hesaplanabilir. Verimliliğin hesaplanması iki açıdan yapılabilir; işlem maliyeti ve toplam kar. Zaman ilişkisi açısından da verimliliğin hesaplanması önem arz edebilir. Örneğin, hukuki ilişki öncesi zaman veya hak sahipliği tartışmaları bu açıdan ele alınabilir. Mübadele ve sözleşme ilişkisine başlamadan önce şeylerin meşru sahipliğine ilişkin açılım da bir bakıma verimlilik yaklaşımı ile ilişkilendirilebilir. Zenginliğin sahibi onu istediği kişiye transfer etme hakkına sahip olmakla beraber, değerinin ilk yaratımıyla adalet bakımından hiçbir ilgisi olmayan daha sonraki kuşakların miras olarak elde ettiği kazanımlar farklı değerlendirilmelidir. Özel olarak, bir şeyin adil olarak kazanılmış olmasına yapılan atf burada da kullanılmaktadır. Bir şey ancak adil olarak kazanılmışsa ona mübadele veya transfer yoluyla adil olarak sahip olunabilir. Ancak, genel olarak liberal anlayışın kişinin eylemlerini sosyal bir nedenselliğin sonuçları olarak değil de özerk bir iradenin ürünü olarak değerlendirmesi verimlilik teorisi açısından bir sorun teşkil etmez.

Bu nedenle, ekonomik analiz mübadele benzeri ilişkiler açısından sorun çözücü bir niteliktedir. Karşılıklılığın mübadele dışı alanlarda verimlilik açısından nasıl ölçülebileceği ise belirsizdir. Verimlilik teorisi, örneğin haksız fiil alanında nasıl bir ölçümleme yapılabileceğini cevaplandırmaz. Sözleşme hukuku ile ilgili verimlilik analizleri tüm iradi vaatlerin uygulanabilir olduğunu kanıtlayamaz. Verimlilik teorisi sözleşmelerden doğan yükümlülükler dışında, örneğin uygun yasal yollarla ya da diğer uygulamalarla farklı mekanizmaları da içeren bir modelleme yapamamıştır.

Acaba verimlilik teorisi, sözleşme hukukundan doğan ve uygulanması hukuk sistemi tarafından garanti edilmiş iradi vaatlerle, bir çeşit sosyal vaat olarak algılayabileceğimiz kriterleri nasıl birbirinden ayır edebileceğimiz sorusunu cevaplayabilmekte midir? Bundan da öte verimlilik teorileri daha başlangıçta normatif alanda bazı sorunlar yaratır. Eğer sadece, toplumun toplam refahını arttıracak olan sözleşmelerin uygulanabilir olduğunu kabul edersek, o zaman tarafsız bir gözlemcinin (örneğin ekonomi bilgisi olan yargıç) hangi sözleşmelerin refahı arttırdığı hangilerinin ise arttırmadığı bilgisine ulaşmış olduğunu farz etmemiz gerekecektir.

Bu değerlendirme bizi iki temel soruna bağlar: İlki, böyle bir varsayımın doğruluğunun tartışılmasıdır. Gözlemciler, piyasa tercihlerinden bağımsız olarak, değer arttıran değiş tokuşlarla ilgili bilgiye sahip olabilir mi? Bundan daha da önemlisi, bir hukuk sistemi uygulamasında kararlar böyle bir bilgiye dayandırılabilir mi (Barnett, 1986: 274)?

Aslında böyle bir bilginin, gerçek piyasaların ürettiği verilerden bağımsız olmadığı savunulmaktadır. Bu durumda da uygulanabilir vaat ile uygulanamaz vaadin ayrımı için kriter sağlanamamış olmaktadır. Aksini farz edersek, ne tür sözleşme ilişkisinin değer artışına yol açtığı bilgisine sahipsek bu durumun ayrıca normatif düzenlemesine ne gerek vardır? Niçin tarafların kendi aralarındaki anlaşmadan bağımsız olarak yetkilerini-haklarını devrederken (işlem maliyeti dışarıda tutularak) bu bilgiyi kullanacak merkezi bir otoriteye ihtiyaçları olsun? Ya da niçin hâkimlerin bu bilgiyi kullanarak “verimli hırsızlığı” onaylamasına izin vermiyoruz? Niçin hırsızlara, başkalarının rızaları olmaksızın çaldıkları şeylerin mülkiyetini, mahkemenin öngördüğü bedeli mağdura ödemesi koşuluyla, salıverilmeleri seçeneğini tanımıyoruz? Normativist ekonomistlerin, bu bilgiyi sağlaması için piyasaya ihtiyaç olduğu karşılığını vermelerine, onların elde edilebilir bilgi varsayımları engel olmaktadır. İktisadi teorilerin, sözleşme kurallarının, kaynakların verimli olarak dağıtılmasındaki etkisine ilişkin gözlemleri, bu kurallara ilişkin normatif değerlendirmelerimize haklı olarak etki etmektedir. Bu etki nedeniyle, sözleşme kurallarının bireysel otonomi, yani irade ve güven kavramlarıyla birlikte düşünülmesi gerekir (Barnett, 1986: 279).

Tüm bu değerlendirmelerde en fazla dikkate değer olan nokta, kaynakların verimli dağılımını sonuçlayabilecek rızaya dayalı sözleşme ilişkilerini merkeze almış olan bir piyasaya gereksinim olduğudur. Yapılan iktisadi analizlerin rızaya yükledikleri anlama gelince, rıza bu yaklaşımlarda verimli dağılıma sağladığı olanağa bağlı olarak hukukun temeli olabilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, rıza şartının ortaya çıkarttığı “işlem maliyeti”nin “üretim maliyetlerine” oranla daha fazla verimlilik sağlamadığı sonucuna da ulaşılabilir. Karşı tarafın rızasının saptanması konusunda yapılacak görüşmelerin de bir maliyeti vardır; çünkü taraf rızalarının açığa çıkmasının sağlanması da verimliliği anlamada işlevsel olabilir.

Rızanın varlığını saptamak için yürütülen görüşmelerin maliyeti, tarafların sözleşme ilişkisinin kurulmasını güçleştireceği sonucuna ulaşıyorsa bu durumda üç ihtimal ortaya çıkabilir:

- İlki; tercihlerde rızayı dikkate almaksızın sözleşmenin harcanan emeğe değip değmediğini bilemeyiz.

