
Temel Hak ve Özgürlüklerin Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Yararı Kavramı*

Levent Korkut^o

A- Temel Hak ve Özgürlükler ve Kamu yararı

Gerek uluslararası hukukta gerekse anayasalar başta olmak üzere ulusal hukuk sistemlerinde temel hak ve özgürlükler mutlak değildir. Günümüzde temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerde işkence ve kötü muamele yasağı dışındaki tüm hak ve özgürlüklerin belli nedenlerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu nedenler aşağı yukarı evrenselleşmiştir. Örneğin Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi küresel ve bölgesel nitelikteki uluslararası düzenlemeler kapsamındaki hak ve özgürlüklerin, başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması, genel ahlâk, kamu düzeni, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması gibi nedenlerle sınırlandırılacakları öngörülmüştür. Bu nedenler her bir özgürlük için ayrı ayrı belirlenmiştir. Dolayısıyla her nedenin ancak öngörüldüğü özgürlük bakımından bir sınırlandırma gücü doğmaktadır.

Türkiye’de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda 1982 Anayasası ilk düzenleniş biçimiyle aşırı sınırlandırıcı bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir. Evrensel nitelik taşımayan sınırlama nedenlerine yer verilmesi, tüm hak ve özgürlükler için genel sınırlama nedenlerinin kabul edilmiş olma-

* Hakem incelemesinden geçmiştir.

^o Hacettepe Üniversitesi, İ.İ.B.F., Öğretim üyesi.

sı, hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasına ilişkin bir düzenlemeyi içermesi anayasaya yönelik bu değerlendirmenin temelini oluşturmaktaydı. 2001 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile bu aşırı sınırlandırıcı düzenleme biçimi önemli sayılabilecek düzeyde yumuşatılmıştır. Örneğin, evrenselleşmiş olanlar dışında kimi nedenler varlığını korusa da anayasadaki genel sınırlama nedeni kaldırılmış ve uluslararası düzenlemelerde de olduğu gibi her hak ve özgürlük için kendi maddesindeki sınırlama nedenleri esas alınmıştır.

İster uluslararası ister ulusal düzenlemelerde olsun kamu yararı da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir neden olarak özellikle mülkiyet hakkı için kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 1 numaralı Ek Protokolü'nün 1. maddesinde bir kişinin ancak kamu yararı nedeniyle mülkiyetinden mahrum bırakılacağı ifade edilmiştir. 1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olacağı belirtildikten sonra bu hakların kamu yararı nedeniyle sınırlandırabileceği kuralına yer verilmiştir. Anayasada ayrıca, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği (madde 43), kamulaştırma işleminin kamu yararının varlığına bağlı olduğu (madde 46), kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kamu yararının zorunlu olduğu hallerde devletleştirilebileceği (madde 47), ormanlarda irtifak kurulmasının kamu yararı koşuluna bağlı olduğu (madde 169) kurallarına yer verilmiştir.

Önemli bir temel hak ve özgürlük olan mülkiyet hakkı bakımından gerek bölgesel gerekse ulusal temel düzenlemelerde yer alan bir sınırlama nedeni olan kamu yararının içeriği konusunda kamu hukuku ve siyaset bilimi alanlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Soyut nitelikte ve içeriği üzerinde görüş birliği olmayan bir kavramın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılması, o hak ve özgürlüklerin kullanımını nasıl güvence altına alabileceğimiz konusunu gündeme getirir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kamu yararının bu doğrudan etkisi dışında bir de dolaylı etkisi mevcuttur. Bu dolaylı etki anayasa hukuku ve idare hukuku gibi kamu hukuku alanlarında kabul edilen bir karinenin ürünüdür. Bu karineye göre aksi ispatlanıncaya kadar yasalar ve idarî işlemler kamu yararına sahiptir. Yasaların ve idarî işlemlerin kamu yararına olmadığını iddia edenler bunu ispatlamak zorundadır. Yasaların ve idarî işlemlerin yetkisiz makam ve organlarca yapılması, şekil kurallarına uyulmaması, kanunlarda gösterilen nedenlerle temellendirilmemeleri ve konuların yasa ve anayasaya aykırı olması durumlarında kamu yararına olmadıkları kabul edilmekle birlikte bazı durumlarda bu düzenlemelerin hukuka aykırılıkları ispatlamak amaçlarını tartışmayı zorunlu kılmaktadır.

Acaba temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında yer verilen bir kavram olan kamu yararı neyi ifade etmektedir? Aşağıdaki bölümde kavramın anlaşılış biçimlerini üç grup halinde incelenerek farklı teorik yaklaşımlar saptanacak daha sonra bu görüşlerden hareketle bir değerlendirme yapılarak bu farklı yaklaşımların hukukta oynayabilecekleri roller üzerinde durulacaktır.

B- Kamu Yararı Kavramına Teorik Yaklaşımlar

1- Üstünlük Teorileri

a- Hobbes: Gücün Üstünlüğü

Hobbes tabiat hâli varsayımından hareket eden düşünürlerin önde gelenlerindedir. Hobbes'a göre, insanlar çıkarlarını düşünürler ve "iyi" ya da "kötü" konusunda tüm değerlendirmelerini kendilerini temel alarak yaparlar. Arzu duyulanın ya da zevk alınanın objesi ne olursa olsun, birey, kendi adına iyi olarak kabul ettiği için arzu edilen ya da zevk alınandır. Benzer şekilde, nefret ve hoşlanmama "kötü" değerlendirmesinin bir sonucudur. Bu terimler, onları kullanan kişi ile ilişkisi çerçevesinde anlam kazanırlar. İyi ya da kötü üzerine objelerin kendi doğasından elde edebileceğimiz bir kural yoktur.¹ Bu nedenle tabiat hâlinde bireyler birbirleriyle çatışma içindedirler. İnsanın bu doğası herkesin kendi çıkarları için diğer kişiler ile çatışmasına ve savaş hâline neden olur. Hobbes'a göre, tabiat hâlinde organize topluma geçilmesi, insanların, herkesin çekineceği bir gücün yaratılmasının tüm bireylerin çıkarına olacağını idrak etmeleriyle mümkündür. Hobbes bu noktada tüm insanların görüş birliğinde olduğunu varsayar. Ona göre, tüm bireyler yalnızca barışın iyi bir şey olduğu konusunda anlaşma içindedirler.²

Toplumda barışın ve ortak savunmanın sağlanması amacı ile hareket eden bireyler, bir kişi ya da kurula kendi sahip oldukları hak ve yetkileri devrederler. Bir kez kurulduktan sonra neyin kamu yararına olduğuna neyin olmadığına karar verme yetkisi bu egemen güç tarafından kullanılır. Üstün otoritenin içeriğini kendi belirleyeceği kamu yararı bireylerin yararlarıyla çatışabilir. Bu durumda, bireylerin çıkarları meşruluklarını yitirmez, ancak bireylerin çoğunluğunun ihtiyaç duyulan barışın sağlanması için iradeleri ile oluşturdıkları egemen gücün kararlarına uymaları kendi yararlarına olacağından bu güce itaat etmeleri gerekir. Bireysel yararlar uğruna egemen gücün zayıflamasına yol açacak her davranış, son tahlilde temel bireysel yararların dahi zarar görmesine neden olur. Varolan yönetimin ortadan kaldırılması ve yeniden tabiat hâline

¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Washington Square Press, New York 1969, s. 31 vd.

² Hobbes, a.g.e., s. 83; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 493, Ankara 1992, s. 194 vd.

dönülmesi sadece egemen gücün bireylerin çoğunluğunun çıkarlarına aykırı kararlar vermesi durumunda haklılaştırılabilir. Hobbes'a göre bu yerçekimi kanunu kadar kesin bir sosyal düzen kuralıdır.³

Bununla birlikte Hobbes kamu yararını ortak yararla aynı anlamda kullanmaz. Kamu yararına olan bir karar, bir çok bireyin bireysel yararları ile çatışabilir.

b. Hume: Tercih'in Üstünlüğü

Hume'a göre bir eylem, politika ya da düzenlemenin kamu yararına olup olmadığına karar verebilmek için bu kararın etkilediği bireylerin tercihine bakmak gerekir. Eğer bireylerin çoğunluğunun tercihi kararla aynı yönde ise kamu yararı var demektir.⁴ Hume akli argümantasyonlar yoluyla kamu yararının tespitine karşı çıkar. Ona göre, akıl bir eylemi ya da etkiyi oluşturamaz veya ortadan kaldıramaz.⁵ Eylemlerimiz ve dolayısıyla tüm moral yargılarımız duyu ve sezilerimizin bir sonucudur. Moral yargılar akıldan hareketle kurulmazlar. Bir eylemin, duygunun ya da karakterin iyi ya da kötü olduğu değerlendirilmesi yarattığı hoşnutluk ya da rahatsızlık temelinde yapılır.⁶

Bu bağlamda, iyi ya da kötü değerlendirmesi sesler, renkler, sıcak ve soğuk hakkındaki değerlendirmelerimize benzer; bu tür değerlendirmeler nesnelere doğasında varolan niteliklere bağlı olmayıp kendi algılamalarımızla ilgilidirler.⁷ Bu nedenle, duyu temelli değerlendirmeleri ancak ampirik olarak tespit edebiliriz. "Kar"ı "beyaz" yapan, toplumda bu konuda oluşmuş algıdır, aynı şey belli bir eylemin doğru ya da yanlış olmasının ya da bir politikanın kamu yararına olup olmadığına belirlenmesinde de geçerlidir.

