

Hukuk ve Sözleşme-Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet^(*)

Anthony T. Kronman

Çeviren: Sevtap Metin^(**)

Hukuk sistemleri, geniş sınırlar dahilinde, kişilere mülklerini diledikleri gibi ya bağışlayarak veya başkalarının mülkleriyle değiş-tokuş etmek suretiyle transfer ederek devretme özgürlüğü tanımıştır. Bireysel serbesti, bu bağlamda taraflarca belirlenmiş koşullarla mülkiyetin devrini sağlayan, hukuken bağlayıcı aktler yapmak yetkisini içine alır. Sözleşmeler konusunda uzmanlaşan düşünürler arasında, özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyet devrini düzenleyen karmaşık hukuk kuralları yığınının yani sözleşme hukukunun üç temel işlevi bulunduğu konusunda neredeyse evrensel bir uzlaşma vardır. Birincisi, hukuken bağlayıcı olan ve olmayan sözleşmelerin belirlenmesi⁽¹⁾; ikincisi, icra

edilebilir sözleşmelerle yaratılan hak ve ödevlerin tanımlanıp saptanması⁽²⁾ ve nihayet sözleşmeye aykırılığın sonuçlarına işaret edilmesidir⁽³⁾. Bunun da ötesinde bazen sözleşme hukukunun dağıtıcı adaletin bir aracı olarak kullanılması, bu kuralları düzenleyen ve uygulayan yasama organı ile mahkemelerin, toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil biçimde dağılımını ve bölüşülmesini sağlayabilmek konusunda bilinçli bir çaba içinde bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁽⁴⁾.

Gerçekten de bir bakıma dağıtım (distributional) amacına yönelik birçok sözleşme hukuku kuralı vardır. Bunun en açık örnekleri, kredi faizlerini sınırlandıran faiz yasaları⁽⁵⁾, feragati mümkün

olmayan nitelik garanti belgeleri⁽⁶⁾ ve asgari ücret yasasıdır⁽⁷⁾. Bu kuralların her birinin konusu, dağıtıcı adaletin bazı prensipleriyle uyumlu olacak biçimde zenginliğin, bir gruptan diğerine – kredi verenlerden, satıcılardan, ev sahiplerinden, işverenlerden kredi alanlara, alıcılara, kiracılara, işçilere- doğru kaydırılması, yer değiştirmesidir. Bu tür hukuk kuralları savunulabilir mi? Kavramı daha geniş anlamda ele aldığımızda, sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir aracı şeklinde kullanımı uygun mudur veya özel mülkiyetin devrini düzenleyen hukuk kuralları, toplumda zenginliğin dağıtımını üzerine olan etkilerine bakılmaksızın mı yapılmalıdır?

Zenginliğin bir gruptan diğerine veya bir bireyden bir başkasına, sözleşmeler yoluyla ve devletin zorlaması suretiyle yeniden dağıtımının meşrulaştırılabileceğini reddeden liberteryenler, birinci soruya olumsuz cevap verirler⁽⁸⁾. Sürpriz şekilde, zenginliğin -en azından kimi zaman- zorla dağıtımının ahlaken kabul edilebilir hatta gerekli olduğuna inanan pek çok liberal de aynı cevabı verir⁽⁹⁾. Liberteryenlerin, sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir mekanizması niteliğinde kullanılmasına karşı çıkışları, zenginliğin zorla transferi-

nin -nasıl yapılırsa yapılsın- hırsızlık olduğuna yönelik genel inançlarından kaynaklanmaktadır⁽¹⁰⁾. Sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın aracı olarak kullanımına muhalefet eden liberaller ise bunun kişiler arası hukuki işlemlerin ayrıntılı düzenlenmesi yerine vergi sistemi yoluyla daha iyi başarılabileceği kanaatinde idirler⁽¹¹⁾.

Zorla yeniden dağıtımın etik uygunluğu açısından temelden farklı düşüncelerine rağmen liberaller ve liberteryenler kendilerini sıklıkla benzer bir sözleşme hukuku kavramını savunurken bulurlar. Her iki kamptaki hukukçu ve filozoflar, sözleşme hukukunun, bizzatı devir prosedürünün maliyetinin azaltılmasında oynayacağı rolü belirler ve fiili güç kullanma tehdidi ile diğer kabul edilemez zorlama biçimlerine karşı korumanın önemine işaret ederler⁽¹²⁾. Bunun yanı sıra her iki tarafta da, bireyler arasında iradi değiş-tokuşu (devir-teslim) şekillendiren hukuk kurallarının, dağıtımına yönelik sonuçlarını göz önüne alarak düzenlenmemesi veya seçilmemesi gerektiği hakkında yaygın bir fikir birliği göze çarpar.

Bu makalede, dağıtıcı olmayan sözleşme hukuku kavramının ne liberal ne de liberteryen temeller üzerinde desteklenemeyeceğini iddia edeceğim ve söz-

(*) Anthony T. Kronman, "Justice and Contract: Contract Law and Distributive Justice", *Philosophy of Law*, Ed. Joel Feinberg - Jules Coleman, Thomson/Wadsworth, Belmont 2004, s. 490-508.

(**) Yrd. Doç. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) See, A. Corbin, *Contracts* 2 (1963); cf. U.C.C. 1-201 (1) (1972) ("Sözleşme", tarafların anlaşmalarından doğan hukuksal yükümlülüklerin tamamı anlamına gelir...).

(2) See, e.g., G. Tuflock, *The Logic of the Law* 47 (1971); (Sözleşme hukukunun fonksiyonlarından biri, yorumlayıcı kurallar sayesinde çok uzun anlaşmaları kaleme almaktan tarafları korumaktır); Farnsworth, *Disputes Over Omission in Contracts*, 68 *Colum. L.Rev.* 860, 860 n.2 (1968); (Bir sözleşmenin varlığını belirlemek durumunda olan mahkeme, akit taraflarca hazırlanmamış bile olsa, onun uygulanmasından kaçınmaz); cf. U.C.C. 2-310, 2-511 (1) (1972).

(3) See, e.g., O. Holmes, *The Common Law* 227 (M. Howe ed. 1963); Farnsworth, *Legal Remedies for Breach Of Contract*, 70 *Colum. L.Rev.* 1145, 1147 (1970). Hukuka aykırılığın giderilmesi için elverişli yasal yolların belirlenmesi problemine yönelik ekonomik yaklaşım son zamanlarda bir çok yazarca desteklenmektedir. See, e.g., Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach Of Contract*, 1 *J. Legal Stud.* 277 (1972); Priest, *Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach*, 91 *Harv.L.Rev.* 960 (1978).

(4) See, e.g., Ackerman, *Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy*, 80 *Yale L.J.* 1093, 1098 (1973); (İskan yasaları diğer uygun şekilde yürütülürse yoksullukla savaşta önemli bir rol oynayabilir); Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harv.L.Rev.* 1685, 1778 (1976); Michelman, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, 62 *Minn.L.Rev.* 1015, 1016-37 (1978) (kira sözleşmelerini düzenleyen yasalar ekonomik anlamda "etkin" olmasalar bile yeniden dağıtım tedbiri olarak doğrulanabilir).

(5) See, e.g., *Conn.Gen.Stat.* 37-4 (1979) *N.Y. Banking Law* 173-1 (McKinney 1971).

(6) *Javins v. First Nat'l Realty Corp.*, 428 F.2d 1071, 1079-82 (D.C.Cir) cert.denied, 400 U.S. 925 (1970) (Ev kiralama iskan ve oturmaya elverişlilik garantisini de kapsar).

(7) See, e.g., 29 U.S.C. 206 (a) (1) (1976).

(8) See F. Hayek, *The Constitution of Liberty* 93-102, 133-61 (1961); R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* 140-53, 167-74 (1974); Buchanan, *Political Equality and Private Property: The Distributional Paradox*, in *Markets and Morals* 69-84 (G. Dworkin, G. Bennett, & P. Brown eds. 1977); Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 *J.L. & Econ.* 293, 293-94 (1975).

(9) See C. Fried, *Right and Wrong* 143-50 (1978); J. Rawls, *A Theory of Justice* 87-88, 274-79 (1971); Grey, *Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice*, 28 *Stan.L.Rev.* 877, 890 n.38 (1976); Rawls, *The Basic Structure as Subject, in Values and Morals* 47, 54-55 (A. Goldman & J. Kim eds. 1978); C. DeMuth, *Regulatory Costs and the "Regulatory Budget"* 9 (Dec. 1979). But cf. Dworkin, *Liberalism, in Public and Private Morality* 133 (S. Hampshire ed. 1978) (Yeniden dağıtım için vergilendirmenin tercihi, liberalizmin özüne dahil değildir).

(10) See, e.g., R. Nozick, *supra* note 8 at 172.

(11) See, e.g., *Basic Structure*, *supra* note 9 at 55, 65.

(12) Karşılaştırd. id. at 54-55 (hile örneği) ile R. Nozick, *supra* note 8 at 150 (aynı).

leşme hukuku kurallarının, dağıtımaya yönelik amaçların—böyle davranmanın maliyeti daha fazla ya da bireysel serbestiye daha müdahaleci olsa bile—yerine getirilmesi için kullanılması gerektiğini savunacağım. Bu makale iki kısımdan meydana gelmektedir. İlk bölümde akde dayalı devir-teslimde liberteryen teoriyi inceleyecek ve standart liberteryen görüşün aksine dağıtıcı adaletin, yalnızca değiş-tokuş kurallarının düzenlenmesinde hesaba katılmasının gerekliliğini değil, asgari ahlaki kabul edilebilirliğe sahip bulunduğunu da tartışacağım. Buradaki amacım bireysel özgürlük kavramının, iradeye aykırı ve bu nedenle yürürlük kazanamayan bir sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olan değiş-tokuş ilişkilerindeki olası avantaj elde etme biçimlerinin saptanmasına, kendi başına rehberlik edemeyeceğini kanıtlamaktır. Bu genel düşünceyi ortaya koyduktan sonra, avantaj elde etmenin hangi biçimlerine izin verilip, hangilerine verilmeyeceğine karar vermek için Rawls'un fark ilkesi⁽¹³⁾ benzeyen basit bir test öneriyorum ve bu testin liberteryenizmin kendi etik önermelerine en uygun olduğunu yine liberteryenlerin kabul etmeleri gerektiğini iddia ediyorum.

İkinci bölümde yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmeyi benimseyen liberal tercihe muhalefet edeceğim. Yeniden dağıtım metodlarından birinin seçimi, uygunluğunun ve elverişliliğinin sorgulanması kadar ahlaki tartışmaları da ortaya çıkarır. Kişisel düşünceme göre, vergilendirme lehine genel ve kapsayıcı bir tercihte bulunmak, her iki şekilde düşünüldüğünde de hak-

lılaştırılmaz. Vergilendirmenin, ne zenginliğin yeniden dağıtımının her zaman için en tarafsız (nötr) ve en az mütecaviz yolu ne de dağıtımaya yönelik bir amacın başarılmasının daima en etkin aracı olduğunu düşünmek için bir neden yoktur. Hangi yeniden dağıtım yönteminin arzu edilen bu özelliklere sahip bulunduğu, belirli bir durumda, koşulların getirdiği faktörlere bağlı kalacaktır; her iki metod da kendiliğinden bir diğerine üstün değildir. Herhangi bir yeniden dağıtım şeması, dağıtıcı adalet ve bireysel özgürlük arasında tartışmayı beraberinde getirir ve de bu çatışmanın varlığı liberal teori için ciddi güçlükler çıkarsa bile bu durum, dağıtıcı olmayan bir sözleşme hukuku kavramının benimsenmesine yol açmaz.

Dağıtımaya yönelik amaçlar için sözleşme hukukunun kullanımına hem liberallerin hem liberteryenlerin muhalefetinden öğrenilecek önemli fakat farklı dersler vardır ve ben bunları aydınlatmaya çalışacağım. Her iki düşünce de, sözleşme hukukunun, zenginliğin yeniden dağıtımının bir mekanizması şeklinde işletilmesindeki güçlükleri anlamamıza katkıda bulunmakla birlikte, hiç biri sözleşme hukukunun bu biçimde kullanımının ahlâken yanlışlığını doğrulayamamaktadır⁽¹⁴⁾.

1. Dağıtıcı Adalet ve Liberteryen Hukuki İşlem (Devir-Teslim) Teorisi

A. İrادی Alış-Veriş.

Liberteryen sözleşme hukuku teorisi bireylerin, -sonuçta üçüncü şahısların hakları ihlal edilmedikçe- kendi mülk-

lerini devir-teslim etmek amacıyla diledikleri iradi sözleşmeleri yapmak konusunda ahlaki bir hakka sahip oldukları inancına bağlanmıştır. Bir liberteryen için, mülkiyeti devir-teslim sözleşmesi iki nedenle geçersiz olabilir. Birincisi, sözleşmeye taraf olmayan bir kimsenin haklarının çiğnenmesi ve ikincisi de devretmeyi kabul eden kişinin buna zorlanması ve böylece rızasının gönüllü (ihtiyari) olmamasıdır. Bir toplumun üyeleri arasındaki sözleşmeleri yürürlüğe koymak sorumluluğunu yüklenmiş bir yargıç düşünelim. Yargıç, liberteryen prensiplerle tutarlı bir tarzda davrandığı sürece, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda iki soru sorma gereği duyacaktır: Sözleşmeye uymadığı ileri sürülen taraf, akdin diğer tarafının kendisinden yapmasını istediği şeye gönüllü olarak mı rıza göstermiştir? Sözleşmenin yerine getirilmesi, üçüncü şahısların haklarını çiğnemekte midir? Eğer cevaplar "evet" ve "hayır" ise, dahil olan bireylerin zenginlikleri açısından doğuracağı sonuçlara bakılmaksızın, sözleşmenin uygulanması gereklidir. Eğer yargıç, somut sözleşmeyi, dağıtımaya yönelik bazı neticeleri yüzünden yürürlüğe koymayı reddederse ya da aynı nedenlerle bütün akit türlerini geçersiz kılacak genel bir kural benimserse, onun bu tutumu liberteryen düşünce açısından savunulamaz. Dağıtımın etkilerini bu şekilde hesaba katmak, liberteryen bireysel özgürlük kavramıyla tutarlı değildir ve kavramın dayandığı temellere zarar verir.

Bir sözleşmenin ne zaman üçüncü şahısların haklarına zarar verdiği zor ve ilginç bir sorudur. Aksi durum ise üçüncü şahısların malvarlığını azalta-

caktır ancak ben burada bu konudan bahsetmeyeceğim⁽¹⁵⁾. Bunun yerine, sözleşmenin icrası için ikinci liberteryen koşul üzere yani iradenin serbestçe ortaya çıkması esasına odaklanacağım. Söz konusu bakış açısından, üçüncü şahıslara etkileri bir taraf bırakıldığında bir sözleşme hakkındaki tek sorun, onun meydana getirilme sürecidir. Bu durum liberteryen sözleşme kavramının, akitlerin nasıl yapıldığıyla ilgilendiği fakat akdin dağıtıcı sonuçlarına ilgisiz kaldığı şeklinde ifade edilmiştir⁽¹⁶⁾.