- İkincisi; maliyetin yükselmesine hukuksal-kurumsal müdahaleler yol açabilir.

İki halde de sözleşmeyi engelleyen “piyasanın başarısızlığı” değil “yöntemin başarısızlığı”dır. Yöntemi başarılı kılmak için maliyeti yükselten halleri dışarıda tutmak gerekecektir.

- Üçüncüsü; rızanın anlaşılmasına yönelik görüşmelerden yola çıkmaktır (Barnett, 1986: 280).

Sonuç olarak, iktisadi verimliliğin saptanmasında rızaya yüklenen anlamın merkezi bir önemi vardır. Verimlilik, dolayısıyla da servet arttırmayla ilgili böyle bir normatif teori oluşturma girişimi sözleşme hukuku açısından uygun değildir. Rızaya duyulan gereksinim, verimlilikle ilgili argümanlar tarafından genel olarak desteklenirse de rıza teorisinin normatif olarak haklılaştırılması daha geniş kapsamlı olarak temellendirilmelidir (Barnett, 1986: 281). Ekonomik ya da dağıtıcı verimliliği sağlama iddiası noktasında gösterilecek her çaba, liberal modellemeye rızanın önemini geriye doğru çekecektir. Verimliliğin ekonomik kriter olarak hukuksal düzenlemenin yönünü göstermesinde, gelirin arttırılması ile ilgili böyle bir normatif teori oluşturma girişiminin sözleşme hukuku alanında kusurlu olduğunu belirtebiliriz.

ADİL DAĞITIM – KAMU YARARI; ADALET VE FAYDA ARASINDAKİ İLİŞKİ ANTİNOMİKTİR

Yapısal anlamda sorunu adil dağıtım-kamu yararı ilişkisinden ve buna bağlı olarak adalet ile fayda kavramlarının antinomik ilişkisinden yola çıkarak irdeleyebiliriz. Sistemin tasarlanması aracılığıyla adil dağılımın sağlanması ile sistemin olanaklarının geliştirilmesi aracılığıyla adil dağılımın sağlanması gibi özde iki model vardır. Modern siyaset, demokrasinin yeterliliğini ve başarısını kolektif çıkarları arttırıcı oluşu açısından da kavramaktadır. Ancak demokrasi ile ortak çıkarların arttırılması arasında zorunlu bir bağ olduğu kolay ispatlanabilir bir şey değildir (Barry, 2004: 309). Sorun tüm boyutlarıyla tercih ile planlama arasındaki bağlantıya odaklanır.

Modern ahlâk teorileri ile ilgili genelleştirici çalışmasında Frankena, ahlâkın iki temel ilkesi olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki, iyi miktarını en üst düzeye çıkartıcı faydayı saptamak, diğeri ise bu faydanın dağıtımını olarak adalet ilkesidir. Frankena bu iki ilkeyi bir arada ele alarak ahlâkın kurucu temelini adalet ve

Fayda birlikteliği ile oluşturmuştur. Gerçekten adalet ve fayda arasında antinomik bir ilişki olmasaydı son derece geniş bir perspektif edinebilirdik. Bu antinomik ilişkiye dair cevap çoğu kez adalet açısından bir öncelik tanımaya dönüşmektedir. Ancak yine de doğru-yanlış kavramları, iyi ve kötü ile yakından ilişkilidir. Sonuç iyinin olabildiğince artırılmasıdır. Şimdi bu ulaşılmış olan noktanın sözleşme ilişkisi açısından anlamı üzerinde duracak olursak konunun “iyilikseverlik ilkesi” çerçevesinde bir dağıtım ilişkisine çevrildiğini görürüz.

İyilikseverlik ilkesi; sözün tutulması, verilen zararın giderilmesi, başkasının özgürlük alanına karışmama gibi tutumları ortaya çıkarır. Buna ek olarak, dağıtımına ilişkin bir ikinci ilke olan “adalet ilkesi”ne gereksinim duyulur. Adalet ilkesi bu durumda paylaşım esasından hareketle temellendirilmektedir (Tepe, 1992: 28). Adaletin doğrudan hakkaniyet, eşitlik, hak ediş ve genel olarak hak ile olan ilişkisi onun bir dağıtım eşiği olarak alınabileceğinin temel kriterleridir. Daha önce de değinildiği gibi, liberalizmin temel problemi olarak ortaya çıkan bireysel fayda- toplam faydanın maksimize edilmesi çelişkisi, klasik sözleşme yaklaşımıyla aşılabilecek gibi görünmemektedir. Bu sorunun aşılması için liberal teorisyenlerin sözleşme aracılığıyla gerçekleştirilecek dağıtım ilişkisini adil kılmanın yollarını aradıklarını görüyoruz.

