

HUKUK DEVLETİ, DEMOKRASİ VE ANAYASACILIK EKSENİNDE ANAYASA YARGISI VE YARGISAL AKTİVİZM

Semih Batur KAYA*

ÖZET

Anayasa, normlar toplamı olarak basit bir hukuksal metin değildir, aksine insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda bir değer ve düşünce bütünüdür. Zira modern anlamda anayasacılık, bir yandan devleti birey lehine sınırlandırırken diğer yandan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi mekanizmalarla siyasi sistemi insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda işlevsel hale getiren bir yaklaşımı ifade etmektedir. Böylelikle, iktidar veya değişik görünüm biçimleri için sınırlanma, dengelenme ve denetlenme sağlanmış olur. Hukuk devleti salt biçimsel tutarlılık ile yapılanmış normlardan müteşekkil değildir; insan hak ve özgürlükleri için belirli bir güvence öngören, siyasi ve sosyal yaşam pratiğinde bireyin değer ve düşüncesini özgürce ifade edebilmesi için bireye özerk bir alan bırakan ve maddi açıdan nitelikli bir değerdir. Çoğulcu demokrasi ise bireyin anlam dünyasını oluşturan değer ve düşüncelerin, iktidarda veya çoğunlukta olup olmadığına bağlı olmaksızın, bireye güvenli bir siyasi ve sosyal yaşam alanı hazırlar. Bu noktada anayasa yargısı, anayasal düzen için bir güvence oluşturur; zira yasamadan kaynaklanabilecek ve hukuk devleti ve çoğulcu demokrasiyi tahrip edebilecek faaliyetler engellenebilir. Dolayısıyla anayasa yargısı, yargısal denetim sonucu kimi zaman bu doğrultuda bir koruma sağlamak için aktivist tavır sergileyebilir. İşte burada, aktivist tutum birey aleyhine iktidar veya devlet organlarının yetkilerini arttırmadığında, bir diğer anlamda insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştiğinde, olumlu karşılır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Yargısal Aktivizm, Twitter Kararı

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND JUDICIAL ACTIVISM IN TERMS OF RULE OF LAW, PLURALISTIC DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

The constitution is not, as the collection of norms, a simple juridical text; on the contrary, in accordance with human rights and liberty, it is the total of value and opinion. Yet, in modern meaning, constitutionalism both restricts the state in favor of the individual and expresses an understanding that, with such values as checks and balances, state of law, and pluralistic democracy, functionalizes the political mechanism in accordance with human rights and liberty. Therefore, restriction,

*Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

stabilization, and inspection are in question for the rulership and other complexion forms. The state of law is not the glorification of norms structured with pure formal consistency; it is a value that projects particular assurance for human rights and liberty, that leaves individuals an autonomous space to let them freely express their values and opinions in political and social life practice, and that is bodily qualified. Pluralistic democracy prepares a safe political and social living area for the individual, independently from whether the values and opinions forming the individual's world of meaning find a place in rulership or majority. At this point, constitutional jurisdiction makes up assurance for the constitutional order; yet actions that may stem from living and that ruin state of law and pluralistic democracy can be prevented. Thus, constitutional jurisdiction can sometimes exhibit activist behaviors in this direction and that is a positive activist attitude.

Keywords: *State of Law, Pluralistic Democracy, Judicial Activism, Twitter Decision*

Giriş

İnsan hak ve özgürlükleri, uzun bir siyasi ve sosyal mücadele sonrası bugün olduğu konuma gelebilmiştir. Bu mücadele, kimi zaman dram ve trajedilerle kimi zaman sevinçlerle örülü çok değişkenli yazgısal bir denklem niteliğindedir. Denklem çözümü olduğu en önemli nokta ise anayasacılık düşüncesinin ide olarak gökyüzünde bulunduğu soyut şekilden yeryüzünde siyasi ve sosyal yaşam pratiğine somut bir şekilde dökülmesi olmuştur. Gerçekten de insan hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması, iktidara dair meşruiyet algısının iyi yöneticiden iyi yönetime evrilmesi insan merkezli bir dünya, bir yaşamsal alan hayalini canlandırması bakımından tarihin önemli bir dönüm noktasıdır. Böylece iktidar, istediğini istediği gibi biçimlendiren *prokrustes*¹ ve modern anlamda türevi *leviathan*²

¹ *Prokrustes* Yunan mitolojisinde yer alan bir hayduttur. Atina ile Megara arasındaki yolda pusuya yatan Prokrustes demirden yapılmış iki yatağa sahipti. Yoldan geçenleri öncelikle soyup ardından söz konusu yataklara yatırır; burada boyu uzun olanları kısa yatağa yatırıp vücudun artan kısımlarını keserken boyu kısa olanları da uzun yatağa yatırıp yatağa uyması için çekip uzatır. Bu ilginç haydut daha sonraları aynı yöntem ile *Theseus* tarafından öldürüldü. Ancak nihayetinde *Prokrustes*'in sahip olduğu bu düşünce sistemi ve buna bağlı olarak yaşam biçimi gerek modern devlet gerek modern öncesi devletin iktidar tarzlarına hiç de yabancı değildir. Gerçekten de tarihin neredeyse her döneminde siyasi ve sosyal mühendislikle tek tip kültür toplama yapan, tepeden inme şeklinde istediğini istediği gibi şekillendiren, statik ve dogmatik iktidar pratiğini sergileyen *prokrustes* devletler olmuştur.

² *Leviathan*, 1651'de Thomas Hobbes'un yazdığı ünlü eseridir. Eserde din ve ahlak kurallarının iktidar ve devlet ile ilişkisi dünyevi ve doğal bir sisteme oturtularak değerlendirilmiştir. Hobbes'un bu eksenle geliştirdiği siyasi sistemde devlet, mutlak güç ve yetkilere sahip egemendir. Dolayısıyla bireyin hak ve özgürlüklerini çiğneyen, demokratik kültürden uzak ve mutlak güç ve yetkilerle donatılmış iktidarlara için *leviathan* adeta bir sembol olmuştur.

bir yapılanma olmaktan sıyrılmış olup insanın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda görevlendirmesi sonucu harekete geçecek bir tür işlevsel mekanizma haline gelecektir. Dolayısıyla birey, gerek siyasal gerek sosyal hayatın her alanında kendi anlam dünyası ve buna bağlı olarak geliştirdiği değerler dizisinin dışavurumu olan eylemselliği açısından özerk bir alan sahibi olacak ve devlet yapılanması karşısında kendisini güvende ve huzurlu bir şekilde hissedecek ve kendi değer ve düşüncelerini doğrudan ifade edebilecektir.

Çalışmada ilk olarak, anayasacılık ve anayasacılığın içeriğini oluşturan değerler dizisinin bir incelemesi ve iktidar yapılanmasını değiştirilişi konu edilmektedir. Böylece, anayasacılığa bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı çerçevesinde anayasa yargısı ve anayasa yargısının insan hak ve özgürlüklerini geliştirme doğrultusunda kullanıldığında olumlu bir anlam kazanan operasyonel güç olarak yargısal aktivizm kavramları analiz edilmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak kavramsal çerçeve oluşturulmuştur. Burada anayasa salt devletin organlarını tanımlayıp yetki ve görev dağılımını yapan bir belgeden ibaret değildir. Anayasa aynı zamanda insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlandığı bir değer ve düşünce kümeleşmesidir. Böylelikle anayasa devlet denilen dinamik mekanizmanın organlarını bir yandan tanımlayıp nitelerken diğer yandan fonksiyonelliğini de hak ve özgürlükler doğrultusunda belirtmektedir. Bu durumda, anayasacılığın da salt devletin sınırlılığını ortaya koyan bir düşünce biçimi olmadığı anlaşılmaktadır. Anayasacılık, tarihsel süreç içerisinde geliştirdiği devrim sonucunda hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı ile anlam kazanmıştır. Özellikle bu bağlamda öngörülen anayasa yargısı da hak ve özgürlüklerin korunması noktasında önemli bir fonksiyonel güç teşkil etmiş ve modern hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışını tamamlamıştır. Dolayısıyla, bu doğrultuda anayasal denetim ile birlikte gerektiğinde aktivist tavır sergilenmiştir.

Çalışmada ikinci olarak, bir “kültür arkeolojisi” çalışması yapılarak iktidarın hak ve özgürlükler karşındaki konumu bağlamında hukuk devleti ve demokrasi kavramları ile meşruiyet olgusu analiz edilmektedir. Burada, hukuk devleti ile devlet iktidarı ve iktidar türevi olgular karşısında birey ile olan yatay ve dikey hiyerarşiler çözümlenmektedir. Devlet de, birey de veya diğer grup ve benzeri yapılanmalar da hukuk karşısında eşittir ve hukuka bağlı konumdadır. Dolayısıyla, iktidar ve organları gerekçesi ne olursa olsun hukuk dışına çıkmamalıdır. Bununla birlikte, buradaki hukuk salt biçimsel

bir normlar yapılanması değildir, aynı zamanda insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştirilen bir değerler ve düşünceler bütünüdür. Çoğulcu demokrasi ise bu kapsamda beliren değer ve düşüncelerin politik ve sosyal alanda eylemselliğini işlevsel kılmaktadır.

Çalışmada üçünü olarak ise anayasa yargısının operasyonel gücü olarak yargısal aktivizm kavramı irdelenmektedir ve bu bağlamda örnek olarak Anayasa Mahkemesinin Twitter adlı sosyal medya platformuna ilişkin kararı incelenmiştir. Böylece aktivizm, muhtemel sebepleri de göz önüne alınarak ortaya koyulmakta ve anayasa yargısının anayasal denetim sonucu gösterdiği akitivist tavrın olumlu ve olumsuz yanları üzerinde durulmaktadır.

I. Kavramsal Çerçeve

A. Anayasa

Kelime anlamı olarak anayasa “oluşum”, “kuruluş” anlamlarına gelmektedir; zira kelime kökeni bakımından anayasa Fransızca “oluşturmak, meydana getirmek, kurmak, teşkil etmek” gibi anlamlara gelen *constitute* fiilinden türemiştir³. İngilizce *constitution* ise “anayasa, tüzük, bir ülkenin veya kurumun nasıl yönetileceğini ve bireylerin haklarını belirten temel yasa veya temel kurallar dizini” olarak tanımlanmaktadır⁴. Bu şekli ile anayasa, Osmanlı döneminde 1876’da Kanun-ı Esasi(esas, temel kanun) olarak kullanılır iken Cumhuriyet döneminde 1921 ve 1924’te Teşkilat-ı Esasiye Kanunu(esas, temel kuruluş) şeklinde ve daha sonra 1961 ve 1982’de ise “Anayasa” kavram ve adlandırma olarak kullanılmıştır⁵. Esasında Anayasa kavramı, daha önce 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Türkçeleştirilmesi ile 1945 yılında kullanılmış idi⁶.

Anayasa, siyasal sistem içerisinde yer alan bütün aktörlerin görev ve yetki bakımından alan dağılımını ve bunların sınırlarını belirten, bağlayıcı ve üst normları içeren bir metindir. Böylece, bir yandan yetki ve görev açısından hukuksal bir altyapı hazırlanırken diğer yandan devletin organları arasında hukuksal belirlilik sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla, devletin organları ve bu organlar arasındaki ilişkiler düzenlenirken aynı zamanda söz konusu kurumlar

³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin Yayınları, 2010, s.20.

⁴ Adil Şahin, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadımlığı Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S. 3, 2011, s.328.

⁵ Gözler, a.g.e., s.20.

⁶ Gözler, a.g.e., s.20.

yapısal olarak tanımlanmakta, kapsam gücü bakımından nitelenmekte ve işlevsellik açısından belirtilmektedir. Bu şekilde politik alana tezahür eden devlet yapılanması, hukuksal belirlilik ile modern anlamda kurumsal bir kimlik kazanmış olmaktadır. Fakat modern devlet, bu yönde salt mekanik bir mekanizma olarak algılanmamalıdır. Burada bu mekanizmaya anlam ve değer katan, anayasacılık ekseninde gelişen insan hak ve özgürlüklerdir; zira anayasacılık ile devlet iktidarı birey lehine sınırlanırken bireyin hak ve özgürlükleri güvenceye alınmaktadır.⁷

Bu anlamda anayasa kavramı, hukuk devleti ve demokratik değerler dizisine bağlı değerlere yönelik salt imgesel bir kümeleşmeden ibaret değildir. Siyasal ve sosyal hayatın merkezine insanı alan, insan yapımı ve işlevsel bir dinamik kültürdür. İnsan ürünü anayasalarda modern değerler bir anlamda bir imgede durulmaktadır. Böylece, hukuksal alan içerisinde salt duyumsal değil aynı zamanda kültürel bir kavrayışa da yol açılmış olmaktadır; değer aşımı önlenerek, anayasalar geçici veya aynı şeyleri gereksiz bir şekilde ifade eden birer belge olmaktan sıyrılmıştır.

B. Anayasacılık

Her ne kadar düşünsel anlamda daha eski dönemlere gidilebilirse ve ilkel biçimleri tarihte görülebilirse de modern anlamda devlet, 16.yy ve sonrasında yapılanmaya başlamıştır. Bu döneme kadar, devletin iktidar paylaşımında insan özne değildi ve daha çok politik alanın dışında tutulmaya çalışılıyordu. Fakat modern devletin oluşması sürecinde yaşanan Rönesans ile aklın ön palana çıkarılması, bireyin belirmeye başlaması, Reform hareketleri ile Kilise'nin eklemelendiği yozlaşmış iktidarın dağılmaya başlaması insanın özneleşme sürecini hızlandırdı. İşte bu noktada, sınırlı devlet olgusu siyasal ve toplumsal hayatta fiilen⁸ uygulanmaya başlandı ve

⁷ Albert'in de belirttiği gibi anayasa günlük hayatın neredeyse her alanında kendi varlığını hissettirir. Sanat, spor, politika ve benzeri alanların hukuki işleyişinde, günümüzde artık anayasallaşma söz konusudur denebilir. Anayasa ile devletlerin uluslararası arenada davranış biçimi, toplumların kendilerini düzenleme şekli, grupların bireylerle ilişkisi, bireylerin bireylerin ilişkisi gibi pek çok alan düzenlemektedir ve böylece anayasal bir anlam ifade etmektedir. Richard Albert, *The Cult of Constitutionalism*, Florida State University Law Review, C. 39, S. 2, 2012, s. 374. "Anayasa yazılı olarak ortaya çıkmadan önce de anayasacılık düşüncesi söz konusuydu. Fakat genelde insanlar erken dönemden bu zamana kadar gerek siyasi gerek din metinlerle siyasi veya inanç alanını daha çok yazılı olarak düzenleme eğilimi göstermişlerdir." Albert, a.g.e., s. 377.