Hume'a göre hukuktaki yargılar da dahil olmak üzere tüm moral yargılar, kapsamı insanlar tarafından belirlenen ampirik ifadelerle dönüştürülebilir. Bu, yargıda bulunurken, içsel olarak kendini meşrulaştıran bir kıstas olamayacağı anlamına gelir. Nihai karar bireyin *de facto* anayasasına göre verilir. Bununla birlikte birey insan soyuna ait olduğundan yaptığı seçimler diğer bireylerden farklı olmaz ve bireylerin seçimleri arasında belli benzerlikler ortaya çıkar. İster "kamuoyu" olarak ister "organize din" ya da "yönetim aygıtı" olarak anlaşılın, bireylerin davranışlarının kontrol edilmesinin temelinde bu ortak tercihler yatar. Ancak, bireylerin çoğunluğunun ortak tercihleri ya da konumuz açısından, kamu yararının içeriği hakkındaki ortak tercih tek tek bireylerin

³ Hobbes, a.g.e, s. 89; Thomas Hobbes, *De Cive*, Appleton-Century-Crofts, New York 1949, s. 58; Plamenatz, *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford 1958, s. 14.

⁴ David Hume, "Of the First Principle of Government", Ed. Henry Aiken, *Hume's Moral and Political Philosophy*, Hafner, New York 1948 içinde, s. 307 vd.

⁵ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Doubleday Dolphin, New York 1961, s. 414.

⁶ David Hume, *A Treatise...* s. 425.

⁷ David Hume, *A Treatise...* s. 423.

doğal bir şekilde ve otomatik olarak ulaşabilecekleri bir sonuç değildir. Kamu yararı ancak yönetilenlerin desteğini alan bir siyasî yönetim sistemi tarafından belirlenebilir.⁸

Hume'un yaklaşımı gerek bireyleri temel alan bir yöntemden hareket etmesi gerekse de kamu yararının son tahlilde siyasî yönetim tarafından belirlenmesi nedenleriyle Hobbes'un bakışı ile benzerlikler taşır. Her iki yazar arasındaki farklılık, Hume'un açıklamalarında, yönetimin fiziksel gücü yerine psikolojik gücüne ve toplumdaki moral süreçlere verdiği ağırlıktır.

c. Bentham: Sayısal Üstünlük

Bentham, objektif faydayı kamu yararının dayanağı olarak görür. Bentham'a göre toplum, bireylerin toplamından başka bir şey değildir ya da yazarın deyişiyle, kurucusu bireyler olan fiktif bir varlıktır. Bu nedenle toplumun yararı onu oluşturan bireylerin yararlarından bağımsız değildir ve kendi başına bir "toplum yararı" kategorisi yoktur.⁹ Toplumun yararı onu oluşturan bireylerin yararlarının toplamına eşittir.¹⁰

Bentham'a göre fayda bir nesne üzerindeki mülkiyet aracılığıyla o nesnenin sahibine sunduğu mutluluk, tatmin ve avantajlardır.¹¹ İşte, bir eylem ya da kararın toplumun yararına olduğunun belirlenmesinde, her insanın o eylem ya da kararın kendisini etkilemesi sonucu sahip olacağı haz ve acıların değeri ölçü alınmalıdır. Hazların değeri ile acıların değeri ayrı ayrı toplandıktan sonra denge hazlar lehine bozuluyorsa ve bu, toplumdaki bireylerin çoğunluğu için söylenebiliyorsa o eylem ya da karar toplum yararınadır.¹² Bentham, yasama organında, böyle bir hesaplama yapılmadan salt akli argümanlarla kanunlaştırmada bulunmanın yanlış olacağı görüşündedir. Faydanın hesaplanmasında ölçü olarak ne kullanılacaktır? Bentham, hazzın kendi başına ölçülebilir olmadığını, bu nedenle hazzı temsil eden paranın ya da iktisadî değerlerin ölçü aracı olarak kullanılmasını gerektirdiğini ileri sürer. Bentham'ın görüşleri bu noktada Hume'dan ayrılır. Hume'un üstün tercihi psikolojik bir anlam taşırken Bentham'ın savunduğu objektif bir ölçü olan paradır.¹³ Öte yandan, bu objektifleştirme sürecinde, Bentham'ın, tüm haz ve acıların objektif olarak belirlenebileceğini ileri sürmesi ve yasamaya en fazla sayıda insanın en fazla mutluluğunu sağlayacak yönde kanunlaştırmada bulunmasını önermesi

⁸ David Hume, *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, Liberal Arts Press, New York 1957, s.121vd.

⁹ Bentham kamu yararı yerine toplum yararı kavramını kullanmaktadır.

¹⁰ Bentham, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", *The Utilitarians*, Dolphin Books, New York, 1961, s. 18.

¹¹ Bentham, a.g.e., s. 17.

¹² Bentham, a.g.e., ss. 37-40.

¹³ Jeremy Bentham, *Works*, Williani Tait, Edinburgh 1843, Cilt: IV, s. 542.

zorunlu olarak önceden hesaplamayı gündeme getireceğinden Hume'cu anti-rasyonalizme ters düşer.¹⁴ Hatta bu anlamda Bentham rasyonalist bir yazar olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte Bentham, kamu yararının belirlenmesinde bireyleri temel alarak, metodolojik olarak Hobbes ve Hume ile aynı noktadan hareket eder.

d. Çağdaş Üstünlük Teorileri

20. yüzyılda üstünlük teorilerini temel alan çok sayıda sosyal bilimci vardır. Bunların arasında, A. Bergson, Paul Samuelson, Kenneth Arrow, Arthur Bentley, David Truman önde gelen yazarlardır.

Bergson ve Samuelson, Bentham'ın faydanın matematiksel hesaplanmasına yönelik görüşlerine getirilen eleştirileri aşmaya çalışmışlardır. Bu eleştiriler iki noktada toplanabilir. İlk eleştiri, her bireyin çeşitli konulara farklı ağırlıklar vermesinden dolayı, bireylerin yararlarının birbirleriyle karşılaştırılmasının olanak dışı olduğudur. Samuelson faydayı bağımsız değişken olarak alan bir refah fonksiyonu ile yapılacak hesaplamanın, bireylerin faydalarının objektif olarak karşılaştırılmasını mümkün kılacağını ileri sürer. Böylece, oluşturulacak bir refah fonksiyonu $R = F(U_1, U_2, \dots)$ şeklinde ifade edilebilir.¹⁵ Farklı bireyler için (V_1, V_2, \dots) , (Z_1, Z_2, \dots) şeklinde farklı fonksiyon formları ya da farklı bağımsız değişkenler olabilir, ancak refah fonksiyonu olan R değişmez. Böyle bir sosyal refah fonksiyonundan hareket edersek, kamu yararını matematiksel olarak hesaplanabilen çoğunluğun tercihiyle eşitlemiş oluruz. Kamu yararı toplumdaki tüm bireylerin tercihini değil, demokratik bir oylama sonucunda oluşacak çoğunluğun tercihini ve temsili demokrasiler açısından, bu çoğunluğu temsil eden yasamadaki temsilcilerin tercihini yansıtır.¹⁶ Çünkü, demokratik ülkelerdeki hükümetler oylarını azamileştirmeye gayret gösterirlerse de nüfusun tümünü kapsama gibi bir hedef yeniden seçilmek için gereksizdir.

Benthamcı fayda anlayışına yöneltilecek ikinci eleştiri, Arrow'un, demokratik yöntemlerin uygulanmasıyla sosyal refah fonksiyonu kurulamayacağına ilişkin iddiasıdır. Arrow'a göre Samuelson gibi düşünen iktisatçılar bireylerin sadece iki seçenekten birini tercih edeceklerini varsayarlar; oysa, bireylerin seçeneklerinin ikiden fazla olması halinde demokratik yollarla çoğunluğun tercihi belirlenemez. Arrow'a göre, bireylerin kendi tercihlerini kendi çı-

¹⁴ Atilla Yayla, *Liberalizm*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992, s. 80 vd.; Norman P. Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, Macmillan, London, 1989, s. 119.

¹⁵ Paul Samuelson, *Foundations of Economic Analysis*, Atheneum Press, New York, 1965, s. 226 vd.; A Bergson, "On the Concept of Social Welfare", *Quarterly Journal of Economics*, Mayıs 1954, s. 233-252.

¹⁶ Bu bağlantıyı kuran eser için Bkz. Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins, New York, 1957.

karlarını azamileştirecek bir şekilde serbestçe bir sıralamaya koyabildikleri diktatöryel olmayan bir ortamda, yapılan tercihlerin stratejik olarak değiştirilmediklerini ve sınırlandırılmadıklarını kabul edersek, çoğunluk görüşü demokratik bir şekilde belirlenemez.¹⁷ Bu varsayımlar altında, Arrow'un teorisini aşağıdaki örnekle açıklamak mümkündür.