Sözleşme özgürlüğü bir ilke olarak kavranmaktan çok belli zaman içinde, belli toplumun belli hukuk düzenine göre cevaplanacak somut bir soru haline gelmiştir. Sözleşmenin yasal düzenleme ile gösterilmiş yani isimli bir sözleşme oluşu ile isimsiz sözleşme oluşu açısından da “sözleşme adaleti” konusundaki dönüşümde bir farklılık bulunmamaktadır. Yani sözleşme serbestliğinin alanı içindeki tüm sözleşmeler açısından yeni bir sözleşme adaleti tasarımı öngörülmektedir. Örneğin, kanuna karşı hile bir temel düzenleme olarak koruma oluşturabilir. Ancak, bu tür değerlendirmeleri standart haline getirmek her zaman uygun sonucu sağlamayabilir. Şöyle ki; sözleşme özgürlüğünün taraflara istenilen şekli seçme hakkını verdiğini, bu nedenle tarafların diledikleri sonuca ulaşmak için daha çok şekle bağlı olmayan türleri seçeceklerinden, her şeyden önce amacın mı yoksa kullanılan yolun mu yasaklanmış olduğunun bilinmesinin zorunlu olması, eğer amaç yasaklanmamışsa kanuna karşı hilenin bulunmadığı savunması da sorunu çözmede yeterli olmamaktadır. Bu gibi hallerde, bir seçme durumu bulunduğu için kanuna karşı hile güvenli bir savunma oluşturamamaktadır. Burada hükmün uygulama alanının tarafların izlediği amaçtan daha çok sözleşmenin tanımına bağlı olarak belirlenmesi belki daha uygun olacaktır. Bu sorunun aşılması için bir yandan genel ilkelerin yeni baştan ele alınması yolu benimsenirken bir yandan da daha özgün düzenlemeler yapılmaya çalışılmaktadır. Sözleşme taraflarından birisinin pazarlık gücünün önemli oranda zaafa uğraması sonucunu doğuracak olgular, sözleşmenin zarar görmesine yol açabilir. Bu tür zaafaların daha çok genel ilke olarak ahlaka aykırılık olgusuna bağlandığını görüyoruz. Diğer yandan özel hukuk öğretisinde “**dürüstlük ilkesinin**”, sözleşme özgürlüğü kavramının iç sınırlarını belirlemenin en temel ilkesi olarak hala geçerli olduğuna da dikkat etmek gerekir. Dürüstlük kuralı bu niteliği ile tüm koşullar açısından sözleşmenin denetlenmesinde uygulama için yol gösterici olacaktır. Bu denetimin sınırları ve kapsamı konusu doktrinde tartışılmakla beraber, anayasal değerlendirme açısından, varolan hukuk düzeninin sözleşme eşitliğinin bozulması olgusuna gereği gibi cevap verebilecek hukuksal araçlara sahip olup olmadığı tartışmanın odağındadır.

Sınır, sözleşmenin taraflarının taleplerinin hukuk sistemi ile çelişmemesidir. Ancak sözleşmenin içeriği taraflardan birisi için aşırı derecede mağduriyete sebep oluyorsa ve çıkarlarla ilgili bir denge kurulamıyorsa “sözleşme, sözleşmedir.” kabulü bir kenara itilebilmelidir. Yani sözleşmede yer alan düzenlemenin taraflar arasındaki pazarlık gücünün eşit olmamasına dayanıp dayanmadığı belirlenecek ve buna göre varolan özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri yoluyla sözleşmeye müdahale edilecektir. Sözleşme taraflarından birisinin açıkça zayıf olması halinde, üstün durumda olan diğer tarafın nasıl davrandığı ve sözleşmenin nasıl oluştuğu özellikle önem taşımaktadır. Sözleşme özgürlüğünün bir irade özgürlüğü yansımaları olması ile sözleşme hukukunun bu değişimi açısından ortaya bazı sorunların çıkması muhtemeldir. Bireyin hukuksal ilişkilerini kendi iradesine göre şekillendirmesi, kendi varlığını geliştirme özgürlüğünün bir yansımasıdır. Yani irade özgürlüğü ile birey, hukuk alanında kendi geleceğini belirleyecektir. Doğal olarak irade özgürlüğünün de sınırları vardır ve hukuksal olarak bir değerlendirmeye bağlı tutulmalıdır. Özel hukuk düzenleri, her biri anayasal düzene uyum sağlaması gereken kendi aralarında koordine olmuş bir kurallar sisteminden oluşmaktadır. Bunun anlamı yasa koyucunun irade özgürlüğü alanını serbestçe düzenleyemeyeceğidir. Yasa koyucu zorunlu olan düzenlemeleri yaparken temel hakların objektif-hukuksal verileri ile bağlıdır ve bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına uygun bir hareket alanı tanımalıdır. Özel hukuk düzeninin şekillendirilmesi görevi yasa koyucuyu önemli bir ikileme karşı karşıya bırakmaktadır. Özel hukuk alanında çok farklı çıkarları ve sık sık çelişen hedefleri olan, ancak hepsi de temel hak taşıyıcısı konumunda bulunan eşitler karşı karşıya gelmektedir.

Özel hukuk alanında da Anayasanın koruması tamdır. İrade özgürlüğü ile bu tam anayasal korunma arasındaki ilişki güçlü olanın daha çok korunması tehlikesini gündeme getirebilir mi? Çatışan çıkar ilişkileri karşısında her ne şekilde olursa olsun ortaya çıkan sınırlandırmalar en geniş biçimde nasıl etkin

kılınabilecektir? Etkin kılınabilir mi? Taraflardan birisi sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyebilecek kadar güçlü ise diğer tarafın irade özgürlüğünden bahsedilebilir mi?

Tüm bu sorular için cevap oluşturulmaya çalışılırken, hukuk düzeninin sözleşenler arasındaki dengenin her bozulması halini öngörebileceği sonucuna da varamayız. Özellikle hukuk güvenliği değerlendirmeleri, bir sözleşmenin geçerliliğini, taraflar arasındaki dengenin bozulduğu her olayda tartışma konusu yapmaya olanak tanımaz. Ancak söz konusu olan tipik bir olayda, taraflardan birinin kural olarak zayıf olması söz konusuysa ve zayıf taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturuyorsa, hukuk düzeninin buna tepki göstermesi ve gerekli düzenlemeleri yapması beklenebilir. Bu değerlendirmenin bir ayağı irade özgürlüğüne, diğer ayağı ise sosyal devlet ilkesine dayanır. Sorunun sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Özel hukuk alanı çeşitli özgün korumalarla zayıfların özel olarak korunmasını sağlayıcı pek çok kurumu içermekle birlikte, genel tutumu “taraf eşitliği” varsayımdır. Gelişen ve değişen koşullar taraf eşitliği kriterini, sözleşme adaletine daha farklı bir anlatımla “sosyal sorumluluk etik anlayışına” çevirmiştir. Günümüzde sözleşme özgürlüğü sadece taraflar arasındaki varsayımsal bir güç dengesi çerçevesinde ortaya çıkan çıkarların dengelenmesi ile yetinmemektedir. Sözleşmedeki zedelenmiş taraf eşitliği sorununu, özel hukuk alanının en önemli sorunlarından birisi sayabiliriz (Merz, 1992: 66).