⁸ Üst ve bağlayıcı bir norm ile devlet iktidarını sınırlandırma olgusu düşünsel düzlemde modern öncesi zamanlara dayanır. Dolayısıyla modern anlamda anayasacılık Thomas Hobbes(1558-1679) ve George Wilhelm Friedrich Hegel(1770-1831) ve sonrasında

hukuksal alana izdüşümlerini bıraktı. Böylece, devlet iktidarının kuruluş ve işleyişini düzenleyen ve bununla birlikte devletin sınırlandırılarak insan hak ve hürriyetlerini tanıyıp güvenceye bağlayan anayasalar hazırlandı. Yazılı ve katı olan söz konusu anayasalar, devleti insan lehine sınırlıyor ve hak ve hürriyetleri düzenliyordu⁹. Bu şekilde kanun ve diğer yazılı hukuk kurallarının üzerinde yer alan ve değiştirilip düzenlenmesi kanunlardan zor olan bağlayıcı bir üst norm olgusu “anayasacılık”¹⁰ olarak ifade edilmektedir.¹¹

Bu bakımdan anayasacılık, siyasal iktidar mekanizmasında hukuk aracılığı ile insanın özne durumuna gelmesidir. Böylece sınırlanmış ve iktidarı bölünmüş¹² devlet, ontolojik meşruiyetini insan hak ve özgürlüklerini tanıyıp güvenceye bağlayarak sağlamış olacaktır. Böylelikle devlet, yatay düzlemde insana alternatif veya simetrik değil, tam tersine araçsallaştırılmış olacaktır. Burada devlet kült bir yapısalıktan insan hak ve özgürlüklerini tanıyan ve hak ve özgürlüklerin bağlandığı güvenceye sadık kalan işlevsel bir mekanizmaya evrilmektedir. Deyim yerindeyse devlet, Locke’un “gece bekçisi” gündüz insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda hizmetçi niteliğinde olmalıdır. Dolayısıyla devlet, birey karşısında rasyonel olmayan bir kayıtsızlık içerisine girmemelidir. O halde devletin en kutsal görevi teker teker bireylerin

tasarlanmış olsa da anayasacılığın içini dolduran değerler dizisi Stoacılar(M.Ö. 300-M.S. 100), Plato’da(M.Ö. 427-347), Roma Hukuku ve sonrasında düşünsel birikimle ile oluşmuştur. Böylelikle Adil Şahin “...devlet iktidarını sınırlandırma olarak tanımlanan anayasacılık düşüncesinin ideolojik temeli liberalizm, sınıfsal temeli de burjuvazi değildir.” demiştir. Bu konuda bkz. Adil Şahin, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, Sayı: 3, Yıl: 2011. Eski ile modern arasındaki köprüde “bireyci modern devlet ve egemenlik kavramları” ve “siyasi-devletli-toplum” ve bu bağlamda sınırlı devlet ve hukuk devletinin izlerini sürmek için ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, b. 4, Ankara 2010.

⁹ Gözler, a.g.e., s.70.

¹⁰ Sınırlı devlet söyleminden hareket edilerek tanımlanan klasik(Ortodoks) anayasacılık anlayışı eleştirilmiştir. Bu anlayış anayasal devletin siyasal yaşam pratiğini açıklamada dar kaldığı ve dolayısıyla siyasal iktidar etki eden “formel” veya “informel” bileşkeleri de kapsayan bir kavramsallaştırmanın gerekliliğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla sınırlı iktidar olgusu günümüzde özellikle iktisadi müdahaleler göz önüne alındığında hayali kalmaktadır. Anayasal devlet pratiğinin sosyolojik okuması niteliğinde bu yaklaşım “Ortodoks” anayasacılık düşüncesinin parametrelerini geçersiz kılmaz; zira reel düzlemdeki ampirik verilerin teori karşısındaki senkron kayması bu anlayış tarafından reddedilmiş değildir. Bu konuda bkz. Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 79.

¹¹ Gözler, a.g.e., s.70.

¹² Burada kuvvetler ayrılığı karşımıza çıkmaktadır. Anayasacılık kuvvetler ayrılığı ile yakından ilgilidir. Yasama, yürütme ve yargı arasında iktidar yetki ve görev dağılımının yapılması günümüz liberal demokrasi anlayışlarının hukuk devleti pratiğinde adeta yaşamsal kaynak işlevi görmektedir.

mutluluğunu sağlamaya çalışmaktadır. Bu bağlamda geçmişte aristokrasi, monarşi ve burjuvazi arasında sıkıştırılan birey, bugün seçkin elit gruplar ile devlet arasında kullanılan bir figür olmamalıdır. Böylece, anayasacılık yaşam pratiğinde bir yanda bireyi devlete karşı özne duruma getirirken öbür yanda birey için toplumsal alanda veya diğer sivil baskı grupları karşısında özerk alan açmaktadır.

Bununla birlikte, modern anlamda anayasacılığın önemli gereklerinden bir diğeri de çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Zira çoğulcu demokrasi anlayışı ile anayasacılığın beraberinde getirdiği değerler dizisinin olgusal tutarlılığı reel düzlemde de sağlanmış olmaktadır. Gerek siyasal gerek sosyal alanda birey, sahip olduğu hak ve özgürlükler doğrultusunda kendisini ifade edecek, bir anlamda içselleştirdiği değerleri yaşam pratiğinde eylemselliğe dökebilecektir. Dolayısıyla, iktidarda olsun veya olmasın kendi değer ve düşünce dünyasında birey özerk bir alana ve bu alan içerisinde hareket kabiliyetine sahip olacaktır.

Bu bağlamda anayasacılık, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasiye gidilen süreçte düşünsel bir basamaktan öte anlamlar taşır. Hukuk devleti, önceden bilinebilir, genel, soyut kurallar öngörerek bireyin siyasal iktidar ve idare karşısında hukuksal güvenliğini sağlamaktadır¹³. Böylece siyasi iktidar, gerek “yasaların yapılması” gerek “yasaların uygulanması” sürecinde hukuk normlarına bağlı kalacaktır ve bağımsız yargı organı tarafından yargısal denetime tabi tutulacaktır¹⁴. Dolayısıyla anayasacılık, insan hak ve özgürlüklerinin pratiğe geçmesi açısından modern devlet ile bir tür köprü kurmaktadır. Bu itki ile devlet, nesne konumunda meşruiyet bulmakta ve hak ve özgürlükler doğrultusunda fonksiyonelliğini devam ettirmektedir.

Dolayısıyla, reel düzlemde anayasacılık düşüncesinin bir karşılığını bulmak için hukuk devleti, anayasal demokrasi, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve anayasanın üstünlüğü gibi kurumsal araçların gerekliliği karşısında yazılı, katı ve üst bir norm olarak anayasa tasarımı “geleneksel anayasacılık” olarak belirtilmiştir¹⁵. Özellikle 17. yy ve sonrasında, birey iktisadi ve siyasi iktidar ilişkilerinde merkezi bir konumda yer almaya başlamıştır ve böylelikle hak ve özgürlükler fiilen de güvenceye kavuşturularak, anayasacılık hukuksal alanda

¹³ Arslan, a.g.e., s. 67.

¹⁴ Levent Gönenç, “Ortaçağ Anayasacılığı”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan içinde *Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*, (Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 269.

¹⁵ Şahin, a.g.e., s.335.

klasik anlayışından sıyrılmıştır¹⁶. Öte yandan, yukarıdaki kurumsal araçların somut bakımdan bir anlam ifade etmesi için kanunların yargısal denetimi, yani anayasa yargısı gerekir ki böylece “modern anayasacılık” kavramı şekillenmiş olur¹⁷. Gerçekten de hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin reel düzlemde bir anlam ifade edebilmesi için çoğunluk sorununa bağlı olarak yasamadan kaynaklanabilecek bazı pürüzlerin, deyim yerindeyse yan etkilerin önüne geçilmesi gerekir.¹⁸

C. Anayasa Yargısı

Anayasanın üstünlüğünün ve dolayısıyla bağlayıcılığının fiilen işlevsel kılınabilmesi için, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Burada, karşımıza anayasa yargısı kurumu çıkmaktadır. Anayasa yargısı, adından da belli olduğu üzere bir yargılama faaliyetidir; böylece, kanunların anayasa karşısında yargısal denetimi söz konusu olmaktadır¹⁹. Ülkemizde bu yargılama faaliyetini bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesi yapmaktadır.

Peki, anayasa yargısının sağlanmasında araçsal gereklilikler nelerdir? Her şeyden önce yazılı bir anayasanın söz konusu olması gerekmektedir. Bununla birlikte anayasa katı olmalıdır; yani anayasa adi kanunlar gibi değil, daha zor şartlarda değiştirilebilmelidir.²⁰ Ayrıca, anayasal denetimde ölçüt norm olan anayasanın kendisinde anayasa yargısı öngörülmüş olmalıdır ve yargılamayı yapacak organ ve bu organın yetkisi düzenlenmelidir²¹. Bu bakımdan İngiltere, Yeni Zelanda, İsrail, Belçika, Finlandiya, Lüksemburg, Hollanda ve İsviçre gibi bazı ülkelerde anayasa yargısı kurumu söz konusu değildir. Nitekim söz konusu ülkelerin bazılarında, İngiltere’de örneğin,

¹⁶ Süheyl Batum, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.3. Bu bağlamda 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi’nde “Hakların güvence altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının bulunmadığı bir toplumda anayasa yoktur” denilmiştir. Batum, a.g.e., s.3.

¹⁷ Şahin, a.g.e., 335. Ayrıca bkz. Gözler, a.g.e., s.71.

¹⁸ Bu doğrultuda Mustafa Erdoğan’ın da belirttiği gibi “Bugün anayasa yargısı anayasacılığın ve anayasal demokrasinin neredeyse odak noktası durumuna gelmiştir. Ayrıca, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, daha temelde, devletin bir “hukuk devleti” olarak, yani hukukun hakimiyeti altında işlemesi amacına da hizmet etmektedir.” Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara 2005, s.50.

¹⁹ Gözler, a.g.e., s. 422.

²⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, Türk Anayasa, s.403.

²¹ Gözler, a.g.e., s. 424-425.

anayasa yargısı için gerekli yazılı ve katı bir anayasa yoktur²². Karşılaştırmalı siyasal sistemlerde anayasa yargısının önemi büyüktür; zira anayasal denetim neticesinde, yasama faaliyeti sonucu ortaya çıkan kanunlar hükümsüz kılınabilmektedir. Ayrıca bu özellik ile birlikte, hükümetlerin gelecekteki politik alanları da düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla anayasa yargısı, siyasal alandaki etkisi sebebiyle kimi zaman veto aktörü²³ olarak algılanmaktadır.²⁴

Anayasa yargısı, ilk defa 1803 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde Marbury v. Madison davasında söz konusu olmuştur. Federal Yüksek Mahkeme, burada kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmıştır ve anayasaya uymayan kanunların uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir²⁵. Yargıç Marshall'ın 1803'te verdiği karar doğrultusunda anayasa yargısı, artık politik bakımdan zayıf bir aktörden güçlü bir aktör olmaya doğru evrilmiştir. Ona göre anayasa, ülkedeki hukuk sistemi içerisinde en üstün normdur. Hukukun bütünselliği ve normlar hiyerarşisi açısından yargıç Marshall'ın haklı olduğu söylenebilir. Gerçekten de ülkede hukukun gelişim evresinde olduğu bir zamanda, mantıklı bir norm uygulamasını sağlamak anlamında, mahkeme kararlarında bir standardın yakalanması gerektiği doğrultusunda Marshall'ın belirttiklerinin yerinde olduğu söylenebilir. Marshall'a göre bu durumda Federal Mahkeme, anayasanın ne anlama geldiğini belirleme gücüne sahipti ve diğer organlar, anayasa tarafından kendilerine verilen gücü aştığında Mahkeme'nin bunları geçersiz kılma yetkisi vardı. Söz konusu değerlendirme, en azından teoride kabul gördü ve ilerleyen süreçte anayasal uygulama bu düzlemde seyir etti. Artık anayasa yargısının uygulaması, bu bağlamda gelişen siyasal tartışmaların ana eksenine oturmuş oldu.²⁶ Gerçekten de artık

²² Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*, Anayasa Yargısı, C. 25, 2008, s.94.

²³ Christoph Hönnige, *Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics*, International Word Congress, Santiago de Chile 2009, s.2.

²⁴ Gözler, a.g.e., s.433.

²⁵ Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, United States of America, 1986, s.356-357.

²⁶ İkinci Dünya Savaşı'ndan önce anayasa yargısı politik sistem içerisinde Amerika Birleşik Devletleri ve Avusturya da söz konusuydu. Fakat İkinci Dünya Savaşı sonrası dalgalar halinde gerek Avrupa'ya gerek diğer ülkelere yayıldı. Bu akım neticesinde temelde iki ana anayasa yargısı biçimi ortaya çıktı. İlki Hans Kelsen'in tasarladığı Kıta Avrupası modeli, ikincisi ise merkezi olmayan özellikle ABD tarzı anayasa yargısı modelidir. Kıta Avrupası modelinde anayasa yargısını sadece kararları diğer mercileri bağlayan anayasa mahkemesi yapabilirken diğer modelde kararları diğer mahkemeleri bağlamayan normal mahkemeler de anayasa yargısı yapabilmektedirler. Hönnige, a.g.e., s. 3-4. Kelsen'in teorisi ile şekillenen Avrupa modeli anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin kararları kesindir ve mahkemeler

esas sorun anayasa yargısının varlığı değil, uygulanma amacı ve yönüne bağlı olarak meşruiyeti veya hangi yönde olması gerektiği olduğu söylenebilir.