Bir sözleşme ne zaman iradidir? En geniş anlamıyla tüm iradi sözleşmelerin yerine getirilmesi gerektiği fikri şüphesiz bir liberteryen için bile kabul edilebilir değildir. Varsayalım, ben alıcı tarafından fiziksel şiddet tehdidine uğradıktan sonra evimi 5000 dolara satmak için bir sözleşme imzaladım. Bir bakıma yaptığım sözleşmeyi rızai olarak nitelendirmek mümkündür. Çünkü alternatifleri düşündükten sonra bu sözleşmeyi imzalamanın ve ifa etmenin şahsi çıkarlarıma en iyi biçimde hizmet edeceği sonucunu çıkarabilirim. Örneğin tehdit edilmemekle birlikte 5000 doların ev için iyi bir fiyat olduğunu düşündüğümde dolayı imzaladığımda da satış sözleşmem aynı ışık altında görünüm kazanır. Bu betimlemeye göre sözleşmeyi imza etme eylemim ancak ve ancak bir şekilde bana ait bir kararla motive edilmedikçe iradi değildir. Örneğin alıcının elime yapışıp zorla ele geçirdiği belgeye bizzat kendisi dilediği gibi hükmettiğinde ya da hipnoz halindeyken bana akdi imzalamam emredildiğinde olduğu gibi.

(13) See, e.g., Epstein, *supra* note 8, at 293-95, *Basic Structure*, *supra* note 9, at 65.

(14) See J. Rawls, *supra* note 9, at 60, 83, 302-03 (Fark prensibi, eşitsizliklerin hem en az avantajlı olanların en büyük çıkarlarına hem de onların herkese açık pozisyon ve görevlere girebilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesini ifade eder).

(15) Bir kimsenin haklarına tecavüz eden eylemlerle onun refahını azaltan eylemler arasındaki ayırım Nozick tarafından geliştirilmiştir. R. Nozick, *supra* note 8, at 57-84.

(16) Bkz. *id.* at 153-55.

Elbette, mantıksal açıdan sözleşmenin iradi olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir ve birçok liberteryenin de böyle bir ayrımın önemini ihmal etmeyeceğini düşünüyoruz. İradeye uygunluğu aramamak, etik sorumluluk kavramıyla da çatışır. Sözleşmenin tasarlanmış ve bilinçli bir kararla motive edildiğini saptamak, bir sözleşmenin iradiliğini değerlendirmede yeterli değildir. Ayrıca somut durumdaki koşullar hakkında bazı şeyleri de bilmek gerekir. Fakat böyle kabul ettiğimizde ise iradi olan ve olmayan sözleşmeler arasında sınır çizmek problemi- ki eğer iradi devir-teslim fikri herhangi bir anlama sahip olacaksa, liberteryenlerin karşılaşmak zorunda kalacakları bir problemdir-iradi yapıldığını düşündüğümüz sözleşmenin koşullarını belirginleştirme meselesi şeklinde anlaşılabilir. Liberteryenler, iradi sözleşmeyi rasyonel seçimle denk tutan geniş bir iradilik kavramını kabul etmek istemiyorlarsa, rasyonel sözleşmenin zorla meydana getirileceği durumları tayin etmelidirler⁽¹⁷⁾.

B. Avantaj Elde Etmek

Taahhütte bulunan bir kimse, sözleşmenin zorla yaptırıldığından ve bu yüzden ifa edilmemesi gerektiğinden şika-

yet ederse, bundan o kişinin somut koşullar karşısında akdin irade dışı meydana getirilmesinden zarar gördüğü anlaşılmalıdır. Taahhütte bulunan kimse bu tür bir iddiada bulunurken, pek çok farklı durum ya da koşula işaret edebilir. Örneğin bu akit, onun sözleşmenin sonuçlarını anlayabilmek için gereken akli veya duygusal kapasiteden yoksun olması yüzünden iradeye uygun yapılmamıştır⁽¹⁸⁾. Yahut sözleşmeyle taahhüt altına giren taraflardan biri, diğer tarafa tehdit edildiğini ya da hile yapıldığını ileri sürebilir⁽¹⁹⁾. Belki de sözün verildiği tarihte nakit sıkıntısının yarattığı baskı sebebiyle karşı tarafın koşullarını kabul etmekten başka çaresi yoktu⁽²⁰⁾. Yine sözleşmeyle bağlanan bu kişi, akdin yapıldığı anda karşı tarafın bildiği ancak kendisinin bilmediği bazı olgular bulunduğu öne sürebilir. Eğer bu olgulardan haberdar olmuş olsaydı belki de bu sözleşmeyi hiç yapmayacak veya farklı bir sözleşme yapacaktı⁽²¹⁾. Yahut diğer tarafın bazı kit kaynakların tekeli elinde bulundurduğunu -kasabadaki tek su rezervine ya da en iyi ineğe- bu tekelin ona satış sözleşmesinin koşullarını dilediği gibi dikte ettirme gücünü verdiğini söyleyebilir. Onların yaptığı bu tip sözleşmelere "katılım (iltihak) sözleşmesi" de denmektedir⁽²²⁾.

- (17) Genel olarak bkz. Nozick, *Coercion*, in *Philosophy, Science and Method, Essays in Honor of Ernest Nagel* (1969).
- (18) See, e.g., *Faber v. Sweet Style Mfg. Corp.*, 242 N.Y.S.2d 763, 40 Misc. 2d 212 (1963) (Davacı, manik depresif psikozundan muzdarip olduğunu iddia etmektedir).
- (19) See, e.g., *Schupp v. Davey Tree Expert Co.* 235 Mich. 268, 209 N.W.85 (1926) (Davacı, onun şartlarıyla bağlı olmayacağı kendisine garanti edildikten sonra sözleşmeyi imzalamıştır).
- (20) See, e.g., *Hackley v. Headley*, 45 Mich.569, 8 N.W.511 (1881) (Davacı, sözleşme gereği kendisine ödemesi gereken tutarı dava etmek için mali olanağa sahip olmadığından, daha az miktar için adi senet kabul etmiş ve bakiye borcun kapandığına dair makbuz vermiştir).
- (21) See, e.g., *Sherwood v. Walker*, 66 Mich.568, 33 N.W. 919 (1887) (İnek satışı, iki tarafın da kısırlaştırıldığını kabul ettiği hayvanın böyle olmadığı daha sonra anlaşıldığında iptal edilmiştir); *Obde v. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960); (Evin satıcısı, karınca istilasını açıklamakla yükümlüdür). Satıcının ifşâ yükümlülüğünün kapsamı konusundaki tartışmalar için bkz. Kronman, *Mistake, Disclosing Information, and the Law of Contracts*, 7 J. Legal Stud.1 (1978).
- (22) Katılım sözleşmeleri, belirli türdeki hizmet ve ürünleri konu alan hukuki işlemlerde büyük firmalarca karakteristik biçimde kullanılan standartlaştırılmış sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerin kullanımı alışılmış sözleşme özgürlüğü prensibi için zengin işaretlere sahip olabilir.

Bu durumların bazılarında, taahhüt altına giren tarafından sözleşmeyi irade dışı kıldığı öne sürülen koşullar; akıl sağlığının yerinde olmayışından, yaşının küçüklüğünden, bilgisizliğinden yahut parasızlıktan kaynaklanan yetersizlik halleridir. Diğer hallerde sözleşmenin irade dışı olması - hile ile aldatmak, fiziksel zarar tehdidi gibi - karşı tarafın davranışlarına dayandırılabilir. Nihayet kimi olasılıklarda, diğer tarafın kit kaynakları tekeline bulundurması ve pazarlık gücü, sözleşmeyi iradeye aykırı yapar. Bunların her birinde, rıza tasarlanarak verilmiş olsa da, yapıldığı koşullar yüzünden iradeden yoksundur. Çünkü bu koşullar şu veya bu şekilde taahhütte bulunanın alternatiflerini sıralamakta ve onun seçimini yalnızca lafta özgür kılmaktadır⁽²³⁾.

Şüphesiz buradaki problem, koşulların ne zaman sözleşmeyi iradeden yoksun bıraktığının belirlenmesidir. Benim görüşüme göre bu sorun başka bir problemle denk düşmektedir. Söz konusu diğer problem, karşılıklı değiş-tokuş ilişkilerinde olası avantaj elde etmenin birçok formundan hangilerinin, liberteryen bireysel özgürlük kavramıyla uyumlu olduğunu saptayabilmektir. Yukarıda değinilen hipotetik olayların her birinde, sözleşme gereği kendisine taahhütte bulunan kişi, sağladığı avantajlardan hoşnuttur. Tekel durumundaki bir kaynağa, güçlü bir şiddet

aracına, aldatma vesilesi bir hediyeyle sahip olmaktan mutlu olabilir. Avantajlar, onun enformasyon (bilgi), akıl ve muhakeme gücü yönünden daha üstün konumda bulunmasından da doğabilir. Bütün bu durumlarda temel mesele, kendisine taahhütte bulunan tarafın, karşı tarafı zarara uğratmak için avantajlarını sömürmesine veya liberteryen bakış açısından, sözleşmeyi iradi ve bu yüzden de bağlayıcı kılmak için zorunlu bulunan özgürlük kavramından diğer tarafı mahrum bırakmasına izin verilip verilemeyeceğidir⁽²⁴⁾.

Avantaj elde etmek terimi sık sık eleştirel tarzda kullanılmakta ve ahlaken kabul edilemez ya da hukuken izin verilemez davranışlara gönderme yapılmaktadır. Terimi geniş anlamda ele aldığımızda ise her sözleşmeye dayanan karşılıklı alış-verişte avantaj elde etme vardır. Gerçekten de karşılıklı avantaj sağlayan hukuki işlemlerde her iki taraf da yarar elde eder. Farz edelim ben sizin istediğiniz bir ineğe sahibim ve siz de benim istediğim gibi bir ata ve de biz hayvanlarımızı değiş-tokuş etmek için anlaşmaya varıyoruz. Gerçek şu ki; benim ineğimi istemeniz, karşılığında sizin de bana atınızı vermenizi ısrar etmek suretiyle sömürebileceğim bir avantaj sağlar. Sizin at üzerinde mülkiyetiniz de, size benim üzerimde aynı paralekte bir avantaj verir. Her bizim sahip olduğumuz avantajları

Mal veya hizmet gereksinimi içindeki daha zayıf olan taraf çoğunlukta daha iyi koşullarla alış-veriş yapmak pozisyonunda değildir. Çünkü ya sözleşmeyi kaleme alan, (doğal ya da suni) bir tekel elinde bulundurmaktadır veya rekabette bulunanların tümü aynı klotları kullanmaktadır. Güçsüz tarafın sözleşmeye yönelik iradesi, sözleşmenin güçlü tarafının ileri sürdüğü koşullara ancak gönülsüz bir itaattir ve de güçlünün koşullarının sonuçları çoğu kez ancak örtülü bir şekilde anlaşılabilir.

Kessler, *Contracts of Adhesion- Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev. 629, 632 (1943). Katılım sözleşmeleriyle ilgili daha güncel tartışmalar için bkz. Leff, *Unconscionability and the Code- the Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L.Rev. 485, 504-08 (1967).

(23) Scanlon, *Nozick on Rights, Liberty and Property*, 6 Phil. & Pub.Affairs 3, 17 (1976) (Rıza fikri, bazı alternatiflerin arka planına karşı seçimlerin yapıldığına işaret eder).

(24) Cf. id. at 19 ("Rıza" ve "özgürlük" kavramları, eşit olmayan pazarlık gücünün sonucu, bir kişinin hayatı üzerindeki kontrolünü kaybetmesini meşrulaştırmayacaktır).

sömütürebiliriz ve bu işlem sonuçta ikimizi de daha zengin yapar. Bu benim daha geniş bir çerçeve içinde ele aldığım avantaj elde etme kavramını boş veya önemsiz kılabilir. Ancak bu terime alışılmıştan daha geniş bir anlam vermemin önemli bir nedeni vardır. Terimi, bütün avantaj elde etme tiplerine göndermede bulunarak kullanmak suretiyle - bunları hoş görebileceğimiz gibi görmeyebiliriz de - dikkati şu yöne çekmek istiyorum. Bu da avantaj elde etme terimini muhafaza ederken, niçin kanuna aykırı kazanç yöntemlerini reddetmeyi düşündüğümüzü açıklamak ihtiyacıdır.

"Gönüllü alışveriş" idealine anlamlı bir içerik verebilmek için, liberteryen sözleşme hukuku teorisi kesinlikle bu tip bir açıklama sağlamak zorundadır. Her ne kadar bazı kural ve prensiplere, hangi avantaj elde etme biçimlerine izin verilmesi hangilerine izin verilmemesi gerektiğine karar vermek için gereksinim duyulsa da, bu prensip ya da kuralların neler olabileceği açık değildir. Örneğin komşum beni, evini satın almaya razı olmazsam vurmakla tehdit etmektedir. Eğer burada iradi değiş-tokuşun koşulu olarak düşünülmesi gereken bir şey varsa o da bu durumda doğrudan bir fiziksel zorlamanın (cebrin)

yokluğudur. Ancak varsayalım beni fiziksel zarar vermekle tehdit yerine, satıcı bana ev hakkında tamamen yalan sözler -örneğin su borularının gerçekte daha kötü bir materyal olan demirden yapıldığını bildiği halde bakırdan imal edildiğini ve ulaşılamaz biçimde zemin altına gömülü bulunduğunu - söylemiş olsa... Bu tür bir avantaj sağlamaya izin verilmeli midir?⁽²⁵⁾ Yalnızca fiziksel zorlamaya izin verilemeyeceği üzerine temellendirerek yukarıdaki örnekte olduğu türden avantaj elde etmenin meşrulaştırılması mümkünse bile böyle kesin bir ayırım yapmak için ortada iyi bir neden yoktur. Eğer avantaj sağlama eyleminin fiziksel doğasına takılıp kalırsak, irade beyanlarındaki hatalar bile bir bakıma bu şekilde tipikleştirilebilir. Örneğin, ses dalgaları gönderilmek suretiyle sinir sisteminde değişikliğe yol açıldığı ve bu yüzden sözleşmeyi imzaladığını öne süren kişinin durumunda olduğu gibi. Bu örnek komik gelebilir fakat yeterli bir hayal gücü, herhangi bir avantaj elde etme biçiminin de fiziksel bir tecavüz⁽²⁶⁾ şeklinde nitelendirilebileceğini dile getirir. Bu nitelendirmenin ne zaman yerinde olduğu sorusu, eylemin cebir içeren doğasının, onu kabul edilemez hale getirdiğini tekrarlayarak cevaplanamaz.