Tartışma bu noktada adaletin özel olarak prosedürel adalet ve yeniden dağıtımcı adalet ya da sosyal adalet olarak belirlenmiş kavramlar açısından irdelenmesini gerektirir. Tartışmayı, Aristoteles’ten başlatılarak sınıflandırılmış olan dağıtıcı, denkleştirici ve hakkaniyet olarak adalet türlerine sosyal adaletin eklenmesi gereğinden başlatmak uygun olacaktır. Aslında sosyal adalete ilginin sebebi, gerek sosyalist yönetimlerin yeniden dağılım ilişkisine dair genel ve farklı kurgusunun etkisi ve gerekse siyasal liberalizmin işleyiş olanaklarını esnekleştirme çabalarıdır. Adalet kavramının zenginlik ve gelirin doğru dağılımıyla ilgili problemlerle ayrılmaz bir ilişkisi vardır. Bu ilişkinin “*hak ediş*” (desert), “*liyakat*” (merit) ve “*gereksinim*” (requirement) gibi kriterlerden hareketle kurgulanan yeni bir eşitlik olduğu da açıktır. Klasik liberalizmin genellikle yükümlü ama genel olarak negatif bir halle karışmamayı sağlayan siyasi iktidarı, sosyal adalet kavramı dolayısıyla pozitif anlamda bir karışma hali yükümlüdür. Bu karışma yükümlülüğüne radikal ya da reformist bir anlam yüklenip yüklenemeyeceği ise daha çok siyaset teorisi açısından tartışılan bir konu olarak kabul edilir.

Siyaset teorisi açısından konuya ilişkin bir başka tartışma ise sosyal devlet ve refah devleti (welfare state) ayırımından kaynaklanır. Bu ayırımın temeli; ilişkiler aracılığıyla sağlanmış refah fazlasının dağıtımı mı, yoksa zor durumda olanlara devletin merkez kaynaklarından pay ayırması mı uygun olacaktır? Sorusuna verilecek cevapla biçimlenir. İlki, refah devleti modeli olarak A.B.D. sisteminin bir yansıması iken, ikincisi sosyal devlet olarak Kıta Avrupası siyaset tarzının bir görünümüdür.

Sonuç olarak, gerek hak ediş gerekse kaynak aktarımı argümanı ile şekillensin, toplumda sistemin genel işleyişinden zarar görenlerin sisteme yeniden katılmaları için ek bir pozitif tutum alınmasının artık kaçınılmaz olduğudur. Bu da siyasi iktidarı sosyal birçok yükümlülükle bağlı kılan yeni ve liberal tutumdan farklı bir açılamdır. Devletin gelir dağılımını dengelemek ve sosyal adaleti sağlamak için yaptığı müdahalelerin adaletin bir gereği olmadığı ve piyasa koşullarını etkileyecek müdahalelerin dengenin gerçekten bozulmasına yol açacağı için zaten başlangıçta olumsuz etki yaratacağı konusundaki klasik liberal yaklaşım tezlerini ısrarla sürdüren radikal liberaller ile yeni olanaklar aracılığıyla sistemin devamı için bir çözüm arayan reformistler halen çekişmektedir (Barry, 2004: 157). Devlet klasik liberal yaklaşımda serbest müdahale ile üretilmeyen mal ve hizmetleri sağlamak üzere, farazî bir “sözleşme”yle veya genel yararlar ilgili kriterlerle yetkilendirilen bir kurum olarak görülmektedir (Barry, 2004: 79 vd). Ancak devletin ekonomik faaliyetlerinin bu şekilde meşrulaştırılması zordur. Çünkü oybirliğinden her ayrılma bazı seçmenlerin kendi tercihlerini diğerlerine dayatabilmesi anlamına gelir. Oysaki, oybirliğinin gerçekleştirilmesi hemen hemen imkânsız olan bir durumdur. Başlangıçta devletin rolünün “piyasanın başarısızlığı durumunda kaynakların optimal tahsisini sağlamak” olarak belirleyen bu tutum, bütünüyle ihtiyaçların ne olduğunun bilinmemesi ve daima bir denge sorunu yaratması nedeniyle de tartışmalıdır. “Eğer devletin müdahalesi faydayı arttırıcı etki yapabilecek ise anlaşılabilir” ve “özel alana bırakılabilecek olanın mümkün olduğunca serbest olması” kriterleri, devletin ekonomik alanla ilişkisi açısından önerilmektedir.

Modern toplum tasarımının toplum sözleşmesini merkeze alan tanımlamalarına karşın, toplumsal yaşam kişilerin öyle bir anda vazgeçebilecekleri sadece basit bir sözleşmesel alan olarak tanımlanmaya uygun değildir. Sosyal yaşamın bireylerin rahatını sağlamaya yönelik olarak yapılan ve herkesin kolaylıkla dâhil olup, kolaylıkla terk edemeyeceği geçici sözleşmeler olmadığına da dikkat etmek gerekir (Clark, 1990: 51). Sosyal devlet, farklı düzeylerde de olsa sermaye-emek ya da ücret-kâr arasında sağladığı uzlaşma ile refahın devletin gözetiminde elde edilmesine yönelik bir tasarımdır. Sosyal adalet-sosyal devlet ilişkisi, ekonomik açıdan talep yanlı müdahaleden arz yanlı müdahaleye geçiş ve düşünsel anlamda da bireysel sorumluluk veya yükümlülüğün hakkın ön koşulu yapılmasına eşlik etmektedir. Sosyal adaletin muhatabı, toplumsal statü ve rolleri aracılığıyla toplumun üyesi olan insandır. Hukuk düzeninin temelinde, eşit olan

bireyler değil, toplumsal ve ekonomik açıdan güçsüzler ve güçlüler, işsizler ve işverenler, üreticiler ve tüketiciler karşıtlığı yer alır. Sosyal adalet aynı zamanda özel alana ait ilişkileri de bir toplumsal sorun olarak ele alarak ne bireyin topluma ne de toplumun bireye feda edilmesine izin vermeme arzusudur. Böylece, kişilerin dışında toplumdaki çıkarları dengeleyecek bir üçüncü güç olarak devlet ortaya çıkmaktadır (Gürkan, 1994: 82).