Bir genel seçime katılan bireylerin kendi tercih sıralamalarını aşağıdaki gibi yaptıklarını kabul edelim. Eğer meclisteki çoğunluk "x" tercihine uyan bir kanunlaştırma'ya giderse B ve C seçmenlerinin "z"yi "x"e tercih etmeleri nedeniyle çoğunluk oluşmayacaktır. Aynı durum meclisteki çoğunluğun "z" ve "y" tercihlerine göre hareket etmesinde de geçerlidir; "z" tercihi kanunlaştırıldığında çoğunluk "y" lehine, "y" tercih edildiğinde çoğunluk "x" lehine oluşacaktır. Arrow'a göre, yukarıdaki varsayımlar altında, demokratik yollarla yasamada bir çoğunluğun oluşması ve kanunların kamu yararına olup olmadığının çoğunluğun tercihi temelinde haklılaştırılması mümkün değildir.¹⁸

Tercihler	Seçmenler		
	A	B	C
1	x	y	z
2	y	z	x
3	z	x	y

Arrow, tercihleri sıraya koyan ve toplumun ortak değerlerini yansıtan bir düzenleme ile bu sorunun aşılabileceğini, bu düzenlemenin de tercihlerin önceliklerini belirleyen bir anayasa olduğunu ileri sürer. Ona göre "anayasa, sosyal tercihlerin alanını ve yapıma usullerini gösteren kurallar bütünüdür".¹⁹

Kamu yararı konusunda bir başka açılım, grup teorisidir. Grup teorisi temelini Truman ve Bentley'in yaklaşımlarında bulur.²⁰ Bentley'e göre, kamusal düzeyde, gerek iktisadî gerek siyasî alanda, bireyler tek başına değil, ait oldukları grubun çıkarları temelinde hareket ettiklerinden siyaset biliminde gruplar birer "birey" olarak kabul edilip teorik çıkarımlar bu metodolojiyle yapılmalıdır.²¹ Toplum, gruplardan oluşan ya da "bireyleri" gruplar olan bir bütündür. Bentley, kamu yararını ulaşılması mümkün olmayan bir hedef ola-

¹⁷ Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, New York University Press, New York, 1963, s. 104-105.

¹⁸ Arrow, a.g.e., s. 105 vd.

¹⁹ Arrow, a.g.e., s. 22 vd.

²⁰ Arthur F. Bentley, *The Process of Government*, Principia Press, Evaston, III., 1949; David Truman, *The Governmental Process*, Alfred A. Knopf, New York, 1951.

²¹ Bentley, a.g.e., s. 208 vd.

rak görür, tüm toplumsal sonuçlara çıkar gruplarının faaliyetleri ile ulaşılır.²² Her grup kendi gücü oranında yasama organını etkileme gücüne sahiptir. Bu nedenle, gruplar arası ilişkilerle oluşacak dengeler hakkaniyet ilkesine uygundur. Bentley, bu görüşlerinin bir sonucu olarak, en adil sonuçlara, toplumu oluşturan grupların birbirleriyle ilişkilerine müdahale edilmezse ulaşılacağını iddia eder. Bu, kamu yararı adına topluma müdahale etmenin adaletsizlikler doğuracağı anlamına gelir.

Bentley'in görüşlerinden hareket eden Truman, toplumları anlamak için grupların temel birim olarak alınmasını savunur. Truman'a göre toplum birbirleriyle çıkar çatışması içinde olan gruplardan oluşur. Anayasacılık ve bireysel özgürlükler hareketlerinin de katkısıyla bu grupların sayısı ve grupların birbirlerini etkileme ve iletişime girme olanakları artmıştır. Gruplar arası çatışmanın daha bölünmüş bir toplum yaratması mümkünse de grupların sürekli olarak birbirleriyle ilişki içinde olması işbirliği koşullarını doğurur. Kaldı ki, grupların birbirlerinden tamamen bağımsız olduğu da düşünülmemelidir, bireylerin aynı anda birden fazla grubun içinde olmaları mümkündür.²³ Truman gruplar arası uyumun kendiliğinden sağlanacağını ileri sürer; çağdaş toplumlarda gruplar kendi aralarındaki çatışmaları önleyecek dengeleri yaratırlar ve bu dengelerin oluşması kamu yararına hizmet eder.²⁴

Dahl ve Lindblom'un görüşleri Bentley ve Truman'la birlikte ele alınabilir.²⁵ Bu yazarlara göre çağdaş toplumlarda çıkar gruplarının faaliyetleri merkezî bir öneme sahiptir. Çünkü, her şeyden önce çağdaş demokrasilerde grupların etkisi tek tek bireylerden fazla olduğundan insanlar örgütlenme ihtiyacı içindedirler. Dahası, bireylerin ortak çıkarlarının rasyonel olarak ancak örgütlenmiş gruplar aracılığıyla savunulabilmesi, örgütlü sivil toplum anlayışını demokrasinin ayrılmaz bir unsuru yapmıştır. Bunların dışında, örgütlü gruplar toplumda iletişim ağının kurulmasına, farklı çıkarların çatışmasının önlenmesine ve müzakere ortamlarının yaratılmasına da katkıda bulunurlar. Bu açılardan bakıldığında, teknik, kültürel ve usule ilişkin altyapılar yaratılmak şartıyla, gruplar arasındaki denge demokrasinin teminatıdır ve bu dengeye müdahale edilmemelidir.²⁶

²² Bentley, a.g.e., s. 222.

²³ Truman, a.g.e., s. 43, 313, 505 vd.

²⁴ Truman, a.g.e., s. 99 vd.

²⁵ R. A. Dahl ve C. E. Lindblorn, *Politics, Economics and Welfare*, University of Chicago Press, 2. Baskı, Chicago, 1953.

²⁶ R. A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1956, s. 71 vd.

2- Ortak Yarar Teorileri

a- Rousseau'nun Genel İrade Yaklaşımı

Ortak yarar teorilerinin başında, Hobbescu otoriteye itaat anlayışına karşı çıkan Rousseau'nun genel irade yaklaşımı gelir. Rousseau'ya göre, eğer otoriteye itaat etmenin nedeni güç ise itaat ödeve dayandırılmaz ve güç ortadan kalktığında bireylerin topluma karşı hiç bir yükümlülükleri kalmaz²⁷ Rousseau'nun bu görüşünü kamu yararı açısından ele alırsak, bir eylem ya da kararı salt o eylem ya da karardan çıkarı olanların gücü ve tercihiyle meşrulaştırmanın yeterli olmayacağı sonucu ortaya çıkar.

Rousseau, gücün fiziksel olduğunu, bir yükümlülüğün doğabilmesi için etik bir boyutun var olmasının zorunlu olduğunu ileri sürer.²⁸ “O Siyasî iktidar güce gerekli olduğu için başvurur, otoritesini ise kendi vatandaşlarının ortak iradesiyle temellendirir. Bu anlamda, siyasî iktidar kendi meşruluğunu, neyin toplum adına iyi olduğuna karar verecek olan bireylerin kollektif iradesinde bulur. Rousseaucu yaklaşımda, irademiz her zaman kendi iyiliğimize yöneliktir. İnsanlar kendileri için kötü olanı istemezler. Halk hiç bir zaman kötülüğe sapmaz, sadece yanılgıya düşer. Toplumun tüm üyeleri etik meşruluk temelinde kurulan bir “ortak iyi”ye yönelirler ve bu “ortak iyi”ye dayanan etik otorite genel iradedir.”²⁹

Rousseau, meşru olan bireysel çıkarların çatışma içinde olabileceğini reddetmez. Ancak, siyasî iktidarın amacı bu çatışan çıkarlardan birini desteklemek değil, herkesin ortak sahip olduğu, toplumdaki tüm bireylerin paylaştığı çıkarlara hizmet etmek olmalıdır. Eğer toplumda farklı çıkarlar yan yana bulunabiliyorsa, bu farklılıkların ötesinde mutlaka ortak bir çıkar vardır. Eğer böyle bir ortak payda yoksa toplum da varlığını sürdüremez.³⁰ Rousseau, genel iradenin “herkesin ortak iradesi” olduğunu bu nedenle “herkesin iradesi”nden farklı olduğunu ileri sürer. Herkesin iradesi toplumdaki bireysel iradelerin toplamından başka bir şey değildir. Genel irade ise tüm iradelerin birleştiği ortak noktadır. Rousseau bu noktadan hareketle genel iradenin bölünemeyeceği sonucuna varır.³¹ Rousseau devletin kurulmasını sosyal sözleşme ile açıklar. Bu sözleşme ile insanlar elde edebilecekleri şeyler üzerindeki sınırsız haklarını yitirirler ve bunun karşılığında medeni özgür-

²⁷ Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract*, Ed. Charles Frankel, Hafner, New York, 1947, 1. Kitap, III. Bölüm, s. 8-10.

²⁸ Rousseau, a.g.e., s. 8.