(25) Bu türden bir avantaj sağlama, yalan söylemeyi gerektirmeyen bir hileden belirgin bir biçimde ayrılmaz. Varsayalım komşum beni tehdit etmiyor ya da yalan söylemiyor ancak beyaz karınca beyaz karınca işaret eden delilleri karıştırıyor oyle ki bir uzman dahi bu şartlarda evde karıncaların bulunduğunu keşfedemeyecektir. Bkz. DeJoseph v. Zambelli, 392 Pa. 24, 139 A. 2d 644 (1958). Eğer ben evi satın almaya, kameraları imha edebilecek bir uzmana inceletirdikten sonra karar vermişsem, karıncalar daha sonra kendilerini fark ettirdiklerinde anlaşmamdan dönmeli miyim? Eğer açık bir yanlış beyanda bulunma yasaklanmışsa bu avantaj elde etme biçimini yadsımamak için yalan söylemeden de üstesinden gelinebilecek bir hile olgusundan başka ne gibi bir sebebin olduğunu anlamak güçtür. Fakat bu gerçeğin iyi bir neden olabilmesi çok zordur çünkü satıcının bu yanlış beyanı, bilerek söylenmiş bir yalana denktir ve kasdi yapılmıştır. O halde ya bu avantaj sağlama biçimini reddetmek veya diğerine izin vermek yanlıştır. Onlar ya tümüyle ayakta kalmalı veya yıkılmalıdır.

(26) Sözün etkisini, fiziksel eyleme benzetme adeta onunla bir tutma çabasına başarılı bir örnek olmak üzere bkz. Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 J. Legal Stud. 151, 172-74 (1973). Profesör Epstein'e göre; sözleriyle bir kimseyi korkutan davalı böylece fiziksel şiddet tehdidine yönelik bir haksız fiil işlemiş olabilir. Eğer korkutulmuş kişi, korkusu yüzünden fiziksel zarara uğramışsa veya bu zarardan kaçmaya çalışırken bir başkasına zarar vermişse onun tepkileri, profesör Epstein'e göre "iradi" değildir ve bunlar davalının fiziksel eylemi olarak düşünülmelidir.

Bu noktada bazıları, sarıh irade beyanı hatalarını, hukuken meşru olmayan avantaj elde etme biçimleri şeklinde kabul etmeye yönelebiller ama burada ısrarla iradi bir devir-teslim işlemi için zorunlu koşulları iki ile sınırlayan hat çizilmesinden de yanadırlar (fiziksel tehdit ve hilenin yokluğu). Varsayalım, satıcı tehdit etmiyor veya yalan söylemiyor. Söylediği şeyler doğru olmakla birlikte bu sözler, evin koşulları hakkında yanlış sonuçlar çıkarmaya ve evi normalden daha az dikkatle araştırmaya beni cesaretlendirmek anlamına gelmektedir. Satıcı mesela bana Acme Beyaz Karınca şirketi tarafından evinin son on yıldır her altı ayda bir denetlendiğini söylediğinde bu doğruyu yansıtmaktadır. Fakat diğer yandan şirket görevlisinin son ziyaretinde beyaz karınca istilasını keşfettiğini ve kendisinin (satıcının) karınca istilasını ortadan kaldırmakta başarılı olmadığını bilgilendirmekte ihmalkar davranmıştır. Bana ev hakkında yalnızca bazı şeyleri söylemiş, diğerlerini söylememiş böylece satıcı bilgisizliğimden ve saflığımdan avantaj sağlamıştır. Aynı şey satıcı bana hiçbir şey demeyip ama onun bilip de benim fark edemediğim bir kusuru açığa vurmadığında da böyledir⁽²⁷⁾.

Avantaj elde etmenin bu son biçimine izin verilmeli midir? Bu noktada şüphesiz birçok kimse, satıcının doğru sunuşundan yanlış sonuç çıkarmamdan ve bir uzman tarafından evi incelettirmek gibi ön tedbirleri almamamdan sadece benim suçlanacağımı söyleme eğiliminde olacaktır. Ama niçin benim pazarlık gücümü burada muhafaza etmek için iyi bir sebep varken önceki olayda

böyle değildir? Örneğin ben, silahla vurma tehdidi ile sözleşmeyi imzalamaya zorlanma riskine karşı, nereye gidersem gideyim bana eşlik edebilecek bir koruma görevlisi kiralayarak kendimi koruyabilirim. Ve beni ilgilendiren herhangi bir olası kusur ve eksikliğe karşı, sözleşmenin diğer tarafından garanti isteyerek veya yalan testine tabi tutarak, irademden bozulması tehlikesinden kendimi koruyabilirim. Niçin benim bu durumlarda kendimi korumada başarısız kalmam, yaptığım sözleşmeyi ifa etmek için iyi bir sebep değildir?

Avantaj elde etmenin çeşitli formlarını sınıflandırmaya girişirken bir dizi farklılık ortaya çıkar. Mesela fiziksel zorlamaya dayanan ve dayanmayan veya kurban tarafından sakınılabilecek ya da sakınlamayacak avantaj elde etme biçimleri arasındaki farklar.... Bunların hiç biri, hangi avantaj elde etme biçimlerine izin verilmesi gerektiğini saptayacak bir ilkeleştirme sağlayamaz. Her biri değişik biçimlerde yorumlanabilir, değişik sonuçlar doğurabilir ve bu farklılıkların her biri yanlış yorumlardan doğru olanın hangisi olduğunu belirlemeye rehberlik etmez. Bu tür bağımsız bir prensip, bu farklılıklar alanını ve aralarındaki ilişkiyi belirlemek için gereklidir. Niçin bazı fırsatlardan yararlanma biçimlerine izin verilirken diğerlerine izin verilmediğini açıklayan bu farklılıklardan ziyade bu prensiplerdir.

C. Pareto Prensibi

Bu fonksiyonu gösterdiği anlaşılan pek çok prensip varken liberteryenler yalnızca bir tanesinin ahlaken kabul edilebilir olduğunu düşünmeye eğilimli olabilirler. Özgürlük prensibi adını ver-

(27) Günümüzde hukuk düzenlerinin çoğu, alıcı araştırma yapmakta başarısız olsa da, ikamet edilen yerdeki beyaz karıncaların varlığının açıklanmasını satıcıdan istemektedir. See, e.g., Williams v. Benson, 3 Mich. App. 9, 141 N.W. 2d 650 (1966); Cohen v. Blessing, 259, S.C. 400, 192 S.E. 2d 204 (1972); Obde v. Schle-meyer, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960).

mayan iyileri kendinden bir amaç olarak maksimize eden diğer ahlak teorilerinden ayrılır. Bireysel bütünlük ideali-ne bağlı kaldığından, liberteryenlerin faydacılık yerine Pareto prensibi tercih etmek ve söz konusu ilkeyi, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin kabul edilebilir olan ve olmayan formlarını ayırt etmede temel almak için geçerli nedenleri vardır.

D. Paretoçuluğun Uygulanması

Şimdi de daha somut bir şekilde, hukuki işlemlerde iradi devir-teslim fikrini açıklamak üzere, Pareto prensibinin nasıl kullanıldığına değinelim. Söz konusu prensip, hangi tür avantaj sağlama biçimlerine hoş görüyle bakılacağına karar vermeye yardım etmek suretiyle bu amacı gerçekleştirir. Nispeten kolay bir vaka ile işe başlamama izin verin⁽⁴¹⁾. Varsayalım A, bazı zengin mineralleri içerdiğini bilmediği bir taşınmaza sahiptir. Jeolog olan B ise taşınmazı araştırırken (diyelim ki havadan) bu mineral depolarını keşfeder ve bildiğini açığa vurmada A'dan gerçek değerinin altında, iyi bir fiyatla arazisini satın almayı teklif eder. A kabul eder ve sonra da B'nin gayrimenkul hakkında bildiklerini açıklamamasının sahtekârlık anlamına geldiğine dayanarak sözleşmeden dönmeye kalkışır. Buradaki sorun; elde ettiği bilginin üstünlüğüne sahip alıcının, bildiklerini açığa vurmamak suretiyle bundan yarar sağlamasına izin verilmesi gerekip gerekmediğidir. Bazı özel durumlar hariç⁽⁴²⁾, hukuk, bilinçli araştırmalarının ürünü sonucu ortaya çıkardıkları bilgileri açıklamalarını, alıcılardan talep etmez. Bu kural şu şekil-

de savunulabilir. Eğer B, A ile hukuki sözleşme yaparken, kendisine avantaj veren bilgiyi elde etmek için yatırım yapmışsa, B'ye ifşa ödevi yüklemek onu bu yatırımın meyvelerini toplamaktan alıkoyacak ve bu yüzden gelecekte benzer yatırımları yapmak konusunda başkalarının cesaretini kıracaktır. Fakat bu durum faydalı jeolojik bilginin daha az üretileceği anlamına gelir. Sonuç olarak en yararlı biçimde kullanılmak üzere arazinin ve kişisel parsel-lerin paylaşılması güçleşecektir. Satış işleminde ifşa etme görevi yüklemenin, bilgi bakımından dezavantajlı kimselere yardım etmekten çok onlara zarar vereceğini söylemek makul olabilir. Örneğin bu türden bir ödev yüklemek A'ya, B ile yaptığı ve kendi açısından dezavantajlı konumdaki akitten dönme yetkisi verecektir. İlk planda hangi arazi parçasının bu kaynakları içerdiğini belirlemek için gereken yatırım yapma saiki sonuçta zayıflatılmış olacağından A'nın, diyelim ki petrol ve alüminyum için ödeyeceği fiyat da artacaktır. Böylece B'ye, A'nın taşınmazının gerçek değerini açığa vurmada satın almasına izin veren hukuk kuralı, A'nın kendi çıkarına işler. Çünkü verimli bir enforsiyonun üretimi için motivasyon sağlar. Bu Pareto prensibin gerektirdiği bir argüman türüdür.

Pareto ilke bazı avantaj elde etme biçimlerini meşrulaştırırken⁽⁴³⁾ diğerlerini ortadan kaldırır. B'nin, A'yı cebir ile tehdit ederek, mülkünü kendisine satmaya zorladığı bir örnek düşünelim. Eğer B'nin davranışı sözleşmenin yerine getirilmesini engellemezse A, başkasını iradesine aykırı sözleşmeler yap-

maya zorlayan böyle bir kuraldan bir diğer vesile ile -kendisi de başkalarını iradelerine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayarak- yarar elde edebilecektir. Bununla birlikte hukuki devir-teslim sürecinde fiziksel zorlamaya izin verildiğinde A'nın uzun vadede daha iyi durumda ve refah içinde bulunacağı olası değildir. Şiddet araçları nispeten usulüne uygun dağıtıldığı sürece bile böyle bir kuraldan A'nın elde edeceği kazancın, kayıplarını aşacağını düşünmek için bir neden yoktur. Bu tür bir kural insanları, kıt kaynakları verimli kullanımlardan (herkesin maddi varlık düzeyini arttırmak için kullanım), hiç kimsenin durumunu iyileştirmeyen ve verimsiz olanlara (daha güçlü silahların ve daha iyi kurşungeçirmez yeleklerin geliştirilmesi) kaydırmaya yöneltecektir. Değiş tokuş sürecinde fiziksel şiddete izin veren hukuk kuralı, elde ettiği bilgiyi sömürmek üzere iyi bilgilendirilmiş alıcıya izin veren hukuk kuralından kesinlikle aksi etki ve sonuca sahiptir.

Aynı şey hile (aldatma) için de doğrudur⁽⁴⁴⁾. Eğer B, A'nın otomobilini satın almaya A, onun koşulları hakkında yalan söyledikten sonra karar vermişse, A'nın hilesine rağmen B'nin rızasına yürürlük vermek, B'ye zarar A'ya ise yarar getirecektir. Mamafih gelecek defa A kurban B ise başarılı bir hilebaz olabilir. Böyle olsa bile, çoğu insanın hile ve aldatmaya izin veren bir kuraldan fayda sağlayacağını düşünmek için haklı bir neden yoktur. Bu tür bir kuraldan elde edilen toplam kazanç kesinlikle toplam kayba eşittir. Dahası bu tip bir kaideyi benimsemek, kendisine yapılan teklifin (icap), hile içerip içermediğini araştırmak için herkesi yatırım

yapmaya yöneltecektir. Böyle yatırımlar verimsiz bilgi üretir. Kaynakların başkalarının kullanımına açılması herkesin yararına değildir. Karşılıklı hukuki sözleşmelerde hileyi yasaklayan bir hukuk kuralı bu sonuca destek verir.

Elbette Pareto prensip, her zaman böyle net ve açık bir cevap ortaya koymaz. Mesela A, kendi mülkünde bulunan önemli bir kusurun farkındadır -beyaz karınca istilası- ve B'yi bu kusurun varlığından haberdar etmekte başarılı olamamıştır. A'nın davranışı, daha önce belirttiğimiz durumdaki B'nin tutumundan -yani, alıcı B'nin, A'nın taşınmazının gerçek kıymeti hakkında bildiklerini açığa vurmada araziye satın almayı teklif ettiği olay- ayırt edilebilir. A'nın bilgisi tıpkı B'nin ki gibi verimlidir. Çünkü kıt olan ve bu nedenle olabildiğince etkin kullanılması gereken kaynakların bölüştürülmesinde dikkate alınması gereken bir olguyu açığa çıkarır. B'nin bilgisinden farklı olarak A'nın beyaz karıncalar hakkındaki bilgisi, masraflı ve tasarlanarak yapılmış bir araştırmadan çok gündelik ev yaşantısı esnasında gelişigüzel bir gözlemin ürünü olabilir. A'nın karınca istilası konusundaki bilgisini açıklamamasını isteyen hukuk kuralı, -gayrimenkulü tanımadığı için A'nın yapacağı masraflardan daha çok tutacağı yüksek olasılık olan-, B'nin kendi yapacağı araştırma masraflarını azaltacaktır⁽⁴⁵⁾. İnsanların çoğunun satıcı olabilecekleri kadar alıcı olabileceklerini de unutmamalym. Bir kimsenin, esaslı ve görünmeyen kusurları satıcılardan açıklamalarını isteyen bir hukuk kuralından elde edilecek yararın, kayıpları aşacağı sonucunu çıkarması da olanaklıdır.

(41) Bu ve benzer durumların daha ayrıntılı irdelenmesi için bkz. Kronman, *supra* note 21 at 9-18.

(42) Böyle bir olay örneği, taraflar arasında önceden sağlanan güven ilişkisinin bulunduğu bir durumdur.

(43) Metindeki irdenin bir benzeri, daha zeki veya akıllının elde ettiği avantajın meşrulaştırılabilmesi için yapılabilir. Bkz. J. Rawls, *supra* note 9, at 100-08.

(44) Bkz. R. Posner, *Economic Analysis of Law* 80-84 (2nd ed. 1977).