Bir başka açılım olarak prosedürel adalet-fayda ilişkisine bakalım. Prosedürel yani usuli adalet, herhangi bir hukuk düzeninde yer alan kuralların tarafsız ve tutarlı bir şekilde uygulanması anlamında hukuksal adaleti yansıtır. Bireyci yöntemin izlerini taşıyan prosedürel adalet, bireylerin eylemlerinin adalet veya hakkaniyet açısından ahlâki bir değerlendirmesidir. Bu nedenle de toplumsal süreç ya da sosyal adaletin merkeze aldığı genel düzenleme ve gelir dağılımı gibi konularla ilgilenmez. Böylece adaletin, toplumda ya da kişiler arasındaki ilişkilerin bir özelliği olmaktan çok, belirli nitelikleri önceden tespit edilmiş hukuk kuralları çerçevesinde bir uyma hali olduğu sonucuna ulaşır. Şekli bir çerçeve çizen ve bireyci bir yöntemle adaletin ne olduğunun araştırılması anlamına gelen prosedürel adaletin piyasa ekonomisi ile yakın ilişki içinde olacağı açıktır. Yani aslında adaletin nötr, biçimsel bir uygulama ile sınırlı kalması ve çerçeve değer oluşu söz konusudur. Öyle ki, bu nötr oluş kendiliğinden birçok fonksiyonu da gerçekleştirir. Piyasa olanaklarının kendiliğinden mükemmel düzeni, eşitler arası ilişki gibi kurgular, adaleti adalet dışı bir alana hapseder. Adaletin gereği olarak kabul edilen hak ediş, liyakat veya gereksinim gibi piyasa dışı değerler zorunlu olarak subjektif olduğu için adalet nötrlüğünü yani tarafsızlığını tehlikeye sokar.

Dağıtıcı adaletin bazı prensipleriyle uyumlu olacak biçimde zenginlik bir gruptan diğerine, örneğin kredi verenlerden, satıcılardan, ev sahiplerinden ve işverenlerden, kredi alanlara, alıcılara, kiracılara, işçilere doğru kaydırılabilir mi? Yani sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir aracı şeklinde kullanımı uygun mudur veya özel mülkiyetin devrini düzenleyen hukuk kuralları, toplumda zenginliğin dağıtımını üzerinde olan etkilerine bakılmaksızın ele alınabilir mi? Bu soruların cevabı liberalizm ve onun taşıyıcı değeri olan mülkiyet hakkının sınırlarının ne olduğu sorusuna göre verilebilir. Liberalizmin dokunulmaz özü olarak mülkiyet hakkı ve bu hakkın korunması sorununa daha güçlü vurgu yapanlar, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının daraltılması yerine farklı argümanlara, örneğin vergi aracılığıyla adaletin yeniden dağılımına daha sıcak bakmaktadırlar. Sözleşme hukukunun yeniden dağıtımın aracı olarak kullanılmasına karşı çıkan liberaller, bunun kişiler arası hukuksal işlemlerin ayrıntılı düzenlenmesi yerine vergi sistemi dolayısıyla daha iyi başarılabilirdi kanaatinde idirler. Gerçekten prosedürel olarak belirlenmiş sözleşme hukuku aracılığıyla dağıtımın yeniden sağlanması için kullanılabilir argümanlar olarak, usuli kayıt altına alınmış olan faiz sınırlamaları, asgari ücret, garanti şartları ve şekle ilişkin düzenlemeler başlıca olanaklar şeklinde sunulmaktadır.

Burada bir kutuplaşma ortaya çıkmaktadır. Ancak, taraf iradeleri ile şekillenmesi bir zorunluluk olarak görülmesi gereken sözleşme ilişkisine “ tarafların belirlediklerinden farklı amaçların” eklenmesinin yaratacağı sakıncalara ve bunun sözleşme ilişkisi açısından taşıdığı olumsuzluğa, her iki görüş taraftarlarının da işaret ettiğini görüyoruz. Böyle bir sakıncaya rağmen aslında sözleşme özgürlüğünün üçüncü kişinin hakları ve irade bozuklukları gibi etik bir sınır dışında sınırlı olup olmayacağı sorusu da cevaplandırılmalıdır. Çünkü tarafların kendi menfaati doğrultusunda hareketi zaten sözleşmenin temeliyse ve karşılıklı uyuma varsa sözleşmeye herhangi bir müdahale sözleşme serbestisi ilkesi ile de bağdaşmaz. Burada sorunun yine sınır sorunu olduğunu görüyoruz. Diğer yandan sözleşmenin taraflar arası değiş-tokuş, eder-değer ilişkisi açısından irdelenmesi sözleşmenin dağıtıcı adalet açısından bir okuma biçimidir. Avantaj elde etme teriminin sık sık ironik bir anlamda ve etik açıdan kabul edilmez ya da hukuken izin verilmez davranışlara göndermeler için kullanıldığını görüyoruz. Aslında sözleşme açısından terim geniş anlamda ele alındığında her sözleşmede karşılıklı bir yarar elde etme hali vardır. Ancak gerçekte neyin avantaj olduğu konusu her somut olay çerçevesinde tartışılmalıdır.

YENİDEN DAĞITIM ARACI OLARAK SÖZLEŞME

Sözleşme hukukunun üç temel işlevi vardır: (1) Sözleşmenin hukuken bağlayıcılığının belirlenmesi, (2) İcra edilebilir sözleşmelerle yaratılan hak ve ödevlerin tanımlanması, (3) Sözleşmeye aykırılık hallerinin giderilmesi.

