

Kamu Yararı ve Bir Araç Olarak Hukuk Devleti^(*)

Public Interest and the Rule of Law as its Instrument

Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ^(**)

Öz

Gerçek ya da mit olarak değerlendirilsin, hukuk devletini yine gerçek ya da bir mit olarak kamu yararının bir aracı olarak ele almak mümkündür. Bu iddianın ispatına kavramların İngiltere ve Kıta Avrupası'nda edindikleri anlamları birbirinden ayırt edilerek başlanabilir. Benzer anlamları ifade etmek için kullanılan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları yine benzer anlamları ifade etmek için kullanılan ortak çıkar ve kamu yararı kavramlarına atıf yapar. Bu çalışma, hukukun üstünlüğünü ortak çıkarın, hukuk devletini ise kamu yararının hukuki ve politik formülasyonları olarak ele almayı önermektedir. Böyle bir iddia da devletin ekonomi ile ilişkisini irdelemeyi zorunlu kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kamu Yararı, Ortak Çıkar, Hukuk Devleti, Hukukun Üstünlüğü.

Abstract

Whether considered a reality or a myth, it is possible to consider the *Rechtsstaat* as an instrument of public interest as fact or a myth. The proof of this claim can be revealed by distinguishing the meanings of the concepts they acquired in England and the Continental Europe. The concepts of rule of law and *Rechtsstaat*, which are used to express similar meanings, refer, at the same time, to the notions of common interest and public interest. This study proposes, in legally and politically formulated forms, to consider the rule of law as the common interest and *Rechtsstaat* as the public interest. Such a claim necessitates the examination of the state's relationship with economy.

Keywords

Public Interest, Common Interest, Rechtsstaat, The Rule of Law.

^(*) Araştırma Makalesi.
Makale gönderim tarihi: 29.03.2023, Makale kabul tarihi: 12.04.2019.

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksekokulu / Ankara - Türkiye,
E-posta: kilic@cankaya.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1957-0447>.

GİRİŞ

Hukuksal bakışın yanlışlarını göze alarak devlet modellerini birbirinden ayırmaya yönelik her teşebbüs öncelikle iki kavramın merkezi rolünü kabul etmek zorunda kalacaktır: Her ikisi de temsil ettiği hukuk düzenini yeniden üretip meşrulaştıran bu iki kavram, “kamu yararı” ve “hukuk devleti”nden başkası değil ve her ikisi de merkezi rolünü egemenlikle olan ilişkisine borçlu. Kavramların soy kütüğü 18 ve 19. yüzyılları gösterse de kapitalist üretim ilişkilerinin iradesini yansıttıkları ölçüde ortak bir geçmişin mirasını taşıyor, bununla birlikte kendini uyarlayabileceği her hukuk düzeni içerisinde belki de tam olarak hiçbir zaman gerçekleştirilemeyecekleri yeni yeni vaatlerle karşımıza çıkıyor. Bu çalışma hukuk alanıyla sınırlayamayacağımız kamu yararı ideolojisinin buna tekabül eden bir hukuk devleti ilkesi gerektirdiğini ve hukuk devleti ilkesinin sadece bir hedef olarak değil, aynı zamanda kamu yararı için bir araç olarak işlev üstlendiğini göstermeye çalışıyor.

Daha ilk adımda üstesinden gelinmek zorunda olunan bir sorunun, aslında kanıtın bizzat kendisini işaret ettiğini belirtmekle yetineceğim: “Kamu yararı” ve “hukuk devleti” yerine kullanılan bir dizi kavram ve bu kavramların çeşitli dillerde ifade edilmiş şekilleri. “Hukukun üstünlüğü” ve Kıta Avrupası dillerinde, devleti merkeze koyan “hukuk devleti”; bunun yanı sıra taraflar arası ilişkiye vurgu yapan “ortak çıkar” ile tarafların üstündeki bir failin iradesini yansıtan “kamu yararı” ya da “genel yarar” gibi. Bunu bir sorun olarak görmek yanında kavramların ideolojik yapısını ele veren bir özellik olarak da değerlendirmek mümkündür. Ve bu kullanımlar kavramların peçesini kaldırmak kadar kapitalist üretim ilişkilerindeki birbirlerini bütünlükten parçalar olarak onları kavramayı da mümkün kılıyor.

HUKUK TOPLUMU, HUKUK DEVLETİ

Marksist yazında meta mübadelesi okulunun en önemli temsilcilerinden Pasukanis’in gerekli ve fakat eksik bulduğum bir tespitten başlayarak konuya gireceğim. Pasukanis, hukuk düzeninin varlık amacının, meta dolaşımından başka bir şey olmadığını dile getiriyor.¹ Ama eğer gerçekten kapitalist üretim ilişkilerinin çözümlenmesi yoluyla bir hukuk teorisi geliştirmek isteniyorsa, neden artı-değer üretimi değil de meta dolaşımı hukuk düzeninin varlık amacı olarak ele alınsın? Tabii eğer artı-değer üretimi tamamıyla yerindelik alanı içerisinde değerlendirilmiyorsa. Marx’ın da belirttiği gibi “*Kapitalist üretimde, sorun, ... üretim amacıyla yatırılmış bulunan sermaye karşılığında, aynı büyüklük-*

¹ Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, çev. Onur Karahanoğulları, Ankara, Birikim Yayınları, 2002, s. 99.

te herhangi diğer bir sermaye kadar, ya da hangi üretim dalında kullanılırsa kullanılırsın, kendi büyüklüğü ile pro rata bir artı-değer ya da kâr gerçekleştirilmesi sorunudur.”² Ve artı-değer meta dolaşımında yaratılamaz, meta dolaşımı eşdeğer şeylerin değişimi demektir.³ Kapitalist üretimde amaç artı-değer üretmektir.⁴ “Artı-değer üretimi, bu üretim tarzının mutlak yasasıdır.”⁵

Pasukanis, şu iddiayı da dile getiriyor. “Hukuksal kategoriler, görünüşteki evrenselliklerinde, belirlenmiş tarihsel öznenin, belirlenmiş yönünü dile getirirler: burjuva toplumunun meta üretimi.”⁶ Hukuk düzeninin varlık amacının “meta dolaşımı” olduğunu ileri sürüp hukuksal kategorileri “meta üretimi” ile dolaşım arasındaki çelişkiyi irdelemeyi bir tarafa bırakacak olsak bile şunu söylemek gerekir ki, “Kapitalist üretim, yalnızca meta üretimi değil, esas olarak artı-değer üretimidir.”⁷ Sadece meta üretimi, sermaye birikimini sağlamaz. Sermaye birikimi meta üretimi ile değil artı-değer ile tanımlanır: “Artı-değerin sermaye olarak kullanılmasına ve tekrar sermayeye dönüştürülmesine, sermaye birikimi denir”⁸ ve kapitalist sistem ve buna koşut hukuk düzeni, sermaye birikiminden, sermayenin merkezileşmesinden ve yoğunlaşmasından ayrı düşünülmemeyeceği gibi sermayenin dolaşımındaki evreler olan, Pasukanis’in de dile getirdiği meta dolaşımı ve meta üretimine de indirgenemez. Yine eğer sermaye birikimi tamamıyla yerindelik alanı içerisinde değerlendirilmiyorsa.

Meta mübadelesini yalıtık biçimde, yani alıcı ile satıcıyı ve bunun gibi iş sözleşmesinin tarafları olan tek bir kapitalist ile emek-gücü meta olan tek bir işçiyi mübadele ilişkisinde ele aldığımızda, “özgürlük, eşitlik, mülkiyet ve Bentham”⁹ a ulaşırız. Ancak, “... kapitalist sınıf ile emekçi sınıfını, yalıtık üretim hareketleri değil, kapitalist üretimi kendi sürekli yenilenmeleri ve toplumsal boyutları içerisinde ele aldığımız zaman, konu, bambaşka bir görünüş kazanır.”⁹ Marx’ın daha açık ifadesi ile, “Kapitalist üretimi, sürekli yenilenmesi ve

² Karl Marx, *Kapital*, C. III, çev. Alaattin Bilgi, 3. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1997, s. 174.