(45) Kronman, *supra* note 21 at 13-14.

mayan iyileri kendinden bir amaç olarak maksimize eden diğer ahlak teorilerinden ayrılır. Bireysel bütünlük ideali-ne bağlı kaldığından, liberteryenlerin faydacılık yerine Pareto prensibi tercih etmek ve söz konusu ilkeyi, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin kabul edilebilir olan ve olmayan formlarını ayırt etmede temel almak için geçerli nedenleri vardır.

D. Paretoçuluğun Uygulanması

Şimdi de daha somut bir şekilde, hukuki işlemlerde iradi devir-teslim fikrini açıklamak üzere, Pareto prensibinin nasıl kullanıldığına değinelim. Söz konusu prensip, hangi tür avantaj sağlama biçimlerine hoş görüyle bakılacağına karar vermeye yardım etmek suretiyle bu amacı gerçekleştirir. Nispeten kolay bir vaka ile işe başlamama izin verin⁽⁴¹⁾. Varsayalım A, bazı zengin mineralleri içerdiğini bilmediği bir taşınmazla sahiptir. Jeolog olan B ise taşınmazı araştırırken (diyelim ki havadan) bu mineral depolarını keşfeder ve bildiğini açığa vurmada A'dan gerçek değerinin altında, iyi bir fiyatla arazisini satın almayı teklif eder. A kabul eder ve sonra da B'nin gayrimenkul hakkında bildiklerini açıklamamasının sahtekârlık anlamına geldiğine dayanarak sözleşmeden dönmeye kalkışır. Buradaki sorun; elde ettiği bilginin üstünlüğüne sahip alıcının, bildiklerini açığa vurmamak suretiyle bundan yarar sağlamasına izin verilmesi gerekip gerekmediğidir. Bazı özel durumlar hariç⁽⁴²⁾, hukuk, bilinçli araştırmalarının ürünü sonucu ortaya çıkardıkları bilgileri açıklamalarını, alıcılardan talep etmez. Bu kural şu şekil-

de savunulabilir. Eğer B, A ile hukuki sözleşme yaparken, kendisine avantaj veren bilgiyi elde etmek için yatırım yapmışsa, B'ye ifşa ödevi yüklemek onu bu yatırımın meyvelerini toplamaktan alıkoyacak ve bu yüzden gelecekte benzer yatırımları yapmak konusunda başkalarının cesaretini kıracaktır. Fakat bu durum faydalı jeolojik bilginin daha az üretileceği anlamına gelir. Sonuç olarak en yararlı biçimde kullanılmak üzere arazinin ve kişisel parsel-lerin paylaşılması güçleşecektir. Satış işleminde ifşa etme görevi yüklemenin, bilgi bakımından dezavantajlı kimselere yardım etmekten çok onlara zarar vereceğini söylemek makul olabilir. Örneğin bu türden bir ödev yüklemek A'ya, B ile yaptığı ve kendi açısından dezavantajlı konumdaki akitten dönme yetkisi verecektir. İlk planda hangi arazi parçasının bu kaynakları içerdiğini belirlemek için gereken yatırım yapma saiki sonuçta zayıflatılmış olacağından A'nın, diyelim ki petrol ve alüminyum için ödeyeceği fiyat da artacaktır. Böylece B'ye, A'nın taşınmazının gerçek değerini açığa vurmada satın almasına izin veren hukuk kuralı, A'nın kendi çıkarına işler. Çünkü verimli bir enforsiyonun üretimi için motivasyon sağlar. Bu Pareto prensibin gerektirdiği bir argüman türüdür.

Pareto ilke bazı avantaj elde etme biçimlerini meşrulaştırırken⁽⁴³⁾ diğerlerini ortadan kaldırır. B'nin, A'yı cebir ile tehdit ederek, mülkünü kendisine satmaya zorladığı bir örnek düşünelim. Eğer B'nin davranışı sözleşmenin yerine getirilmesini engellemezse A, başkasını iradesine aykırı sözleşmeler yap-

maya zorlayan böyle bir kuraldan bir diğer vesile ile -kendisi de başkalarını iradelerine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayarak- yarar elde edebilecektir. Bununla birlikte hukuki devir-teslim sürecinde fiziksel zorlamaya izin verildiğinde A'nın uzun vadede daha iyi durumda ve refah içinde bulunacağı olası değildir. Şiddet araçları nispeten usulüne uygun dağıtıldığı sürece bile böyle bir kuraldan A'nın elde edeceği kazancın, kayıplarını aşacağını düşünmek için bir neden yoktur. Bu tür bir kural insanları, kıt kaynakları verimli kullanımlardan (herkesin maddi varlık düzeyini arttırmak için kullanım), hiç kimsenin durumunu iyileştirmeyen ve verimsiz olanlara (daha güçlü silahların ve daha iyi kurşungeçirmez yeleklerin geliştirilmesi) kaydırmaya yöneltecektir. Değiş tokuş sürecinde fiziksel şiddete izin veren hukuk kuralı, elde ettiği bilgiyi sömürmek üzere iyi bilgilendirilmiş alıcıya izin veren hukuk kuralından kesinlikle aksi etki ve sonuca sahiptir.

Aynı şey hile (aldatma) için de doğrudur⁽⁴⁴⁾. Eğer B, A'nın otomobilini satın almaya A, onun koşulları hakkında yalan söyledikten sonra karar vermişse, A'nın hilesine rağmen B'nin rızasına yürürlük vermek, B'ye zarar A'ya ise yarar getirecektir. Mamafih gelecek defa A kurban B ise başarılı bir hilebaz olabilir. Böyle olsa bile, çoğu insanın hile ve aldatmaya izin veren bir kuraldan fayda sağlayacağını düşünmek için haklı bir neden yoktur. Bu tür bir kuraldan elde edilen toplam kazanç kesinlikle toplam kayba eşittir. Dahası bu tip bir kaideyi benimsemek, kendisine yapılan teklifin (icap), hile içerip içermediğini araştırmak için herkesi yatırım

yapmaya yöneltecektir. Böyle yatırımlar verimsiz bilgi üretir. Kaynakların başkalarının kullanımına açılması herkesin yararına. Karşılıklı hukuki sözleşmelerde hileyi yasaklayan bir hukuk kuralı bu sonuca destek verir.

Elbette Pareto prensip, her zaman böyle net ve açık bir cevap ortaya koymaz. Mesela A, kendi mülkünde bulunan önemli bir kusurun farkındadır -beyaz karınca istilası- ve B'yi bu kusurun varlığından haberdar etmekte başarılı olamamıştır. A'nın davranışı, daha önce belirttiğimiz durumdaki B'nin tutumundan -yani, alıcı B'nin, A'nın taşınmazının gerçek kıymeti hakkında bildiklerini açığa vurmada araziye satın almayı teklif ettiği olay- ayırt edilebilir. A'nın bilgisi tıpkı B'nin ki gibi verimlidir. Çünkü kıt olan ve bu nedenle olabildiğince etkin kullanılması gereken kaynakların bölüştürülmesinde dikkate alınması gereken bir olguyu açığa çıkarır. B'nin bilgisinden farklı olarak A'nın beyaz karıncalar hakkındaki bilgisi, masraflı ve tasarlanarak yapılmış bir araştırmadan çok gündelik ev yaşantısı esnasında gelişigüzel bir gözlemin ürünü olabilir. A'nın karınca istilası konusundaki bilgisini açıklamasını isteyen hukuk kuralı, -gayrimenkulü tanımadığı için A'nın yapacağı masraflardan daha çok tutacağı yüksek olasılık olan-, B'nin kendi yapacağı araştırma masraflarını azaltacaktır⁽⁴⁵⁾. İnsanların çoğunun satıcı olabilecekleri kadar alıcı olabileceklerini de unutmayalım. Bir kimsenin, esaslı ve görünmeyen kusurları satıcılardan açıklamalarını isteyen bir hukuk kuralından elde edilecek yararın, kayıpları aşacağı sonucunu çıkarması da olanaklıdır.

(41) Bu ve benzer durumların daha ayrıntılı irdelenmesi için bkz. Kronman, *supra* note 21 at 9-18.

(42) Böyle bir olay örneği, taraflar arasında önceden sağlanan güven ilişkisinin bulunduğu bir durumdur.

(43) Metindeki iddianın bir benzeri, daha zeki veya akıllının elde ettiği avantajın meşrulaştırılabilmesi için yapılabilir. Bkz. J. Rawls, *supra* note 9, at 100-08.

(44) Bkz. R. Posner, *Economic Analysis of Law* 80-84 (2nd ed. 1977).

(45) Kronman, *supra* note 21 at 13-14.

Şüphesiz satımın konusu şeyin her tür kusurunu açıklamaları satıcılardan beklendiğinde, bundan insanların çoğunun daha refah içinde olacağı sonucu çıkmaz. Açıklama yükümlülüğü getiren kural, beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir. Bazı durumlarda alıcının kendi olanaklarıyla yaptığı araştırmanın maliyeti o kadar düşüktür ki, satıcının yapmak zorunda olduğu açıklamanın getireceği yarar önemini kaybeder. Ama yine de bu gibi zor olaylarda dahi Pareto ilkesi rehber olmaya devam eder⁽⁴⁶⁾.

E. Avantaj Elde Etme ve Zenginlikteki Farklar

Bu noktada pek çok liberteryen, bir dağıtıcı adalet teorisi olma niteliğiyle liberteryen sözleşme hukuku teorisini çok sınırlı ya da gerçek öneminden uzak biçimde ortaya koyduğum iddiasıyla belki de tepki vereceklerdir. Ama yine de bu düşünce açısından, içinde izin verilmeyen hiçbir avantaj sağlama şeklinin olmadığı sözleşmeler, toplumda zenginliğin dağıtımına olan etkisi dikkate alınmadan yerine getirilmelidir. Yine liberteryen bakış açısından, makalenin başlangıcında değinilen akdi sınırlamalar -faiz oranları, asgari ücret ve aksi kararlaştırılamayan garanti belgeleri- mülkiyeti nakleden hukuki işlemlerdeki iradiliği sağlamakla yetinmek yerine mülkiyetin serbestçe devrinden kaynaklanan zenginliğin dağılımını değiştirmeyi amaçlarsa, meşrulaştırılamazlar. Bir liberteryen de iradi devir-teslim kavramını açıklamak için sınırlı bir dağıtıcı adalet nosyonuna ge-

reksinim olduğunu kabul edebilir. Bununla birlikte onun görüşü, toplumda zenginliğin daha hoşnut edici biçimde dağıtımına katkıda bulunması amacıyla özel hukuk sözleşmelerinin işletilebileceğine inanan birisinden farklıdır.

Bu durum iki değişik yoruma açıktır. Birincisi, sözleşmeye dayanarak mülkiyetin devri yoluyla yaratılan veya korunan zenginlik farklılıklarının, mülkiyeti nakil ilişkisindeki avantaj sağlama formlarını haklılaştırmak için başvurduğumuz aynı dağıtıcı adalet prensibiyle doğrulanamayacağı iddiasını taşır. Bu bakış açısından zenginlik farkları, mülkiyetin serbestçe devrinden kaynaklanır ve bunun herhangi bir şekilde doğrulamasının yapılmasına gerek yoktur. Bu durum, mülkiyetin devri esnasında, hukuki işleme dayanan avantajlar söz konusu edildiğinde gündeme gelen hakların belirlenmesinden farklıdır. Birincisinin aksine, ikincisi dağıtıcı adalet problemidir. Bu yoruma "kuvvetli yorum" adını vereceğim.

Bir ikincisi yani daha zayıf bir yorum da olanaklıdır. Mülkiyetin serbestçe naklinden kaynaklanan zenginlikteki eşitsizlikler aynı temelde yani hukuki işlemlerle elde edilen avantajların bazı formlarıyla meşrulaştırılabilir. Yahut zenginlik seviyesindeki eşitsizlikler meşrulaştırılmaz ama sözleşme kuraları dışında başka yollarla eşitsizlikler düzeltilebilir.

Kişisel düşünceme göre söz konusu yorumlardan birincisi reddedilmelidir. Çünkü farklı zenginlik ve avantaj türleri arasında gelişigüzel yapılan bir ayırma dayanmaktadır ve bir hukuki ilişki

sonucunda ortaya çıkan eşitsizliğin, bir sonrakinde avantaj olacağını görmekte başarısızdır. Bir kimsenin başkalarıyla yaptığı hukuki sözleşmede, zekâ ve bilgi üstünlüğünü sömürmesine izin verilip verilmeyeceği sorusuna en azından yasalar, "bazen ve belirli koşullar altında" cevabını vermektedir⁽⁴⁷⁾. Bu değerli kaynakların sahiplerine, bazı durumlarda onları sömürmesine niçin izin verilmesi gerektiğini ancak diğer bazı koşullarda neden izin verilmediğini açıklamak üzere bir dağıtıcı adalet prensibine başvurulmalıdır. Aynı şey, yüklü miktarda banka hesabına sahip bir kimsenin, daha az zengin kişilerle yapacağı hukuki işlemlerde, refahça üstünlüğünden yarar sağlamasına izin verilip verilmemesini sorarken de geçerli olmalıdır. Eğer gelir yaratan ve kendi çıkarı için hukukun sömürmesine izin verdiği değerlerin tümünü, bir insanın sahip olduğu zenginliğe dahil edersek, onun bu zenginliği bankadaki dolarları kadar bilgi, akıl ve fiziksel dayanıklılık gibi şeyleri de içerir. Bir kimseyi potansiyel değer taşıyan bilgi veya yeteneklerini (örneğin düzenbazlık yeteneği) kötüye kullanmaktan men edersek böylece tıpkı onun bankadaki hesabından para al-
dığımızda ve onu yaktığımızda veya ortak bir fona devrettiğimizde olduğu gibi zenginliğinin azalmasına sebebiyet veririz. İkincisi, dar anlamda zenginlik olarak ele aldığımızda paranın, hukuki işlem yaparken destek veren bir avantajdan başka bir şey olmadığını düşünmek yanlıştır. Para, bireylerin -daha üstün bilgi gibi- başka akdi avantajlar elde etmesini de olanaklı kılar. Fakat as-

lında para yalnızca sahibine akde dayanan bir avantaj vermekle kalmaz, akıl veya fiziksel gücün aksine başka hiçbir şey vermez. İssız bir adaya tek başına düşen bir denizci fiziksel ve akli yeteneklerinden yararlanabilir. Oysa hukuki işlem yapacak biri yoksa onun cebindeki para hiçbir şeyin üstesinden gelemez.

Bu nedenlerle hiç kimseye başkalarıyla yaptığı hukuki sözleşmelerde, finansal kaynaklarını, sahip bulunduğu bilgi, akıl ve fiziksel üstünlük güçlerine kıyasla daha geniş kapsamda sömürmesine izin verilmemelidir. Bunların her birinin farklı türden zenginlikler sunduğu ve sahibine başkalarıyla yaptığı hukuki işlemlerde ayrı bir avantaj verdiği doğrudur. Fakat örneğin bilgi üstünlüğüne dayanan bir avantaj elde etmenin -dağıtıcı adalet kavramıyla uyumlu olduğu gösterilmek suretiyle- doğrulanması yapılabiliyorsa, finansal eşitsizlikler dahil diğer avantaj sağlama türleri de aynı şekilde doğrulanmalıdır. Bunların bazılarının meşru diğerlerinin meşru olmadığı iddiası sağlam dayanaklara sahip değildir.