Ortaya çıkışı açısından ABD'nin federal devlet şekli etkili olmuş olsa da, anayasa yargısı, esas anlamını zaman içerisinde insan hak ve özgürlükleri için güvence mekanizması olmaya doğru geçirdiği evrimsel süreçte bulmuştur. Avrupa'da, özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası²⁷, anayasa yargısı gelişiminde insan hak ve özgürlüklerini koruma güdüsü, demokrasinin bu meyanda dönüşüme uğraması, hukuk devleti ilkesinin gelişimi önemli bir rol oynamıştır²⁸. Öte yandan anayasa yargısının bu anlamda kesinkes bir uygulamaya sahne olduğu söylenmemelidir; zira anayasa yargısının, demokratik rejimlerin otoriter rejimlere doğru kaymasını engellediği veya otoriter bir yönetimi demokrasiye dönüştürmeye yönelik kabiliyeti tartışmalıdır denebilir. Eğer bir "veto aktörü" olarak anayasa yargısı sahne alırsa, o zaman politik alanda istikrar sağlayabilir. Fakat bu yöndeki bir işlev söz konusu olursa o zaman da politik sistemin dışarıdan gelen krizlerle mücadele etme yeteneği tahrip edilmiş olunur ve istikrar bu şekilde yine sarsılma ile karşı karşıya kalabilir; Kelsen'in de değerlendirmelerine bakıldığında, anayasa yargısının demokratik işleyişten doğabilecek aksaklıkların önüne geçemeyebileceği söylenebilir.²⁹

D. Yargısal Aktivizm Kavramı

Yukarıda belirtildiği gibi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anayasa yargısı ile sağlanmaktadır. Özellikle ülkemizde anayasal denetim sonucu ortaya çıkan Anayasa Mahkemesi kararları, "yargısal aktivizm" kavramı çerçevesinde değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm pratiği kimi zaman olumlu

yaptıkları anayasal yargılama ile ne tam yargısal ne tam politik olan kendilerine ait anayasal bir alan açmaktadırlar. Böylece anayasa mahkemelerinde bulunan yargıçlar anayasanın üstünlüğünü korumakla görevlendirilmiş olmaktadır. Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, West European Politics, C.25, 2002, s.79.

²⁷ Atar, Anayasa Mahkemesi'nin, s.93.

²⁸ Hönnige, a.g.e., s.14-15.

²⁹ "Davayı çözümleme sürecinde metnin kelimelerinin bütünlüğü ve kanun koyucunun niyeti yeterli bir şekilde ortaya koyulmadığından yargıcın yorumlama faaliyeti söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla yargıcın tavrına göre ortaya konulan yorumlama biçimi yerine göre aktivist veya sınırlayıcı olabilmektedir. Yargıç yorumlamada kendini metinden özgür hissettiği ve yeni anlamlar ortaya koyduğu oranda aktivist olurken, bu durumdan sakındığı ölçüde ise sınırlayıcı olmaktadır." Cesare Pinelli, *The Concept and Practice of Judicial Activism in the Experience of Some Western Constitutional Democracies*, Juridica International, C. XIII, 2007, s.31.

karşılanmış, fakat çoğunlukla ise olumsuz eleştirilere maruz kalmıştır. Yargısal aktivizmin, normların somut olaylara uygulanması sürecindeki yorumlama faaliyetini çağrıştırdığını söyleyebiliriz. Gerçekten de hukuk kurallarının reel ortamda uygulanması sürecinde yorumlanarak canlandırılması, bu tür bir sonucu doğası gereği ortaya çıkarabilmektedir. Hele ki kısa ve öz anayasa metinlerinin genel ve soyut normları içerdiği düşünüldüğünde durum biraz daha olağanlaşmaktadır.³⁰ Özellikle bu anlamdaki yargılamayı çok önemli kılan yapısal hatlar olarak yargılamanın önem teşkil eden kanun yapma otoritesi ve söz konusu otoritenin başka bir devlet kuruluşu tarafından denetlenememesi[□] göz önüne alındığında, tartışma başka bir boyutta cereyan eder bir niteliğe bürünmektedir.

Düşünsel temelde yargısal aktivizm kavramsal olarak henüz somutlaşmadan önce de vardı. Yani yargısal aktivizmin kavramsallaşıp kurumsallaşmasından önce de düşün hayatında söz konusu olduğundan, antikiteliğinden söz edilebilir. Bu bağlamda, yargıçların pozitif hukuk yaratma faaliyetleri “yargısal yasama” olarak ifade edilebiliyordu ve o dönemlerde de yargısal yasama faaliyeti tartışmalara konu ediliyordu. Örneğin Blackstone yargısal yasamayı ortak hukuk açısından olumlarken, buna karşılık Bentham söz konusu durumu yasama yetkisinin devre dışı bırakıldığı gerekçesi ile “zavallı bir safsata” olarak değerlendiriyordu³¹.

Kavram olarak yargısal aktivizm, ilk defa akademik olmayan bir dergide yayımlanan bir makalede kullanıldı. Hukukçu kimliği olmayan Arthur Schlesinger, Ocak 1947’de *Fortune* dergisinde yazdığı makalesinde yargısal aktivizm kavramını kullandı. Akademik bir kaygı güdülmeden kullanılan bu kavram, süreç içerisinde özellikle anayasa yargısı ekseninde doktrinde hararetle tartışmalara sahne oldu ve böylelikle kavramsal düzeyde belirli bir olgunluğa erişti.³²

³⁰ Roger Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07/05/2015), 2008, s.54.

³¹ Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004, s.1444. Ayrıca bkz. Ozan Ergül, *Berraklaşırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”*, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.42.

³² Yargısal aktivizm konusu Alman Federal Anayasa Mahkemesi için de tartışma konusu olmuştur; zira Barnstedt’e göre Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yetkileri politikayı şekillendirmesine izin vermektedir. “Birçok yargı kararı politik anlaşmazlıklardan kaynaklanmıştır ve yine Mahkeme kararları politik alanı etkilemiştir. Her ne kadar Mahkemesinin aktivist olup olmadığı noktasında farklı görüşler olsa da bu anlamdaki sonucun anayasal ve politik bakış açısına göre değiştiği söylenebilir. Olması gereken ise aktivist olup olmadığının gerekip gerekmediğidir.” Luise Elke Barnstedt, *Judicial Activism*

Fakat buna rağmen “yargısal aktivizm” kavramının tam olarak netleştirilemediği söylenebilir. Young’a göre yargısal aktivizm kavramı, doğasından hareketle içeriksiz, anlamsız veya içi boş bir çağrışım uyandırmamalıdır. Yargısal aktivizm kavramı farklı açılardan tanımlanabilmektedir ve her bir tanım yargılamada karar alım sürecine ilişkin bir noktaya dikkat çeker nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte bir yönü ile aktivist olan bir karar başka bir yönü ile ise sınırlayıcı olarak nitelendirilebilmektedir. O halde, belirli ve sabit bir denge ile bir kararın, yargılamanın veya mahkemenin aktivist veya sınırlayıcı olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu gerçeklik karşısında, kavram olarak yargısal aktivizm kolay bir şekilde manipüle edilebilir bir halde bulunmaktadır ve gerek akademik anlamda gerek politik tartışmalarda, konuya bakış açısına göre çeşitli nedenlerle beğenilmeyen yargı kararlarına yönelik bir sıfat olarak kullanılmaktadır.³³ Aktivizm, yargıçların anayasaya başvurarak idarenin neyi nasıl yapması gerektiğini belirlemesini sağlayan bir kavram olarak algılanmıştır ve aktivist yargıçlar seçilmişlerin iradesi yerine kendi iradelerini koymakla itham edilmişlerdir.³⁴

Dolayısıyla kavram, koşulsuz, açıklama yapılmadan, nitelikleri belirtilmeden yorumlanamamaktadır. İlginçtir yargısal aktivizm kavramı 1990’lı yıllarda ve devam eden süreçte şaşırtıcı bir şekilde birçok yayında ve çoğunlukla çok farklı açılardan kullanılmaya başlandı; ancak kavram yaygın bir şekilde kullanıldıkça anlamı gittikçe belirsizleştiği söylenebilir. Bu durumun, kavramın birbiriyle uyuşmayan, hatta karşıt ve çelişkili bir şekilde tanımlanmasından kaynaklandığı söylenebilir.³⁵ Gerçekten de kavram olarak geniş popülerliğinin aksine yargısal aktivizmin yeteri kadar anlaşılmadığı söylenebilir.³⁶

Schlesinger yargısal aktivizm skalası üzerinde yargıçları aktivist, sınırlı ve ortada olmak üzere konumlandırıyordu.³⁷ Ona göre, aktivist

in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?, Juridicia International, Law Review University of Tartu, C. XIII, 2007, s.46.

³³ A. Ernest Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, Colorado Law Review, C. 73, S. 4, 2002, s. 1141-42.

³⁴ COHEN, Adam, Last Term’s Winner at the Supreme Court: Judicial Activism, *The New York Times*, (erişim 09/07/2007).

³⁵ Kmiec, a.g.e., s.1442-43.

³⁶ Green, a.g.e., s.1.

³⁷ Fortune’deki makalesinde Schlesinger Yüksek Mahkemedeki dokuz yargıcın aktivizm skalasındaki konumunu tayin etmeye çalışıyordu ve aralarındaki ortaklık ve farklılıkları

yanlısı yargıçlar açısından siyaset ve hukuk bütünseldir. Statik ve vesayetçi hukuk anlayışından sıyrılmak gerekir. Bu açıdan yargıçların adalet pratiğine güvenmek gerekmektedir, aksi takdirde yargısal sınırlılık “kendini inkar” demek olur. Bu durumda yasaları anlamlandırma sürecinde kimin veya hangi gurubun menfaatine uyacağı düşünülmeden davranılmalıdır. Dolayısıyla, anayasanın ruhuna ve amacına aykırı davranmayarak korunmasız kimselerin zarara uğratılmaması, hakların güvenceye bağlanması ve böylece yargısal aktivizmin yapılması olağan karşılanmalıdır. Böylece aktivist yargıçlar açısından yargısal sınırlılığı savunanların yasama sürecindeki hataların yasamanın kendi sorunu olduğu, hukukun siyaset alanının dışında kaldığı, öteki türlü yasamanın sorumsuzluğa evirileceği ve demokrasinin yozlaşacağı tezleri değersizleşmektedir³⁸.

Schlesinger’in makalesi, yargısal aktivizm ile ilgili tartışmalara önemli bir ilk çalışma olarak katkıda bulunmuştur. Tartışma bazı yönlerden ortaya konulmaktadır. Burada; seçimle iş başına gelmemiş yargıçların iradesi karşısında demokratik olarak yapılan normlar, sonuç odaklı yargılama karşısında ilkelere bağlı olarak karar alınması faaliyeti, anayasal ilkeler bağlamında katılık ve kuralcılık karşısında yaratıcı içtihat uygulaması, demokrasinin üstünlüğü karşısında insan hakları, hukuk karşısında siyaset ve benzeri diğer eşdeğer ayrımlar söz konusu olmaktadır. Ancak bu ön çalışma bile yargısal aktivizme yönelik modern tartışmalar bağlamında sorunların bazı belirtilerini göstermektedir. Zaten bu ilk çalışmada, yargısal aktivizm için kavramsal açıdan kesin bir tanımlama yapılmamaktadır. Hangi ayırt edici özelliklerin bir kararı aktivist yaptığı açıklanmamaktadır. Aksine birçok nitelik aktivistlere ve kendi kendilerini kısıtlayan şampiyonlara atfedilmektedir ve dolayısıyla kararlardan hangilerinin gerekli, yeterli veya yersiz olduğuna karar vermek mümkün gözükmemektedir. Ancak kavramın ilk olarak kullanıldığı

ortaya koyuyordu. Burada Schlesinger, yargıçlardan Black, Douglas, Murphy ve Rutledge’yi yargısal aktivist olarak niteler iken Frankfurter, Jackson ve Burton’u ise “kendi kendini kısıtlamanın şampiyonları” (champions of self restrain) şeklinde nitelendirmiştir. Bununla birlikte yargıçlardan Reed ve başkan Vinson ise arada yer alırlar denebilir. Bkz. Kmiec, a.g.e., s.1446.