³ Bkz. Karl Marx, *Kapital*, C. I, çev. Alaattin Bilgi, 5. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1997, s. 161, 166 ve 168.

⁴ Marx, K., Age., s. 188, s. 227.

⁵ Marx, K., Age., s. 590, “... sermayenin tek bir yaşam dürtüsü vardır, değer ve artı değer yaratmak,” Age., s. 230. “... artı-değer üretimi, ya da artı emeğin sızdırılması ... kapitalist üretimin özgül amacı ve varoluş nedenidir” Age., s. 289. “... sermayenin yaşam süreci, yalnızca değer, devamlı olarak genişlemesi, devamlı olarak kendisini çoğaltması hareketinden ibarettir.” Age., s. 301. “... Kapitalist üretimin başlıca amacı ve yönlendirme dürtüsü, elden geldiğince fazla artı-değer sızdırmak, dolaşımıyla emek gücünü olanaklı olan en geniş ölçüde sömürmektir.” Age., s. 321.

⁶ Pasukanis, E. B., Age., s. 67.

⁷ Marx, K., *Kapital*, C. I, s. 484.

⁸ Age., s. 553.

⁹ Age., s. 546.

kesintisiz akımı içinde ele alır, tek kapitalist ve tek işçi yerine bunların bütünlüğü içerisinde kapitalist sınıf ve işçi sınıfının karşı karşıya bulunması şeklinde düşünürsek, durum, kuşkusuz farklı görünecektir. Ama böyle yaptığımız takdirde, meta üretimine büsbütün yabancı bir ölçüt uygulamış oluruz.”¹⁰ Bu ölçüt daha ziyade politik ve özellikle sınıf mücadelesi ölçütü olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla hukuk düzeninin ve hukuksal kategorilerin meta üretimi ve mübadeleye ilişkin ölçütlerle ele alınması ile sermaye birikimine ilişkin ölçütlerle ele alınması arasında önemli farklar olacaktır. İşte makalenin irdelemeye çalıştığı sorunun, temelleri itibarıyla sözü edilen ayrımlarla anlaşılabilceğini belirtmek isterim.

Pasukanis, hukuk düzeninin varlık amacı olarak meta dolaşımını işaret edip, hukuksal kategorileri meta üretimi ile dolaylı olarak kendisinin en fazla “ortak çıkarı” açıklayabileceğini ileri süreceğim, “kamu yararı”nı değil. Ya da “hukukun üstünlüğü”nü, “hukuk devleti”ni değil. Hukukun üstünlüğünde hukuk dışı bir devlet önvarsayımı bulunmaz, çünkü asıl itibarıyla pazarın ya da meta dolaşımının teorisi budur. “Alım ve satım işleri, tek tek bireyler arasında yürütülmesi için, bütün toplumsal sınıflar arasındaki ilişkileri burada aramak doğru olmaz.”¹¹ Ama hukukun toplumsal sınıflar arasındaki ilişkilerde de bir anlamı olmalı. Bu iki bakışı yani meta mübadelesi ve sermayenin yeniden üretimi bakışları arasında, hukuka dair oluşan farklı görünümü Marx’ın işgünü süresini irdelediği satırlarda tespit edelim:

“... çok esnek sınırları olmasından başka, meta değişiminin kendisi de, ne işgünü için, ne de artı-değer için sınır tanıyor. Kapitalist, alıcı kişiliği içinde işgünü olanaklı olduğu kadar uzatmaya, ve elinden gelse bir işgününden iki işgünü çıkartmaya çabalama hakkını kendisinde görmektedir. Buna karşılık, satılmış olan metanın özel niteliği, onu satın alanın tüketme isteğine bir sınır konulmasını gerektirmekte ve işçi, işgününün belirli normal bir süreye indirilmesini isterken, satıcı olmaktan gelen hakkını kullanmaktadır. Öyleyse burada bir karşılık, her ikisi de değişim yasasının damgasını taşıyan iki hak arasında bir çatışma vardır. Eşit haklar arasında son sözü kuvvet söyler. Ve bunun için de, kapitalist üretim tarihinde, bir işgününün belirlenmesi sürüp giden bir savaşımın kolektif sermaye, yani kapitalist sınıf ile kolektif emek, yani işçi sınıfı arasındaki savaşımın bir sonucu olarak kendisini gösterir.”¹²

¹⁰ Age., s. 560.

¹¹ Age., s. 560.

¹² Age., s. 232.

Burada Marx, ilkin alıcı ve satıcıyı karşı karşıya getirirken çıkar çatışması ve eşit haklara vurgu yapar. Ancak ikinci durumda işgünü için işçi sınıfı ile kapitalist sınıfı karşı karşıya getirir. İlkinde devletin rolü eşit haklar arasındaki çatışmaya refakat etmek iken ikinci durumda devlet çatışmanın içerisinde yer alır. Wood'un söylediği gibi siyasi zor sermaye birikimi ve emek sömürsünün devamlılığı için gereklidir.¹³ Kimi durumda devlet, sermaye birikimi ve emek sömürsünün devamlılığı için işçi sınıfından taraf da olabilir. Ve devlet kamu yararı adına müdahildir. Her iki düzeyin bir arada bulunduğunu belirlemek aslında hukukun üstünlüğü ile hukuk devletinin zaman zaman benzer sorulara benzer yanıtlar verdiğini de dile getirmek anlamına gelir ve tamamen birbirinden farklı kavramlar olarak onları ele almayı da imkansız kılar.

Pasukanis'in söylediği gibi "... borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin, devletin borcun ödenmesini güvence altına alan cebri düzeni tarafından yaratıldığını söyleyemeyiz. Nesnel olarak var olan bu düzen söz konusu ilişkiyi güvenceye alır, korur, fakat hiçbir şekilde yaratmaz."¹⁴ Düzenliliği ve sürekliliğiyle bu ilişkileri güvence altına alan ve koruyan bilinçli olarak örgütlenmiş özel bir düzen olarak devletin görünüşü meta mübadelesinden çıkarsanır ve hukukun üstünlüğü kurumsallaştırılır. Ancak kolektif sermaye ile kolektif emek yani kapitalist sınıf ile işçi sınıfı arasındaki ilişkide devletin rolü bundan başkadır.

Pasukanis'in devleti, devletin kısmi bir görüntüsünü sunar ve Marx'ın meta fetişizmi açıklamasının tutarlı bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Dayandığı mübadele ilişkisi ise her üretim biçiminde farklı anlamlar taşıyacaktır:

"... Tek tek her değişim hareketinde, değişim yasalarına uyulduğu sürece, meta üretimine tekabül eden mülkiyet hakkında bir değişiklik yapılmaksızın, ürüne el koyma biçimi tamamıyla değiştirilebilir. Bu aynı haklar, ürünün üreticiye ait olduğu ve üreticinin sahip olduğu eşdeğeri, eşdeğeri ile değiştirerek ancak kendi emeği ile zenginliğini artırabildiği başlangıç döneminde olduğu kadar, toplumsal servetin, gittikçe artan ölçüde, başkalarının karşılığı ödenmeyen emeklerine durmaksızın ve her an yeniden el koyabilecek durumda olan kimselerin malı haline geldiği kapitalist dönemde de yürürlüktedir... Meta üretimi, kendisine özgü yasalarıyla uygunluk içerisinde, kapitalist üretim haline geldiği ölçüde, meta üretimi ile ilgili mülkiyet yasaları da, kapitalist el koyma yasalarına dönüşür."¹⁵

¹³ Ellen M. Wood, *Kapitalizm Demokrasiye Karşı: Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması*, çev. Şahin Artan, İstanbul, Yordam Kitap, 2008, s. 45.