²⁹ Rousseau, a.g.e., s. 17/23.

³⁰ Rousseau, a.g.e., 2. Kitap, 1. Bölüm, s. 23.

³¹ Rousseau, a.g.e., 2. Kitap, 3. Bölüm, s. 26.

lülkeler ve mülkiyet hakkına sahip olurlar.³² Tamamen fiktif nitelikte olan bu sözleşme devlete vücut verir ve toplumda yaşayanların tümünün ortak rızası ile yapıldığından kamu yararınadır.³³ Sosyal sözleşme yapıldıktan sonra, onun meşruluğuna dayanılarak yapılacak yasama faaliyetlerinde çoğunluk oyu esastır. Çoğunluk oyu, genel iradeyle uyumlu olduğundan kamu yararınadır. Ancak, yasama faaliyetlerinin kamu yararına olması sosyal sözleşmedeki gibi mutlak değildir. Kanun kamu yararının kaynağı değil, işaretidir. Bu nedenle kanunlar bazı bireylerin çıkarlarını diğerlerine zorla kabul ettirdikleri bir araç hâline dönüştürülmemelidir. Diğer bir deyişle, kamu yararının asil dayanağı çoğunluk oyu olmayıp, tüm bireylerin ortak iradesidir.³⁴

b- Çağdaş Ortak Yarar Teorileri

Yüzyılımızda ortak yarar yaklaşımlarının başında “Pareto optimali” teoremi gelir. Pareto tarafından ortaya atılan bu teoreme göre bir grup ya da topluluğun refahının artması için, o grubun asgari bir üyesinin refahında artış olması ve geri kalan üyelerin hiç birinin refahında bir eksilme olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, herkesin ele alınan toplumsal durum (X durumu) kadar yeğlenebilir saydığı ve en az bir kişinin bu durumdan daha iyi bulunduğu diğer bir toplumsal durum bulma olanağı yoksa, söz konusu durum Pareto anlamında optimumdur. Bu teoremi sosyal bir devlete uygularsak, toplumdaki tek bir kişinin bile refah seviyesini eksiltmeden yapılacak her refah arttırıcı düzenleme pareto optimalini sağlayacaktır.³⁵ Pareto optimali tekil bir duruma karşılık gelmez ve birden fazla olabilecek Pareto optimumları arasında seçim yapma olanağı yoktur. Öte yandan, Pareto teoremine dayanılarak elde edilecek toplumsal tercihlerde tamlık ilişkisi de olmayabilir. Bu nedenle toplumdaki kişilerin birbirlerinden farklı tercihlerde bulunmaları hâlinde bu tercihler Pareto optimali temel alınarak karşılaştırılamazlar. Bu gibi bir durumda yapılacak tek şey her durumun Pareto optimalini sağlayıp sağlamadığına ayrı ayrı bakmak ve yalnızca optimali sağlamayan durumları tespit etmektir. Pareto optimali teoremi aşağıda değineceğimiz yaklaşımları derinden etkilemiştir. Bu teorem, bireysel yararı temel almakla birlikte sosyal faydayı (Pareto anlamında kamu yararı kavramı yerine kullanılır) bireysel yararların bir toplamı olarak görmez. Bir düzenlemenin kamu yararına olup olmadığına karar vermenin, toplumun tümünde ve bireysel yararlar esas alınarak yol açacağı etkilere bakılarak mümkün olabileceğini ileri sürer. Teorem bu yönüyle genel iradeden bahsetmese dahi Rousseaucu ortak yarar çizgisine yakındır.

³² Güriz, a.g.e., s. 210-11.

³³ Rousseau, a.g.e., 4. Kitap, 2. Bölüm, s. 95

³⁴ Rousseau, a.g.e., 1. Kitap, 3. Bölüm, ss. 13-15.

³⁵ Talcott Parsons, *The Structure of Social Action: Marshall, Pareto, Durkheim*, Free Press, New York, 1968, s. 241 vd.

Ancak, Pareto optimalite teoremi ideal bir durumu yansıtır. Hiç kimsenin refahında eksilme olmadan bir refah artışının yaratılması hemen hemen imkânsızdır. Bu nedenle, Pareto optimalite teoremini destekleyecek çeşitli telafi kuralları geliştirilmiştir. Kaldor, Hicks, Scitovsky, Little ölçütleri olarak bilinen bu kurallar, toplumdaki refah artışlarının bir kesimin refahında eksilme yarattığı durumlarda bu eksilmelerin tazmin edilmeden sosyal refahın sağlanamayacağını ortaya koyarlar.³⁶

Çağdaş ortak yarar yaklaşımlarının bir diğeri James M. Buchanan ve Gordon Tullock tarafından geliştirilen kamu tercihi (Public Choice) teorisidir.³⁷ Buchanan ve Tullock kolektif eylemi yani toplum adına karar vermeye yetkili organların eylemlerini ortak yarar açısından incelerler. Kamu yararının bireysel çıkarlarla ilişkisini reddetmeyen yazarlar bireyleri hırc ve egoist olarak kabul eden Benthamcı yaklaşımlara karşı çıkarlar. Bireyler kolektif alanda sadece kendi faydalarını maksimize etmeye çalışırlar ve Pareto optimalitesi teoreminde de görüldüğü gibi, bir kişinin kendi faydasını maksimize etmeye çalışması toplumun diğere bireylerine zarar vereceği anlamına gelmez. Hatta, bir bireyin kendi çıkarlarını maksimize etmeye çalışması toplumun tümünü olumlu etkileyebilir. Bireylerin çıkarları birbirilerinden farklı olsa da kolektif eylem aracılığı ile bu farklılıkları uzlaştırmak mümkündür.³⁸ Kolektif eylemin kamu yararına olabilmesi için ya bireylerin ödeyecekleri maliyetleri ortadan kaldırması ya da bireylere fayda sağlaması gerekir. Buna, kolektif eylemin negatif ve pozitif etkisi de denebilir. Başka bir deyişle, toplumdaki sosyal ve siyasî organizasyonların aslı görevi bireylerin ödeyecekleri maliyetleri asgariye indirmek ve dolayısıyla elde edecekleri faydayı azamiye çıkarmak olmalıdır. Buchanan ve Tullock, bu noktaya kadar Pareto optimalite teoremi sınırları içinde kalmakla birlikte, kararların alınış biçimi konusunda teoremin geliştirilmesinden yanadırlar.³⁹ Buchanan ve Tullock'a göre, ideal anlamda kamu yararına ancak toplumdaki tüm bireylerin oybirliği ile hareket ettiği durumlarda ulaşılabilir. Fakat oybirliği sisteminin uygulanmasının maliyeti çok yüksek olduğundan zorunlu olarak oyçokluğuna başvurulur.⁴⁰ Böylece çağımız demokrasilerinde doğrudan demokrasi yerine temsili demokrasi modeli yaygınlık kazanmıştır. Yazarlar temsili demokrasiyi katlanılması gereken bir zorunluluk olarak görürler. Çünkü, kendi faydalarını azamileştirmeye çalışan bireyler kolektif alanda daha sorumsuz hareket ederler.

³⁶ E. J. Mishan, "Welfare Economics", *Systems of Economic Thought, Volume I*, McMillan, New York, 1967, s. 180-81.

³⁷ James M. Buchanan ve Gordon Tullock, *The Circuits of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1965.

³⁸ Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 7/25-26,

³⁹ Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 7, 44, 47, 62.

⁴⁰ Buchanan ve Tullock, a.g.e., s. 93 vd.

Örneğin onbeş kişiden oluşan bir toplumu ele alalım. Bu toplumun çoğunluğunu oluşturan sekiz kişi kararları kendi çıkarlarına göre alacaklar, toplumun geri kalan yedi üyesinden avantajlı duruma gelmeye çalışacaklardır. Bu durumda, maliyetler nedeniyle temsili demokrasiden vazgeçmek mümkün olmadığına göre, toplumda çoğunluğu oluşturmayan bireyleri korumak ve ortak yararı sağlamak için yeni mekanizmalar üretilmelidir.⁴¹

Yazarlara göre bu mekanizmaların başında hükümetlerin hareket alanlarının anayasalar aracılığı ile sınırlandırılması gelir. Rasyonalist yazarlar, çift meclisli sistem, güçler ayrılığı, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ve düzenli seçimlerin, bireysel hak ve özgürlüklerin garantisi olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴² Buchanan ve Tullock'un yaklaşımında bu klasik sınırlama yöntemlerinin dışında hükümetlerin iktisadî alandaki faaliyetleri, özellikle de gelir bölüşümüne ilişkin olanların anayasalar aracılığı ile sınırlandırılması öngörülmektedir. Yazarların "Anayasal İktisat" olarak adlandırılan bu görüşlerine göre, devlet harcamaları ve yeni vergilerin konulmasına ilişkin kanunların yasama organından geçmesinin nitelikli çoğunluk kuralına bağlanması ve bütçenin denk olmasının anayasal zorunluluk hâline getirilmesi getirilecek sınırlamaların başlıcalarıdır.⁴³

Buchanan ve Tullock'un yaklaşımlarına benzerlikler gösteren, grup teorisi içinde yer alan ve Mancur Olson öncülüğündeki bir kısım yazar, soruna çağdaş demokrasilerde kollektif eylemi (collective action) icra edenler açısından bakarlar.⁴⁴ Diğer bir deyişle, nasıl Buchanan ve Tullock politikada talebin şekillenişini ve yarattığı sorunları inceliyorlarsa, bu yazarların da politika arzı ve sorunlarıyla ilgilendiği söylenebilir. Yazarların birleştiği ortak nokta, modern yasama organlarının kamu yararından çok kendi partilerinin ve temsilcilerinin yeniden seçilmeleri kaygısıyla hareket ettikleri görüşüdür. Kendi partileri ve bireysel çıkarları temelinde hareket eden milletvekilleri belli çı-

⁴¹ Leif Lewin, *Self-Interest and Public Interest in Western Politics*, Oxford University Press, Oxford 1991, ss. 100-104.