Elbette bundan zenginlerin, fakirlerle yaptıkları hukuki işlemlerde, mali güçlerinden istifade etmelerinin yasaklanması sonucu çıkarılamaz. Bunu yapıp yapamayacakları ya da ne kapsamda yapmaları gerektiği, benimsenen dağıtıcı adalet ilkesine bağlıdır ve ayrıntıları prensibin uygulanmasıyla ilgilidir. Zenginlikteki eşitsizlikleri azaltmaya niyet etmiş bir sözleşme hukuku kuralına, hileyi yasaklayan ya da bazı türden bilgileri açıklama yükümlülüğü getiren

(46) Her ne kadar zor davalarda paretoçuluk prensibinin uygulanması, profesyonel ekonomistlerin cevaplamak için en iyi şekilde donatıldığı olgusal soruların çözümlenmesini gerektirebilse de, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin değişik formlarını değerlendirmek üzere, prensibin yalnızca ekonomik bir testi dile getirildiğini düşünmek yanlıştır. Paretoçuluğun, tartışılması gereken teknik ve ekonomik meselelerde (örneğin önerilen bir iş kuralının etkileri bakımından) ahlakın ilham ettiği bir çerçeve sağladığını söylemek daha uygun olabilecektir.

(47) Compare Pratt Land & Improvement Co. v. McClain, 135 Ala. 452, 456, 33 So. 185, 187 (1902) (bir gayrimenkulü satın alan kimsenin, o taşınmazın kıymetini daha iyi takdir edecek bilgiye sahip olması tek başına onun kıymeti hakkındaki bilgisini açığa vurmaksızın satın almak şeklindeki bir hileli davranışa kalkışacağı anlamına gelmez) with Equitable Life Assurance of United States v. McElroy, 83 F. 631 (8th Cir 1897) (Sigorta sözleşmesi, başvuru formunun imzalanmasıyla sözleşmenin tamamlanması arasında geçen zaman sürecinde apandisit ameliyatının beyan edilmemesi yüzünden iptal edilmiştir).

ve geniş anlamda ele alındığında zenginliği bir birey grubundan diğerine yeniden dağıtan kurallardan daha çok itiraz edilebilir nazarıyla bakmak için a priori bir neden yoktur. Her ne kadar kaynakları zenginlerden fakirlere kaydırmayı amaçlayan bir sözleşme hukuku kuralına muhalefet etmek için sağlam neden bulunabilse de⁽⁴⁸⁾, bu neden zenginlerin dağıtıcı adalet prensibinin alanı dışına düşürmekten memnun oldukları özel finansal avantajlar olamaz. Bu yüzden liberteryen duruşun tek makul yorumu ikinci yani zayıf yorumdur. Bir liberteryen, servetin zenginden fakire yeniden dağıtımını için sözleşme hukukunun kullanılmaması gerektiğini savunuyorsa ya zenginlikteki var olan eşitsizliklerin meşrulaştırılabileceğini (örneğin faydacı veya Paretocu temelde) ya da sözleşme hukukunun, meşrulaştırılabilecek olmayan bu eşitsizlikleri düzeltmek için uygun bir araç niteliği taşımadığını ileri sürebilir. Liberteryen duruşun bu şekilde ifadesi ise liberal sözleşme hukuku teorisiyle arasındaki temel farkı ortadan kaldırır.

II. Vergi ve Sözleşmeyle Düzenleme

A. Yeniden Dağıtımda İki Yöntem

Maddi kaynakların toplumun üyeleri arasında adilce dağıtımının sağlanması amacıyla yeniden dağıtımın tazyik edilmesi, bu çalışmada kullanıldığı şekliyle sosyal-liberal bir teoride -en azından bir noktaya kadar- onaylanmaktadır. Bu tür teorilerin tümü liberteryenizmden ayrılır. Zira liberteryen teori dağıtıcı

cı adaletin gerçekleştirilmesini hedefleyen zorla transfere bir tür hırsızlık nazarıyla bakmaktadırlar. Sosyal-liberal bir teori aşağıdakilerden biriyle tanımlanabilir:

1) Bireylerin, bazı karakteristik özellikleri ve nitelikleri sayesinde toplumsal zenginlikten pay almayı hak ettiklerini varsayar ve bu pay alma modelini betimlemeyi amaçlar; 2) Bu ideal modeli, somut bir toplumda güncelleştirilen dağıtım hakkaniyetini değerlendirecek standart niteliğinde görür; 3) Mevcut zenginliğin dağıtımını, ideale uygun şekilde gerçekleştirme görevini devlete yükler⁽⁴⁹⁾.

Bu genel tanıma uyan pek çok farklı teori vardır ve bunların bazılarının liberal olmadığı saptaması da yapılabilir. Zorla yeniden dağıtımın meşrulaştırılabileceğini kabul eden iki kişi bununla birlikte farklı liyakat ilkelerini onaylayabilir ve böylece hangi iyelik modelinin ideal olarak doğru olduğu konusunda anlaşmazlığa düşebilirler. Bu türden bir anlaşmazlık çok keskindir ve bunun felsefi önemini aza indirmek istemem. Yine de bu farklılıkları görmezden gelecek ve yukarıda geniş anlamda tanımladığım liberal teori terimini kullanmaya devam edeceğim. Burada özellikle farklı dağıtıcı adalet ilkelerini öne sürenler arasında toplumda zenginliğin adil biçimde bölüştürülmesinde uygun metodun ne olduğu konusundaki uzlaşmaya meydan okunmasıyla ilgiliyim⁽⁵⁰⁾.

Zenginliğin yeniden dağıtımında kullanılan iki farklı yöntemi karşılaştırarak başlamak yararlı olacaktır. Bu yöntemlerden bir tanesi vergilendirmedir. Vergilendirmenin nasıl işlediğini canlandırmak için toplumdaki bireylerin her birine, toplumsal kaynaklardan adil bir pay verildiğini ve sonra da başkalarıyla istedikleri koşullarla hukuki işlem yapmak üzere serbest bırakıldıklarını varsayalım. Hisselerin başlangıçtaki paylaşımı bazı modellemelere uygundur ve söz konusu modelleme dağıtıcı adalet teorilerinden birisine bağlıdır. Mamafih başlangıçtaki bireysel paylar zamanla orijinal ve ideal olan dan farklı yönere gitmeye mahkûmdur. Liberalizmi savunanların ve eleştirenlerin işaret ettiği gibi⁽⁵¹⁾ bu ayrılma, kendi çıkarlarını meşrulaştırmaya çalışan farklı bireyler arasında yapılan sayısız özel hukuk işlemlerinin, kasıtlı olmayan sonuçlarıdır. Ortaya çıkan bireysel paylaşım düzeneği, orijinal yani başlangıçtaki zenginlik dağıtımını meydana getiren liyakat prensibiyle çeliştiğinde, düzeltici bir yeniden dağıtım metoduyla tekrar gözden geçirilmeli ve değiştirilmelidir. Eğer vergilendirme, yeniden dağıtım yöntemi olarak benimsenirse, şu anda hak ettiğinden daha fazlasına sahip bulunanlardan, devlete uygun bir ödeme yapmaları talep edilecektir. Bu şekilde toplanan fonlar, adalete aykırı biçimde küçük payları ellerinde bulunduranlara transfer edilecek, böylece başlangıçtaki paylaşım modelleri (hisseler) yeniden düzenlenebilecek ve dağıtıcı adalet korunacaktır.

Dağıtıcı adaleti yerine getirmenin ikinci yolu, birbiriyle hukuki sözleşmeler yapmalarına izin verilen bireylerin sözleşme koşulları hakkında daha doğ-

rudan düzenleme yapılmasını davet eder. Bu metoda "yeniden dağıtıma yönelik olarak sözleşmelerin düzenlenmesi" adını vereceğim. Bunu gözümüzde canlandırmak için bir kez daha toplumun kaynaklarından herkese adil bir pay düştüğü varsayımına geri dönelim. Bu kez insanları istedikleri gibi hukuki işlem yapmak üzere serbest bırakmak ve de onların servetleri üstüne periyodik bir vergi yüklemek yerine yapılacak şudur: Kaynakların orijinal dağıtımındaki adaleti korumak için, bireylerin elde tuttukları payların iradi devir yoluyla değiştirilmesine izin verilmesi koşullarını sınırlandırmak, belki de bazı hukuki muameleleri yasaklamak ve diğer bazılarının da yapılmasını istemek. Örneğin asgari ücret yasası bu tür bir sınırlama getirir. Bu tip yasalar, işçilerin iş güçlerini satmak üzere yaptıkları sözleşme koşullarını belirlemek suretiyle çalışanlar ve işverenler arasında zenginliğin adil dağılımını sağlamaya çalışır.

Pek çok liberal teorisyen, bu iki tip yeniden dağıtım metodu arasında birincisinden yani vergiden yana tercihini kullanmaktadır. John Rawls bunlardan biridir. Rawls, hem kitabında hem de sonraki makalelerinde, *toplumun temel yapısı ile kuralların bireylere ve kurumlara doğrudan uygulanması ve onlar tarafından da hukuki işlemlerde bu kurallara uyulması* arasında ayırım yapmakta ısrar eder⁽⁵²⁾. Rawls'a göre dağıtıcı adalet prensibi -özellikle vergi ve transfer sistemi dahil olmak üzere- toplumun temel yapısını içine alan kurumların düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Toplumun temel yapısı, dağıtıcı adalet prensiplerini yerine getiren hak ve yetkilerin bir çerçe-

(48) Bkz. Schwartz, A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability, 63 Va.L. Rev. 1053, 1056-59 (1977).

(49) Liberal teorilerin bu karakteri Nozick'in işlemiş olduğu "modelleştirilmiş" adalet kavramı açıklamasına uymaktadır. R. Nozick, supra note 8, at 155-64.

(50) Uzlaşım, vergilendirmenin zenginliğin yeniden dağıtım yöntemi olarak tercih edilmesi noktasındadır. Bu tercihi paylaşan liberal düşünürlerin dağıtıcı adalet prensipleri, diğer yönlerden belirgin şekilde ayrılır. Compare Basic Structure, supra note 9, at 54-55 with J. Mill, Principles of Political Economy 795-822, 966-69 (W. Ashley ed. 1923).

(51) Bkz. R. Nozick, supra note 8 at 160-64; Basic Structure, supra note 9, at 64.

(52) Basic Structure, supra note 9, at 55.

vesini çizecek ve koruyacaktır. Bu çerçevede içinde bireyler başkalarıyla hukuki işlemler yaparak kendi hedeflerini serbestçe izlemeye devam ederler⁽⁵³⁾. Rawls hiç şüphesiz bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerini yöneten kurallar olması gerektiğini kabul eder fakat bu kurallar bireyleri aşırı sınırlandırmadan, kendi hedeflerini izlemekte serbest bırakacak şekilde düzenlenmelidir⁽⁵⁴⁾. Rawls'un teorisine göre bu tür kurallara kolaylaştırıcı bir rol atfedilmiştir. Bunların işlevi zorlamayı bertaraf ederek devir-teslim sürecini yumuşak biçimde sürdürmek ve bu süreçle ilgili olan hukuki işlemin maliyetini azaltmaktır⁽⁵⁵⁾. Rawls'un görüşü gereği, bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan karşılıklı alıp vermeleri düzenleyen kurallar -vergi yasalarının aksine- toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil olarak dağıtımına yardım etmek üzere işletilmemelidir. Sözleşme hukuku kurallarının, hükümetin aşırı müdahalesinden uzak olarak, kendileri için en iyi olanı gerçekleştirmeye çalışan bireylerin haklarına, hukuka aykırı biçimde tecavüz etmeksizin kullanılması olanak dışıdır. Rawls, *toplumun temel yapısı ve hukuki işlemlere doğrudan uygulanan kurallar* arasında bir iş bölümünden bahsetmektedir⁽⁵⁶⁾. Bunların farklı olan dağıtım işlevi diğerini ilgilendirmez.

Rawls'un dağıtıcı adaleti korumak için vergiye bir yöntem niteliğiyle öncelik vermesi ve özel hukuk sözleşmelerinin, zenginliğin yeniden dağıtımında aynı derecede uygun bir araç olduğu

düşüncesine soğuk bakması, birçok liberal düşünürce paylaşılmaktadır⁽⁵⁷⁾.

Özel hukuk sözleşmelerinin dağıtımaya yönelik işlevinin bulunmadığını söyleyen liberal teorisyenlerin görüşüne daha baştan yol verilebilir. Birbirinden farklı zenginlik dağıtımlarının adilliğini değerlendirecek bir prensip meydana getirdiğimizi varsayalım. Kafamdaki düşünce; seçtiğimiz dağıtım prensibine doğrudan müracaat etmek suretiyle belirli hukuki sözleşmeleri değerlendirmenin ve aslında onların doğduğu tartışmaları çözmenin yanlış olacağıdır⁽⁵⁸⁾. Yargıçların ya da herhangi başka bir kimsenin, belirli hukuki işlemlerin dağıtımaya yönelik sonuçlarını doğru bir şekilde değerlendirebileceğini düşünmek için bir neden yoktur. Dahası eğer her mülkiyeti nakleden sözleşme, söz konusu prensibe uymadığından geçersiz kılabilirse, bireysel beklentiler hüsrana uğratabilir ve iradi sözleşmeler güvensizlik yaratabilir. Bunun yerine sözleşmeden doğan ihtilaflar, ilgili hukuk kuralının formel biçimde uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunu yaparken de kararın dağıtımaya yönelik sonuçlarına bakılmamalı ve zenginliğin yeniden dağıtım vergi sistemine bırakılmalıdır.

Bu argüman bir kafa karışıklığına dayanır. Bu tez kabul edilse bile bundan dağıtımın etkilerinin, sözleşme kuralları sisteminin iç düzenlenmesinde ya da mevcut sistemin düzeltilmesinde yahut yeni ilaveler yapılmasında önemsenmeyeceği sonucu çıkmaz. Sözleşmeler dağıtım perspektifinden değerlendirmek bir şeydir aynı bakış açısın-

dan hukuki sözleşmeleri yöneten kuralları değerlendirmek başka bir şeydir⁽⁵⁹⁾. İkinci yaklaşımın benimsendiğini düşünelim. Bu olasılıkta, bazı tekil vakalar açısından belirli bir kuralın taşıdığı dağıtımaya yönelik amaç, söz konusu kuralın uygulanmasıyla geliştirilmek yerine engellenecektir. Ancak bu durum, ad hoc düzenlemelere değil de genel olarak uygulanan normlar sistemine dayanan bir yargı düzenine sahip bulunmanın kaçınılmaz sonucudur. Ve bu durum, sözleşme kurallarının düzeltilmesinde dağıtımın dikkate alınmaması için gerekçe sunmaz. Eğer sözleşme hukuku kurallarını dağıtımaya yönelik etkilerini dikkate almaksızın düzenlemek zorundaysam bu bahsettiğimden farklı nedenler için yapılmalıdır.