¹⁴ Pasukanis, E.B., Age., s. 87.

¹⁵ Marx, K., *Kapital*, C. I, s. 560-1.

Dolayısıyla meta mübadelesinden çıkarsanan ilkeler, “özgürlük, eşitlik, mülkiyet ve Bentham” evrenselleştirilebilir. Pasukanis’in hukuksal biçimi, kapitalist olsun ya da olmasın yürürlüktedir, eşit değişimi ifade ettiği gibi el koymayı da içerebilir. Kapitalist sistemde hukuk düzenini sadece meta mübadelesi ile değil sermayenin yeniden üretimi çerçevesinde de anlamlandırmak zorundayız. Bu anlamlandırma girişimi bu çalışmanın esas konusunu oluşturan kamu yararı ve hukuk devleti kavramlarına zorunlu bir bakışı içerir.

ORTAK ÇIKAR VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Fransız Danıştay’ının hazırladığı bir raporda, 18. yüzyılda dini ve ahlaki anlamlarla yüklü “ortak fayda” (*bien commun, common good*) nosyonunun yerini alan kamu yararına dair iki anlayış ele alınmaktadır: Faydacı imgelerle yüklü “ortak çıkar” (*l’intérêt commun, common interest*) yalnızca, ekonomik aktörlerin yararlarının takibinden kendiliğinden çıkarılan belirli çıkarların toplamını görür. Rapora göre bu anlayış kamu iktidarınca düzenlemeye ve müdahaleye çok az yer bırakmasının yanında ilke olarak devlete güvensizliği de yansıtır. Rapor, bu konuda açık olarak İngiliz anlayışını ele alıyor. Oysa Fransız anlayışının iradeyi esas aldığı belirten rapor, bu kamu yararının ekonomik çıkarların geçici ve rastgele bir kombinasyonuyla tatmin olamayacağını dile getiriyor. Belirli menfaatlerin ötesine geçmeyi gerektiren bu kamu yararı, her şeyden önce, devlete dayatılan amaçların peşinden gitme görevini veren genel iradenin ifadesidir.¹⁶ Fransız hukukçu Chevallier ise Fransız devletini İngiliz olandan farklılaştıran niteliklerden sosyal özerkliğin bir boyutu olan sembolik özerklik sayesinde devletin, özel alanda baskın bireysel çıkarları aşan kamu yararının (general interest) cisimleşmiş hali olarak kendini sunduğunu ifade eder. Chevallier, kamu yararı ideolojisinin, kamu görevlileri kadar yurttaşların nazarında kamusal alanın benzersizliğine olan inancı sürdürme işlevini üstlendiğini ve bu sayede devletin, bireysel kimliklerin, hizipçi bencilliğin üstesinden gelerek toplumu bütünleştirme amaçlı örgütleyici bir ilke olarak temellendirildiğini belirtir. Gerçekten de bu kamu yararı ideolojisi sivil topluma güvensizliğin ifadesidir ve toplumun işleyişi ve sürdürülebilirliği konusunda devlete önemli rol atfeder.

Bu düşüncelerin temellendirilmesindeki kilit kavramların devletin özerkliği sorunundan kaynaklandığı hemen farkedilecektir. Chevallier, devletin özerkliğinin pekiştirilmesi için İngiliz anlayışından farklı olarak, devletin hukuksal olarak gelenek hukukundan özgürleşmesi gerektiğini vurgular. Fransa’da devletin bu

¹⁶ Conseil d’État, *Réflexions sur l’intérêt général* - Rapport Public 1999, Paris, 1999. <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>, Erişim Tarihi: 10.10.2020.

özel statüsü İngiliz “rule of law” anlayışına bağlı kalınarak elde edilemezdi. Ve yine gelenek hukukundan farklı kuralların devlet aygıtına uygulanması gerekmekteydi. Ona göre müdahalecilik geleneğinin gösterdiği gibi Fransa’daki devlet, sosyal üstünlük avantajına sahipti. Chevallier, mutlakiyetçi rejim altında bile, devletin sosyal, kültürel ve ekonomik olanlar da dahil geniş ve çeşitlendirilmiş işlevlerinden bahsederek bu müdahaleciliğin, 19. yüzyılda da zayıflamadığını vurgular: “Bireyin önceliği ve doğal bir düzenin faydalarına olan inançla gerektirilen, devlet üzerinde sıkı kontrolleri savunan liberal söyleme karşın, devlet daha geniş işlevler üstlenmeye devam etti.”¹⁷ Ancak Onun saydığı ve sosyal özerkliğin boyutlarını oluşturan organik, yasal ve sembolik özerklik, müdahaleciliğin araçları olarak alındığında Fransa’daki devletin özgünlüğünün parıltısı siliniverir ve bunu görmek için atları arabanın önüne koymak yeterlidir. Chevallier’in eksiği devletin özerkliği ile müdahalecilik geleneği arasındaki ilişkiye gereğince önem vermemektir sanırım.¹⁸

Fransız Danıştay’ın sözünü ettiği faydacı imgelerle yüklü ve bireysel çıkarların realize edilmesinin ortaya çıkardığı toplamı ifade eden ortak çıkarla Chevallier’in Fransa’da devletin özerkleşmek için araya mesafe koymak zorunda olduğunu dile getirdiği gelenek hukuku ve “rule of law” arasında bir ilişki var. Benzer ilişkiyi Fransız “kamu yararı” anlayışıyla genel olarak Kıta Avrupası’nın hukuk devleti anlayışı arasında da gözlemlemek mümkün. Bu iddiayı sorgulamak için “rule of law” formülasyonunun sorumlularından İngiliz Hukukçu Dicey’yi mercek altına almayı yararlı buluyorum.

Gerçekten “rule of law”ın tanımlanmasında Dicey, Fransız Danıştay’ın ortak çıkarı tanımladığını ifade ettiği faydacılık ve bireysel çıkarları vurgular ve burada, “common-law” ve daha açıkça aşağıdan yukarıya bireysel hakların tesisi, önemli bir unsur olarak belirir.¹⁹ Hukukun üstünlüğünün temellendirilmesinde kendisinin benimsediği, kaynağı liberalizm olan laissez faire bireyciliğini görmek şartıdır.²⁰ Dicey’nin hukukun üstünlüğü anlayışının temelinde İngiliz anayasası altında bireylerin haklarına verilen güvenlik fikri yatar ve bu anlayışın birbirleriyle ilintili üç farklı anlamı vardır: İlki hukukla yönetim. Hü-

¹⁷ Jacques Chevallier, “Public Administration in Statist France”, *Public Administration Review*, C. 56, No: 1, 1996, s. 67, ss. 67-74. doi: 10.2307/3110056.

¹⁸ Fransız Danıştay’ı ve Chevallier’in bu konudaki görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. İlker Kılıç, “Kamu Yararı; Fetişizm ve İdeoloji”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Nisan 2021, ss. 271-306.

¹⁹ Bkz. Dylan Lino, “The Rule of Law and the Rule of Empire: Albert Venn Dicey in Imperial Context”, *Modern Law Review*, Vol. 81, Issue 5, Eylül 2018, s. 741, ss. 739-764.