³⁸ Ergül, a.g.e., s.42-44. Eleştirel anlamda ve olgusal düzeyde yargısal aktivizm kavramının üzerinde durduğu “kaygan zemin” ve yer ve uygulanış biçimine göre süreç içerisinde algısal dönüşümü için bkz. ERGÜL, Ozan, Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, Sayı: 104, 2013. Schlesinger’in aktivizm skalasında aktivizme yakın olarak konumlandığı yargıçlar hukuk ve siyasetin ayrılmaz olduğuna inanmaktadırlar. Dolayısıyla Mahkeme politik alan ve yorumdan sıyrılamaz; o halde birkamak gerekir ki aktivizmin siyaseti belirleme yeteneği sosyal amaçlar doğrultusunda kullanılmalı ve bu şekilde aktivizm anlam bulsun. Kmiec, a.g.e., s.1447.

bu dönemde halihazırda kavram ile ilgili bir tanımlama faaliyeti söz konusu olmadığı göz önüne alındığında, söz konusu durum olağan karşılanmaktadır.³⁹

Gerçekten de yargısal aktivizmin kavram olarak tanımlanmasının çetrefilli bir uğraş olduğu kabul edilmektedir.⁴⁰ Öte yandan Green'e göre yargısal aktivizmin güncel yaygın kullanımı hatalı ve yersizdir. Kanun ve kuralları geçersiz kılan yargısal kararların Schlesinger'in bahsettiği aktivizmin orijinal anlamıyla bir bağlantısı yoktur. O halde yargısal aktivizm kavramının, yargının kültür normları üzerine temellendirilmesi ve yargısal görev alanından uzaklaştığı dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Belki o zaman sınırlarının belirlenmesine güçlük çekilen bu kavramsal belirsizliğe bir anlamda yön tayin edilebilir ve aktivizm skalasında kavramsal belirlilik yolunda istikamet kazandırılabilir.⁴¹

II. Hukuk Devleti, Demokrasi ve Meşruiyet

A. Meşruiyet Olgusu

Meşruiyet olgusunun sosyal bilimlerde kesinkes sınırları çizilememiştir. Hatta söz konusu bilim dalına göre çeşitli görünüm biçimlerinin olduğu, zamansal ve mekânsal anlamda dönüşüme de uğrayabildiği söylenebilir. Nitekim dinsel, ideolojik, etnik veya antik iktidar anlayışları bağlamında siyasal yaşam pratiğine farklı izdüşümleri bırakabilmektedir. Bu anlamda, meşruiyetin iki ana boyutundan söz edebiliriz. Birincisi, yatay düzlemde birey-birey veya birey-toplum arasındaki sosyal ve psikolojik ilişkide belirir. Şüphesiz burada birçok bileşkeden söz edilebilir; ancak bu düzlemde meşruiyet olgusunu şekillendiren ana motif veya başka bir deyişle yaşamsal kaynak, psiko-sosyal alandadır. Daha sosyal hayatın erken dönemlerinde, aile hayatında, meşruiyet olgusunun belli yönlerini hissedebiliriz. Ataerkil aile yapısında, sözgelimi özellikle babanın iktidarına karşı etkilere çoğunlukla olumsuz tepkiler vererek meşruiyet algımız içten oluşum evresine girer. Annenin yaydığı merhametli ve estetik enerjisi karşısında ise meşruiyet algımız ergen dönem gelişimini tamamlamış olur. Mahalle ve okul kültüründe ise meşruiyet algımız daha karmaşık desenler oluşturur. Bir yandan sosyal ve iktisadi savaşımında konjonktürel pragmatizmin labirentlerinde dolaşırken meşruiyet algımız yozlaşır, öte yandan yozlaşan meşruiyet algımız dini veya

³⁹ Kmiec, a.g.e., s.1449-50.

⁴⁰ DEAN, w., John, What Exactly Is judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees, (erişim 17/06/2005).

⁴¹ Green, a.g.e., s.52.

kültürel ilkeler karşısında *a priori* bir toplumsal şizofreni oluşturur. Böylece, daha ikinci boyuta geçmeden önce, meşruiyet algısı anakronik bir alana çekilmiş olunur. Bu durumda kalan birey ekseninde şekillenen meşruiyet olgusunun demokrasi ve insan hakları pratiği nasıl işleyecektir?

İkincisi, birey-devlet veya birey-devletin çeşitli iktidar biçimleri arasındaki ilişkide ortaya çıkar. Meşruiyet olgusu burada boyutlanırken nasıl şekillenecektir? Burada, denklem oluşturulurken iki ana değişkenden söz edebilir. Birincisi dinsel veya tinsel alandadır ki bu meta ötesi bir durumla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir; ikincisi ise dünyevi alandadır. Bu iki alanda meşruiyet olgusu ve algısı ekseninde sergilenen davranış biçimleri iktidar kaynağı sorunu bağlamında hacim⁴² alır. Modern öncesi zamanlarda, dinsel veya tinsel alanda iktidar kaynağını Tanrı'dan alıyordu. Meta ötesi alanda bireyin hareket yeteneğinin azalması beraberinde bilinmezliklerle dolu bir gizem bırakıyordu. Burada, dinsel kaidelerin ön kabule dayanan niteliği de eklenince meşruiyet olgusu daha baştan kendinden menkul bir halde oluşuyordu. Gerçi her ne kadar kaynağı Tanrı olarak gösterilse de siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde, özellikle sonraki evrelerde, yönetim biçimlerine bağlı olarak dünyevileşen iktidar yüzleri dolayısıyla meşruiyet algısı doğrusal seyrinden koparak karmaşık bir hale bürünebiliyordu.

Dünyevi alanda ise iktidar kaynağı, özellikle modern ve sonrası zamanlarda gelenek, ideoloji, demokrasi, bireyin üstünlüğü, insan hakları vb. bileşen sarmalından meydana gelir. Gelenek, burada toplumsal hafızayı harekete geçirmek bakımından iktidarın antikiteğini, bir anlamda ontolojik meşruiyetini sağlamda işlevsel bir rol oynar; böylece iktidarın genetik kültür kodlarını yeni olana taşımada köprü kurulmuş olur. İdeoloji insan hak ve özgürlüklerine dayandığı ölçüde meşru bir iktidar tasarımı üretirken, insan hak ve özgürlüklerinden koptuğu oranda ise iktidarın meşruiyet algısını yozlaştırabilmektedir. Demokrasi ise insan hakları ve özgürlüklerine dayanan, bireyi devletten aşağıda veya yatay düzlemde devletin simetriği olarak gören bir anlayışı değil, tam aksine bireyi modern devlete her an alternatif gören bir iktidar tasarımıdır. Görüldüğü gibi, burada iktidar birey lehine sınırlanmakta, devlet türev ve işlevsel bir aygıt boyutuna indirgenmektedir. Böylece, dünyevi alanda iktidarın meşruiyet algısı anayasacılığın özü, bir diğer deyişle anayasacılığın dayandığı değerler dizisi etrafında şekillenmiş olmaktadır.

⁴² Hacim kelimesi burada bilinçli bir tercih sebebi ile kullanılmıştır; zira alan zaman ve mekân olgusuyla insan davranışları ekseninde doldurulmuştur.

Burada meşruiyet olgusu ve siyasal ve sosyal yaşam pratiği ile ilişkisinin boyutlarını incelemeye son vermeden önce özellikle ikinci boyutta, yukarıda birey-devlet veya birey- iktidarın değişik görünüm biçimleri bağlamında, iki “siyasal sistem” teorisi gelişimini incelemek yerinde olur. Max Weber, bu anlamda meşruiyeti geleneksel, karizmatik ve hukuki veya rasyonel olmak üzere üç otorite tipi üzerinden öngörmektedir. Geleneksel otorite, tarihsel süreç içerisinde gelişen kurallar ve geleneklere göre otoritenin meşruiyetini konumlandırmaktadır. Yani şu anı biçimlendiren kurallar, tarihsel geçmiş ile bağlantılı ve ona uygun olduğu kadar meşru olur. Karizmatik otoritede ise meşruiyet liderin sıra dışı özelliklere sahip olması veya bu tarz niteliklere sahip olduğuna toplum katmanlarını inandırmasına göre konumlanmaktadır. O halde burada liderin algı yönetimine yönelik maharetinden de söz edebiliriz; zira lider, bu bakımdan yetenekli olduğu ölçüde başarılı sayılacaktır. Rasyonel otorite ise sosyolojik veya karizmatik otoritede olduğu gibi lider profiline bağlı olarak psikolojik alanda değil, hukuksal alanda meşruiyet bulur; bir anlamda rasyonel aklın kabulü söz konusu olur.

David Easton da teorisini oluştururken meşruiyetin kaynağını araştırmıştır; teorisinde, meşruiyet istikrar sağlamada “destek” rolüyle araçsallaşmaktadır. Burada ideolojik kaynak, yapısal kaynak ve liderlerin kişisel nitelikleri olmak üzere bir sınıflandırma biçimi söz konusu olmaktadır. İdeolojik kaynaktan kasıt sistemin esasını oluşturan değerler, ilkeler, hedefler ve amaçlardır. Yöneticiler, çeşitli araçlarla sistemin meşruluğu noktasında “yaygın destek” sağlamaya çalışırlar. Yapısal kaynaktan kasıt ise hukuk veya kurallar bütünüünün meşru olacak şekilde kabul görmesidir. Liderlerin niteliğine gelirsek, burada, Weber’in karizmatik otoriteye sahip tek lider olgusundan daha geniş bir anlamın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Otoritenin meşruiyetini sağlamaya gidilen süreçte “liderler kadrosu”ndan söz edilmektedir; ancak nihai anlamda başarı için “kalite ve yetenek” gerekecektir⁴³.

Ancak, değinildiği üzere, günümüzde modern devlette meşruiyet olgusu demokratik ilkelere göre konumlanmaktadır. Böylelikle iktidar meşruiyetini insan hakları, özgürlükler ve yönetimde şeffaflık gibi değerler kümesinde bulacaktır. Dolayısıyla “milli irade gibi anlamsız fiksiyonlar”⁴⁴ günümüz meşruiyet olgusu ve iktidar ilişkisi karşısında sığ kalmaktadır. Gerçekten de, günümüz çağdaş iktidar ilişkilerine meşruiyet sağlayan etkenin, insan hak ve özgürlükleri bağlamında gelişen hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışı olduğu söylenebilir. Aşağıda bu konular ele alınacaktır.

⁴³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara 2010, s.101-103.

⁴⁴ Kapani, a.g.e., s.104.

B. Hukuk Devleti ve Anayasa Yargısı

Anayasa yargısının meşruiyet olgusu ile ilişkisinde fotoğrafı net görebilmek için hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler bağlamında konuyu derin bir alanda ele almak gerekir. Siyasal ve sosyal hayatta geliştirilen davranış biçimlerinin iki yönünden söz edilebilir; ilki, tarihsel toplum hafızasının gelenek köprüsüyle getirdiği statiklik, ikincisi ise uygarlık sürecinde anı yakalamak için söz konusu olan devinim. O zaman burada, bir yandan, kültürün oluşum sürecinde kültüre ontolojik meşruiyet sağlayan toplumsal bir bilinç, öte yandan bilgi değişim ve dönüşüm paralelinde kültürün dinamizmi, bir anlamda *epistemeye* dayalı meşruiyeti karşımıza çıkmaktadır. O halde, burada anayasa yargısının meşruiyetini incelerken öncelikle geleneksel hafızaya, anayasacılığın özüne inmemiz gerekecektir; daha sonra ise bu özün peşine takılan, değişim ve dönüşümü sağlayan değerler dizisi ekseninde modern anlamda anayasa yargısının meşruiyetini ortaya koymamız gerekir. Böylece, aktivist tutumun varoluşsal dayanağı belirirken an itibariyle uygulanış sebebi ve gelecekteki gerekliliği ortaya çıkmış olacaktır.

Bu durumda, öncelikle anayasacılığın antik anlamını irdelemek gerekir ki bu da bizi devletin sınırlandırılmasına⁴⁵, başka bir söylem ile sınırlı devlet olgusuna götürecektir. Sınırlı devlet olgusu iktidarın tortulaşmasını önler; böylece toplum hafızasında iktidarın tekilliği ve sınırsızlığı algısı çözülmüş olunur. Algıda bir boşluk veya yanılısma söz konusu olmaması için ise doğan boşluk, hemen insan hakları ve özgürlüklerine dayanan meşruiyet anlayışı

⁴⁵ Buraya gelmişken Arslan'ın kaleme aldığı bir makalesindeki girişi olduğu gibi almak gerektiği kanaatindeyim. “*İnsanın devletle dansı bilim-kurgu filmlerine benzer. İnsan zekası önce, Nietzsche’yi doğrularcasına “iktidar arzusu” (will to power) ile, dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları icat eder. Sonra da, filmin gerçek kahramanı sahneye çıkar. Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da. Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür... İnsanın devletle ilişkisi de bu türdendir. Modern siyasal teoride bu ilişkinin şekillendirilmesi genellikle Hobbes’la başlatılır. İnsanların, birbirini kemirdiği doğa durumundan Leviathan dönemine geçişin nedenlerini, şeklini ve sonuçlarını anlatır Hobbes. Yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması, Hobbes’un mutlak güç sahibi bir canavar yaratmasını açıklasa bile bunu haklı kılmaya yetmez. Ne var ki, olan olmuştur. Hangi nedenle ve ne şekilde olursa olsun ortaya bir yaratık çıkmıştır. Kimilerine göre, onu yaratanlara eski günlerini aratan bir yaratıktır bu. Şimdi bütün mesele, Leviathan ile birey arasındaki ilişkileri ikincisi lehine düzenleme meselesidir. Ya da bilim-kurgusal anlamda dünyayı Leviathan canavarından kurtarma meselesidir. “Bizathi köyü” ya da “kötülerin silahı” olarak Leviathan’ın etkisini (zararını) azaltabilmek maksadıyla, zamanla farklı mekanlarda farklı çözüm yolları ortaya konmuştur. Çözüm yollarının tükandığı dönemlerde de “gerçeküstü” fanteziler devreye girmiştir. “Yarı sanal deli yürek’ler, kitlelerin gözünde kirli ve hukuk dışı yollara başvuran Leviathan’a karşı alternatif adalet dağıtıcısı olarak algılanabilmiştir.” Arslan, a.g.e., s. 55.*

ile doldurulur. Böylece, a priori olarak, ilkel düzlemde anayasa yargısının meşruiyet zeminini, bir anlamda antikiteğini geliştirmiş bulunuyoruz. Bu durumda, anayasal mayalandırma evresinin tamamlanmış olduğunu söyleyebiliriz. Bundan sonra yapılması gereken uğraş ise değerler dizisini anayasal retorik seviyesine indirmeden geliştirmek olacaktır.

Modern sonrası zamanlarda türevi insan olan devlet-insan anlayışı, türevi devlet olan insan-devlet anlayışına evrilmiş ve söz konusu durum kurumsallaşmaya doğru gidilmiştir. Bilginin değişimi, değişimin dönüşümü sağladığı günümüzde insan merkeze geçmiş⁴⁶, iktidar ve değişik görünüm biçimleri insana göre tanımlanmış, meşruiyetini bulmuştur. Böylelikle, bilgi yapısındaki dinamizm süreç içerisinde siyasal yaşam algısını dönüştürmüş ve nihayetinde anayasal tasarımlar da bu durumdan doğrudan etkilenmiştir. Dolayısıyla, bilgi yapısındaki dinamizm ile birlikte kültürler arası temas yüzeyi artmış, değerler dizisinin geçişkenliğinin artmasıyla birlikte anayasa tahayyülleri de statikliğinden, bir diğer ifade ile antikiteğinden sıyrılmıştır. Böylelikle hukuksal alanda anayasal anlam genişlerken derinlik de artmıştır. Bir anlamda salt anayasal estetik, toplumsal gerçeklik ile uyduğu ölçüde meşruiyet bulmuş olacaktır; zira anayasa bir bilgi ve değerler toplamı olarak anlam kazanacaktır. Dolayısıyla, aktivist ritim bu alanda attığı sürece meşruiyet krizi çözümlenecektir. Dikkat edilirse hukuksal alanda meşruiyetin rasyonelleşmesi gerçekleşirken duygusal aşınmaya sebep verilmemeye çalışılmıştır.