B. Yeniden Dağıtım, Tarafsızlık (Nötrlük) ve Bireysel Özgürlük

Yeniden dağıtımın aracı olarak, akdi düzenlemelerin yerine vergilendirmenin tercih edilmesi için ahlaki düşünceye dayanan iki argüman daha önerilebilir. Birincisi, akdi düzenlemelerin, vergilendirmenin aksine- bazı hukuki işlem biçimlerini yasaklayıp diğerlerini yasaklamak suretiyle ayrıştırma yaptığı ve bunun da liberal teorilerin çoğunun merkezindeki "devletin kendi vatandaşlarının amaç ve faaliyetlerine karşı tarafsızlığını sürdürmesi gerektiği" düşüncesiyle uyumlu olmadığı söylenebilir. İkinci olarak da vergilendirmenin, sözleşmelerin kurallarla düzenlenmesi sistemiyle karşılaştırıldığında, bireysel özgürlüğe daha çok yer bıraktığı savunulabilir.

Bu iki iddia, vergilendirme konusunda tam da liberal tercihin kalbinde yatar. Bu iddialardan her biri, bir yan-

dan vergilendirme ve sözleşme mevzuatının sabit karakterlere sahip olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu karakterler bir vergi şemasını, aynı amacı başarmak için biçimlendirilmiş düzenleyici kontrol sisteminden daha tarafsız ve daha az mütecaviz yapar. Bu doğruysa, zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme yönteminin seçilmesi her zaman haklı çıkarılabilecektir. Diğer taraftan bu iki iddiaya daha yumuşak bir tarzda yaklaşıldığında yalnızca bir durumdan diğerine değişen hallerde vergilendirmenin daha iyi olduğunun ileri sürüldüğünü anlamak da mümkündür. İkinci yaklaşım benimsenirse, vergilendirme lehindeki tercih, koşullu hale gelecektir. Bu koşul bağlamında bazen de vergi yerine mevzuat düzenleyici bir şema vasıtasıyla, dağıtımaya yönelik amaçlara uyulması sağlanabilir. Benim yargım, ikinci görüşün doğru olduğudur. Vergilendirmenin mutlaka akdi düzenlemelerden daha fazla tarafsızlık sağladığı ve bireysel özgürlüğü daha az kısıtladığı söylenemez. Bununla birlikte bazı hallerde de bir vergi şeması her iki nedenle tercih edilebilir.

Öncelikle tarafsızlık (nötrlük) meselesini düşünün. Vergilendirme, doğası gereği akdi düzenlemelerden daha tarafsız bir metot mudur? Varsayalım zenginliğin adil şekilde dağıtım, bazı sözleşme gruplarının düzenlenmesi hatta yasaklanmasıyla çok daha kolaylıkla başarılabilecektir. Mesela yiyecek ve barınma gibi birkaç temel maddenin satışında olduğu gibi. Dağıtım ile hedeflediğimiz amaçlara ulaşmanın en az maliyetli yolu olsa bile, bu tür bir sözleşme mevzuatı rejimi belirli bir grup vatandaş haksız ayrıma tabi tuttuğu

(53) *Id.*

(54) *Id.*

(55) *Id.* at 54-55.

(56) *Bkz. e.g. id.* at 66.

(57) *Bkz. C. Fried, supra note 9, at 143-50; Grey, supra note 9, at 890 n.38.*

(58) *Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 87-88, Basic Structure, supra note 9, at 54, 65.*

(59) *Cf. Rawls, Two Concepts of Rules, 64 Phil. Rev. 3 (1995) (sosyal kurallar sisteminin seçimini doğrulamak için gerekçe olarak kullanılmak üzere, bir kez kurulmuş bulunan sistemin bu kurallarından hareket etmek uygun olmayabilir).*

vesini çizecek ve koruyacaktır. Bu çerçevede içinde bireyler başkalarıyla hukuki işlemler yaparak kendi hedeflerini serbestçe izlemeye devam ederler⁽⁵³⁾. Rawls hiç şüphesiz bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerini yöneten kurallar olması gerektiğini kabul eder fakat bu kurallar bireyleri aşırı sınırlandırmadan, kendi hedeflerini izlemekte serbest bırakacak şekilde düzenlenmelidir⁽⁵⁴⁾. Rawls'un teorisine göre bu tür kurallara kolaylaştırıcı bir rol atfedilmiştir. Bunların işlevi zorlamayı bertaraf ederek devir-teslim sürecini yumuşak biçimde sürdürmek ve bu süreçle ilgili olan hukuki işlemin maliyetini azaltmaktır⁽⁵⁵⁾. Rawls'un görüşü gereği, bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan karşılıklı alıp vermeleri düzenleyen kurallar –vergi yasalarının aksine- toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil olarak dağıtımına yardım etmek üzere işletilmemelidir. Sözleşme hukuku kurallarının, hükümetin aşırı müdahalesinden uzak olarak, kendileri için en iyi olanı gerçekleştirmeye çalışan bireylerin haklarına, hukuka aykırı biçimde tecavüz etmeksizin kullanılması olanak dışıdır. Rawls, *toplumun temel yapısı ve hukuki işlemlere doğrudan uygulanan kurallar* arasında bir iş bölümünden bahsetmektedir⁽⁵⁶⁾. Bunların farklı olan dağıtım işlevi diğerini ilgilendirmez.

Rawls'un dağıtıcı adaleti korumak için vergiye bir yöntem niteliğiyle öncelik vermesi ve özel hukuk sözleşmelerinin, zenginliğin yeniden dağıtımında aynı derecede uygun bir araç olduğu

düşüncesine soğuk bakması, birçok liberal düşünürce paylaşılmaktadır⁽⁵⁷⁾.

Özel hukuk sözleşmelerinin dağıtımaya yönelik işlevinin bulunmadığını söyleyen liberal teorisyenlerin görüşüne daha baştan yol verilebilir. Birbirinden farklı zenginlik dağıtımlarının adilliğini değerlendirecek bir prensip meydana getirdiğimizi varsayalım. Kafamdaki düşünce; seçtiğimiz dağıtım prensibine doğrudan müracaat etmek suretiyle belirli hukuki sözleşmeleri değerlendirmenin ve aslında onların olduğu tartışmaları çözmenin yanlış olacağıdır⁽⁵⁸⁾. Yargıçların ya da herhangi başka bir kimsenin, belirli hukuki işlemlerin dağıtımaya yönelik sonuçlarını doğru bir şekilde değerlendirebileceğini düşünmek için bir neden yoktur. Dahası eğer her mülkiyeti nakleden sözleşme, söz konusu prensibe uymadığından geçersiz kılınabilirse, bireysel beklentiler hüsrana uğratabilir ve iradi sözleşmeler güvensizlik yaratabilir. Bunun yerine sözleşmeden doğan ihtilaflar, ilgili hukuk kuralının formel biçimde uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunu yaparken de kararın dağıtımaya yönelik sonuçlarına bakılmamalı ve zenginliğin yeniden dağıtımı vergi sistemine bırakılmalıdır.

Bu argüman bir kafa karışıklığına dayanır. Bu tez kabul edilse bile bundan dağıtımın etkilerinin, sözleşme kuralları sisteminin iç düzenlenmesinde ya da mevcut sistemin düzeltilmesinde yahut yeni ilaveler yapılmasında önemsenmeyeceği sonucu çıkmaz. Sözleşmeler dağıtım perspektifinden değerlendirmek bir şeydir aynı bakış açısın-

dan hukuki sözleşmeleri yöneten kuralları değerlendirmek başka bir şeydir⁽⁵⁹⁾. İkinci yaklaşımın benimsendiğini düşünelim. Bu olasılıkta, bazı tekil vakalar açısından belirli bir kuralın taşıdığı dağıtımaya yönelik amaç, söz konusu kuralın uygulanmasıyla geliştirilmek yerine engellenecektir. Ancak bu durum, ad hoc düzenlemelere değil de genel olarak uygulanan normlar sistemine dayanan bir yargı düzenine sahip bulunmanın kaçınılmaz sonucudur. Ve bu durum, sözleşme kurallarının düzeltilmesinde dağıtımın dikkate alınmaması için gerekçe sunmaz. Eğer sözleşme hukuku kurallarını dağıtımaya yönelik etkilerini dikkate almaksızın düzenlemek zorundaysam bu bahsettiğimden farklı nedenler için yapılmalıdır.

B. Yeniden Dağıtım, Tarafsızlık (Nötrlük) ve Bireysel Özgürlük

Yeniden dağıtımın aracı olarak, akdi düzenlemelerin yerine vergilendirmenin tercih edilmesi için ahlaki düşünceye dayanan iki argüman daha öne sürülebilir. Birincisi, akdi düzenlemelerin, vergilendirmenin aksine- bazı hukuki işlem biçimlerini yasaklayıp diğerlerini yasaklamak suretiyle ayrıştırma yaptığı ve bunun da liberal teorilerin çoğunun merkezindeki “devletin kendi vatandaşlarının amaç ve faaliyetlerine karşı tarafsızlığını sürdürmesi gerektiği” düşüncesiyle uyumlu olmadığı söylenebilir. İkinci olarak da vergilendirmenin, sözleşmelerin kurallarla düzenlenmesi sistemiyle karşılaştırıldığında, bireysel özgürlüğe daha çok yer bıraktığı savunulabilir.

Bu iki iddia, vergilendirme konusunda tam da liberal tercihin kalbinde yatar. Bu iddialardan her biri, bir yan-

dan vergilendirme ve sözleşme mevzuatının sabit karakterlere sahip olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu karakterler bir vergi şemasını, aynı amacı başarmak için biçimlendirilmiş düzenleyici kontrol sisteminden daha tarafsız ve daha az mütecaviz yapar. Bu doğruysa, zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme yönteminin seçilmesi her zaman haklı çıkarılabilecektir. Diğer taraftan bu iki iddiaya daha yumuşak bir tarzda yaklaşıldığında yalnızca bir durumdan diğerine değişen hallerde vergilendirmenin daha iyi olduğunun ileri sürüldüğünü anlamak da mümkündür. İkinci yaklaşım benimsenirse, vergilendirme lehindeki tercih, koşullu hale gelecektir. Bu koşul bağlamında bazen de vergi yerine mevzuat düzenleyici bir şema vasıtasıyla, dağıtımaya yönelik amaçlara uyulması sağlanabilir. Benim yargım, ikinci görüşün doğru olduğudur. Vergilendirmenin mutlaka akdi düzenlemelerden daha fazla tarafsızlık sağladığı ve bireysel özgürlüğü daha az kısıtladığı söylenemez. Bununla birlikte bazı hallerde de bir vergi şeması her iki nedente tercih edilebilir.

Öncelikle tarafsızlık (nötrlük) meselesini düşünün. Vergilendirme, doğası gereği akdi düzenlemelerden daha tarafsız bir metot mudur? Varsayalım zenginliğin adil şekilde dağıtımı, bazı sözleşme gruplarının düzenlenmesi hatta yasaklanmasıyla çok daha kolaylıkla başarılabilecektir. Mesela yiyecek ve barınma gibi birkaç temel maddenin satışında olduğu gibi. Dağıtım ile hedeflediğimiz amaçlara ulaşmanın en az maliyetli yolu olsa bile, bu tür bir sözleşme mevzuatı rejimi belirli bir grup vatandaşı haksız ayrıma tabi tuttuğu

(53) *Id.*

(54) *Id.*

(55) *Id.* at 54-55.

(56) *Bkz. e.g. id.* at 66.

(57) *Bkz. C. Fried, supra note 9, at 143-50; Grey, supra note 9, at 890 n.38.*

(58) *Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 87-88, Basic Structure, supra note 9, at 54, 65.*

(59) *Cf. Rawls, Two Concepts of Rules, 64 Phil. Rev. 3 (1995) (sosyal kurallar sisteminin seçimini doğrulamak için gerekçe olarak kullanılmak üzere, bir kez kurulmuş bulunan sistemin bu kurallarından hareket etmek uygun olmayabilir).*

için reddedilebilir. Bu grup vatandaşlar, meseledeki sözleşme kurallarla düzenlenmeseydi, malî veya başka türlü kazanç elde edeceklerdi. Oysa dağıtıcı şemaların tüm yükü bu vatandaşlara yüklenerek haksız bir ayırıma uğramaktadırlar. Daha genel olarak, zenginliğin yeniden dağıtımında alternatif yöntemleri değerlendirirken, yeniden dağıtımın yükünün hangi genişlikte yayıldığına dikkat etmelidir.

Oysa bu genel düşünce, vergilendirme ve sözleşme düzenlemelerine benzer şekilde uygulanır ve birinci metodun her şeyiyle tercihinin gerektirmez. Esasında zenginliğin yeniden dağıtımına yarayan herhangi işlevsel bir şema, bazı bireyler ya da faaliyetler lehine haksızca ayırım yapmaya mecburdur. Bu en basit gelir vergisi için bile doğrudur. Çünkü bu gelir vergisi, layık olduğundan daha fazlasına sahip bulunmakla birlikte vergilendirilebilir gelir üretmediği için bazı kimselere dolaylı yoldan gayrimeşru avantajlar sağlayacaktır. Bir satıştan veya belirli tip hukuki işlemlerden elde edilen gelire uygulanan seçilmiş (örneğin şu an hâlihazırda yürürlükte bulunan) bir gelir vergisi, ayrımcı vergilerin en açık seçik örneğidir. Fakat vergiler gibi sözleşme mevzuatı düzenlemeleri de tarafsızlık açısından değişkenlik gösterirler. Fırıncılardan sabit fiyatla ekmekek satmalarını talep eden hukuk kuralının yaydığı yeniden dağıtım yükü, işçilerine asgari ücret ödemelerini işverenlerden isteyen hukuk kuralına nazaran daha az genişliktedir. Yeniden dağıtım yöntemlerinden her biri tarafsızlık özelliğini farklı derecelerde yansıtır. Bundan dolayı daima daha az ayrımcı olan düzenlemeleri tercih etmek zorunda kalsak bile bundan, her durumda zenginliğin en

uygun yeniden dağıtım aracı diye vergilendirmeyi seçmemiz gerektiği anlamı çıkmaz. Herhangi somut bir durumda, vergilendirmenin dağıtım hedefini başarmasının en az ayrımcı yolu olup olmadığı, koşullara ve vergi tipi ile sözleşme mevzuatının birbiriyle karşılaştırılmasına bağlıdır. Bu iki metodun göreceli tarafsızlığı baştan peşinen tayin edilemez. Çünkü tarafsızlık doğalarının yerleşik değildir.