²⁰ Bkz. Lino, D., Age. ve Bernard J. Hibbits, “The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law.” *Anglo-American Law Review*, Vol. 23, No. 1, January-March 1994, pp. 1-31.

kümet faaliyetlerinin, sınırsız ve keyfi güç yoluyla değil, yasal olarak oluşturulmuş prosedürler ve normlara göre yürütülmesi, ikincisi her insan statüsü ne olursa olsun, ülkenin olağan hukukuna ve olağan mahkemelerin yargı yetkisine tabidir ki bu biçimsel eşitliği vazeder. Üçüncüsü gelenek hukukunun aşağıdan yukarı geliştirilmesiyle tesis edilen bireysel haklar.²¹ B.J. Hibbits, Dicey'nin geliştirdiği hukukun üstünlüğü açıklamasına, kaçınılmaz olarak, Onun temel bireyciliğinin kabul edilmesiyle başlanmalıdır demektir.²²

Gerçekten de Dicey şunu açıkça ifade eder, “*Bir ulus ya da Devlet, istediğiniz gibi gizleyin, eşit olmayan yeteneklere ve gerçekte eşit olmayan koşullara sahip birçok bireysel benlik anlamına gelir ve bu benliklerin her biri yalnızca değil, öncelikle kendi benliğini düşünür - ya da daha doğrusu düşünmek zorundadır.*”²³ Jennings, hukukun üstünlüğü üzerine yazarken Dicey'in farkında olmadan bireyciliğin ilkelerini öne sürdüğünü iddia etmiştir.²⁴ Ancak, devletin meşruluğunun liberal yazında bile birey ve birey özgürlükleriyle açıklanamayacağını ileri süreceğim. Ya bireylerin ilişkileriyle, ki birey de ilişkisel bir nosyondur, açıklanmalıdır ya da onların ilişkiselliğini vurgulayan bir özgürlük tanımıyla. Robinson Crusoe ıssız adasında birey değildir, monad olarak insan da hukukun konusu olamaz. Hukukun öznesi olan kişi pazardaki mübadele ilişkisinden çıkarsanan bir kavramdır. O ilişkiselliğin ya da özgürlük tanımının içeriğinde devlet vardır: “Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir” ve özgürlükler arasındaki sınırın koruyucusu olarak devlet liberal düşünceye içkindir. Marx'ın dediği gibi, liberal devlet insan ile insanın özgürlüğü arasında aracıdır.

Dicey'nin bireycilik anlayışının tabii sonucu, Mandeville, Helvetius, Holbach, Hume ve en sonu Adam Smith ve Bentham'da olduğu gibi bireysel çıkarların takibiyle ortak çıkarın gerçekleşeceği düşüncesidir. Hibbits'in söyledikleri açıklayıcıdır: Dicey, Adam Smith gibi bireysel çıkarların realize edilmesiyle sosyal kolektivitinin ve ulusun iyiliğinin elde edileceğini düşünüyordu. Bireyin iyiliği nihai siyasal ve hukuksal değerdi.²⁵ Dicey, Bentham'ın faydacılık anlayışının geleneksel teamül hukuku kavramlarının ve tutumlarının açık bir sonucu olduğunu düşünüyordu.²⁶ Bentham'ın Dicey'nin idolü olduğu çok kez dile geti-

²¹ Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, s. 168-178.

²² Hibbits, B. J., *Age.*, s. 3.

²³ Albert Venn Dicey, *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Foundns, 2008, s. 393.

²⁴ W. Ivor Jennings, “In Praise of Dicey: 1885-1935”, *Journal of Public Administration*, V. 13, Issue 2, 1935, s. 128, ss. 123-134.

²⁵ Hibbits, B. J., *Age.*, s. 3.

²⁶ Bkz. *Age.*, s. 5-6.

rılmıştır.²⁷ Ve Dicey'in hukukun üstünlüğü nosyonu asıl olarak bireye değil "ortak çıkar"a dayandırılmalıdır.

Pasukanis'in hukuk düzeninin varlık amacı olarak gösterdiği meta dolaşımı, Dicey'nin role of law formülasyonunun ana kaynağıdır ve buradan Marx ile birlikte yol aldığımızda yine bireysel hakları, Bentham'ı ve ortak çıkarı karşımızda buluruz:

... bu alan, aslında insanın doğuştan varolan haklarının tam bir cenneti idi. Burada egemen olan yalnızca, Özgürlük, Eşitlik, Mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlüktür, çünkü metan, diyelim emek-gücünün hem alıcısı hem satıcısı yalnızca kendi serbest iradelerinin etkisi altındadır. Serbest taraflar olarak sözleşme yaparlar ve vardıkları anlaşma, ortak iradelerinin yasal ifadesinden başka bir şey değildir. Eşitliktir, çünkü birbirleriyle basit meta sahipleri olarak ilişki içerisine girerler ve eşdeğerleri eşdeğerle değiştirirler. Mülkiyettir, çünkü taraflar, kendi malı olan şeyler üzerinde tasarrufta bulunur. Ve Bentham'dır, çünkü her iki taraf da yalnız kendisini düşünür. Bunları bir araya getiren ve ilişki içerisine sokan tek güç, bencillik, kazanç ve özel kişisel çıkardır. Herkes yalnız kendini düşünür, kimse geri kalana kulak asmaz, ve böyle yaptıkları için de, şeylerin önceden düzenlenmiş uyumu gereği ya da kadiri mutlak ve takdiri ilahi ile hepsi de, herkesin mutluluğu ve yararı adına, kendi karşılıklı çıkarları adına elbirliği ile çalışırlar.²⁸

Kişisel çıkar ile ortak çıkar arasındaki ilişkiyi biraz daha açarsak: "*Öteki bireyin de aynı şekilde kendi kişisel çıkarlarını realize etmekte olduğu tanınmış ve kabul edilmiştir; öyle ki ikisi de ortak çıkarın yalnızca karşılıklılıkta, çok sayıda taraf arasındaki karşılıklılıkta ve tüm tarafların karşılıklı bağımsızlığında, karşılıklı kişisel çıkarların mübadelesinde olduğunu bilirler. Ortak çıkar, kişisel çıkarların genellemesinden başka bir şey değildir.*"²⁹

Marx, "*Bentham klasik bir İngiliz ürünüdür*" der. Marx'a ekleyelim: Dicey de klasik bir İngiliz ürünüdür. "Ortak çıkar"ın, serbest rekabet, egoizm, yararcılık, burjuva eşitlik ve özgürlük ile yüklü bu tanımı Bentham gibi "olsa olsa, ancak İngiltere'de imal edilebilirdi."³⁰ Yine ekleyelim: Rule of Law'un aynı yükü

²⁷ Age., s. 26.

²⁸ Marx, K., *Kapital*, C. I, s. 178-9. Ayrıca bkz. Karl Marx, Friedrich Engels, *Seçme Mektuplar 1844-1895*, çev. Alaattin Bilgi, İstanbul, Evrensel Basım Yayın, 1996, s. 145-149.

²⁹ Karl Marx, *Grundrisse, Ekonomi Politîğin Eleştirisi İçin Ön Çalışma*, çev. Sevan Nişanyan, İstanbul, Birikim Yayınları, 1999, s. 278.

³⁰ Bkz. Marx, K., *Kapital*, C. I, s. 581.

taşıyan tanımı Dicey gibi olsa olsa yine İngiltere’de imal edilebilirdi. Bunda İngiltere’nin ilk modernleşme pratiklerini barındırması, meta dolaşımı ve pazar etkinliği gibi burjuva toplum koşullarının Avrupa’nın diğer bölgelerinden önce burada gelişmesinin etkisi vardır.³¹ İngiltere’de devletin “sivil toplum”un kapitalist dönüşümüne sadece nezaret ettiği iddia edilmiştir.³² Schanapper, özgür ve eşit yurttaşların topluluğu olarak ulus fikrinin İngiltere’de gelişirken devletin bunda ancak sınırlı bir etkisi bulunduğunu ileri sürmüştür.³³ Mooers’e göre, İngiliz Devrimi kapitalist toplumun yolunu açmaktan ziyade kapitalist gelişmenin ardından meydana gelmiştir: Devrimden önce burjuvazi, bir dizi yarı bağımsız siyasal kurum ve monarşiden büyük oranda bağımsız bir ekonomik kimlik oluşturmuştu.³⁴ Wood ise, “Devletin ve devlet görevliliğinin bir sömürü kaynağı olarak kullanılması son derece talidir. Bu iktisadi ilişkilerin doğal siyasi sonucu mal mülk edinmenin ‘iktisadi’ işlevinin, yönetimin ‘siyasi’ ve askeri işlevlerinden ayrılmıydı, bu devletin sivil topluma nazaran ikincil konumda olmasına yol açıyordu”³⁵ tespitinde bulunur. Bunlardan dolayı bu geleneğe dayalı siyasal düşünce, bireyin siyasal örgütlenmeden önceliğini vurgular ve İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi ulusun devletten önce oluşumunu göz önüne alarak devleti toplumu oluşturmada ihmal etme eğilimi taşır.³⁶ İngiliz hukuk devleti kaynağını mübadele ilişkilerinde bulan bireysel özgürlüklere atf yaparken, Alman geleneği kolektif kapitalist olarak devletin keyfiliğinin önlenmesine atf yapar. Ortak çıkarı da ortaya koyacak bireylerin kişisel çıkarlarını realize etme peşinden serbestçe koşmalarının esas alındığı bu pazar etkinliğinde, “Devletin gerekliliği, yansız ve nesnel bir yasa olarak ortaya çıkar. Bu durumda, devlet o denli özden yoksundur ki, o kadar, gerçek özneler, yani meta sahipleri arasındaki ilişkilerin soyut güvencesi haline gelmiştir ki devletin bir özne