⁴² Örneğin, W. H. Riker, *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W. H. Freeman and Co., San Francisco 1982, ss. 234-38.

⁴³ James M. Buchanan, "Constitutional Restrictions on the Power of Government", *The Theory of Public Choice-II*, Ed. James M. Buchanan ve Robert D. Tollison içinde, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1984, s. 439-51. Ayrıca Bkz., Geoffrey Brennan ve James Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; James M. Buchanan ve Richard E. Wagner, *Democracy in Deficit*, Academic Press, New York, 1977.

⁴⁴ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Carnbridge, 1965; Russell Hardin, *Collective Action*, Johns Hopkins University Press, London, 1982; George J. Stigler, "Director's Law of Public Income Redistribution", *Bell Journal of Law and Economics*, Cilt 5, No: 2, Nisan 1970, s. 1-10.

kar gruplarından seçim kampanyalarını malî açıdan desteklemelerini, reklam harcamalarını karşılama larını, medya aracılığı ile seçmenleri yönlendirmelerini beklerler ve karşılık olarak da bu grupların çıkarına yasama organında faaliyette bulunurlar.⁴⁵

Yasama organındaki üyeleri desteklemek Para ve zaman gerektiren bir faaliyet olduğundan, bu olanaklara sahip olmayanların böyle bir faaliyette bulunmaları oldukça zordur.⁴⁶ Ayrıca, bu tür faaliyetler organize olmayı ve iletişimi zorunlu kılar ki geniş grupların (örneğin tüketicilerin) bu olanaktan yoksun oldukları ortadadır. Dahası, geniş gruplarda bireysel katkıların grubun amaçlarına ulaşmasında çok az bir etkisi olduğundan bireyler katkıda bulunarak yerine “bedavacı” (free rider) olmayı yeğleyecek, bu da o grup için maliyet sorunları yaratacaktır.⁴⁷ Sonuçta, çağdaş demokrasilerde küçük gruplar büyük gruplara göre daha avantajlı bir konuma gelirler. Mancur Olson’a göre, geniş grupların kendi çıkarlarını korumaları hemen hemen imkânsızdır, bu nedenle de bir toplumdaki tüm bireylerin ortak yararından bahsetmek mümkün değildir.⁴⁸

Buchanan ve Tullock yeni mekanizmalar aracılığıyla ortak yararın sağlanabileceğini ve kolektif eylemin sorunlarının aşılabileceğini iddia ederlerken, Mancur Olson ortak yarara ulaşmanın mümkün olmadığı sonucuna varır. Ancak, A.B.D. de bu yazarın görüşlerinden hareket eden kamu hukukçuları bu engellere rağmen yargının daha etkili müdahalesi ile kamu yararının sağlanabileceği görüşündedirler.

Erwin Chemerinsky, yasama organının çıkar gruplarının etkisi altında olması gerçeğinin düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun yasama dışında bir organ tarafından denetlenmesinin gerekliliğini gösterdiğini ve sorunun ancak etkili bir anayasal denetleme ile aşılabileceğini ileri sürer⁴⁹. Jerry Mashaw, Yüksek Mahkeme’nin “özel çıkarın” korunduğu durumlarda kanunların iptali yoluna gidilmesi gerektiği görüşündedir. Martin Shapiro, yasaların yargı organı tarafından gözden geçirilirken, soruna siyasî süreçlerde sesini yeterince duyuramayan gruplar açısından da bakılmasını önerir.⁵⁰ Bernard Siegan ö-

⁴⁵ David R. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection*, Yale University Press, New Haven, 1974, s. 5-6,13-17; George J. Stigler, “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, Cilt 2, No: 3, 1971, s. 3-13.

⁴⁶ Olson, a.g.e., ss. 46-48.

⁴⁷ Olson, a.g.e., ss. 33-34, 48-50.

⁴⁸ Olson, a.g.e., s. 36.

⁴⁹ Erwin Chemerinsky, “The Supreme Court 1988 Term -Foreword: The Vanishing Constitution”, *Harvard Law Review*, Cilt 103, 1989, s. 43 vd.

⁵⁰ Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1979, s. 204.

zellikle iktisadî düzenlemelerin etkili bir yargı denetiminden geçirilmeleri gerektiği fikrindedir.⁵¹ Frank Easterbrook ve Cass Sunstein özel çıkarları koruyan kanunların dar yorumlanmasını savunurlar.⁵² Kısacası, tüm bu yazarlar, çıkar gruplarının yasama organındaki olumsuz etkilerini gidermek için yargı organının müdahalesinin en etkili çözüm olduğu görüşündedirler.

Kamu yararını ortak yararlarla özdeşleştiren diğer bir yazar Brian Barry'dir. Barry'ye göre Rousseau'nun ortaya attığı temel sorun, kendi çıkarlarımıza başkalarının çıkarlarını çığnemenin, aksine tüm diğer bireylerin çıkarlarını da gözeterek ulaşmanın yolunun ne olduğunu bulmaktır. Rousseau'nun yaklaşımında bu koşulu sağlayacak mekanizma çoğunluk oyudur. Oy veren birey herkesin durumunu kötüleştirecek bir düzenleme lehine oy kullanmaktan kaçınacaktır, çünkü aynı düzenleme kendisini de olumsuz etkileyeceğinden tercihini düzenlemeden yana koymayacaktır.⁵³ Ancak, Barry'ye göre Rousseau bu sonucun gerçekleşmesini belli koşullara bağlamıştır. Sivil bir din çerçevesinde oluşan siyasî erdem, vatandaşlar arasında ekonomik eşitlik ve küçük devlet, çoğunluk oyunun kamu yararına olduğu sonucuna ulaşmanın ön şartlarıdır. Barry, çağdaş devletlerde bu koşulların gerçekleşmesini mümkün görmemektedir.⁵⁴

Öte yandan, modern toplumlarda, toplumun bazı kesimlerinin sahip oldukları özel çıkarların, bu kesimlere ait olan bireylerce, toplumun geri kalanı ile paylaşılan ortak yararlardan daha üstün görülmesi söz konusu olabilir. Bu, işbölümüne dayalı endüstriyel bir toplumda, her mesleğin ancak belli koşullar gerçekleşirse icra edilebileceği gerçeğine dayanır. Örneğin, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamalarını zorunlu kılan bir yasanın çıkarıldığını düşünelim. Gazetecilerin bakış açısından böyle bir yasanın gerçekten kamu yararına olduğu düşünülebilir. Ancak, gazetecilik mesleği açısından, haber kaynaklarının gizli tutulması mesleğin icrasına hizmet ettiğinden, gazeteciler düzenlemenin karşısında olacaktırlar. Barry'ye göre, bu örnekte Rousseau'nun görüşlerinden hareketle bir çözüm geliştirmek oldukça zordur. Gazeteciler de dahil olmak üzere toplum böyle bir düzenlemenin genel güvenliği sağlaması gerekçesiyle kamu yararına olduğuna inanmakla birlikte, gazetecilerin bu düzenlemeye karşı olmaları mesleklerini sürdürebilmeleri için zorunludur.⁵⁵

⁵¹ Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution*, University of Chicago Press, Chicago, 1980, s. 158.

⁵² Frank Easterbrook, "The Supreme Court 1983 Term Foreword: The Court and the Economic System", *Harvard Law Review*, Cilt 98, No: 4, 1984, ss. 51-54; Cass R. Sunstein, "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, Cilt 84, 1984, s. 1689.

⁵³ Brian Barry, "The Public Interest", *Political Philosophy*, Ed. Anthony Quinton içinde, Oxford University Press, New York, 1991, s. 122.

⁵⁴ Barry, a.g.e., s.123.

⁵⁵ Barry, a.g.e., s.124.