İşte tam bu noktada, karşımıza değerler dizisinin iki dirimsel kaynağı olarak hukuk devleti ve demokrasi çıkmaktadır. Hukuk devleti, devletin siyasal ve sosyal alandaki iktidar pratiğinin hukukla bağlı olduğunu öngörmektedir. Böylece devlet, hukuku doğuran bir organ değil, hukuktan meşruiyet bulan ve manevra alanı sınırlandırılmış bir aygıt olarak görev yapacaktır. Bu durumda hukuk devleti, devletin sınırlılığını belirlediği doğrultuda organlarının hukuka bağlı olmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organları birbirinden bağımsız oldukları gibi, yetkileri hukuk ile daraltılmaktadırlar. Şüphesiz burada yasama faaliyetinin yargısal denetimi anayasa yargısı ile sağlanırken, yürütme de yargı denetimine tabi tutulacaktır. Aynı zamanda, hukuk devletinde, bireyin hak ve özgürlükleri tanınıp güvenceye bağlanacak, hak arama özgürlüğü doğrultusunda bireyin yolu her

⁴⁶ Merkezde yoğunlaşmış iktidar yığınına çevreye savurarak homejen iktidar heterojenleştirilmiştir. Böylece iktidarın ağırlık merkezi noktasal değil, düzlemsel olarak bir diğer anlamda toplumsal alana çekilmiş olunur. Bu durumda yeknesak iktidar kültüründen poetik bir varlık olarak devlete geçilmiş olur.

türlü sürprizden arındırılacaktır. Böylece, iktidar pratiğinde keyfiyet ve buna bağlı olarak yozlaşma engellenecek ve hukuki güvenlik sağlanacaktır⁴⁷. O halde, böyle bir durumda insan, kendinden menkul bir varlık, bir amaç olarak belirir.

Hukuk devletinin araçları, daha doğrusu belirlendiği değerlerin üstünlüğü kurgulanırken, bunların insana göre konumlandığını unutmamak gerekir. Gerçekten de burada, norma dayalı devlet kültürü yerine değere dayalı hukuk kültürü söz konusudur. Bu bağlamda hukuk devleti, Rousseau'nun deyişiyle “soy aristokrasisi yerine para aristokrasisi”ni getirmez; başka bir söyleyişle sadece para ve piyasayı amaç edinen bir yanılısamanın da ötesinde anlamlar taşır. Dolayısıyla, hukukun rasyonelleşmesi süreci “devlet aklı”⁴⁸ ya da iktisadi yüceltme olarak ortaya çıkacaksa, bir yanılısama yaşanmış olunur. İktidarı gökyüzünden yeryüzüne indirip usun imparatorluğuna tabi olmak, şüphesiz, hukuk devleti ile bağdaşmayacaktır. Böylece, hukuk devleti, tinsel alandan metasal alana hukuk sarkacıyla inen devlet aklına dayanan sistemi değil, insan aklına ve iradesine dayanan düzeni öngörecektir. Bu bağlamda usun siyasal regülatörlüğünü de anayasal dinamizm sağlayacaktır.

⁴⁷ ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s.88 vd. Bunlar bir anlamda hukuk devletinin şekilselliği yönünü ortaya çıkarmaktadır. Devletin işleyişi ve fonksiyonelliği hukuk ile sınırlandırılmış ve çizilmiştir. Bu konuda bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.22. Ancak bu durum hukukun yüzeyselleştirilmesi tehlikesini de içerdiği gibi, devlet de organizmadan mekanizma olmaya doğru savrulur. Dolayısıyla burada mantıksal veya duysusal tutarlılık duygusal veya ontolojik tutarlılık ile simetrik değildir. O halde ontolojik meşruiyet hukuk devletinin değerler dizisi ile daha çok ilgilidir. Bu durumda hukuk devletinin çoğulcu, özgürlükçü, eşitlikçi, bireyin üstünlüğünü ortaya koyan yüzü ile karşılaşmaktayız. Dolayısıyla biçimsel uyumsuzluğun giderilmesi gerektiği gibi tinsel uyumsuzluk da giderilmiş olunmalıdır. Böylece yaşam pratiği ile meşruiyet arasındaki organik bağ bu şekilde kurulmuş olacaktır. Çünkü hukuk devleti salt kurgusal bir mekanizma oluşumundan ibaret olmayıp, organizmanın muhtemel verebileceği zararları gidermesi gerektiği gibi insanlar arası ilişkilerin de sebep olacağı hasarları onarabilmelidir. Yani hukuk devleti yatay ve dikey işlevlere sahiptir denilebilir.

⁴⁸ Devleti bir sanatsal eser olarak gören Machiavelli “devlet aklı”nın kurucu ismi olarak söylenebilir. Onun için devlet soyuttur, sistemin merkezindedir ve kendinden menkul bir varlığa sahiptir. Devlet en üstün şeydir ve diğer değerler kaynağını devletten alır. Şu durumda devletin bekası her şeyden önceliklidir ve her şeyin üzerinde yer alır. Erdemin aslı unsuru olan devlet için başka bir meşruiyet aramaya gerek yoktur ve dolayısıyla herhangi bir ahlaki ilke ile devleti sınırlamamak gerekir. Hegel’de de devlet tanrısal özellik taşır ve meşruiyeti içkinliğinden kaynaklanmaktadır. Burada esas amaç devlettir ve devletin bir ödevi varsa o da kendi kendini korumaktır. Mithat Sancar, *“Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s.49-50. Bu konuda “devlet aklı”nın derinliğine inmek ve hukuk devleti ile ilişkisinin ayrıntılı bir şekilde peşine düşmek için bkz. SANCAR, Mithat, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, b.6, İstanbul 2012.

Bu noktada, tartışmanın derinliğine inilirken hukuk devletinin bir diğer yönünden söz etmek gerekir. Burjuva sınıfının karakteristik özelliklerini taşıyan ve bu bağlamda teorik altyapısını inşa eden hukuk devleti her şeyden önce bireye toplum ve devlet karşısında sınırlı da olsa bir özek alan sağlaması bakımından değerlidir. Başta iktisat temelli olan özerk alan talebi zamanla siyasal iktidar talebi olarak dönüşüm geçirmiş ve böylece hukuk devletinin insan hak ve özgürlüklerine yönelik fonksiyonel gücü “devlet aklı”nın devreye girmesi neticesinde köreltilmiştir. Böylece, modern sonrası zamanlarda, hukuk devleti hak ve özgürlük temelli sosyolojik devinimini koruyamamış ve iktisadi pragmatizmin düşünsel kalebentliğinden yeterince sıyrılamamıştır. Ancak, şüphesiz, modern ulus devletinin noktasal ve sınırsız *leviathan*vari iktidarı karşısında özerk alanı, düşünsel düzlemde kabul ettirmesinden dolayı dahi, hukuk devleti övgüye değerdir. Fakat modern sonrası karmaşık ilişkileri düzenleyici özelliği bakımından zaman zaman tıkandığı veya eksik kaldığı da bir gerçektir.

İşte tam bu noktada Sancar “hukuk devleti”nin⁴⁹ iki aşamasından söz etmekte ve meşruluğun bu iki aşamının birlikteliği ile gerçekleşeceğini belirtmektedir. Buna göre, birinci aşama “yasallık”tır. Bu, hukuk devletine gidilen süreçte temel koşuldur. İkinci aşama ise sözü edilen yasaların insan hak ve özgürlükleri bağlamında belli bir içeriğe sahip olması gerektiğidir, ki böylece “yasal despotizm”den ayırım söz konusu olsun. Fakat buradaki hukuk devleti halen klasik anlamda “devlet aklı kısılacında”dır. Nitekim, Kelsen’in normativist anlayışında bu durum somut bir şekilde belirlemektedir. Buna göre dokunduğu her şeyi hukuka dönüştüren “Kral Midas” olan devletin bütün faaliyeti pozitif olarak hukukidir. Sancar’ın da haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir devlet keyfilüğün esnekliğine göre biçimlendirilen norm devletine dönüştürülmektedir.⁵⁰

Bu durumda “devlet aklı”, hukuk devleti ile bağdaşmayan her türlü iktidar pratiğinin meşruiyet kaynağı olarak işlev görmektedir. Böylece, biçimsel şartı sağlayan içi boş, daha doğrusu “devlet aklı”ndan insan hak ve özgürlüklerine yer bırakmayan formel bir devlet biçimi ortaya çıkmaktadır.⁵¹ Dolayısıyla “herkesin özgürlüğü, eşitliği ve kardeşliği” değerleri üzerine temellendirilen burjuva iktidarı politik gücünü pekiştirdikçe öncelikle kendi

⁴⁹ Hukuk devletinin “yasallık”, “normativist” yaklaşımı ile maddi, içeriksel yaklaşımın ayrıntılı ilişkisi ve bu bağlamda Carl Schmitt’in düşünceleri için bkz. Sancar, a.g.e.,85-101.

⁵⁰ Sancar, a.g.e., s.56.

⁵¹ Sancar, a.g.e., s.57-58.

değerlerinden yabancılaşmış ve onları korkulan şeyler olarak görmüştür. Kapitalizm sonrası süreçte, burjuva iktidarı için hukuk devleti rahat zamanlarda makyaj ve paravan olarak kalmakta, zor dönemlerde ise gerçek yüzünü “devlet aklı” marifetiyle sergilemektedir.⁵² Gerçekten de hukuk devletindeki devlet kavramı içerisinde “devlet aklı” gizli özne olarak diri tutulmaktadır. Bu durumda, içi boş tematik devlet sıkıştığı zamanlarda adeta *leviathan*vari bir canavara dönüşebilmektedir. Böylelikle, güzellikle ve estetik makyajla eridikçe hukuk idesi ve hak ve özgürlükler de silikleşmekte, kaybolmaktadır. Şu halde hukuk devleti, gerek maddi gerek biçimsel özelliklerinin toplamı olarak var olmalıdır.

Devlet, bir aygıt olarak doğası gereği kristalize olmaya, statik kalmaya meyillidir. Düzlemsel alanda devlet, hukuk ile hareket kabiliyeti kazanır, bir diğer anlamda hacim alır. İşte burada, devlet sistemine dinamizm katan, daha doğrusu eylemsellik katan hukuktur. O halde hukukun eylemsel yönü üzerinde durmak gerekir. Öncelikle gözlemlenen şey ise eylemselliğin meşruiyeti, hukukun varoluşsallığı ile ortaya çıktığıdır. Biz yukarıda hukukun ontolojik meşruiyetine değindik; ancak, iktidar pratiğinin reel alandaki dönüşüm krizi çoğunlukla eylemsellik sorununa bağlı olduğu görülmektedir. Esasında bu sorunun çözümü, bir anlamda kristalize devletin çözülmesi anlamına da gelecektir ve devletin araçları arasındaki organik bağ buna bağlı olarak esneyecektir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, burada yapılmak istenen hukuku düşünsel alanın dışına itmek, devleti salt eylemsellik ile koşullandırmak anlamına gelmez. Bu doğrultuda gelişen durumun tanımlayıcı değil, tamamlayıcı özelliği ile ilgilenmek söz konusudur. Tabii, söz konusu durum, düşünselliğin önemsizliğini ifade etmez; aksine ideolojik fırtına bu alanda, işin mutfağında kopmaktadır. Eylemselliği önemli kılan durum, reel düzlemle temas yüzeyinin olması ve buna bağlı olarak gelişen sürtünmedir. Buradaki sürtünme, ya gerçekleştikçe hukuksal alanda toplumsal elektriklenmeyi artıracak ya da toplumu deşarj edecektir. Olması gereken ikincisi için ise hukukun değerler dizisi ile toplum arasındaki iletişim kanallarının açık olmasına bağlıdır. Görüldüğü üzere burada yine tartışma eylemsel alana çekilmiş olunur; çünkü reel düzlemde etkiye karşı geliştirilen tepki ekseninde sorgulama ve eleştirel tavır bu alanda ortaya çıkacak, denklemin sağlaması burada yapılacaktır.

Ancak, hukuk idesi ile reel pratiği çoğunlukla birebir örtüşmez. Hukuk idesinin yeryüzüne inişinde *a priori* bir sorunun varlığından söz edebiliriz.

⁵² Sancar, a.g.e., s.62-63.

Mekan ve zaman uyumunu yakalama sürecinde ide ahlaki varoluşsalılığı ve değerler sistemini oluşturur. Bunun uygulanış sürecindeki yeryüzünde denemesi yozlaşma göstermektedir. Bir defa, idenin rasyonelleşmesi sürecinde bir tür rasyonel hiyerarşiye tabi tutulduğu söylenebilir. O halde, ilk yozlaşma metasal anlamda somutlaşma ile ortaya çıkmaktadır. Bu yönü ile demokrasi ve hukuk devletinin oluşumu sınırlı kalmaktadır ve normların bütünselliği de söz konusu durumu engelleyememektedir. İkinci aşamada ise normlara indirgenerek yozlaşan ide romantik hiyerarşiye tabi tutulmaktadır. Böylece ide, tözsel aşınma geçirir ve yozlaşmış motif ve desenler bütünü olarak algılanır. Dolayısıyla, dünyevi alanda ide bir tür mitosa dönüşür ve fakat hukukun kültürel ahlakı yozlaşmış durumdadır. Biz, bu haliyle hukuku demokratik kültür ile koşullandırıyoruz ve bir anlamda saçmalıkta ki kültü, kültteki saçmalığa indirgeyip tartışmayı derinleştiriyoruz.