³¹ Zygmunt Bauman, *Özgürlük*, çev. Vasif Erenus, İstanbul, Sarmal Yayınevi, 1997, s. 58. “Anglo-Sakson döneminde krallar, toprak sahipleri ve kilise hiyerarşisi, birbirleriyle uyum içerisinde devleti kurma süreçlerinde ileri bir aşamaya gelmiş ve olağanüstü merkezi bir otorite yaratmışlardır. Bu süreçte birlikte bir tür ulusal kimlik doğmaktaydı: Önce Anglo-Sakson sonra İngiliz.” Ellen Meiksins Wood, *Yurttaşlardan Lordlara- Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, çev. Oya Köymen, İstanbul, Yordam Kitap, 2009, s. 184.

³² Colin Mooers, *Burjuva Avrupa’nın Kuruluşu*, çev. Bahadır Sina Şener, Ankara, Dost Kitabevi, 1997, s. 198.

³³ Bkz. Dominique Schnapper, *Yurttaşlar Cemaati, Modern Ulus Fikrine Dair*, çev. Özlem Okur, İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1995, s. 193.

³⁴ Mooers, C., s. 208-9. Ayrıca İngiltere’de kapitalist unsurların devrimden önce gelişmesi konusunda bkz. Barrington JR Moore, *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri, Çağdaş Dünyanın Yaratılmasında Soyulun ve Köylünün Rolü*, çev. Şirin Tekeli-Alâeddin Şenel, 2. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi, 2003, s. 29-70.

³⁵ Ellen Meiksins Wood, *Kapitalizmin Arkaik Kültürü, Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Tarihsel Bir Deneme*, çev. Oya Köymen, İstanbul, Yordam Kitap, 2007, s. 48.

³⁶ Schnapper, D., Age., s. 180.

olarak düşünülmesi neredeyse imkansızdır.³⁷ “Kişilerin değil hukukun yönetimi” klişesi maddi gerçekliğini burada kazanır. Bu açıdan Rule of Law bu sürece nezaret eder.

Dicey'nin bireyciliğinin varacağı nokta da “ortak çıkarın” aracı olarak hukukun üstünlüğüdür. En sınırlı amaçlar dışında hükümete ve üstten yasakoyucu iradeye yönelik şüphe ve isteksizlik onun hukukun üstünlüğü tarifinden ayrılmaz. Bu en sınırlı amaçlar da ortak çıkarı ortaya koyan bireylerin kendi çıkarları ve mutlulukları peşinde koşmalarının önündeki engellerin kaldırılması ve başkalarına zarar verilmesinin önlenmesinden başka bir şey değildir.³⁸ Onun hukukun üstünlüğü tanımı içerisinde devlete ve hükümete dair görüşü bireyci düşüncesinin ortak çıkar vasıtasıyla tamamlanması olarak görülebilir. Parlametonun sadece İngiliz görüşünü temsil etmesi gereği üzerinde durarak sivil toplum işleyişine yönelik müdahalelerine ve yine Chevallier'in aksine devlet müdahaleciliğine karşı çıkışı hukukun üstünlüğünün ayrılmaz parçasıdır.³⁹ Fransız idare hukukuna muhalefeti devletin ayrıcalığı ve bu ayrıcalığı korumaya yönelik özel kurullar ve olağan mahkemelerin yerine özel kurullar ve mahkemeler nedeniyle ve özünde devlet müdahaleciliğine karşıtlığı yatar. Hukukun üstünlüğü aslına bakılırsa “common law”un bireyci özü anlaşılmadan formüle edilemez. Bu anlamıyla hukukun üstünlüğü bu bireyci özü ve bireyci hukuka dayalı olağan mahkemelerin konumunu koruma işlevini görür.⁴⁰

Olağan yani toplumsal ilişkilerin kararlılık kazanmış iradesini yansıtan hukukun mutlak üstünlüğü onun rule of law tarifinin en önde gelen anlamıdır. Bu, keyfiliği, ayrıcalığı ve geniş takdir yetkisini dışarıda tutar. Devlet müdahaleciliğinin ve bunun gerekli koşulu olan Chevallier in sözünü ettiği devletin özerkliğinin bir görünümü olan ayrı bir idare hukukunun yerine, kanun önünde eşitlik veya olağan hukuk mahkemeleri tarafından idare edilen ülkenin olağan hukukuna tüm sınıfların eşit tabiiyeti anlamına gelir. Dicey'ye göre bu anlamda hukukun üstünlüğü, devlet memurlarının ve bizzat devletin muafiyeti fikrini dışlar. Ona göre, ‘idari hukuk’un temelinde yatan şey, hükümetin veya görevlilerinin ilgili olduğu işlerin veya anlaşmazlıkların hukuk mahkemelerinin kapsamı dışında olduğu ve özel ve az çok resmi organlar tarafından ele alınması gerektiğidir. Ve Rule of law bakımından ele alındığında Anayasa bireylerin haklarının kaynağı değil, sonucudur.⁴¹

³⁷ Pasukanis, E. B., Age., s. 170.

³⁸ bkz. Hibbitts, B. J., Age., s. 9-10.

³⁹ Age., s. 12.

⁴⁰ Age., s. 30.

⁴¹ Dicey, A. V., *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, s. 215-16.

Sanırım şuna dikkat etmek önemlidir: Bireysel haklar olsun hukuk ve mahkemelerin yargı yetkisi olsun devlet ve idareden önce oluşmuştur ve bunlara ilişkin gelenek devletten öncedir. Kendisinden daha önce oluşmuş hukuka göre yönetim, hukukun üstünlüğünün anlaşılması için önemlidir. Hukuk devleti, kendi koyduğu kanunlara göre yönetimi idealize eder. Devlet idaresine ve eylemlerine ilişkin gelenekten farklı norm ve kuralların uygulanması hukukun üstünlüğüne aykırıdır ama hukuk devletine değil. Pasukanis, dünya pazarında egemenliğini çok daha önce sağlayan ve ada ülkesi olma özelliği sayesinde kendini güvende hisseden İngiliz burjuvazisinin, “hukukun üstünlüğü”nü gerçekleştirmekte diğer burjuvazilerden daha ileri gittiğini ileri sürerken Dicey’nin idare hukukuna karşıtlığının bir açıklamasını sunar gibidir: *“İktidarı kullananların rollerini yani nesnel bir kuralı cisimleştirme rollerini aşmamaları için en etkili güvence, devlet iktidarı ile tekil özneler arasındaki ilişkilerde hukuksallık ilkesinin en sistemli gelişimi, devlet organlarının bağımsız (fakat elbette burjuvaziden bağımsız olmayan) bir mahkemenin yargı yetkisine tabi olmasıyla sağlanmıştır. Anglo-sakson sistemi, burjuva sisteminin bir çeşit kutsanmasıdır.”*⁴²