Son olarak, Barry, çağımızda “halkın tercihi” ya da “halk iradesi” gibi kavramların içinin boşalmış olduğunu ileri sürer. Çağımız devletlerinde kanunların hazırlanmasında halkın tercihinden çok teknik nitelikler ön plana çıkmaktadır. Hükümetler kanun tasarılarını uzmanların ve komisyonların görüşlerinden yararlanarak çağın teknik ve iktisadî gereklerine göre oluşturmaktadırlar ki bu Rousseau’nun çizdiği çerçeveyi aşan bir demokrasi modelinin yerleşmesine neden olmuştur.⁵⁶

Barry, Rousseaucu çoğunluk yaklaşımını eleştirmekle birlikte onun ortaya attığı ortak çıkarlara dayanan kamu yararı anlayışını terketmez. Eğer bir düzenleme kamu yararına ise bu toplumun tüm bireyleri için geçerlidir. Kimi zaman bireylerin aktüel çıkarları kamu yararına olan düzenleme ile ters düşebilir. Örneğin, hava kirliliğini önlemeye yönelik bir düzenleme fabrika sahiplerine belli bir maliyet yükleyeceğinden sanayicilerin aktüel çıkarlarına ters düşebilir. Ancak, sanayicinin kendisi de kamunun bir üyesidir ve kamunun bir üyesi olması sıfatı ile o da bu düzenlemeden yararlanacak, temiz bir çevrede yaşama olanağına kavuşacaktır. O halde kamunun üyeleri olma sıfatlarıyla tüm bireylerin yararına olan düzenlemeler kamu yararındırlar. Barry’ye göre, bir düzenlemenin kamunun yararına olması için, o düzenlemenin vatandaşlara, “kamunun birer üyesi olması” sıfatları temelinde kendi yararlarına kullanabilecekleri bir kapasite sunması gerekir.⁵⁷

Bununla birlikte, gazeteciler örneğinde gördüğümüz gibi bazı düzenlemeler toplumdaki bir grubun özel çıkarlarına açıkça aykırı olabilir. Barry, bu gibi durumlarda kamu yararı ile özel çıkarlar arasında bir dengelemeye gitmenin gerekli olduğu görüşündedir.

Çağdaş yazarlardan Norman Barry ise, kamu yararını, bireylerin başka şekilde elde edemeyecekleri ve onların bireysel çıkarlarına zarar vermeyen paylaşılmış topluluk çıkarları olarak tanımlar.⁵⁸ Barry, yukarıda özetlediğimiz Bentham’ın görüşlerini, faydanın hesaplanmasını objektif bir kıstasının bulunamayacağı, ya da başka bir deyişle, her türlü sosyal fayda hesaplamasının subjektif kalmaya mahkum olması nedeniyle eleştirir. Öte yandan, Bentham’ın, toplumu bireylerin toplamı olan fiktif bir varlık olarak gören anlayışı da Barry tarafından eleştirilir. Barry’e göre, salt bireysel çıkarlar ile bireylerin kamunun birer üyesi sıfatlarıyla sahip oldukları çıkarlar, birbirlerini dışlamasalar

⁵⁶ Barry, a.g.e., ss. 125-26.

⁵⁷ Brian Barry, *Political Argurrent*, Hurnanities Press, New York 1965, s. 190.

⁵⁸ Norman Barry, *An Introduction to Modern Political Theory*, MacMillan Press, London 1989, s. 248. Bu makalede yazarın eserinin 1989 tarihli İngilizce baskısına atıf yapılmaktadır. Aynı eserin 2000 tarihli baskısı 2003 yılında Türkçeye çevrilmiştir. Türkçe çeviri için bkz. Norman Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, Çev. Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s. 307-364.

dahi farklıdır. Bu nedenle, paylaşılmış çıkarlar bireysel çıkarlardan hareketle hesaplanamazlar.⁵⁹

Barry, pluralistlerin kamu yararı anlayışını da sorgular. Bentley ve Truman çizgisinde kurulan grup teorisinin kamu yararı kavramının siyasî ve sosyal alanlara uygulanmasına kuşkuyla baktığına ve en iyi sonuçlara çıkar grupları arasındaki pazarlıklarla ulaşılabileceği şeklindeki yaklaşımına yukarıda değinmiştik. Barry, çıkar gruplarına sınırsız serbesti tanımının grup üyelerine fayda sağlamakla birlikte, bunun, her grubun üyesi olduğu topluma eşit derecede olumlu katkısı olacağı fikrine karşı çıkar.⁶⁰

Örneğin, piyasa ekonomisinin geçerli olduğu bir toplumda korumacılığın olmaması, uluslararası serbest ticareti geliştirmesi nedeniyle toplumun tüm kesimlerini olumlu etkileyebileceği hâlde, belli grupların çıkarları devlet müdahalesi olmadan korunamayabilir. Böyle bir toplumda, korumacılıktan yana olan grupların politik süreçlerle kendine destek bulması toplumdaki tüketicileri olumsuz etkileyecektir. Öte yandan, toplumdaki tüm grupların korumacılıktan yararlanmaları durumunda, bundan tüm grupların üyeleri olumsuz etkilenecektir.⁶¹

Barry, toplumdaki bireysel çıkarlarla kamu yararının uyumlu kılınması ve paylaşılmış çıkarların korunması için iki temel yaklaşım olduğunu ileri sürer. Faydacılar tarafından savunulan ilk yaklaşıma göre, demokratik yöntemlerle ortaya çıkan çoğunluk iradesi bu hedeflere ulaşmayı sağlayabilir. Bu görüşü savunanlara göre, seçilmiş yöneticilerin sosyal refahın artırılması yerine kendi çıkarları için çalışacakları iddiası siyasî partilerin yarışma içinde oldukları göz önüne alındığında yerinde bir eleştiri değildir.⁶² İkinci yaklaşım ise, demokratik kurumların, grup çıkarlarının kamu yararı örtüsü altında sunulmasına neden olduğunu, gerçek anlamda paylaşılmış çıkarların seçimlere dayanan bir rejimde yeterli destek bulamayacağını ileri süren klasik liberal görüştür.⁶³

Yazar, yukarıda ele aldığımız, Buchanan, Tullock, Arrow ve Olson'un görüşleri temelinde, çoğunluk iradesinin kamu yararını yansıtmayacağını ileri sürerek bu tezi savunan faydacıların görüşlerine⁶⁴ karşı çıkar. Ancak, Barry, demokrasiyi değil, rasyonalist demokrasi olarak adlandırdığı, "demokrasinin belli bir anlaşılış biçimini eleştirir. Rasyonalist demokrasi, siyasî deneyimlere bakmaksızın oluşturulan soyut idealler temelinde kurulan bir a priori siyasî

⁵⁹ Barry, N., a.g.e., s. 251.

⁶⁰ Barry, N., a.g.e., s. 252.

⁶¹ Barry, N., a.g.e.,s. 253.

⁶² Barry, N., a.g.e.,ss. 255-56.

⁶³ Barry, N., a.g.e.,s. 257.

⁶⁴ Barry, N., a.g.e.,s. 260 vd.

modeli demokratik rejim olarak nitelendirir. Oysa, demokrasinin diğer bir algılanış şekli olan ampirik demokrasi, demokrasiyi soyut ideallerden çok anayasacılık hareketleri ve hukuk devleti temelinde oluşturulmuş demokratik kurumların bütünü olarak tanımlar. Barry, İngiliz demokrasisinin ampirik demokrasinin klasik bir örneği olduğunu ileri sürer. Demokrasinin başka bir kavramlaştırılış şekli ise prosedürel demokrasidir. Prosedürel demokrasi, kamusal eylemleri meşrulaştıran kurallar toplamı olarak tanımlanabilir.⁶⁵

Prosedürel demokrasinin önemli unsurlarından biri prosedürel adaletin sağlanmasıdır. Barry'e göre, prosedürel adalet, mülkiyet haklarına saygılı ve sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan ve kamusal eylemlerin bu düzenlemelere uygun olmasını sağlayan adalettir.⁶⁶

Sonuç olarak, Barry, kamu yararının toplumda paylaşılan çıkarlar olduğunu, ancak bu çıkarların çoğunluk iradesi ile değil, prosedürel demokrasinin ve adaletin kuralları ile temellendirilmesi gerektiğine işaret eder.

3. Tekçi Teoriler

a- Antik ve Orta Çağ Felsefesi

Tekçi teorilerin tarih içinde ilk dayanağını Platon'un "ortak iyi" konusundaki görüşleri oluşturur. Platon'a göre, insanî değerlere ilişkin yargılar söz konusu olduğunda bu yargılarımız ya doğru ya da yanlış olmak zorundadır. Kamu yararı konusunda yapacağımız değerlendirmeler de aynı niteliktedir. Bu nedenle bir şeyin kamu yararına olduğunu ileri sürdüğümüzde onun "doğru" ya da "iyi" olduğunu da kabul etmek zorundayız. Platon'a göre "iyi", tüm insanların ortaklaşa yöneldiği bir hedeftir. Ancak neyin iyi olduğuna karar vermek oldukça zordur.⁶⁷ Platon'da "iyi", aynı zamanda, doğanın ulaşmak istediği bir hedeftir. Gorgias adlı çalışmasında Platon, "iyi"nin tüm istemlerimizin, eylemlerimizin ve sanatın hedefi olduğunu; Philebus adlı eserinde ise, tüm evrenin amacının "iyi"ye ulaşmak olduğunu söyler. Plato, doğanın bir parçası olan insanların da "iyi"yi hedeflemeleri gerektiği görüşündedir.⁶⁸

Platon'a göre, bir devlet için iyi olan o devletin vatandaşlarının da yararınadır. Sosyal organizasyonların amacı topluluğun birliğini sağlamlaştırmak olmalı, yasama organı belli bir sınıfın değil tüm toplumun refahını gözönüne alarak çalışmalıdır. Toplum için en iyiye ulaşmak ancak o toplumda yaşayan

⁶⁵ Barry, N., a.g.e.,s. 259.