Sözgelimi, hukuk devleti ekseninde demokrasiyi bu anlamda ele alabiliriz. İde olarak demokrasi tahayyülü sınırsız ve sonsuz etik ve estetiği hukuksal alanda çağrıştırmak; ancak reel düzlemde demokrasi, varoluşsalılığından gelen mükemmeliyeti koruyamamakta ve yüzeysel kalabilmektedir. Bu da, metasal alan ile tinsel alan arasındaki demokrasi idesinin senkron kaymasını beraberinde getirdiğini göstermektedir. Böylece simetriğini uygulanış sürecinde kaybeden demokrasi önsel olarak yabancılaşma geçirir.

Şu halde, hukuk devletindeki devlet yerine hukukun özne olarak görülmesi ve eylemsel alanda asıl rolü üstlenmesinin gerekliliği açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır. Bunun birkaç yararı olacaktır. Öncelikle, modern devlet kurgusal görünüş biçiminden sıyrılmış olacak ve iktidarı rasyonelleşme ile tabi tutulduğu süreçte verdiği hataları veya açıkları telafi edecektir. Böylece, rasyonelliğin, iktidarı usun bir tür kümeleşmesine dönüştürecek yan etkisi önlenmiş olacaktır. Öte yandan, modern sonrası zamanların karmaşasında hak ve özgürlük ideleri, tekil ve çağın bir tür statik leitmotifi olarak varlığını sürdüremez. O halde, çağın labirentlerinden değerlerin kısır döngüsünü durdurabilmek veya en azından yönünü değiştirebilmek hayati önemdedir. Ancak, etik ve estetiğin kesişim kümesinde ve değerler dizisi çarpanında var olandan yeninin üretimi, hatta var olanda şekil değişikliğinin gerçekleşiminin zorluğu, şüphesiz, ortadadır. Bununla birlikte, hak ve özgürlük ideleri modern sonrası zamanlarda anlam aşınmasını yaşamaktadır. Hak ve özgürlük kavramlarının reel düzlemdeki uygulanışında insanın dışlandığı bir evrede yaşıyoruz. Bu durumda adalet, eşitlik ve özgürlük idelerinin yeryüzüne iniş aşamasında geçirdiği yozlaşmada insan mekanik kalmakta ve araçsallaşmaktadır.

Peki neredeyse insanı dışlayan böylesine bir hak ve hukuk kültürüne meşruiyet nasıl kazandırılacaktır? Bu aşamada, devletin somut varlığının ve operasyonel gücünün hukuksal olanın ahlakından geçirmek gerektiği söylenebilir. İşte burada, bizim için bu denetimi sağlayacak anayasa yargısıdır. Fakat bu anayasa yargısında denetimin sınırı ve meşruiyeti, yukarıda sözü edilen insan hak ve özgürlüğü bağlamında olacak şekilde sağlanacaktır. O halde, anayasa yargısının ve yargısal denetimin operasyonel gücünü teşkil eden aktivist tutumun referansı bellidir. Dolayısıyla aktivist tutumla birlikte gelişen meşruiyet krizi, hukuk devletinin eylemselliği alanında belirecek ve yine bu alanda giderilecektir. Her ne kadar paradoks gibi gözükse de, yargı pratiği, hukuk devletinin değerler dizisine göre konumlandığı ölçüde sorunun biraz daha kolay bir şekilde halledilebileceği söylenebilir.

C. Demokrasi ve Anayasa Yargısı

Siyasal düzen üzerindeki yargısal denetim demokrasi ile bağdaşabilir mi? Veya demokrasi ile anayasa yargısının ilişkisi nasıl konumlandırılabilir? Bu durumda, öncelikle demokrasinin beraberinde getirdiği değerler dizisini incelemek ve kurumsallaşma sürecinde işin mutfağı niteliğindeki parlamento faaliyetini irdelemek gerekir. Burada, demokrasinin bireyin üstünlüğü, bireyin duyusal veya duygusal ya da ideolojik siyasal tepkilerinin önemi, hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması ve bunun seçim sistemleri ile kontrol altında tutulmasından söz edilebilir. O halde, demokrasinin sonsuz ve sınırsız (*infinity and unlimited*) bir karakteristiğe sahip olmadığı söylenebilir. Demokrasi, öncelikle toplumsal düzlemde bir olay olarak, birey iradelerinin salt matematiksel toplamından ve işleminden ibaret değildir; aksi takdirde söz konusu determinist labirentten çıkmak mümkün gözükmemektedir. Zira normatif eğilim, birey iradesinin oluşumu bağlamında, toplamda, eylemsellik alanına aynı şekilde normatif eylem olarak tezahür etmez.

Dolayısıyla, birey iradesindeki politik izafiyet ve dinamizm seçilmesi gereken demokrasi anlayışı ve bu düzlemde anayasa yargısının gerekliliği tartışmasında belirleyicidir. Demokrasi, öncelikle doğası gereği belli bir iç dinamizm öngörür; bu doğrultuda, siyasal alana yansıyan dinsel, ideolojik, etnik, politik vb. temalar bakımından çoğunluk her zaman değişime ve dönüşüme meyillidir. Dolayısıyla, politik göreceliliğin ivmesi ile oluşan dinamizm demokrasinin niteliğinde belirleyicidir. Tabi, bu durum ifade edilirken romantik veya mükemmeliyetçi bir sonucun siyasal yaşam pratiğine tam olarak yansyacağı iddia edilemez. Zaten bu doğrultuda *ad hoc* bir

anayasal tasarım ve bu paralelde mito-poetik bir demokratik devlet kurgusal kalır. Burada yapılmak istenen, demokratik kültürü ve bunu oluşturan değerler dizisine yönelik arkaik bilinci mümkün olduğunca dondurmamaktır. Böylelikle demokrasinin kendisi paradoksal çelişki ve çatışkılardan kurtulacaktır.

Bu durumda, demokrasi bağlamında anayasa yargısına karşı çıkmak aynı zamanda demokrasinin mükemmel olduğunu iddia etmek anlamına gelir. Peki, demokrasi mükemmel bir rejim midir? Ya da “halkın halk tarafından halk için yönetilmesi” söyleminin reel pratiği nedir? Halbuki, teker teker bireylerin iradelerinin iktidar oluşumu üzerinde gerçel düzlemdeki yansıması simetrik değildir, başka bir söylem ile gerçekliği sağlayamamaktadır. Nitekim Gözler, seçimlerden sonra ortaya çıkan sonucun “milli irade” veya “halkın iradesi” değil, aksine “halkın çoğunluğu”nun iradesi olduğunu belirtmiştir. Hatta Gözler’e göre halk kavramı, halihazırda yaşayan bütün vatandaşları kapsadığına göre ve halihazırda yaşayan vatandaşların bir bölümünün seçimlerde oy kullanamama durumu söz konusu olduğuna göre seçimlerden sonra beliren durum “seçmen çoğunluğun siyasal tercihi”dir.⁵³ Gerçekten de “milli irade”, “genel irade” ve “halk iradesi” kavramlarının reel gerçekliği yansıtmadığı, en azından seçim sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, söylenebilir. O halde, birey iradesinin iktidar üzerindeki yansıması düz değil, aksine pürüzlüdür. Dolayısıyla, demokrasinin çeşitli sembolik kavramlar kullanılarak mistifikasyona uğratılması psikolojik algının tatminini sağlasa da siyasal yaşam pratiğinde gerçek bir karşılığının olduğunu söylemek abartı olacaktır.

Öte yandan demokrasi ile anayasa yargısı birbirini götüren çarpanlar mıdır veya bu iki bileşke uyumlu olabilir mi? Demokrasi, burada değerler dizisi olarak, dinamiklerini bilgi yapısındaki değişimler ve kültür dönüşümü uyumunda sağlaması gerekir. Anayasa yargısı ise bu amacı gerçekleştirmeye yarayan amaç, bir diğer anlamda yaşamsal kaynaktır.⁵⁴ O halde, bu iki etken arasında olumlu veya olumsuz bir nitelendirme yapmaya veya dialektik bağını kurmaya gerek yoktur ve esasında bu tür bir koşullandırma, bizatihi

⁵³ Gözler, a.g.e., s. 171.

⁵⁴ “Anayasacılığın gerekleriyle demokratik ilke ve değerler arasında tam bir uyum ya da tamamlayıcılık ilişkisi olduğundan söz edilemez; ancak bu ikisi arasında giderilmesi imkansız bir çelişki de mevcut değildir. Anayasal bir yönetim, siyasal karar alma sürecini demokratik esaslara tabi kılmak suretiyle kendi meşruluğunu sağlamakta; demokratik bir yönetim ise anayasacılığın gereklerine yer vermek suretiyle kendi devamlılığını garanti etmektedir. *Anayasal demokrasi* kavramı, işte bu sentezi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.” Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.43.

demokratik değerler bakımından insan hak ve özgürlükleri bağlamında sakıncalıdır. Dolayısıyla, anayasal demokratik çarkın düzenli işlemesi için anayasa yargısı bir tür engelleyici dış değil, aksine çarkın dişlerinin iyi işlemesi için bir anlamda yağlamadır.

Tam burada önemli olan durum ise söz konusu değerlerin çoğunlukçu veya çoğulcu demokrasi görünüm biçimlerinden hangisinin çarpanında değerlendirileceğidir. Burada çoğunlukçu anlayışın demokrasinin ilkel, antikite versiyonunu yansıttığını belirtebiliriz; zira çoğunlukçu anlayış, demokrasinin değerler dizisini ihmal ederek statik, tek tip kültür tiplmesi ile sonuçlanan kristalize bir siyasal ve buna bağlı olarak hukuksal bir ortama neden olmaktadır.

Dworkin'e göre çoğunlukçu demokrasi anlayışı, "halkın çoğunluğu halkın geri kalan kısmını yönetmelidir" esasına dayanır. Burada, amaç çoğunluğun "yerleşik kanaatleri"ni meydana çıkarmaktır. Ancak bu şekli ile çoğunlukçu anlayış her zaman adalet ile aynı anlama gelmez; zira herkese eşit oy hakkı ve ifade hürriyeti gibi bireysel hakların tanınmasına rağmen hakim durumundaki çoğunluk, sözgelimi iktisadi kaynakların adaletsiz dağıtımını yönündeki bir karar alabilmektedir. Dolayısıyla demokrasinin bu anlamdaki izdüşümü adalet ile örtüşmeyebilmektedir.⁵⁵ Görüldüğü gibi bu anlayış "usuli" veya şekli denilebilecek bir esasa dayanmaktadır.⁵⁶ Fakat bu anlayış, böylelikle hakkaniyeti sağlamaz⁵⁷; zira hakkaniyet, tartışmanın ve oylamanın baskı altında yapılmadığı "siyasal eşitlik"tir". Kaldı ki, eşit oy ilkesi siyasal eşitliği sağlamaz. Diğer bireyler üzerinde etki yaratma bakımından "siyasal nüfuz"(Örneğin ABD'de siyasal nüfuz bakımından para varlığı önemli etkendir) da oyların eşitliğinden farklıdır. Dolayısıyla siyasal nüfuz açısından siyasal eşitliği sağlamak bu halde mümkün değildir.⁵⁸

Dworkin çoğulcu demokrasi yerine "ortaklık demokrasisi" kavramını kullanmaktadır. Düşünsel temeli ise bir şirketteki yönetim sistemine ve

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*, Anayasa Yargısı, C. 28, 2011, s.28-29.

⁵⁶ Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.30.

⁵⁷ Örnek olarak Dworkin'in şu kurgusunu verelim. Üzerinde birçok insanın bulunduğu bir teknenin batmaması için bir kişinin denize atılması gerektiğini varsayalım. Şu durumda atılacak kişi nasıl belirlenmelidir. Eğer burada oylama yapılırsa din, ırk vb bakımından çoğunluk olmayan bir gruba mensup biri veya teknedeki ez az popülerliğe sahip biri seçilebilir. Bu durumda hakkaniyet sağlanmış olmayacaktır. Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.36.

⁵⁸ Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s.37-38.

ilişki ağına dayanmaktadır. Nasıl şirket yöneticileri sadece kendilerinin veya belli gurubun değil bütün ortakların çıkarını düşünmektedirler, “ortaklık demokrasisi”nde de aynı şekilde yöneticiler bütün toplumun çıkarını dikkate alarak kararlar alırlar.⁵⁹ Böyle bir demokrasi anlayışının üç şartı vardır. İlk olarak vatandaşların siyasi karar alım sürecinde eşit oy hakkı vardır ve fikir hürriyetleri, karar alma sürecine katılma hakları söz konusudur. Sonra, “eşit özen ilkesi” söz konusu olmalıdır; yani herkesin varlığı varılan karara yansmalıdır. Kimsenin hayatı bir diğerinden daha az önemde değildir. Üçüncü olarak da bireylerin kişisel onuru alanına giren konularda çoğunluğun karar almamasıdır.⁶⁰ Böyle bir anlayış, adaletten uzak değildir ve bu maddi bir niteliğe dayanır. Siyasal eşitlik ve hakkaniyet bu anlamda sağlanabilir.⁶¹ Gerçekten de, çoğunlukçu demokrasi anlayışı her ne kadar şekli anlamda bir disipline sahip olsa da günümüz hak ve özgürlük değerleri karşısında yeterli değildir. Çağımızda demokrasi şekli tutarlılıktan öte anlamlar taşır.

Öte yandan, demokrasinin hukuksal ve siyasi sac ayaklarının tamamlayıcısı olarak sosyolojik işlevi de önemlidir. Modernizm ile birlikte rasyonel aklın yaşam alanına hakim olması bir yanda birey olgusunu ortaya çıkarırken diğer yanda bireyi meta ötesi alandan mümkün olduğunca soyutlamıştır. Eski zamanda, antik iktidar ilişkilerine göre sosyal, siyasi ve hukuki konumunu alan birey yeni durum karşısında her üç bakımdan da statü değişikliğine uğramıştır. Bu şekilde değer yargılarına yabancılaşan birey, yeni statüsünde kendini yalnız hissetmiştir. İlerleyen dönemlerde hak ve özgürlükleri artan ve güvenceye bağlanan birey, yeni statüsüne ayak uydurmaya başlamıştır. Ancak, bu haldeki bireyin toptancı, otoriter, totaliter ve türevi ideolojilere tabi tutulmaması için demokrasi etkili olmuştur.