Şimdi de yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmenin, akdi düzenlemelere tercih edilmesi için öne sürülen ikinci yani vergilendirmenin bireysel özgürlüğü daha az sınırladığı yolundaki ahlaki temelli tez üzerinde düşünelim. Bu, birbirine alternatif yeniden dağıtım yöntemlerinin gerektirdiği müdahalenin sıklığı hakkında ortaya atılan bir iddia ile anlaşılabilir. Vergilendirme, bireylerin yaşamlarına yalnızca periyodik müdahaleler getirirken, sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesi, bireysel ilişkilere devletin sürekli karışmasını zorunlu kılmaktadır. Daha az müdahalenin tercihi akla uygun olacağından bu durum vergilendirmenin tercih edilmesi için iyi bir gerekçedir.

Yine de bu argüman ikna edici değildir. Bazı vergiler (örneğin satış vergileri), her hukuki işleme sürekli uygulanır ve yalnızca bu nedenle onların reddedilebileceğini düşünmeyiz. Bu argüman yalnızca gelir üzerinden alınan dönemsel vergileri düşündüğümüzde akla yatkındır. Gelir vergisi (diğer vergilerin çoğunun aksine) açık bir yeniden dağıtım amacına sahiptir. Mamafih gelir vergisi dışındaki diğer vergilerin benzer bir yeniden dağıtım fonksiyonu gösteremeyeceğini düşünmek de doğru değildir. Lüks mallar üzerinden alınan

özel satış vergisi (özel tüketim vergisi) buna örnek verilebilir.

İkincisi, bir vergi sadece periyodik aralıklarla uygulansa dahi bu bireysel yaşama sürekli müdahale durumunu ortaya çıkarır. Varsayalım ki devlet, yıllık ödenmesi gereken, artan oranlı bir gelir vergisi yüklemekte ve tüm gelirlere kaynağına bakmaksızın aynı şekilde davranmaktadır. Yıl boyunca bireylerin yaptığı gelir yaratan her işlem, verginin konusudur. Vergi, ekonomik hayatın üzerindeki gölgeyi dağıtır. Yıllık gelir vergisi, asgari ücret yasasında olduğu gibi, işçi ve işverenleri bazı tür akitleri yapmaktan alıkoyar, sözleşme serbestisini sınırlandırır. Bu türden bir vergi, her iki tarafın da sözleşmeden elde ettikleri geliri devlete paylaşmayacakları akitlerin yapılmasını olanaksızlaştırır. Bu mecburiyet yüksek olasılıkla tarafların ilişkilerinin diğer görünümünü de etkileyecek, akdin yapısını ve koşullarını belirleme serbestisini sınırlayacaktır.⁽⁶⁰⁾

Kendi görüşüme göre, tüm bunlar periyodik bir verginin, kişiler arası sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesiyle kıyaslandığında daha az sıklıkta müdahaleci bir yeniden dağıtım metodu olduğunu yanlışlar. Bu noktada gelir vergisinin yüklediği tahditler sürekli uygulanırsa bile daha az yoğunlukta müdahalede bulunduğu görüşü reddedilebilir. Vergilendirme, kişilerden yalnızca para aldığı için daha az müdahaleci görünebilir, nakdi olmayan hedeflerini en iyi şekilde gerçekleştirmek üzere, ilişkilerini düzenlemede onları serbest bırakır. Bunun tersine mevzuat düzenlemesi, bireylerin bizzat belirleyebileceği söz-

leşme çeşitlerini sınırlar ve bireysel özgürlüğü daha kayıtlayıcı gözükür.⁽⁶¹⁾ Oysa mevzuat düzenlemesinin insanların bazı şeyleri yapmasını yasaklarken, bir vergi şemasının da yükümlülerden, başkalarıyla gerçekleştirdikleri iradi (ihtiyari) sözleşmelerin meyvelerini devlete paylaşmalarını talep ettiği öne sürülebilir.

Mamafih iki yeniden dağıtım yönteminin sınırlandırma açısından gösterdiği bu açık farklılık aldatıcıdır. Sözleşme mevzuatının düzenlemelerinin, insanların bazı şeyleri yapmalarını yasakladığı ancak bir vergi şemasının bunu yapmadığını söylemek yanlış bir yönlendirmedir. Örneğin gelir üzerine konan bir vergi, kişilerin gelir yaratan hukuki sözleşmelerden elde ettikleri kazançlarını, devlete uygun bir ödeme bulunmadan saklamalarını yasaklar. Eğer bireyler bu yasaklamaları çok sınırlayıcı bulursa, zamanları ve çalışma güçleri dahil olmak üzere sahip oldukları kaynakları, gelir yaratmayan faaliyetlere dönüştürebilirler veya farklı oranlarda gelir üretirler. Bunun yanı sıra eğer hukuk düzeni, bazı sözleşmelerin devlet tarafından belirlenmiş koşullarla yapılmasını talep ediyorsa, bireyler bu tip akitler yerine henüz kanunla düzenlenmemiş olanları tercih etmekte serbesttirler. Elbette vergi veya akdi düzenlemelerin getirdiği sınırlamalardan kaçınmak özgürlüğü teorik anlamda devam eder. Mübadele ekonomisinde çoğumuz hayatta kalmak için gelir elde etmek zorundayız ve örneğin, yasaların yüklediği asgari ücreti işçilerine ödemek istemeyen bir işveren ancak iş yerini kapatarak bundan kaçınabilir. O

(60) Örneğin, anonim şirketlerin birleşmesinin, likiditenin (nakit akışı) ve yeniden organizasyonun planlanmasında, vergi düzenlemeleri önemlidir.

(61) Rawls, sözleşme düzeninin bu bakış açısını üstü kapalı biçimde onaylamaktadır. Bkz. Basic Structure, supra note, at 65.

için reddedilebilir. Bu grup vatandaşlar, meseledeki sözleşme kurallarla düzenlenmeseydi, mali veya başka türlü kazanç elde edeceklerdi. Oysa dağıtıcı şemaların tüm yükü bu vatandaşlara yüklenerek haksız bir ayırma uğramaktadırlar. Daha genel olarak, zenginliğin yeniden dağıtımında alternatif yöntemleri değerlendirirken, yeniden dağıtımın yükünün hangi genişlikte yayıldığına dikkat etmelidir.

Oysa bu genel düşünce, vergilendirme ve sözleşme düzenlemelerine benzer şekilde uygulanır ve birinci metodun her şeyiyle tercihinin gerektirmez. Esasında zenginliğin yeniden dağıtımına yarayan herhangi işlevsel bir şema, bazı bireyler ya da faaliyetler lehine haksızca ayırım yapmaya mecburdur. Bu en basit gelir vergisi için bile doğrudur. Çünkü bu gelir vergisi, layık olduğundan daha fazlasına sahip bulunmakla birlikte vergilendirilebilir gelir üretmediği için bazı kimselere dolaylı yoldan gayrimeşru avantajlar sağlayacaktır. Bir satıştan veya belirli tip hukuki işlemlerden elde edilen gelire uygulanan seçilmiş (örneğin şu an hâlihazırda yürürlükte bulunan) bir gelir vergisi, ayırmacı vergilerin en açık seçik örneğidir. Fakat vergiler gibi sözleşme mevzuatı düzenlemeleri de tarafsızlık açısından değişkenlik gösterirler. Fırıncılardan sabit fiyatla ekmek satmalarını talep eden hukuk kuralının yaydığı yeniden dağıtım yükü, işçilerine asgari ücret ödemelerini işverenlerden isteyen hukuk kuralına nazaran daha az genişliktedir. Yeniden dağıtım yöntemlerinden her biri tarafsızlık özelliğini farklı derecelerde yansıtır. Bundan dolayı daima daha az ayırmacı olan düzenlemeleri tercih etmek zorunda kalsak bile bundan, her durumda zenginliğin en

uygun yeniden dağıtım aracı diye vergilendirmeyi seçmemiz gerektiği anlamı çıkmaz. Herhangi somut bir durumda, vergilendirmenin dağıtım hedefini başarmanın en az ayırmacı yolu olup olmadığı, koşullara ve vergi tipi ile sözleşme mevzuatının birbiriyle karşılaştırılmasına bağlıdır. Bu iki metodun göreceli tarafsızlığı baştan peşinen tayin edilemez. Çünkü tarafsızlık doğalarının da yerleşik değildir.

Şimdi de yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmenin, akdi düzenlemelere tercih edilmesi için öne sürülen ikinci yani vergilendirmenin bireysel özgürlüğü daha az sınırladığı yolundaki ahlaki temelli tez üzerinde düşünelim. Bu, birbirine alternatif yeniden dağıtım yöntemlerinin gerektirdiği müdahalenin sıklığı hakkında ortaya atılan bir iddia ile anlaşılabilir. Vergilendirme, bireylerin yaşamlarına yalnızca periyodik müdahaleler getirirken, sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesi, bireysel ilişkilere devletin sürekli karışmasını zorunlu kılmaktadır. Daha az müdahalenin tercihi akla uygun olacağından bu durum vergilendirmenin tercih edilmesi için iyi bir gerekçedir.

Yine de bu argüman ikna edici değildir. Bazı vergiler (örneğin satış vergileri), her hukuki işleme sürekli uygulanır ve yalnızca bu nedenle onların reddedilebileceğini düşünmeyiz. Bu argüman yalnızca gelir üzerinden alınan dönemsel vergileri düşündüğümüzde akla yatkındır. Gelir vergisi (diğer vergilerin çoğunun aksine) açık bir yeniden dağıtım amacına sahiptir. Mamafih gelir vergisi dışındaki diğer vergilerin benzer bir yeniden dağıtım fonksiyonu gösteremeyeceğini düşünmek de doğru değildir. Lüks mallar üzerinden alınan

özel satış vergisi (özel tüketim vergisi) buna örnek verilebilir.

İkincisi, bir vergi sadece periyodik aralıklarla uygulansa dahi bu bireysel yaşama sürekli müdahale durumunu ortaya çıkarır. Varsayalım ki devlet, yıllık ödenmesi gereken, artan oranlı bir gelir vergisi yüklemekte ve tüm gelirlere kaynağına bakmaksızın aynı şekilde davranmaktadır. Yıl boyunca bireylerin yaptığı gelir yaratan her işlem, verginin konusudur. Vergi, ekonomik hayatın üzerindeki gölgeyi dağıtır. Yıllık gelir vergisi, asgari ücret yasasında olduğu gibi, işçi ve işverenleri bazı tür akitleri yapmaktan alıkoyar, sözleşme serbestisini sınırlandırır. Bu türden bir vergi, her iki tarafın da sözleşmeden elde ettikleri geliri devlete paylaşmayacakları akitlerin yapılmasını olanaksızlaştırır. Bu mecburiyet yüksek olasılıkla tarafların ilişkilerinin diğer görünümelerini de etkileyecek, akdin yapısını ve koşullarını belirleme serbestisini sınırlayacaktır⁽⁶⁰⁾.

Kendi görüşüme göre, tüm bunlar periyodik bir verginin, kişiler arası sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesiyle kıyaslandığında daha az sıklıkta müdahaleci bir yeniden dağıtım metodu olduğunu yanlışlar. Bu noktada gelir vergisinin yüklediği tahditler sürekli uygulanırsa bile daha az yoğunlukta müdahalede bulunduğu görüşü reddedilebilir. Vergilendirme, kişilerden yalnızca para aldığı için daha az müdahaleci görünebilir, nakdi olmayan hedeflerini en iyi şekilde gerçekleştirmek üzere, ilişkilerini düzenlemede onları serbest bırakır. Bunun tersine mevzuat düzenlemesi, bireylerin bizzat belirleyebileceği söz-

leşme çeşitlerini sınırlar ve bireysel özgürlüğü daha kayıtlayıcı gözüktür⁽⁶¹⁾. Oysa mevzuat düzenlemesinin insanların bazı şeyleri yapmasını yasaklarken, bir vergi şemasının da yükümlülerden, başkalarıyla gerçekleştirdikleri iradi (ihtiyari) sözleşmelerin meyvelerini devlete paylaşmalarını talep ettiği öne sürülebilir.

Mamafih iki yeniden dağıtım yönteminin sınırlandırma açısından gösterdiği bu açık farklılık aldatıcıdır. Sözleşme mevzuatının düzenlemelerinin, insanların bazı şeyleri yapmalarını yasakladığı ancak bir vergi şemasının bunu yapmadığını söylemek yanlış bir yönlendirmedir. Örneğin gelir üzerine konan bir vergi, kişilerin gelir yaratan hukuki sözleşmelerden elde ettikleri kazançlarını, devlete uygun bir ödeme bulunmadan saklamalarını yasaklar. Eğer bireyler bu yasaklamaları çok sınırlayıcı bulursa, zamanları ve çalışma güçleri dahil olmak üzere sahip oldukları kaynakları, gelir yaratmayan faaliyetlere dönüştürebilirler veya farklı oranlarda gelir üretirler. Bunun yanı sıra eğer hukuk düzeni, bazı sözleşmelerin devlet tarafından belirlenmiş koşullarla yapılmasını talep ediyorsa, bireyler bu tip akitler yerine henüz kanunla düzenlenmemiş olanları tercih etmekte serbestirler. Elbette vergi veya akdi düzenlemelerin getirdiği sınırlamalardan kaçınmak özgürlüğü teorik anlamda devam eder. Mübadele ekonomisinde çoğumuz hayatta kalmak için gelir elde etmek zorundayız ve örneğin, yasaların yüklediği asgari ücreti işçilerine ödemek istemeyen bir işveren ancak iş yerini kapatarak bundan kaçınabilir. O

(60) Örneğin, anonim şirketlerin birleşmesinin, likiditenin (nakit akışı) ve yeniden organizasyonun planlanmasında, vergi düzenlemeleri önemlidir.

(61) Rawls, sözleşme düzeninin bu bakış açısını üstü kapalı biçimde onaylamaktadır. Bkz. Basic Structure, supra note, at 65.

halde kişisel düşünceme göre yeniden dağıtım metodu olarak vergilendirme ve akdi düzenleme arasındaki benzerliğin altı çizilmekte ve birinin diğerinden daha fazla kişisel özgürlüğü sınırladığı iddiası üzerindeki kuşku dağılmaktadır.