⁶⁶ Barry, N., a.g.e.,s. 144.

⁶⁷ Plato, *The Republic* (506), İngilizceye Çeviren: H.D., Lee, Penguin Books, Baltimor, 1955.

⁶⁸ Plato, Philebus (20-d, 11-d, 22-b), *The Dialogues of Plato*, İngilizceye Çeviren, B. Jowett, Random House, New York, 1957; Platon, Gorgias (499-e), *Diyaloglar*, Çev. T. Aktürel, Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.

tüm bireylerin acı ve sevinçlerini paylaşmaları ile mümkündür. Toplum için en iyi olana karşı meşru bireysel çıkarlardan söz edilemez. Diğer bir deyişle, kamu yararına olan düzenlemelerin bireysel çıkarlara aykırı olması düşünülemez.⁶⁹

Platon gibi Aristo da sosyal organizasyonların amacının “iyi”ye ulaşmak olduğunu ileri sürer. Bu amaca, en çok, toplumda egemen olan siyasî organizasyonun (polis) ulaşmaya çalışması gerekir. Aristo’ya göre ortak çıkarları korumayan bir siyasî yapı kendisini meşrulaştıramaz.⁷⁰ Aristo, bir birey için “iyi” olanın toplumun tümü için de “iyi” olması gerektiğini, çünkü iyi ya da kötü şeklindeki değerlendirmelerin temelinin düşüncelerimizde değil doğada olduğunu iddia eder.⁷¹ Aristo “iyi”yi doğada bulunan her şeyin amacı olarak tanımlar. Bu nedenle bireysel çıkarlar toplumun çıkarlarıyla çatışmazlar. Zaten asıl problem birey çıkarları ile toplum çıkarının çatışması değil, belli bir zaman ve yerde neyin en iyi olduğunun tespitidir.

Bu tespitin yapılmasında oybirliğinin rolü Platon tarafından vurgulanmıştır. Aristo oybirliğine Platon kadar güvenmez; ona göre şekli birlik içinde hareket etmeye çalışan bir topluluk bir süre sonra siyasî toplum olma özelliğini kaybeder.⁷² Topluluk içinde yaşayan grupların farklı çıkarlara sahip olabileceğini bir dereceye kadar kabul eden Aristo, bu çıkarların toplumun tümünün çıkarına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunarak Platon’a göre daha esnek bir kamu yararı anlayışına yönelir. Bununla birlikte hem Platon hem de Aristo siyasî toplumun hedefinin “iyi”ye ulaşmak olduğu ve bu “iyi”nin ötesinde bir bireysel çıkarın olamayacağını ileri sürerler.⁷³

b. Hegel ve Marx

Aynı çizginin 18. yüzyılda bir devamı olan Hegel kamu yararını, bireysel çıkarlarla çatışma içinde olmayan, birbirleriyle tutarlı değerler sistemi olarak tanımlar. Hegel’e göre, devlet ahlakî fikrin aktüel hâle gelmesidir. Devlet objektifleşmiş tin (Geist, Mind) olduğundan kendini oluşturan bireylerin objektifliği kadar gerçek bir bireyselliğe ve ahlakî yaşama sahiptir. Evrenselin amacı ve içeriği saf ve basit bir bütünlüğe ulaşmak, bireyin arzusu ise evrensel bir yaşama kavuşmaktır.⁷⁴ Bu çerçevede, bir bireyin gerçek çıkarları, ister

⁶⁹ Plato, *The Republic ...* (520).

⁷⁰ Aristotle, *Politics* (1252-a), *The Politics of Aristotle*, Ed. Ernest Barker içinde, Oxford University Press, New York, 1962.

⁷¹ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, (1094-a), İngilizceye Çeviren Terence Irwin, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1985. Cicero, *Republic*, İngilizceye Çeviren C. W. Keynes, Harvard University Press, Cambridge, 1968, III. Kitap, 33. Kısım.

⁷² John Herrnan Randall, *Aristotle*, Columbia University Press, New York, 1962, s. 250.

⁷³ Barker, a.g.e., s. 1.

onaylasın ister onaylamasın o bireyin kendi çıkarlarını evrensel çıkara ulaşmaya çalışan devletin çıkarları ile bütünleştirmesi halinde korunur.⁷⁵ Bireyler, salt kendi çıkarları için yaşamazlar, her bireyin amacı evrensel bir hedefe ulaşmaya çalışmaktır. Bu nedenle, Hegel'in yaklaşımında bireysel çıkarlarla devletin çıkarları arasında çatışma olamaz. Birey, devlete olan görevlerini ifa ettiği, ona hizmet ettiği, sivil topluma olan yükümlülüklerini kendi bedensel varlığını ve mülkünü koruyarak, kendi refahını geliştirerek, kendi bilincinin, hislerinin ve varlığının derinliklerini keşfederek yerine getirdiği sürece bağımlılıklarından kurtulur. Bundan dolayı bireyin çıkarları diğer bireylerin çıkarları ile iç içe geçmiştir ve devlet olmadan bu çıkarlar güvence altına alınamaz. Diğer bir deyişle, sözleşme temelinde düşünüldüğünde, devletin çıkarları olarak ifade edilebilecek kamu yararı evrensel çıkarı yansıttığı kadar, kamunun ve kamu içinde yer alan bireylerin gerçek çıkarları ile de uyum içindedir.⁷⁶

Marx, Hegel'den hareketle, gerçek çıkarların tutarlı ve bütünleştirici bir sosyal düzenle uyumlu olması gerektiğini kabul eder. Marx için bir çıkarı meşru kılan şey hedeflenen amaca uygunluktur. Modern temsili devlet, bireysel çıkar temelinde salt burjuvazinin çıkarlarını koruyan bir sistemdir. Böyle bir sistem sayesinde işçi sınıfı mülksüzleştirilmiştir. Toplumdaki çıkarların birbirleriyle çatışma içine girmeyecekleri bir sistem ancak işçi sınıfının iktidarı ele geçirmesi ile mümkündür. Tarihte önceden yaşanan tüm devrimler azınlıkların çıkarlarını meşrulaştırırken, işçi sınıfının hareketi çoğunluğun çıkarlarını savunan bir özelliğe sahiptir.⁷⁷ Marx ve Engels'e göre, her sınıf mücadelesinde, mücadeleyi kazanan taraf kendi çıkarlarını kamu yararı olarak sunmaya çalışır. Burjuva demokrasilerinde bireyler salt kendi çıkarlarına uygun hareket ettiklerinden kamu yararına olduğu ileri sürülen düzenlemelerin devlet tarafından bireylere kabul ettirilmesi gerekir. Bireylerle devlet arasındaki bu gerilim çatışmalara yol açar. Bireylerin diğerleri üzerinde siyasî baskı kuramayacakları bir toplum yaratılmalıdır. Böyle bir toplumda çatışmanın yerini işbirliği ve ortak çıkarların bireysel çıkarlara karşı korunması alacaktır.⁷⁸ Eğer sınıf çatışmaları sona ererse, buna bağlı olarak siyasî çatışmalar da gücünü kaybetmeye başlayacak, son aşamada, çıkar çatışmaları sorunu tamamen ortadan kalkacak ve devlet aygıtına artık gerek kalmayacaktır.⁷⁹ Marx ve Engels'in görüşleri bireysel çıkarlar ile kamu

⁷⁴ 161 G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, İngilizceye Çeviren T. M. Knox, Clarendon Press, Oxford 1962,257. paragraf vd.

⁷⁵ Hegel, a.g.e., 270. par.

⁷⁶ Hegel, a.g.e., 261. par. vd.

⁷⁷ Karl Marx ve Friedrich Engels, "Manifesto of the Communist Party", *Karl Marx und Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, Ed. Lewis C. Feuer içinde, Doubleday Anchor, New York 1959,s. 9.

⁷⁸ Friedrich Engels, "The German Ideology", *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, Ed. Lewis S. Feuer içinde, Doubleday Anchor, New York, 1959, s. 255.

yararının farklı olamayacağına yönelik tipik bütünleşmeci iddianın devamı niteliğindedir. “Ortak iyi”nin tüm bireysel çıkarların üstünde olması ve bireysel çıkarların “ortak iyi” ile uyumlu kılınması şeklindeki Hegelci bakış Marx ve Engels tarafından aynen savunulmuşsa da, bunun burjuva demokrasilerinde gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı, işçi sınıfının iktidarı ele geçirmesinin gerekli koşulları sağlayacak tek yol olduğu ileri sürülmüştür.