Mardin’in belirttiği gibi bireyi “kütle adamı”⁶² olmaktan kurtarmak modern demokrasinin önemli bir görevidir. Bu durumda, bireyin toplumsal hayatta etki payının olduğunu göstermek gerekmektedir. Aksi takdirde, “kütle

⁵⁹ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.28.

⁶⁰ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.30.

⁶¹ Dworkin, Siyasal Anayasanın, s.39.

⁶² Modern zamanlarda sanayileşme, nüfus artışı ve diğer fraksiyonlar neticesinde “kütle adamı” ortaya çıkmıştır. Ancak “kütle adamı” eskiden tabi olduğu aile, kabile, cemaat gibi sosyal yapılanmalardan soyutlanmıştır. Yalnızlaşan bu “tip” eski sosyal düzeninin eksikliğini giderecek yeni sosyal yapılanmalar (siyasi parti, sendika vb) aramış ancak bu haliyle kütlede bir unsur olarak kendini bulmuştur. Fakat “kütle adamı” sahte samimiyetli demagoglara ve sembol veya simgelere bağlı olan faşizm vb rejimlere kolay bir şekilde tabi olabilmektedir. “Kütle adamı” için bkz. Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s.330.

kompleksleri” ortamında bireyin sadece birkaç yılda bir oy kullanması, “açlıktan ölmekte olan bir adama simidin üstündeki susamı teklif etmeye benzer”.⁶³ Dolayısıyla, bireyi içinde bulunduğu toplumsal alanın en küçük biriminden en büyük birimine kadar söz sahibi kılmak gerekir. Böylece, birey boşlukta kalmamış olur.⁶⁴

O halde, meşruiyet anlamında referans alınması gereken çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Çoğulcu anlayış, burada genel ve çoğunlukçu iradeye mesafeli yaklaşır ve onun demokrasi için yeterince güvenceli olmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca çoğunlukçu anlayış, kuvvetler ayrılığı, sınırlı devlet, anayasa yargısı⁶⁵ gibi anayasacılığın operasyonel gücünü oluşturan mekanizmalara da elverişli değildir. O halde, bizim için burada esas olan çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Peki, çoğulcu anlayışın fonksiyonelliği ve anayasa yargısının bu bağlamdaki operasyonel gücü nedir?

İşte burada, anayasal demokrasinin⁶⁶ operasyonel gücünün önemli sacayaklarından birisi anayasa yargısıdır. O halde, anayasa yargısının kendi yapılanması öncelikle demokratik çoğulculuğa sahip olmalı ve bu bağlamda demokratik meşruiyeti söz konusu olmalıdır. Özbudun, anayasa yargısının demokratik temellendirmesini sağlamak için yargıçların seçiminde yasama organına yetki verilmesini ve anayasa yargıçlarının görevlerini süre bakımından sınırlandırılmasını önemli bulmaktadır. Böylelikle, kamuoyunun

⁶³ Mardin, a.g.e., s.332

⁶⁴ Mardin, a.g.e., s.332.

⁶⁵ Doktrinde Bickel’e göre kanunların yargısal denetimi ile yasama faaliyetlerinin denetlemek halihazırda ülkede yaşayan halkın iradesini engellenmesi demektir ve bu açıdan anti-demokratiktir. Bu durumda anayasa yargısı yasama organının politik yaratıcılığını tahrip eder; ayrıca seçimler sonucu oluşan ve temsil kabiliyetine sahip yasama ile kanunların yargısal denetimi uyumsuzdur. Korucu, a.g.e., s.39. Oysa ki yukarıda belirtildiği gibi tam tersini düşünmekteyiz. Bu bağlamda anayasa yargısının demokrasinin kurumsallaşması ve dinamizmi bakımından gerekliliği noktasında tereddüt duyulmamalıdır. Tabi bu durumda yargısal aktivizmin farklı sonuçları üzerinden çekincelerin oluşması da ihtimal dahilindedir.

⁶⁶ Anayasal demokrasi anayasal hükümlerle politik sorumluluğu olmayan ve seçimle göreve gelmeyen bir organ tarafından çoğunluğun iradesinin etkisizleştirilmesi veya değiştirilmesini öngörmektedir. Eski dilde söylemek gerekirse demokrasi Herrschaftsform egemenlik biçimidir; iktidarsız bir toplum değildir. Oy kullananlar temsilciler üzerinde kısmi bir etkiye sahiptir. Hukuk vatandaşları bağlar ama yaygın isteği değil. O zaman demokrasi sadece parlamentoda halihazırda çoğunluğun istekleridir. O halde yatay hesap verilirlik dikey hesap verilirlikle desteklenmelidir; zira demokrasi ek önlemler ile güçlendirilmelidir. İşte burada bu ek önlemlerden bir tanesi anayasal hükümlerin söz konusu olduğu devletin sınırlandırıldığı anayasal demokrasidir. Dolayısıyla seçimlerde azınlık ile çoğunluk zaman içerisinde yer değiştirebilmektedir; burada da bir hakem var ve gerektiğinde azınlığın isteği üzerine hüküm verebilir. Pasquale Paquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, Ratio Juris, C.11, S.1, 1998, s.40-47.

eğilimleri milli iradenin temsili niteliğindeki parlamentoların bu yetkisi ile bir nebze anayasa yargısına yansıtacaktır. Nitekim, birçok Avrupa ülkesinde (Fransa, Almanya, İtalya, İspanya) bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu sağlamaya yönelik bir diğer seçenek ise siyasi ve değer yargılarının söz konusu olduğu alanlarda aktivist tutumdan kaçınılması veya kendi kendisini sınırlandırmanın (judicial self restraint) benimsenmesidir. Bu sınırlama, kamuoyu çoğunluğunun tercihinin siyaset ve hukuksal yansıması karşısında Anayasa Mahkemesinin göstereceği uyum ile sağlanmış olur. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin iptale ilişkin kararlarında “pozitif direktifler” vermemesi veya buna benzer şekilde iptal yerine normun uygulamasına ilişkin kendi yorumunu dayatacak⁶⁷ şekilde “anayasaya uygun uyum” yönteminden kaçınması gerekir. Şüphesiz, anayasa yargısı sürecinde, değerlerin tamamen dışında (*value free*) bir yorum pratiği söz konusu olamaz. Ancak, yukarıdaki anlamda bir anayasa yargısı tedbiri, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirecek niteliktedir.⁶⁸

Bu bağlamda, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini sağlamaya doğru gidilen yolda, iki yaklaşımdan söz edilebilir. İlk olarak, normlar hiyerarşisinin kuramsal temellerini atan ve Avrupa tipi anayasa yargısının temellendirmesini yapan Hans Kelsen'in fikirlerinden söz edilebilir. Kelsen'e göre anayasal denetim sonucu bir kanunun iptal edilmesi ile genel bir normun ihdas edilmesi arasında fark yoktur; zira bir normun iptali ile ihdası aynı anlamı taşımaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi de yasama yetkisini kullanan bir organ niteliğindedir. Fakat Kelsen, anayasa mahkemelerini bu durumda, pozitif kanun koyucu durumundaki parlamento faaliyetinden ayırıp onları “negatif kanun koyucu” şeklinde nitelendirmektedir. Öte yandan Kelsen, temel hakların “açık uçlu nitelikleri” sebebiyle ve tabii hukukla ilişkilerinden dolayı pozitif anayasa metinlerinde yer almaması gerektiğini söylemektedir; aksi durumda, mahkemeler kanun koyucu işlevi gösterebilirler. Ancak, Özbudun'un da belirttiği gibi, modern anayasalar ayrıntılı haklar düzenler ve Kelsen'in fikirleri bu yönü ile geçerlilik arz etmez. Bunun yanında, “negatif kanun koyucu” ile pozitif kanun koyucunun açıkça ayrımına da kolayca

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin başörtüsüne ilişkin kararında yaptığı değerlendirmesinde bu tür bir dayatma yorum örneği sergilediği söylenebilir. Bu arada, Anayasa Mahkemesi kararlarına internet adresinden ulaşılabildiği için burada sadece esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi verilmekle yetinilecektir. Karar için bkz. E. 1990/36, K.. 1991/8, K.T. 9/4/1991. Bkz. Ergun Özbudun, Türkiye'de *Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s.128.

⁶⁸ Özbudun, Türkiye'de *Demokratikleşme*, s.126-128.

gidilemez; zira iptal ile yeni bir hukuki durum söz konusu olur ve hükmün gerekçesi yeni bir norm tesisi bağlamında yasamanın hareket alanını sınırlar.⁶⁹

Bu konuda bir diğer yaklaşım ise John Hart Ely'e aittir. Burada yargısal denetim "meşru sonuçlar"dan (legitimate outcomes) ziyade, "meşru süreçler" (legitimate processes) alanında olduğu sürece demokrasi ile anayasa yargısı arasında çelişki giderilmiş olunur. Yani yargısal denetim, "rakip değerler ve siyasal anlayışlar" üzerinde bir tercih ile sonuçlandırılmalı ve bu konu, meşru otoritelerin söz sahibi olduğu alan olarak bırakılmalıdır. Bu durumda, anayasa yargısı neticesindeki yargısal denetim "demokratik sürecin işlerliliği" alanına indirgenmelidir. Böylece, demokrasinin temsili niteliği ve eşit siyasal katılımı güçlendirilerek denetim sağlanmış olacaktır. O halde, Ely'e göre meşru anayasa yargısı esastan ziyade usul ve buna bağlı sürece yöneliktir. Ancak, Özbudun'un da belirttiği gibi, yargısal denetimi demokratik sürecin işleyişi ile sınırlamak güçtür; zira temel haklar üzerindeki yargısal denetim süreçten daha çok siyasal değerler ve buna bağlı olarak tercihler ile ilgilidir.⁷⁰ Gerçekten de, siyaset ve hukukun kesişim kümesinde bu tür bir ayırımın kolaylıkla yapılamayabileceği söylenebilir.

III. Yargısal Aktivizm ve Türk Anayasa Mahkemesi

A. Genel Olarak Yargısal Aktivizm

Yukarıda, anayasa yargısı ve demokrasi ve hukuk devletinin beraberinde getirdiği ve gerektirdiği değerler dizisi ekseninde meşruiyeti ortaya koyulmaya çalışıldı. Burada, ilkesel tutarlılık ve referansımız anayasacılık düşüncesi oldu. İnsan hak ve özgürlüklerini korumak ve güvenceye bağlamak için devletin sınırlandırılması, dengelenmesi ve dolayısıyla denetlenmesi gerekir. Ancak buradaki denetlemede, klasik anayasacılık düşüncesi ile birlikte modern sonrası ilişkilerin karmaşıklığı, bilgi yapısındaki değişim sürecinde yaşanan kültürel dönüşüm ve bu bağlamda demokrasi, hukuk devleti, sivil toplum, medya gibi değer ve araçların çeşitliliği başat rol oynayan değişkenler olarak söz konusu olmaktadır. Böylece, somut hukuksal metinler, kültürel dönüşüm ve adalet, özgürlük, eşitlik idelerinin dinamizmine ve yaşam pratiğindeki tecrübelere dayanan verilere göre güncellenerek dinamizmini koruyacaktır. Ancak her şeye rağmen, anayasal tasarım mükemmel olsa bile siyasal yozlaşma sebebiyle hukuksal alanda söz konusu dinamizm tehlikeye düşebilmektedir.

⁶⁹ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s.125.

⁷⁰ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s.126.

İşte, söz konusu tehlikelerin toplumsal alana yansımaması için bir güvence sistemi olarak anayasa yargısı öngörülmüştür. Gerçekten de, anayasa yargısı, siyasal alanda demokrasi ve hukuk devleti ile yaşanan gerilimin ve sürtünmenin yol açtığı kıvılcımların topraklanması için adeta bir paratoner işlevi görmektedir. Ancak buradaki düzenek, meşruiyetten saptığında veya yeterince iyi işlemediğinde başka tehlikeler söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, bu düzenekte anayasa yargısı ilk aşamadır, aktivist tutum ise ikinci aşamada gelişir ve böylece anayasa yargısının operasyonel gücü olarak belirir. O halde, görüldüğü üzere aktivist tavır, yargısal denetimin deviniminde, bir başka ifade ile eylemselliğinde ortaya çıkar. Böylelikle, aktivist tutumla yargının hareket alanı genişler ve manevra kabiliyeti artar. Sonuç olarak da kazanılan yargısal ivmenin yönüne göre toplumsal alanda hukuk ve siyasi alanların sınırları gerilir. Peki, böylesine kriz çıkaran aktivist davranışın sebebi veya sebepleri nelerdir?

Burada, denetimin fiilen uygulamasında, yargının eylemselliği ile birlikte yol ayrımı söz konusu olmaktadır. Ayrımın geliştiği noktada, aktivist refleks çok çeşitli, hatta çoğu zaman çelişkili faktörlere bağlı olarak belirir. Sözelimi bir yargıç, siyasi kişiliklere veya bizatihi siyasetin kendisine önyargı ile yaklaşabilir. Önyargı elitist bakış açısından kaynaklanabilir ve kategorik bir seviyeye de çıkabilir. Benzer şekilde, yargıçların kişisel hırsları, meslekte yükselmek veya diğer yargıçlardan farklılığını belirtmek amacıyla aktivizme yönelmeleri de ihtimal dahilindedir. Ayrıca, zaman veya çeşitli durumlara göre konjonktürel pragmatizm de mümkündür. Siyasal ve sosyal olguların kavranması ve analizi doğrultusunda psikolojik algı da aktivist tutumla sonuçlanabilir. Görüldüğü gibi, duyuşal-duygusal etkenler somut hayattaki siyasal ve sosyal veriler karşısında farklı reflekslere sebep olabilmektedir. Şüphesiz, psikolojik alanda gelişen bu tür sonuçların nedenlerini ortaya koyabilmek neredeyse imkansızdır. Yargıçların bireysel karşı oy yazıları incelenerek, günün koşulları ve takınılan tavırlar izlenerek belki tahmini bir kaniya ulaşılabilir.