Bu genel ilkelere ek olarak, zenginliklerin adil dağıtımında sözleşme hukukunun yeni bir argüman sayılıp sayılmayacağı tartışılmaktadır. İşte bu son beklenti biraz yukarıda işaret ettiğimiz denkleştirici adaletten dağıtıcı adalet alanına geçilmesine yol açar. Sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir aracı şeklinde kullanımı özellikle liberalizm açısından hukukun araçsallaştırılmasının göstergelerinden birisidir (Weinrib, 1995: 43). Özel hukuku kavramak, hem sosyal yaşamın organizasyonu içinde yer alan baskılara cevap üreten hukuksal yapı düzeneklerini, hem de hukuksal akıl yürütme izini üstlenmiş kişilerin ortaya

koyduğu argümanların şekil verdiği bir kavramsal yapıyı ele almayı gerektirir. Hukuku bu çerçeveden düşünmek akla temel bir vurgu yapan doğal hukukçu yaklaşımdan yola çıkmak demektir (Weinrib, 1995: 46). Özel hukukun çelişkileri azaltıcı yani iç tutarlılığı yüksek ve dinamik bir süreç oluşu da bu akılcılığın sonucudur. Aynı şekilde, Kronman'ın sözleşme hukukunun saf adalet idealinden önce dağıtıcı adaletten yola çıktığını belirtmesi de bu anlamdadır. Kronman'ın bu iddia ile sadece genel nitelikte bir ilkeyi değil, daha özgün olan bir halini öncelediğini görüyoruz. Kronman dağıtıcı olmayan sözleşme hukuku kavramının ne liberal ne de liberteryan temeller üzerinde desteklenemeyeceğini iddia etmektedir.

Adaletle yönelim hukuk için fayda ile sınırlı tutulamaz, başkaca yüksek değerlerle de desteklenmelidir. Adaletin bir eşitlik düşüncesi olduğu göz önünde tutulursa, bu eşitliğin özgürlüklere saygı göstermekle olumlu nitelik kazanacağı da açıktır. Özgürlüklerin yaşam, mülkiyet ve sözleşme özgürlüğünün olanaklar olarak güvenceye bağlanması da önemlidir (Aral, 2005: 103). Ahlak bireyin kendi vicdanına göre özgürce davranmasını buyurur. Bu buyruk aynı zamanda bir ödevdir. Bu ödev her bir birey için tek tek bir zorunluluk olarak ele alındığında, önemli bir sosyal çerçevenin etik açıdan da çizilebilmesi sağlanır. Adaletin özü, insanın salt insan olmakla sahip olduğu hakları karşısında duyulan saygıdır. Bunun karşıt okuması, yaşamda her şeyin kendisinin olmasını isteyen kaba bencil tutumun reddidir. Bu reddin bir çerçeve olarak tespit edilip insanlara sunulması, yapılan şeyin, verilecek olanın ya da edimin yani en geniş anlamda ilişkilerin barış içinde devamını makul bir gerekçe olarak da sunmaktır. İşte bu makuliyet nedeniyle değişen şartlar karşısında tarafların eşitliğinin yeni baştan kurulabilmesi yani sözleşmenin uyarlanması bütün yönleriyle ele alınmalıdır.

Adil bir paylaşım için şu standartlar önerilebilir (Benson, 1999: 26):

- Eşitlik: Tüm farklılıkların göz ardı edilmesidir (herkese aynı miktarın verilmesi sorunu basitleştiriyor ancak farklılıkları reddettiği için geliştirici ipuçları sunmuyor).
- Liyakat, hak etme: Kimin daha fazla katkısı var? (Katkının ne olduğu ve nasıl ölçülebileceği tartışmasını doğurabilir.) Sadece sonuç değerlendirmesi yapılacaksa, o sonuca ulaşmak için katkıda bulunanların hakları ne olacak? Erdem, kıdem ve sadakate ilişkin değerlendirmeler de liyakat başlığı altında ele alınabilir.
- Yetenek: Bir şeyi yapacağı konusunda kişinin ne kadar ümit verdiği bakmak gerekir (Belirsiz).
- İhtiyaç: Kişilerin özel alanındaki gereksinimlerinin ve bu gereksinimleri sıralama biçimlerinin farklılaşacağı açık olduğundan belirsizdir.
- Piyasa değeri: Başka seçeneklerin olup olmadığının araştırılması. Tercih ve olanaklar. (Rekabet ortamı içinde öncelik sonralık tartışması getiriyor.)
- Haklar: Yasal olarak farklılık yaratılmış olması örneğin ek ödeme, ikramiye gibi (planlama aracılığıyla hukuksal düzenleme yapılması) parti programı ve siyasi tercihlerin etki alanı ya da genel devlet politikası (sosyal devlet-refah devleti olma gibi).
- Toplam fayda, kamu yararı: Daha çok kişi için daha fazla faydaya ulaşmak amacıyla paylaşım yapılması.
- Ödev ve sorumluluklar: Ödev ve sorumluluk ilişkisi ile elde edilenler arasındaki oranın ne şekilde dengeleneceğinin gelenekler ya da organizasyon açısından belirlenmesi.
- Risk: Öngörülebilir risk ve beklenti ile üstlenilen riskin yoğunluğu esasına göre paylaşımın belirlenmesi.
- Gelenek: Kurum kültürü kadar yüklenen toplumsal rol esası üzerinden değerlendirilmesi (karş. Solomon, 2004: 217).

Esnek liberal teorilerin her türlü müdahaleyi baştan reddeden teoriler karşısında bazı üstünlükleri vardır. Bireyin toplumun içindeki rol ve statüsünün hem onun topluma katkısı açısından hem de toplumun söz konusu kişiye olan katkısı açısından önemsenmesi, bir yandan bütünleşme olanaklarını arttırırken bir taraftan da toplumdaki radikallikleri törpüleyerek uyum kurma konusunda siyasal sisteme önemli katkıda bulunabilir. Örneğin;

1. Toplumsal zenginlikten pay almayı gerektiren bazı özel durumlar dikkate alınabilir,
2. İlkeler düzeyinde tanımlanmış olanın somut uygulamalara dönüştürülmesi sağlanabilir.
3. Devlet toplumdaki refahın yeniden dağıtımında fonksiyon üstlenebilir (Kronman, 2004: 509).

Bu genel kabuller birçok farklı teoride bir araya gelmiştir. Ancak, yukarıda sayılan ilkelerin birbiriyle çatıştığı haller de olabilir ve bu durum pek de küçümsenemeyecek sorunlar yaratabilir. Örneğin, yeniden

dağıtımın sağlanması için koşullara müdahale edilebilmesi konusunda fikir birliğine varmış olan kişiler, farklı liyakat ilkelerini veya farklı mülkiyet ilkelerini benimsemiş olabilirler (Kronman, 2004: 510). Böyle bir çatışmanın önemine yeniden işaret edelim. Bu tür bir anlaşmazlık gerçekten de keskin bir uyuşmazlık sayılmalıdır.