Hukukun üstünlüğü, insan ilişkilerinin, mübadele ilişkisinden türetilmiş meta biçiminin çözümlenmesiyle ortaya konan, hukuksal özneler arası ilişkiler olarak kurulduğunu varsayar. Bu bakış açısından toplum sınırsız sayıda hukuksal ilişkiler toplamı olarak görülür. Bu toplamın korunması kamu gücünün keyfilikten uzaklaştırılması ile mümkündür. Bunun için de usuli ve şekli güvencelere dayanılmaktadır. Yine Pasukanis’in dediği gibi, *“İnsan ilişkileri özneler arası ilişkiler olarak kurulduğu anda, hukuksal üst yapının gelişim koşulları da yasaları, mahkemeleri, davaları, avukatları vb. ile ortaya çıkarılır.”*⁴³ Hukukun üstünlüğü formülasyonunun da gerçekten de mahkemeler ve yargıçların ayrıcalıklı bir rolü vardır. Hukukun üstünlüğü esas itibarıyla özel hukukun temel niteliklerini yansıtır. Mübadele ve sözleşmenin temel varsayımları hukukun üstünlüğünde içerilir: Güven, istikrar, öngörülebilirlik, rıza, özgür irade, eşitlik. Gelişmiş bir kapitalist toplumun sınırsız sayıda hukuksal ilişkisini varsayar hukukun üstünlüğü. Dicey, Marx’ın tanımıyla sermayenin cümbüş yaptığı dönemde yaşadığı ve devletin sesinin baskın olduğu durumlarda rol of law’un bu formülasyonu apaçık zorluklarla karşılaşacaktır

KAMU YARARI VE HUKUK DEVLETİ

Hukukun üstünlüğü için mübadele toplumunda tek tek bireyler arası ilişki ve bu ilişkiyi siyasal düzeye çıkaran ortak çıkar düşüncesi nasıl bir temel oluşturuyorsa “hukuk devleti” için de “kamu yararı” düşüncesi bir temel oluşturacaktır

⁴² Pasukanis, E. B., Age., s. 154.

⁴³ Age., s. 35.

tır. Bunun en açık kanıtlarının Engels'in devlet tanımından ve bununla ilintili toplam toplumsal sermaye kavrayışından çıkarabileceğimizi düşünüyorum: "... *Ve modern devlet de burjuva toplumun, kapitalist üretim biçiminin genel dış koşullarını, işçilerden olduğu denli tek tek kapitalistlerden de gelen saldırılara karşı korumak için kurduğu örgütten başka bir şey değildir. Modern devlet, biçimi ne olursa olsun, özel olarak kapitalist bir makinedir: kapitalistlerin devleti, ideal kolektif kapitalist*"⁴⁴ Kamu yararı düşüncesinin devletin ideal kolektif kapitalist olarak kavranmasıyla ve "hukuk devleti"nin bu kavrayışa dayanılmasıyla anlaşılabilirliğini ileri süreceğim.

Jessop'a göre tek tek kapitalistlerin çıkarlarıyla sermayenin genel çıkarları birbirinden farklıdır ve devletin rolü, belirli sermayelerin dar, ekonomik çıkarlarını desteklemek değil, piyasa güçlerinin uzun vadeli sermaye birikimini en üst seviyeye çıkarabileceği toplumsal koşulları sağlamaktır. Tekil sermayelerin değil toplam toplumsal sermayenin, aktüel değil uzun vadeli çıkarlarını gözetme işlevi siyasal ve hukuki araçlarını "kamu yararı" kavramında bulur. Devlet, "*sermayenin toplu çıkarlarıyla ilgili bir politik güçtür.*" diyor Jessop: Bu, devletin kamusal yararını temsil ettiği iddiasına inandırıcılık katar.⁴⁵

"Sermeye mantığı" ekolü yazarlarından Altvater de, kapitalist üretim biçiminin hareket yasalarının daima, bireysel sermayeyle değil, toplam toplumsal sermayeyle ilişkili olduğunu dile getirir.⁴⁶ Altvater, toplam sosyal sermayenin, çeşitli sermaye birimlerinin genel ve gerçek varlığı anlamında kolektif bir örgütlenme olduğunu belirterek sermaye birimlerinin ise toplam sermayenin mevcudiyetine ilişkin, ortalama sömürü koşulları, aynı artı-değer oranı, ortalama kâr oranları gibi koşulları ürettiğini ekler.⁴⁷ Yukarıda aktardığımız gibi Marx'a göre, kapitalist üretimde sorun, üretim amacıyla kullanılan sermaye karşılığında, aynı büyüklükte herhangi diğer bir sermaye kadar, ya da hangi üretim dalında kullanılırsa kullanılsın, kendi büyüklüğü ile *pro rata* bir artı-değer ya da kâr gerçekleştirilmesi sorunudur. Dolayısıyla en azından, metaları ortalama bir kâr sağlayacak fiyatlar üzerinden satmaktır. İşte bu biçimde sermaye, toplumsal bir güç olarak kendi bilincine varır ve her kapitalist, toplam toplumsal sermayedeki pa-

⁴⁴ Friedrich Engels, *Anti-Dühring*, çev. Kenan Somer, 3. baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1995, s. 398.

⁴⁵ Bob Jessop, *Devlet Teorisi, Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak*, çev. Ahmet Özcan, 2. baskı, Ankara, Epos Yayınları, 2016, s. 231-232.

⁴⁶ Elmar Altvater, "Notes on Some Problems of State Interventionism", çev. Peoples Translation Service, *Kapitalistate*, S. 1, 1973, ss. 96-108; S. 2, 1973, ss. 76-83. https://www.marxists.org/subject/economy/authors/altvater/1972/probsstate.htm#_edn8, Erişim Tarihi: 02.02.2019. Ayrıca bkz. İlker Kılıç, "İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi: Mübadele Mantığı, Sermaye Mantığı", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Nisan 2019, ss. 93-117.

⁴⁷ Altvater, E., "Notes on Some Problems of State Interventionism".

yı ile orantılı olarak bu güce katılır.⁴⁸ İdeal kolektif kapitalist olarak devlet, kapitalistleri değil toplam toplumsal sermayeyi baz aldığında kamu yararının gözeticisi olur. “Hukuk devleti” ilkesi, devletin toplam toplumsal sermayeyi gözetmesinin güvencesi olarak görülmelidir. Bireysel sermayenin desteklenmesi de kimi zaman toplam toplumsal sermayenin genişletilmesi açısından kamu yararı ile meşrulaştırılabilir. Yasa yapımından, idarenin bireysel ve düzenleyici işlemlerine, kamu hizmetlerinden kolluk yetkilerine her yerde bu toplam toplumsal sermayenin korunması, gözetilmesi ve büyütülmesi kamu yararı adı altında meşrulaştırılır. Daha doğrudan olarak da kamu yararının gözetilmesi hukuk devleti ilkesinin tabi bir sonucu olarak mahkeme içtihatlarında her zaman yerini alır.

Altwater’e göre toplumsal sermaye varlığının gerekli toplumsal koşullarını tikel sermayelerin eylemleriyle üretemeyeceğinden, sermayenin sınırlılıklarına tabi olmayıp, işlevsel olarak üretim fazlası oluşturma gereksiniminden etkilenmeyen, burjuva toplumunun “dışında ve üstünde” ve aynı zamanda sermayenin göz ardı ettiği mevcut ihtiyaçlarına cevap veren bir yapı olarak devlete ihtiyaç duyulacaktır.⁴⁹ Devlet burjuva toplumun “dışında ve üstünde” konumlanmazsa kendisini topluma tarafsız ve nesnel bir güç olarak ya da kamu yararı adına hareket eden bir organizasyon olarak kabullendiremeyecektir. Jessop, “... kapitalizmin piyasa güçlerinin çalışabileceği çeşitli koşulları güvence altına alabilecek olan ve rekabet halindeki ekonomik çıkar çatışmalarının dışında ve üzerinde duran bir tür *Rechtsstaat*’a ihtiyacı vardır”⁵⁰ derken serbest ticaret öğretisinin dışında bir kamu yararı ve hukuk devleti anlayışına vurgu yapar.