C. Etkinlik (Verimlilik) ve İdari Masraflar

Vergilendirme, zenginliğin yeniden dağıtımında daha etkin ve idare edilmesi daha kolay bir yoldur ve bu sebeple akdi düzenlemelerden üstün tutulmalıdır. Bu iddia iki türlü anlaşılabilir. İlki, vergilendirmeden farklı olarak, akdi düzenlemenin hemen hemen daima kendisinden beklenen yararların tersi sonuçları doğurduğu söylenebilir. Bu, örneğin asgari ücret ve kira kontrol yasaları bakımından sıkça başvurulmuş bir tezdur.⁽⁶²⁾ Eğer bir ev sahibi, kiracısından yalnızca yasal olarak belirlenmiş sabit bir miktarı talep edebiliyorsa bu durum onda, evin bakım ve onarım masraflarında kısıntıya gitmek ve gayrimenkulü kiralık ev piyasasının dışında tutmak için bir saik yaratacaktır. Bu da kiracıların veya en azından yoksul kiracıların aleyhinde bir durumdur. Bu tez doğru olabilir fakat yeniden dağıtım yöntemi niteliğiyle, vergilendirmenin üstünlüğünü göstermez. Kira geliri üzerine bir vergi yükler ve de ev sahibinin kiraya verme koşullarını sınırlamazsak, kiralar yoksulların aleyhine artacaktır.⁽⁶³⁾ Tabii ki, kişilerin kendisinden beklediği yararları gerçekleştirmek şöyle dursun,

daha kötü duruma düşüren bir yeniden dağıtım şemasını kabul etmek akla aykırıdır. Bu bütün yeniden dağıtım düzenlemelerine uygulanan genel bir koldur fakat kişisel görüşüme göre yine de vergilendirmenin tercih edilmesini desteklemez. Sözleşme düzenlemeleri, yardım etmeye niyetlendiği insanlara zarar verse bile vergilendirmenin de sıklıkla kendisinden beklenenin aksi sonuçlar üretmeyeceğini düşünmek için bir neden yoktur. Bu mesele ampirik bir sorundur. Yeniden dağıtım yöntemlerinin etkinliğine tesir etmesi olası koşullar hakkında elde edilen ayrıntılı bilginin ışığında ve her somut olay temelinde çözümlenmelidir.

Vergilendirmenin daha etkin (verimli) olduğu düşüncesi, yönetim maliyetlerinin, sözleşme düzenlemeleriyle karşılaştırılması suretiyle de açıklanabilir. Bu görüş bağlamında vergilendirme, tamamiyle eşit biçimde bireysel özgürlüğü sınırlayıcı olsa ve aynı derecede arzu edilmeyen sonuçlara yol açsa bile yine de doğası gereği daha kolay yönetilebilir ve bu yüzden daha az maliyetlidir. Ancak bu tez de ikna edici değildir. Farz edelim belirli bir ırka mensup olanlar geçmişte hem emlak hem de istihdam (hizmet) piyasasında ayrımcılığa uğradıkları için şu anda toplumsal zenginlikten, hak ettiklerinden daha az bir pay almaktadırlar. Grubun maddi koşullarını iyileştirmenin yollarından biri işverenleri ve gayrimenkullerini satan ya da kiralayanları ırk temelinde ay-

rımcılık yapmaktan menederek, her iki piyasadaki hukuki işlemlere kayıtlamalar getirmektir. Alternatif olarak, bir kimse aynı amacı bu türden akdi düzenlemeler yapmaksızın vergi düzenlemeleri ve sübvansiyonlarla elde etmeye çalışabilir. Örneğin, bu ırk grubunun üyelerini çalıştıran işverenler, vergi indirimi yoluyla ödüllendirilebilir. Ya da grup üyeleri, ev sahipleri ve satıcıların ön yargılarının üstesinden gelmek için gereksinim duydukları ilave fonlar (yardımlar) alabilirler.⁽⁶⁴⁾ Bu durumda bile zenginliğin yeniden dağıtım aracı olarak vergi sistemine dayanmak -karşı tarafta yer alan sözleşme mevzuatıyla getirilen düzenlemelere nazaran- daha yüksek yönetim maliyeti ortaya çıkarır. Geçmişte uyguladıkları ayrımcılıkla şu anki eşitsizlikleri yaratanların akdi haklarına bazı basit sınırlamalar getirilmesinin, ayrımcılığa uğrayan ırk grubunun maddi refahının iyileştirilmesinde en kolay yol olduğunu düşünmek bir dereceye kadar makuldür.

Akdi düzenleme, yönetim açısından, vergilendirme üzerine en azından bir tane avantaja sahiptir. Dağıtıcı vergi şeması altında, servet önce devlet tarafından toplanmalı ve sonra vergiden yararlananlara yeniden dağıtılmalıdır. Bu adımların her birinin yönetim maliyeti vardır. Tam tersine, sözleşme serbestisi üzerine getirilen yeniden dağıtım amaçlı bir sınırlama, niyet ettiği amaçları gerçekleştirir ise, zenginliğin bir gruptan diğerine, devletin aracılığı olmaksızın doğrudan transfer edilmesini sağlar. Diğer durumlar eşit kabul edildiğinde

bu da yönetim masraflarında azalma anlamına gelir.

Elbette diğer şeyler her zaman eşit değildir. Herhangi bir yeniden dağıtım şemasıyla ilgili, -yürürlüğe koyma masrafları dahil- ilave yönetim masrafları vardır ve bazen maliyetler, sözleşme düzenlemeleri söz konusu olduğunda da yeterince yüksektir.⁽⁶⁵⁾ Mamafih bunun her zaman gerçekleşmesi söz konusu değildir. Örneğin, asgari ücret yasasının yürürlüğe girmesinin, mükellefin kendi beyanına dayanan gelir vergisinin (yoksul çalışanların yararına düzenlenmiş) yürürlüğe konmasından daha pahalı olduğunu düşünmek için bir neden var mıdır? Yeniden dağıtım şemasının getirdiği yükümlülüklerden kaçmak için, yapılan hukuki işlemlerin ayrıntılarını gizleme yoluna gidilebilir ve her iki durumda da bunu yapmayı güçleştirecek önleyici tedbirler benimsenmelidir. Bununla beraber özellikle her iki şemanın da hükümleri aynı derecede sade ya da karmaşık ise bu şemalardan birini idare etmenin diğerinden daha pahalı olacağı inancının a priori hiçbir temeli yoktur. Yönetim masraflarının göz önüne alınması, benimsenen yeniden dağıtım metodunu yalınlaştırma çabasıdan kaynaklanabilir ancak vergilendirme lehine içi boş bir tercihi gerektirmez. Burada da koşulların getirdiği faktörler, kimi durumlarda vergi sisteminin, kimi zaman da sözleşmeler üzerine getirilen sınırlandırmaların, çoğu kere de ikisinin karışımının tercih edilmesinde belirleyici olacaktır. Niyet ettiği etkilerin tahmin edilmesi gibi yönetim masrafları da, değişik durumlar-

(62) Bkz. e.g., R. Heilbroner, *The Economic Problem* 521 (3rd ed. 1972) (asgari ücret yasaları); R. Posner, *supra* note 45, at 356-359 (iskân yasaları, gettolarda asgari yaşam standartlarının sağlanması yükümlülüğü getirilmektedir); Komisar, *Return to Slumville: A Critique of the Ackerman Analysis of Housing Code Enforcement and the Poor*, 82 *Yale L. J.* 1175, 1180-93 (1973); Stigler, *Director's Law of Public Income Redistribution*, 13 *J.L.Econ.* 112-3 (1970) (asgari ücret yasaları).

(63) Elbette düşük gelirli kiracıları sübvansiyon edecek fonları geliştirmek için diğer bazı gruplar vergilendirilirse, ev sahiplerinin tutumları göreceli olarak etkilenebilir. Bununla birlikte kiralaları kontrol altında tutmaktan çok (asgari ücret yasası gibi) başka akdi sınırlamalar yüklemek suretiyle düşük gelirli kiracıların refahının yükseltilmesi mümkündür. Fakat bu her iki alternatif düzenleme genel olarak yoksul insanların ve böylece yoksul kiracıların çıkarları aleyhine işleyecek arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir.

(64) Bkz. G. Becker, *The Economics of Discrimination* 16-17 (2nd ed. 1971).

(65) Bunlar yalnızca (düzenleyici) bir kurumun işe, eleman ve organize masraflarını değil ayrıca özel sektör kaynaklarının en iyi ekonomik kullanımdan zorla sapıtılmasından doğan ekonomik durgunluğu da içine alır. Bkz. Posner, *Taxation by Regulation*, 2 *Bell J. Econ. & Management Sci.* 22 (1971) (yasal düzenleme, kamusal finans alanında düşünülmelidir); DeMuth, *supra* note 9, at 10-17 (federal kurumların, politikalarını uygulamadan önce bunun maliyetini tahmin etmeye zorlanmaları önerisinin eleştirileri ve tartışılması).

da farklı yeniden dağıtım yöntemlerinin kullanılmasını destekler.

SONUÇ

Eğer bir kimse zenginliğin devlet gücüyle bir gruptan diğerine yeniden dağıtımının ahlâken kabul edilebilir olduğuna inanıyorsa, geriye kalan sorun yalnızca yeniden dağıtımın nasıl gerçekleştirileceğidir. Bu çalışmada zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme ve özel hukuk sözleşmelerinin düzenleyici kontrolü olmak üzere iki yöntem anlatılmış ve onlar arasında yapılacak seçimin, bir durumdan diğerine değişmesi olası bulunan koşulların özellikleri bağlamında yapılması gereği tartışılmıştır.

Her iki metodun da aşağı yukarı görüşünleri tarafsız ve yönetimleri maliyetli olabilir. Her biri mecburen bireysel özgürlüklere sınırlamalar getirir ve bazen benimsedikleri şeyleri akla aykırı kılan sonuçlara yol açabilir. Bunlar iki yöntem arasında seçim yaparken her zaman göz önünde bulundurmanız gereken düşüncelerdir ancak onlar değişmeksizin hep aynı seçimi bize dayatmazlar: Bunun yerine bu metotlardan bazen birinin bazen diğerinin çoğu kez de ikisinin bir karışımının, düzenlediğimiz dağıtım amaçları her ne ise onu gerçekleştirmenin en iyi yolu olduğunu öne sürmek mümkündür. Vergilendirme lehine tanınacak bir önceliğin garantisi olmayacağını ve akdi düzenlemelerin, toplumun kaynaklarından daha geniş bir pay almaya meşru hakları olduğunu savunanların sahip bulundukları zenginliklerinin yeniden dağıtımın-

da kimi zaman en az müteceviz ve en etkili yol olduğunu (kabul ediyorum ki gelişigüzel biçimde) göstermeye çalıştım. Eğer böyle düşünmekte haklıysam, koşulların dayattığı durumda sözleşme kurallarını seçişimizi etkilemesi için dağıtımaya yönelik düşüncelerin dikkate alınmasına izin verilmeli ve bu düşünceler prensipleştirildiği iddia edilen gerekçelerle özel hukuk sözleşmeleri alanından açıkça dışlanmamalıdır.

Özgürlük ve adalet problemine kısaca geri dönerek sonuca ulaşmak isterim. Dağıtıcı adaletin yalnızca bireysel özgürlüklerden bazı tavizler verilerek suretiyle akdi düzenleme ya da vergilendirme yoluyla başarılabileceğini öne sürmüştüm. Kanımca bu iddia, adalet kavramıyla ilgili herhangi bir modellemenin uygulanmasının, insanların yaşamalarına müdahale getireceği saptamasında bulunan Nozick'in⁽⁶⁶⁾ görüşündeki hakikatin özünü yansıtmaktadır. Bununla birlikte, bu değerler arasındaki çatışma, liberalizmin terk edilmesi ve liberteryenizme kucak açılması ne de dağıtıcı olmayan sözleşme hukuku kavramının onaylanması için bizatihi bir neden değildir. Ancak söz konusu çatışma liberal bir teoriyi merkezi ve zor bir meydan okumayla karşı karşıya bırakır: İkisinden birisini terk etmeksizin adalet ve özgürlüğü uzlaştırmak üzere temellendirilmiş bir gerekçenin araştırılmasına yönelik bir meydan okuma... Sosyal-liberal bir teori tarafından elde edilen başarının ölçüsü tam da bu noktada, kapsamı genişletirken keyfilikten kaçınılabilmesine bağlı olacaktır.

Hukuk ve Edebiyat Çalışmaları Çerçevesinde İncelenebilecek Bir Geçmişle Hesaplaşma Çabası Olarak Şili'den Bir Örnek: Ölüm ve Kız

Hüseyin Öntaş

"Bunların tümü bizim başımıza geldi,
biz gördük
biz geçirdik bunları...
Bu hüznle ve acı talihle
karardı dünyamız."⁽¹⁾
Nahuatl Halk Şiiri

GİRİŞ

Kişisel tarihlerimizde, hatırlamak istemediğimiz, hiç ummadığımız anlarda bir şekilde bize çağrıştırılınca içimizi kanatan olaylar sanırım tahmin edebileceğimizden de fazla sayıdadır. Kimi zaman mağduru olduğumuz davranışların sonuçlarını utanç kaynağı olarak gördüğümüzden, kimi zaman yaşadıklarımızın sorumlularından nefret etmemiz bize insani gelmediğinden, kimi zaman çektiklerimiz yıllar boyunca etkisi azalmayacak kadar büyük acılar olduğundan... Ancak unutmak istediklerimiz sadece mağdur olduğumuz durumlar değildir...

Faili olduğumuz durumlarda da vicdanımızla yüzleşmeye cesaret edemiyorsak unutmaya ve geçmişten kopmaya çalışma yolunu seçeriz çoğu zaman. Vicdanımızla yüzleşmekten çekinmekse incittiğimiz insanların bizden kaynaklanan sorunlarının giderilmesine engeldir. Bazen küçük, "masum" bir yalan, bazen işlerimizin yoğunluğu ba-

hane gösterilen bir kendi kaderine terk ediş, bazen de sadece karşımızdaki kişinin varlığını unutmak, farkında olmaktan pek çok travmaya sebep olmamıza yol açmış olabilir ve hafızamız bu ihtimalleri bizden gizlemeye çalışıyor olabilir. İnsan olma yolundaki ilk yolculuğumuzda hızımız sayesinde milyonlarca yaşam olasılığının toplu katlinden doğan sorumluluğumuz, fiillerimizin biz yok olduktan sonra bile devam edecek olası etkilerinin başlangıcında bize sorumluluk yükleyebilecek ilk olay olarak kabul edilirse, yaptıklarımızın mesuliyetini doğaya ya da kadere yüklemek gibi bir şansımız da vardır üstelik. Ancak hayatın önümüze tercihler sunduğu gerçeği ve en azından şimdiki zamanda ve yakın gelecek zamanda bu tercihlerin sonuçlarını tahmin edebilme yetimiz birey olarak bizlere de bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Bu noktada karşılaşılabileceğimiz en önemli sıkıntı, fiillerimizin meydana geliş anında, toplumun geneli tarafından meşru görülecek şekilde davranma eğilimimizin bizi her zaman insani davranışlara yönlendirmeme ihtimalidir. Yine de sorumluluğun büyük kısmının bilinçimizi meydana getiren faktörler olduğunu unutmaksızın taraf olduğumuz sosyal olaylarda daha olumlu sonuç

(66) R. Nozick, *supra* note 8, at 163.

(1) Mehmet Necati Kutlu, *Tılsımdan İnanca* (Başlangıcından XVII. Yüzyıla Kadar Latin Amerika Edebiyatı), Cade Yayınları, İstanbul, 2004, s. 63.