Sosyal adalete yönelik eleştiriler acaba bütünüyle “hak” tanımlaması ile “sosyal” olanın ayrıştırılması sonucunu doğurmaktadır mıdır? Günümüzde dağıtım sorununu “insan sermayesine yatırım” olarak anlayıp sunan anlayış dikkat çekicidir. Birçok alanda devletin yükümlülüklerinin üçüncü sektör grupları olarak adlandırılan gönüllü kuruluşların aracılığına bırakılması ise refah devleti anlayışının sosyal hakları bir statü hakkına çevirmeyen biçimidir. Yeni muhafazakâr düşüncenin ve sosyal demokrat üçüncü yol düşüncesinin sosyal devlet eleştirileri, sosyal-ekonomik temelde gelinen aşamanın düşünce dünyası üzerinde yarattığı baskının sonucudur. Özellikle 1930–1980 döneminin sosyal devlet sisteminin, küresel ekonominin olanakları bakımından nesnel bir sınıra dayandığı gözlemden doğmuştur (Kara, 2004: 153).

Yurttaşlığın sosyal boyutu ile siyasal ve hukuksal açıdan sosyal adaletçiliğin dışlanması noktaları, iki temel sosyal dağılım politikası olarak sosyal adaletin reddinin gerekçeleridir. Tarihsel olarak, sosyal devletin sosyal adaletçi politikalarla toplumsal denge kurma çabalarının ömrünü tamamladığı yönündeki yeni liberal anlayış bu gerekçeleri kullanmaktadır. Bu yaklaşım aynı zamanda bir indirgemecilikle sosyal devlet, sosyal hizmet ve sınırlı kamu hizmeti alanı tanımlarını da üst üste bindirir. Refahın yeniden dağıtımında iki temel yöntem önerilmektedir: Sözleşme düzenekleri ve Vergilendirme. Sözleşme düzenekleri aracılığıyla adil dağıtımın sağlanmasına yönelik çaba “yeniden dağıtıma yönelik sözleşme düzenegi” olarak isimlendirilebilir. Kaynakların orijinal dağılımındaki adaleti korumak için, bireylerin elde tuttukları payların iradi devir yoluyla değiştirilmesine izin verilmesi koşullarını sınırlandırmak, bazı işlemleri yasaklayıcı bazılarını özendirmek aracılığıyla olabilir. Örneğin, asgari ücret düzenlemesi bunun tipik bir örneğidir. İşçi-işveren arasındaki sözleşme ilişkisini ücret açısından belirleyen bu çaba bir eşik oluşturarak, dağıtım alanını belirginleştirir. Sözleşmeler aracılığıyla toplumsal faydanın yeniden düzenlenmesi çabası eşitlik ve demokrasi açısından da ele alınabilir. Vergilendirmenin yeniden dağıtım için araçlaştırılması konusu küresel ekonomik ortam açısından da değerlendirilmelidir. Vergilerle ekonomiye zamanında ve etkili müdahale edilebilme olanağı sağlanmak istenmektedir. Vergi politikaları açısından sermayenin küreselleşmesi, bilgi alışverişlerinin hızlandığı ve ucuzladığı, çokuluslu şirketlerin dünyanın her köşesinde faaliyet gösterdiği bu yeni ekonomik çevre, var olan politika yapıcılara devletin finansmanı konusunda yeni fırsatlar ve kısıtlamalar seti getirmektedir. Bir yandan devletin geleneksel vergi yapıları değişirken, diğer yandan devletlerin birbiriyle vergi konusunda da rekabet ettiği bir ekonomik sistem ortaya çıkmaktadır (Peters, 1991: 233). Ulusal ekonomilerin birbiriyle artan entegrasyonu, her şeyden önce bir ülkenin vergi sistemine ilişkin uygulamalarının diğer ülkelerin vergi politikalarına potansiyel etkisini arttırmıştır.

Küresel piyasada sermaye ve yatırımları çekme yönünde sermayeye tanınan kolaylıklar bir yandan ülkelerin vergi matrahını eritirken, diğer yandan vergi yükünün gittikçe daha çok, dolaşımı sermaye kadar kolay olmayan örneğin, emek gibi kalemler için yeniden dağıtım ve adaletli sonuç sağlanması konularında engel oluşturmaktadır. Aynı sorun verginin toplanmasına ilişkin olanakların sınırlanması konusunu da gündeme getirir. Acaba verginin toplanmasına ilişkin temel kriterler küreselleşme ile değişmiş midir? Açık olarak görülen şey verginin dağıtıcı fonksiyonunu bu gelişmelerle yitirmiş olmasıdır. Aynı zamanda genel bir düzeltici araç olarak verginin bu niteliğini de zayıflatmıştır. Keynesçi iktisat anlayışından kaynaklanan makro ekonomi çerçevesi oluşturabilmek için devlet müdahalesinin haklılığı tezleri sosyal devlet ve refah devletinin zorunlu koşulu sayılıyordu. Bu gerekçe, vergilendirmenin “progresif vergileme” ve “dağıtım adaleti” için temel bir argüman olmasını sağlamıştır (Peters, 1991: 231). Verginin bu şekilde araçlaştırılması sözleşme hukuku açısından konunun üzerinde önemle durmamızı zorunlu kılmaktadır. Vergi, devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan sözleşme alanını etkileyebilmesi için bir olanak olarak sunulmaktaydı. Küreselleşme ile sözleşme taraflarının genişlemesi ve çeşitlenmesi, takip olanaklarının kalkması ve sermayenin mobilize olusunun ekonomide yaratacağı sorunlar nedeniyle artık etkin vergilemede daha az progresif bir yol benimsemiştir. Gelir sınıfları arasında ve ekonomik davranışlar açısından “tarafsız” bir vergilemeye doğru bir kayma tercih edilmektedir. Bu sonuç nedeniyle, ulus devletin bir yandan küresel ekonomiye entegre olurken diğer yandan da dar gelir gruplarını koruyucu politikalar yürütmeyeceği düşünülmektedir.