Altwater, kapitalist toplumda, sermaye birimlerinin gerçekleştiremediği devletin işlevlerinden söz ederken esas olarak dört alana vurgu yapar: Üretimin genel maddi koşullarının yaratılması, içinde hukuk öznelerinin ilişkilerinin ortaya çıktığı genel hukuk sisteminin tespiti ve korunması, ücretli emek ve sermaye arasındaki çatışmanın düzenlenmesi ve gerekirse işçi sınıfının politik olarak baskılanması ve dünya pazarında toplam toplumsal sermayenin güvencesi ve genişletilmesi. Devlet bu fonksiyonları, sermaye birimlerinden farklı ve değer yaratma zorunda olmadığından, kendisini kamu yararının gerçekleştiricisi olarak sunabildiği için ve o ölçüde yerine getirebilir.⁵¹ Burada “kamu yararı”, topluluğu oluşturan aktörlerin kararlılık kazanmış etkinlikleriyle değil, tıpkı “kamu düzeni” gibi, tasarım olarak ortaya konup o amaçla işlevler devlete yüklenecek-

⁴⁸ Marx, K., *Kapital*, C. III., s. 174.

⁴⁹ Altwater, E., “Notes on Some Problems of State Interventionism”.

⁵⁰ Jessop, B., *Devlet Teorisi*, s. 221.

⁵¹ Altwater, E., “Notes on Some Problems of State Interventionism”.

tir. İlkinde “ortak çıkarı” güvence altına alan hukukun üstünlüğü iken, ikincisinde devlet, “kamu yararı”nı güvencelemek için “hukuk devleti” sınırlamalarına rıza gözecektir. İlkinde devletin silik görüntüsü hukukun üstünlüğü ile formüle edilirken ikincisinde sermayenin yeniden üretiminde aktif ancak kapitalist üretim ilişkileri içerisinde sınırlandırılmış devlet, hukuk devleti ile kendini meşrulaştırır. Altvater, devletin ideal kolektif kapitalist kimliğiyle, toplumun varoluşunun temellerini sağlayarak tarihsel olarak mümkün olan, ayrı ayrı bir çıkarlar topluluğunun kurulmasını sağladığını öne sürdüğünde, İngiliz geleneği yerine, devleti toplumun varoluş koşullarında etkin kılan bir söylemi dillendirir.⁵² Nasıl ki Dicey, hukukun üstünlüğü formülasyonunda bireyci ortak çıkar düşüncesini dile getiriyorsa, ideal kolektif kapitalist olarak kavranan devlet de, “hukuk devleti”nin ardında yatan bu kamu yararı düşüncesini açıkça belli eder.⁵³ Hukukun üstünlüğü genel olarak demokratik toplum düzeni denilerek tanımlanan liberal çoğulcu, hoşgörülü toplumun tamamlayıcısıdır. Ama bunlar hukuk devletinin zorunlu unsuru değildir aslına bakıldığında. Hatta Rechtsstaat’ın belli bir düzeyde sosyal homojenlik gerektirdiği iddia edilmiştir.⁵⁴ Hukuk devletinin de kamu yararı gibi temel işlevleri arasında, toplumsal farklılıkları homojenleştirmek, yurttaş desteğini seferber etmek, birlik ve uyum duygusunu yaratmak, merkezkaç güçleri engellemek ve devletin merkezi konumunu güçlendirmeyi sayabiliriz. Hukuk devleti, kamu yararı gibi holistik bir epistemolojiye aittir.

HUKUK DEVLETİ VERDİĞİ SÖZÜ TUTABİLİR Mİ?

Kapitalist sömürü serbest meta mübadelesine dayalıdır artı-emeğin temel-lükünde doğrudan baskı kullanımını gerektirmez.⁵⁵ Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında ikincil, nötr bir siyasal yapı ve bireysel özgürlüklerin güvencesi kurumlar ve mahkemeler sistemi ile hukukun üstünlüğü karşımızda durur. Sermaye birikimi ise, yeniden-üretimi güvence altına almak için politik eylemi gerektirir.⁵⁶ Dolayısıyla devletin sermayenin ortak çıkarlarının gereği olarak, birincil, aktif ama yasayla sınırlandırılmış görünümüne ulaşırız. Jhering ve Jellinek’in temel sorunlarından birini oluşturan devletin kendi kendini sınırlamasının nede-nine ilişkin aranan yanıt da sanırım toplam toplumsal sermayeye ancak bu şe-

⁵² Altvater ve Jessop’un bu görüşleri için bkz. Kiliç, İ., “Kamu Yararı: Fetişizm ve Ideoloji”.

⁵³ Loughlin de Rechtsstaat’ın erken dönem kullanımlarına ilişkin bu doğrultudaki tespitleri için bkz. Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, çev. Dişşad Çiğdem Sever ve Kivilcim Turanlı, Ankara, Dipnot Yayınları, 2017, s. 271.

⁵⁴ Bkz. Hermann Heller, “Political Democracy and Social Homogeneity”, *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, edited by Arthur Jacobson and Bernhard Schlink, Berkeley, University of California Press, 2001, pp. 256-265, <https://doi.org/10.1525/9780520929685-025>.

⁵⁵ Jessop, B., *Age*, s., 159.

⁵⁶ *Age*, Aynı yerde.

kilde katkı verebileceği gerçeğinde saklıdır.⁵⁷ “*Outside and above bourgeois society*” yani burjuva toplumun dışında ve üstünde olma ona müdahale edebilmesinin koşulu olarak hukuk devletin gerekliliği arasındadır. Jessop’un da belirttiği gibi “*rasyonel-yasal yönetim sistemi, kitleleri yönetim araçlarının denetiminden ayırarak, onları bireyselleştirilmiş önelere dönüştürür. Bu bağlamda, hiç değilse bir ‘Rechtsstaat’ta hukuk düzenine göre hesap edilebilir, istikrarlı bir yönetim ve parlamento ile eklenmesi yoluyla da hukuku değiştirme araçları sağlar.*”⁵⁸ Rasyonel, dikkat edilsin doğal değil, bir ekonomik sistemi hukuk ve devlet gücünün artan rasyonelleşmesi yerinde tutar.⁵⁹ Hukuk devleti yasa yapar, hukukun üstünlüğü mahkemeye havale eder. Hukuk devleti aracı olduğu kamu yararı gibi politika yüklü bir kavramdır, hukukun üstünlüğü aracı olduğu ortak çıkar gibi sosyolojiye atıf yapar. Hukuk devleti idareyi esas alır, hukukun üstünlüğü “doğal ekonomi”yi. Hukuk devleti nesnel hukuktan yola çıkar, hukukun üstünlüğü öznel hukuktan. Öznel hukuk, burjuva toplumun üyesi bencil insanın, kendini özel çıkarını ve kendi iradesini düşünürken ortak çıkarı yaratan, toplumdaki kopuk bireyin tanımlayıcı özelliğidir. Nesnel hukuk, kendini siyasal devlet olarak hisseden ve kendisini oluşturan unsurlar karşısında evrenselliğini savunan bir bütünlük olarak kamu yararının temsilcisi burjuva devletin ifadesidir.⁶⁰ “Ortak çıkar” ve hukukun üstünlüğü hem toplumsal ilişkileri hem de devleti meşrulaştırırken, kamu yararı ve hukuk devleti toplumu ihmal eder. Ancak belirtelim ki bunların hiçbirisi diğerini dışlamaz, sermaye birikiminin meta mübadelesini dışlamaması gibi. Her yerde anlamlar birbirine karışır: Anlamları ayırtmaya çalışan Davit Melkonyan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını incelediği çalışmada şu sonuca varır: “*Bütün bir belirsizliğe rağmen, erkler ayrılığı, hukuk sisteminin meşruiyeti, demokratik geçiş süreçleri gibi devlet organizasyonuna ve siyasal rejimlere ilişkin konularda hukuk devleti kavramının; usule ilişkin güvenceler ve yasallık ilkesi gibi doğrudan hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda hukukun üstünlüğü kavramının tercih edildiği yönünde bir genelleme yapmak mümkündür.*”⁶¹

Normlar hiyerarşisine uyum, yasanın içeriğinin sınırlanması hukuk devletinin unsurları içerisinde sayılır. Tıpkı devlet gücünün sınırlanması isteği gibi.