C- Farklı Kamu Yararı Anlayışlarının Değerlendirilmesi: İçerikten Prosedüre

Kamu yararı kavramının içeriğini belirlemek amacıyla oluşturulan yaklaşımların çeşitliliği bu kavramın temel hakların sınırlanmasında ne kadar bulanık bir ölçüt olduğunu kendi başına göstermeye yeter. Ancak diğer bazı sınırlama nedenleri gibi kamu yararı da bir hak ve özgürlüğün sınırlanması ile ilgili hukukî düzenlemelerde ve yargılama süreçlerinde kullanılmaktadır. Dolayısıyla uluslararası ve ulusal hukukta kullanımı olan bu kavramın en azından nasıl anlaşılması gerektiği ve hangi sınırlar içinde kullanılacağı üzerine bir açıklama getirmek zorunludur.

Kamu yararı kavramı için tekçi teoriler tarafından geliştirilen görüşler çağdaş insan hakları teorisi ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel kural ve standartlarla bağdaşmamaktadır. İnsan hakları teorisi hak ve özgürlüklerin sujesi olarak bireyi görür. Bu nedenle birey yararı ile toplum, sınıf ya da devlet gibi birey dışındaki herhangi bir topluluğa ya da örgütlü yapıya atfedilen yarar birbirine paralel değildir. Hatta, bir çatışma içindedir. Gerek anayasalarda gerekse uluslararası hukuk metinlerinde tanınan hak ve özgürlükler bireyler ile devlet arasındaki ilişkinin haritasıdır. Bu harita bireysel yarar ile toplum ya da devlet yararının farklı olabileceği ve çatışabileceği gerçeğinden hareketle oluşturulmuş ve bireyi gruba, topluma ya da devlete karşı koruma kaygısı ile bir garantiler sistemi ile birlikte kurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, “toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gereği arasında adil bir dengenin kurulması şarttır. Böyle bir denge arayışı Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi’nin bütününde görülmektedir”⁸⁰ diyerek söz konusu farklılığı ve farklı çıkarların dengelenmesi gereğine işaret etmektedir. Bu bakış açısı, toplumun genel yararının olabileceğini kabul etmekle birlikte, tekçi teorilerde olduğu gibi, bu yararın, bireylerin yararına mutlak üstünlüğü, ya da birey yararı ile toplum yararının farklılaşamayacağı argümanlarını reddeder.

⁷⁹ Friedrich Engels, “The Origin of the Family, Private Property and the State”, *Karl Marx and Friedrich Engels: Basic Writings on Politics and Philosophy*, Ed. Lewis S. Feuer içinde, Doubleday Anchor, New York, 1959, s. 394.

⁸⁰ Örneğin James-Birliklik Krallık davası, A-98, § 50.

Üstünlük teorileri de günümüz insan hakları yaklaşımına ve hukuku ile uyum içinde değildir. İster Hobbes tarafından savunulan kamu gücünün üstünlüğü, ister Hume'un toplumun moral tercihlerinin üstünlüğü, isterse de Bentham'ın sayısal üstünlüğü şeklinde alınsın birey karşısında herhangi bir başka güce peşinen bir üstünlük tanımak kamu gücünün kullanım biçimini eleştiren bireylerin, toplumun genel moral değerlerini paylaşmayan her türden azınlığın ve sayısal olarak çoğunluğu oluşturmayanların kamu yararı karşısında itaat eden duruma düşmeleri sonucunu doğuracaktır. Gerçi üstünlük teorilerini savunanlar, tekçi teorileri benimseyenlerden farklı olarak bireyin kamu yararından başka ayrı bir yararı olduğu gerçeğini kabul ederler ama üstünlüğü bir değerlendirme ve karşılaştırma yapmaksızın kamu yararına tanıma eğilimi içindedirler. Böyle bir anlayışla örneğin toplumun genel moral değerlerine aykırı görüş ve yaşam tarzını savunan bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak olanaksız hâle gelmektedir. Bir savaş karşıtı, anarşist, dinsiz ya da eşcinsel toplumda sayısal üstünlüğe sahip olmayabilir, toplumun moral değerleri ile ters düşebilir ya da toplumun bir kesiminin "iyi" olarak algıladığı, devlet gücünü kullananların "iyi" olarak gördüğünden farklılaşabilir. Böyle bir durumda, insan haklarından hareket eden bir değerlendirme söz konusu bireylerin farklılıklarını giderip devlet ya da topluma itaat etmesini esas alamaz. Şiddete başvurmayan, başkalarına moral değerlerinden hareketle, hakaret içermeyen ve başkalarının özgürlüklerine tecavüz etmeyen her türlü davranış, fikir ve özgürlük kullanımı eşit korumaya layıktır. Üstelik günümüz insan hakları hukukunda etnik köken, dinî inanç, cinsel tercih gibi nedenlerle bireylere ayrımcılık yapılması da bir hak ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Çağdaş üstünlük teorileri sayısal üstünlük ya da tercihlerin üstünlüğü görüşlerini farklı kavramlaştırmalarla kabul edilebilir çerçevelere dönüştürmeye çalışmışlardır. Örneğin Arrow'un demokrasinin imkânsızlığı görüşü önemli bir çaba olarak değerlendirilebilir. Ancak yazarın çözüm olarak önerdiği tercihlerin önceliklendirilmesi ve anayasal düzenlemeye kavuşturulması görüşü, anayasaları prosedürel yansız metinler olmaktan çıkarıp, tercihlerin hukuk gücüne kavuşturulduğu reçetelere dönüştürebilir ki bu azınlıkların korunması bakımından farklı bir yaklaşım ya da koruma mekanizması getirmeyeceği gibi daha ciddi bir problemi, çoğunluğun, üstelik bu kez nitelikli bir çoğunluğun görüşlerinin daha hâkim olabileceği bir meşruluk ortamı yaratabilir. Grup teorisinden hareket eden yazarların görüşleri, siyasî gerçekliği ve toplumdaki çıkarlar arası çatışmaların dinamiğini yansıtmaları bakımından bir değer ifade etmekle birlikte, temel hak ve hürriyetlerin kaderini grup davranışına terk etmeleri nedeniyle bir üst ilke getirme becerisinden yoksundurlar.

Kamu yararını ortak yarar olarak anlayan görüşler kendi içinde çeşitlilik gösterir. Bir uçta adeta bir mite dönüştürülmüş Rousseaucu genel iradeye

dayandırılarak meşrulaştırılan kamu yararı anlayışı diğer yanda ise ortak yararı asgari bir çerçevede ele alan Norman Barry'nin yaklaşımı durur. Rousseau-cu kamu yararı anlayışı genel iradeye verdiği ilahî üstünlük ile bireysel yararı yok sayan bir anlayışa temel oluşturduğu için aslında üstünlük teorilerine hatta tekçi yaklaşıma yakın bir duruşu temsil eder.

Pareto optimali temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından açılım getirebilecek bir yaklaşımdır ama yukarıda da değindiğimiz gibi hiç kimse-nin refahında eksilme olmadan bir refah artışının yaratılması hemen hemen imkânsızdır. Refah kayıplarının tazminatla giderilmesi yine temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından katkıda bulunabilecek bir görüştür. Kamulaştırılan malın karşılığı olarak piyasa değerinin mülkiyet hakkı sahibine verilmesi örneğinde olduğu gibi kabul edilebilir bir durumun oluşturulmasına katkıda bulunabilir. Ancak bu yaklaşım parasal değere çevrilemeyen konularda, örneğin ifadenin kamu yararı yasaklanması durumunda bir telafi edici mekanizma oluşturamaz. Örneğin bir kişiye belli ifadeleri açıklamaması karşılığında bir tazminat vermek ifade özgürlüğünü telafi etmez.

Kamu yararı kavramının içeriğinin temel hak ve özgürlüklerle en uyumlu olduğu yaklaşım tarzı asgari ortak yarar teorileridir. Brian Barry ve Norman Barry tarafından savunulan kamu yararı ancak, bireylerin başka şekilde elde edemeyecekleri ve onların bireysel çıkarlarına zarar vermeyen paylaşılmış topluluk çıkarları olarak tanımlandığında temel hak ve özgürlüklere zarar vermeyen bir yaklaşıma ulaşılabilir. Barry'e ayrıca anayasalar ve hukuk devleti ilkesi ile kamusal eylemleri meşrulaştıran kuralların oluşturulduğu bir prosedürel demokrasinin yaratılmasının da bireylerin haklarının güvence altına alınması bakımından önem taşıdığını vurgular. Diğer bir deyişle, asgari kamu yararı tanımı tek başına yeterli olmayıp oluşturulacak asgari çerçevenin bireylerin hak ve özgürlükleri üzerindeki etkisi prosedürel demokrasi ilke ve kuralları ile her örnek olayda test edilebilmelidir. Günümüz insan hakları uygulaması, Barry'nin görüşlerine paralel bir şekilde, temel hak ve özgürlükleri bir sınırlama nedeni olan kamu yararının içeriğini soyut ve olaydan bağımsız bir şekilde belirlenmesi anlayışından uzaklaşmakta, orantılılık ya da ölçülülük, gerekli olma, hukuk devleti ilkelerine uyum gibi prosedürel ve olay bazında değerlendirme ve testlerin yapılmasına elverişli bir muhakeme tarzını esas almaktadır.