Küreselleşmenin devletin rolü konusunda yarattığı bu dönüşüm giderek bir zorunluluk halini almaktadır. Küreselleşme sonucu, sermayenin küresel anlamda bütünleşmesi, hareketliliğin artması, vergi kaçırma uygun bu genişlik ve devletlerarası vergi rekabeti sermaye lehine değişimlerdir. Aynı şekilde, emek üzerindeki vergileme açısından da asgari ücretin belirlenmesi zorunluluğu, iş ortamının ve iş güvenliğinin düzeltilmesi talepleri, çalışma şartları ve eğitim-sağlık gibi alanlarda beklentiler ve hepsinin de üstünde demokratik baskılar bu alandaki vergileme için de bir olumsuzluk yaratmıştır. Bir yandan gelir ihtiyacı artarken diğer yandan devletin vergileme kabiliyeti daralmaktadır (Peters, 1991: 231).

Bu sosyal devlet ve refah devleti için bir kriz olarak değerlendirilebilir mi? Özellikle gelişmekte olan ülkeler için bu sorunun cevabı ne yazık ki olumludur. Bir yandan bütçe dengesizlikleri ve borç krizleri, yabancı sermayeye duyulan gereksinim devletin finansmanı konusunu da zora sokmaktadır. Vergileme için salt iç dinamiklerden hareket etmenin yetersiz bir kriter olduğu da açıktır. Vergiye ilişkin etkinlik, adalet ve demokratik oluş kriterleri yeni tip vergileme için temel kriterler olarak önerilmektedir. Sermayenin etkin bir biçimde vergilendirilmediği durumlarda, vergi yükünün mobil olmayan emek üzerine kayması vergi etkinliği açısından adalet sorununu gündeme getirmektedir. Adaletsiz sonuca yola açan “zararlı vergi rekabeti” uluslararası bir konsensüs arayışı olarak OECD ve AB çerçevesinde yapılan çalışmalarla giderilmeye çalışılmaktadır. Devletin bir yandan küresel sermayenin vergilemesinden pay alamamasının engellenmesine, diğer yandan çok uluslu şirketlerin çifte vergilemesine de yol açmayacak bir yöntem bulunmaya çalışılmaktadır. Bu anlaşılabilir bir değerlendirmedir. Ancak, sermayenin iş gördüğü ülkenin tüm kamusal olanaklarından yararlanırken kamu hizmetlerinin finansmanına hiçbir şekilde katılmaması da kabul edilemez. Dünya ticaretinin büyük bir kısmının çok uluslu şirketlerce gerçekleştirildiği göz önüne alındığında bu talebin yerinde olacağı da açıktır.

Bu nedenle, iktisada ilişkin denge kurucu yeni argümanların aranması liberal düşünürler tarafından da üzerinde titizlikle durulan bir konuya dönüşmüştür. Burada önerilen kriter “emsallere uygunluk” (arm’s length principle) ilkesidir. Emsallere uygunluk ilkesi ile çokuluslu şirketler arasında bir vergi dengesi kurulmasının sağlanması istenmektedir. Bu kriter de belirsizlik yönünden eleştirilmektedir. Ancak yine de en azından bir dayanak noktası oluşturabilir (Peters, 1991: 236). Bir başka çözüm önerisi ise vergiye ilişkin sorunların uluslararası niteliğinin artık kaçınılmaz olduğu da göz önüne alınarak, “Dünya Vergi Teşkilatı” kurulması yönündedir. Liberal ekonomik sistemin rekabetçi ilişkilerinin olduğu gibi bırakılmasından ve konunun salt sözleşme hukuku ilişkileri çerçevesinde algılanmasından bir sonuç çıkamayacağı da açık olduğuna göre, iktisadi açıdan uygulanabilirlik şansı olan çözümlerin bir an önce yaratılması yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi (2005), *Varlığı Vareden İlke: Sevgi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Arrow, Kenneth J. (1963/a), *Social Choice and Individual Values*, 2nd ed., Wiley, New York.
- Arrow, Kenneth (1963/b), *Individual Values and Social Choice*, 2nd Press, New York.
- Barnett, Randy A. (1986), "A Consent Theory of Contract", *Columbia Law Review*, Vol: 86, S. 269-291.
- Barry, Norman (2004), *Modern Siyaset Teorisi*, 2. Bası, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Yusuf Şah, Liberte Yayınları, Ankara.
- Benson, Peter (1999), "Contract", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by Dennis Patterson, Malden Mass., Blackwell, Cambridge, S. 24-57.
- Buchanan, James M. (1954), "Social Choice, Democracy and Free Markets" *Journal of Political Economy*, Vol: 62, No: 2, S. 114-123.
- Buchanan, James M. (1998), "Devletin Başarısızlığını Teşhiste ve Yapısal Reform Önerisinde Kamu Tercih Teorisinin Başarısı ve Sınırları", Çeviren: Can Aktan, *Anayasal İktisat*, Editör: Coşkun Can Aktan, S. 127-155.
- Clark, M. A. (1990), "Meaningful Social Bonding as a Universal Human Need", (Ed.) J. Burton, *Conflict Needs Theory*, St. Martin Press, London, S. 39-57.
- Gürkan, Ülker (1994), "Sosyal Adalet", *Adalet Kavramı*, Editör: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, S. 77-83.
- Kara, Uğur (2004), *Soyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü*, Mobi Basın Yayın, Ankara.
- Kronman, Anthony (2004), "Justice and Contract Law and Distrubutive Justice", *Philosophy of Law*, Ed.:Joel Feinberg-Jules Coleman, Thomson\Wordsworth, Belmont, S. 490-511.
- Merz, Hans (1992), *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Auflage, Freiburg-Schweiz.
- Peters, Guy (1991), *The Politics of Taxation: Comperative Perspective*, Blackwell, Cambridge.
- Sen, Amartya (2004), *Özgürlükle Kalkınma*, Çeviren: Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- Solomon, Robert C. (2004), *Adalet Tutkusu*, Çeviren: Ertuğ Altınay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- Tepe, Harun (1992), *Etik ve Metaetik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara.
- Vanberg, Victor J. (1998), "Freiburg School of Law and Economics", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Ed. Peter Newman, Vol. 2, London, Macmillan, S. 172-179.
- Wienrib, Ernest Joseph (1995), *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Boston.