⁵⁷ Bkz. Loughlin, M., s. 272.

⁵⁸ Jessop, B., Age., s. 160-161.

⁵⁹ Mark Neocleous, *Faşizm*, çev. Doğan Barış Kılıç, Ankara, NotaBene Yayınları, 2014, s. 18.

⁶⁰ Bkz. Pasukanis, E. B., s. 101.

⁶¹ Davit Melkonyan, “Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, Materials of conference devoted to 80 th of the Faculty of Law of the Yerevan State University, YSU Press, 2014, s. 341, ss., ss. 339-349.’den aktaran Erkan Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Erkan_Duymaz.pdf, Erişim Tarihi: 01.12.2022.

Ama bir yandan da en küçük sorun bile yasaya havale edilir. Bu haliyle yasanın kamu yararını kendiliğinden içerisinde taşıdığı kabul edilir çünkü yasa genel iradenin tezahürüdür. Kamu yararını gözetmek de, yasal yönetim gibi hukuk devletinin temel unsurudur. Peki gerçekten hukuk devleti bu vaatlerini yerine getirebilir mi? Marx'ın İngiltere'deki Fabrika Yasaları hakkındaki değerlendirmelerine bakarsanız kötümserlik kaplar içinizi: “*Kapitalist üretim tarzının niteliğini, temizlikle sağlığın korunması için gerekli en basit araç ve gerecin parlamentodan çıkacak bir yasayı zorunlu kılmasından daha iyi ne gösterebilir... Aynı zamanda, yasanın bu bölümü, kapitalist üretim tarzının, niteliği gereği, belli bir noktadan sonra, usa uygun her türlü düzeltmeye ve iyileştirmeye elverişli olmadığını, çarpıcı bir biçimde gösterir*”⁶² Yasanın artık bir düzeltme aracı olarak kullanılmayacağı kapitalist bir evreyi tarif ediyor Marx. Louis Constans, gitgide daha çok kural istiyor, daha az düzen alıyoruz diye yazıyordu.

Hukukun üstünlüğüne ne demeli? Pasukanis'in söylediği gibi, özel iktisadi özneler kişi olarak, yani davada taraflar olarak yani hukuksal üstyapının baş aktörleri olarak ortaya çıkar. En ilkel biçiminde dahi mahkeme hukuksal üstyapıyı mükemmel şekilde yansıtır⁶³ Ancak hukukun üstünlüğünün asıl olarak yaşadığı mahkemelerdeki dava patlamaları, devletleri ve uluslararası mahkemeleri hukukun üstünlüğünden geri adımlar atmaya bile zorluyor. Dava dışı çözüm ve pilot karar usulleri gibi yollarla mahkeme dışına taşınsa da uyumsuzluklar, hukukun üstünlüğü öyle taşınmıyor. Sadece bu bağlamda değerlendiresek bile, hukukun üstünlüğü, doğası gereği kendi taleplerini olduğu gibi kendi vaatlerini de karşılayamaz.

⁶² Marx, K., *Kapital*, C. I, s. 459.

⁶³ Pasukanis, E. G., *Age*, s. 92.

KAYNAKÇA

- Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885.
- Albert Venn Dicey, *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, Indianapolis, Liberty Founds, 2008.
- Barrington JR Moore, *Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri, Çağdaş Dünyanın Yarattığı Soylunun ve Köylünün Rolü*, çev. Tekeli, Ş.- Şenel, A., 2. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi, 2003.
- Bernard J. Hibbits, "The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law." *Anglo-American Law Review*, Volume: 23, No: 1, January-March 1994, pp. 1-31.
- Bob Jessop, *Devlet Teorisi, Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak*, çev. Özcan, A., 2. baskı, Ankara, Epos Yayınları, 2016.
- Colin Mooers, *Burjuva Avrupa'nın Kuruluşu*, çev. Şener, B. S. Ankara, Dost Kitabevi, 1997.
- Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général - Rapport Public 1999*, Paris, 1999, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>, Erişim Tarihi: 10.10.2020.
- Dominique Schnapper, *Yurttaşlar Cemaati, Modern Ulus Fikrine Dair*, çev. Okur, Ö., İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1995.
- Dylan Lino, "The Rule of Law and the Rule of Empire: Albert Venn Dicey in Imperial Context", *Modern Law Review*, Volume: 81, Issue: 5, September 2018, ss. 739-764.
- Ellen M. Wood, *Kapitalizm Demokrasiye Karşı: Tarihsel Maddeciliğin Yeniden Yorumlanması*, çev. Artan, Ş., İstanbul, Yordam Kitap, 2008.
- Ellen M. Wood, *Yurttaşlardan Lordlara- Eskiçağlardan Ortaçağlara Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, çev. Köymen, O., İstanbul, Yordam Kitap, 2009.
- Elmar Altvater, "Notes on Some Problems of State Interventionism", çev. Peoples Translation Service, *Kapitalistate*, S. 1, 1973, ss. 96-108; S. 2, 1973, ss. 76-83, https://www.marxists.org/subject/economy/authors/altvater/1972/probsstate.htm#_e dn8, Erişim Tarihi: 02.02.2019.
- Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi", https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Erkan_Duymaz.pdf, Erişim Tarihi: 01.12.2022.
- Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, çev. Karahanoğulları, O., Ankara, Birikim Yayınları, Ankara, 2002.
- Friedrich Engels, *Anti-Dühring*, çev. Kenan Somer, 3. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1995.
- Hermann Heller, "Political Democracy and Social Homogeneity", *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, edited by Jacobson, A., and Schlink, B., Berkeley, University of California Press, 2001, pp. 256-265. <https://doi.org/10.1525/9780520929685-025>.

- İlker Kılıç, "İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi: Mübadele Mantığı, Sermaye Mantığı", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, Nisan 2019, ss. 93-117.
- İlker Kılıç, "Kamu Yararı: Fetişizm ve İdeoloji", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Nisan 2021, ss. 271-306.
- Jacques Chevallier, "Public Administration in Statist France", *Public Administration Review*, Volume: 56, No: 1, 1996, s. 67-74. doi: 10.2307/3110056.
- Karl Marx, *Grunrisse, Ekonomi Politığın Eleştirisi İçin Ön Çalışma*, çev. Nişanyan, S., İstanbul, Birikim Yayınları, İstanbul 1999.
- Karl Marx, *Kapital*, C. I, çev. Bilgi, A., 5. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1997.
- Karl Marx, *Kapital*, C.: III, çev. Bilgi, A., 3. Baskı, Ankara, Sol Yayınları, 1997.
- Karl Marx ve Friedrich Engels, *Seçme Mektuplar 1844-1895*, çev. Bilgi, A., İstanbul, Evrensel Basım Yayın, 1996.
- Mark Neocleous, *Faşizm*, çev. Kılınc, D. B., Ankara, NotaBene Yayınları, 2014.
- Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, çev. Dişşad Sever, Ç. ve Turanlı, K., Ankara, Dipnot Yayınları, 2017.
- W. Ivor Jennings, "In Praise of Dicey: 1885-1935", *Journal of Public Administration*, Volume: 13, Issue: 2, 1935, pp. 123-134.
- Zygmunt Bauman, *Özgürlük*, çev. Vasıf Erenus, İstanbul, Sarmal Yayınevi, 1997.