Bir diğer açıdan, aktivist tutum ideolojik alandan kaynaklanmış olabilir. Yargıçın dinsel inanış ve kabulleri, kanaatleri, felsefi inanışları burada etkili olabilir. Bunlar, esasında tutumun tinsel boyutu ile ilgilidir. Benzer şekilde etnisite, cinsiyet, dilsel vb. özelliklere bağlı olarak farklı tutumlar söz konusu olabilir. Burada, çeşitli siyasi veya ideolojik farklılıklar oluşur. Bunların da ideolojik alanın nesnel boyutu ile ilgili olduğu söylenebilir.

Öte yandan aktivizm, esas önemli alandan, hukuksal alandan kaynaklanıyor olabilir ki, esasında bizim için daha somut analizleri burada yapmak söz konusu olacaktır. Anayasa yargısı, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği, sınırların muğlaklaştığı bir zeminde yer alır. Haklı olarak, hukuk ve siyasetin kesişim kümesinde yargısal denetimin yapılması kolay değildir. İster istemez esneklik ve beraberinde riskler getirir. Aktivist tavır bu gerçek göz ardı edilmeden değerlendirilmelidir. Gerçekten de hukukun siyasal niteliği göz ardı edilemez. Hukukun ontolojik kökeni önsel olarak bir yasama faaliyeti sonucudur ve dolayısıyla siyasaldır denebilir. Ancak, yasama faaliyeti süreci tamamen hukuk dışı veya hukuk öncesi de değildir. Ayrım yapılması gereken nokta ise siyasalın hukuk normu olarak somutlaşmasından dolayı hukuksal sınırın belirsizleştiğinin kabul edilmesi ve sınır ihlallerinin yapılmamasıdır. Şu halde, sınır ihlallerini somut olaylar üzerinde ortaya çıkaracak objektif, bağımsız bir turnosal kağıdı lazımdır.

Bu durumda aktivist tutumun meşruiyeti sorununa gelmiş bulunmaktayız. Burada karşımıza iki yol çıkmaktadır. Ya anayasa yargısı ve bu doğrultuda aktivist tavır insan hak ve özgürlüklerine ve devletin birey lehine sınırlandırılmasına dayanan anayasacılık anlayışına ve demokrasi ve hukuk devleti değerlerine göre yapılacak ya da çeşitli ideolojik veya duygusal-duyusal saiklerle yapılacaktır. Birincisi yargısal denetime ve bu doğrultuda aktivist tutuma meşruiyet kazandırır ki, bu olması gerektir. Böylece denetim hukuksal alanda da kalmış olacaktır. İkinci yol seçildiği takdirde ise yargısal denetim hukuksal alanın dışına savrulma riski ile karşı karşıya kalır. İdeoloji ile koşullandırılan anayasa yargısı bir tür muhalefet kimliği kazanabilir ve siyasallaşabilir. Hatta daha ileri gidilirse “yargıçlar hükümeti” ya da bir tür yargıçlar bloğu görünümüne bürünebilir. Fakat, seçimle iş başına gelmiş temsilcileri barındıran yasama organı ile girdiği bu yarışta anayasa yargısı kaybeder. Siyasetin yozlaşma ihtimali üzerine bir tür güvence olarak düzenlenen yargısal denetim daha baştan meşruiyetini kaybeder; zira anayasa yargısı, halihazırda yozlaşmış ve esas yapması gereken göreve yabancılaşmış bulunmaktadır. Oysa esas yapılması gerekenin, siyasetin hukuksal sınırların içerisinde tutmak olduğu söylenebilir.

Peki, böyle bir durumda yargısal aktivizmin olup olmadığını veya hangi sebepler neticesinde ortaya çıktığı nasıl tespit edilebilir? Doktrinde bunun mümkün olmayabileceği söylenmektedir.⁷¹ Gerçekten de, hukuk ve siyasetin karıştığı bir zeminde yargısal aktivizmi tespit etmek ve buna bağlı olarak

⁷¹ Korucu, a.g.e., s.14.

hangi nedenle böyle bir sonucun ortaya çıktığına ulaşmak pek kolay değildir; hatta bazı durumlarda mümkün de değildir. Anayasaların muğlak, yoruma açık, ilkesel değer taşıyan pek çok norm içerdiği hesaba katıldığında ayrımın zorluğu daha net ortaya çıkmaktadır.⁷² Hukuk devleti, demokrasi, özgürlük, adalet, eşitlik gibi değerler dizisinin belli bir ahlaki yönü ve bu doğrultuda anlam derinliği vardır. Derinliğe inildikçe bu tür ilkelerin kendi iç çeşitliliği artar, değişik görünüm biçimleri belirir. Yargı denetiminde, yargıçlar bu nedenle anayasal normları yorumlayıp somut bir şekil kazandırmaya çalışır. Haliyle bu tarz bir faaliyette aktivist sonuç kaçınılmaz olabilmektedir. Tabiki burada, Anayasa Mahkemesi, anayasanın somut metnini dikkate alıp uygulamalıdır. Bu durumda verilen kararın gerekçesinden aktivist tavrın sebebine kimi zaman ulaşılabilir veya tahmin edilebilir. Normlara ilişkin geliştirilen yorum yöntemleri⁷³ de böyle bir sonuca varılmasına katkı sağlar. Deyim yerindeyse karar üzerinde bir tür laboratuvar çalışması yapılarak denklemin sağlanması kısmen yapılabilir.

Burada aktivizmin sınırını belirlemenin önemli olduğu ve bunun sorun oluşturduğu açıktır; ancak burada bir o kadar önemli olan bir diğer husus ise aktivist tutumun kabulü ama hangi durumlarda söz konusu olması gerektiğidir. Temel bir referanstan söz edebiliriz, anayasacılık düşüncesi. Anayasacılık, insan lehine devletin sınırlandırılması, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması ve böylelikle demokrasi, hukuk devleti gibi ilkelerin işlerliğinin artırılmasıdır denebilir. Nitekim yazılı anayasalar, başta 1787 Amerikan Anayasası olmak üzere, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra Kıta Avrupası'nda oluşturulan pek çok anayasa, bu paralelde genişlemiş ve yaygınlık kazanmıştır. Anayasa yargısı ise bu amaca yönelik araç niteliğindedir. O halde, aktivist tutumun yönü belirlenirken dikkate alınması gereken önemli bir nokta, bizatihi anayasanın kendisinin anayasacılık ekseninde var olduğu ve anayasa yargısının da bu meyanda oluşturulduğudur. Dolayısıyla yargısal

⁷² 1982 Anayasası'nın ikinci maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri bağlamında "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." denilmiştir. Burada başlangıca atf olduğu için başlangıçta geçen bazı ifadelerle "Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu anayasa..." "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi..", "Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin..." gibi örnekler gösterilebilir. Kaldı ki Anayasanın 176. maddesinde "Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir." denilmiştir.

⁷³ Aynı yönde Korucu, a.g.e., s.16. Bu konuda yayımlanan önemli bazı çalışmalar için bkz ODER, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınları, b.1, İstanbul 2010; YÜKSEL, Metin, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım, b.1, Ankara 2008.

aktivizm, devlet ve iktidar pratiğinin manevra alanını genişletmek veya çeşitli muğlak simgesel ifadeler veya mitoslar türetmek gibi bir yola sapsa meşruiyet ile ilişkisi zedelenmiş olur; anakronik bir alana çekilmiş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, kendisini “rejimin bekçisi”, “koruyucusu veya kollayıcısı” olarak görüp şövalyeliğe soyunmamalıdır. Aksi takdirde, siyasal ve sosyal anlamda anayasal düzeni sağlayan bir yargısal organ değil, aksine insan hak ve özgürlükleri, bireysel özerklikleri üzerinde vesayet kuran, pek sevimli olmayan anayasal hayalet söz konusu olur.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Twitter Kararının Bir Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar incelendiğinde olumlu veya olumsuz anlamda yargısal aktivizm tutumlarına ilişkin belirtilere rastlamak, şüphesiz, mümkündür.⁷⁴ Ancak burada, gerek son zamanlarda verilen bir karar olması gerek içeriğinin olumlu anlamda bir olgusal tutarlılık sağlanarak doldurulmuş olması nedeniyle özellikle Nisan 2014’te verilen karar üzerinde durulacaktır.

Kararın içeriğine ilişkin olayda bir kamu idaresi olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bazı yerel mahkemelerin verdiği kararlara dayanarak, kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali gerekçesiyle tedbir amaçlı olarak twitter.com isimli internet sitesine erişimi tamamen engellemiştir. TİB, bu uygulamasında, mahkeme kararlarının uygulanması doğrultusunda hukuk devletine vurgu yaparak Twitter’ın Türk mahkeme kararlarını tanımadığını, hak ihlallerine yönelik içerikleri çıkartmadığını ve dolayısıyla erişimi engelleme kendileri bakımından kaçınılmaz kılındığını belirtmiştir. Bu

⁷⁴ Örneğin Anayasa Mahkemesinin 11. Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili 01.05.2007 tarihinde verdiği kararı önemli tartışmalara konu olmuştur. Daha önceki köşk seçimlerinde herhangi bir uygulaması yapılmadığı halde bu içtihadında Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı seçiminde ilk turun yapılabilmesi için Anayasa’nın 102. maddesinde yer alan üçte ikilik karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olarak esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla burada karar yeter sayısı için öngörülen nitelikli çoğunluk toplantı yeter sayısı için de kabul edilmiş olmaktadır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 102. maddesinde Cumhurbaşkanlığı seçimi için özel bir toplantı yeter sayısı öngörülmediğini kabul etmiş ve TBMM İçtüzüğü’nün 121. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanlığı seçimi doğrultusunda Anayasanın 120. maddesinin esas alınacağı şeklindeki düzenlemeye atıfta bulunarak TBMM’de yapılan birinci tur oylamanın eylemleri içtüzük değişikliği niteleğinde olduğundan ve bu durumun Anayasanın 120. Maddesine aykırılık teşkil ettiğinden ötürü itiraz üzerine dava konusunu iptal etmiştir. Kamuoyunda “367 Kararı” olarak bilinen söz konusu karar Anayasa Mahkemesinin içtihat tarihine oldukça kötü bir yargısal aktivizm örneği olarak geçmiştir. Karar için bkz. E. 2007/45; K. 2007/54, K.T.: 01/05/2007. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına ilişkin yargısal aktivizm tartışmaları ekseninde değerlendirmeler içeren önemli bir çalışma için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

arada Ankara 15. İdare Mahkemesi, olayın Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında düzenlenen bir hak olarak ifade ve haberleşme hürriyetinin sınırlandırabilecek nitelikte olması nedeniyle yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Ancak nitelik bakımından gerekli etkili bir yol kalmadığı iddiasıyla, olay nihayet bireysel başvuru yolu kapsamında Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi “...mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir. Bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.”⁷⁵ demiştir. Yine aynı kararda “Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvurucuların ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvurucuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” denilmiştir.

⁷⁵ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

Burada, anayasal anlamda bir hak olarak ifade hürriyetini analiz etmeye geçmeden önce karar ilişkin iki noktayı sorun odağı olarak tespit etmek gerekir. İlk sorun, yürütmeyi durdurma kararının uygulanması, daha doğrusu somut olayda geciktirilmesidir. İdare mahkemesinin kararı doğrultusunda TİB hareket etmemiştir. Halbuki, İdari Yargılama Usulü Kanuna göre idare gecikmeden eyleme geçmeli veya işlemin tesisine yönelik irade beyanında bulunmalıdır.⁷⁶ Kanunda her ne kadar otuz günlük bir süre öngörülmüşse de yine kanunun gerek ifadesi gerek de amacı dikkate alındığında mahkeme kararının idarece derhal uygulanması gerektiği açıktır.⁷⁷ Hele ki, bireyin hak ve özgürlüklerine karşı bir ihlalin söz konusu olduğu zamanlarda bu durum hayati bir öneme bürünmektedir. Gerçekten de, hak ve özgürlükler anı yakaladığı ölçüde yaşam pratiğinde işlevsel bir konumda olurlar; zira çoğunlukla aksi durumda telafisi güç veya imkansız zararlar ortaya çıkabilmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme de “Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir.”⁷⁸ demiştir. Fakat ne yazık ki TİB söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmeyi geciktirmiştir.

İkinci sorun ise TİB’in ilk derece mahkemelerinin kararlarını yanlış uygulaması şeklinde tezahür etmektedir. Burada TİB, engellemeye dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarını yanlış uygulamıştır. Söz konusu mahkeme kararları doğrudan *twitter.com* adlı sitenin tamamen erişime kapatılması değil, dava konusu teşkil eden belirli URL adreslerine erişimin engellenmesine yöneliktir. Öte yandan, internet ortamında erişimin engellenmesi yalnızca hakim kararı ile mümkündür; yapılması gereken, hak ihlalinin gerçekleştirilen kısma ilişkin olarak içeriğe erişimin engellenmesidir. Zorunlu bir durum söz konusu olmadıkça internet ortamında yapılan yayının tümüne yönelik bir engelleme olmamalıdır.⁷⁹ Ancak burada da TİB, yargı

⁷⁶ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.27’de “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.

⁷⁷ “...her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁷⁸ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁷⁹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.9 4.fıkarda “Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe

kararları çerçevesinde belirli URL adreslerini değil, *twitter.com* adlı internet sitesini tamamen kapatmıştır. Halbuki TİB, sulh ceza mahkemelerinin bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olarak vereceği kararlara dayalı olarak ve kararda öngörülen şekilde engelleme icrasını yerine getirmeliydi.

Gelinen bu noktada, TİB'in bu tavırlarını değerlendirmek gerekir. TİB bir yandan ilk derece mahkemelerinin kararlarını yanlış uygulamıştır; zira sadece belli adreslerin erişime kapatılmasına yönelik kararları uygularken kararın konusunu teşkil eden kısmı aşmış internet sitesine erişimi tamamen engellemiştir. Öncelikle, bir kamu idaresi olarak TİB'in mahkeme kararlarını bu şekilde çarpık okuması kabul edilemez niteliktedir. Üstelik burada kararların yanlış okunup yorumlanması değil, olmayan bir sonuç, ortaya çıkmamış bir iradenin uygulanması söz konusudur ki bu hem idari hem de adli anlamda vahim bir hatadır. İkincisi ise TİB yürütmeyi durdurmaya ilişkin kararı da kanunun ruhuna uygun uygulamamıştır; çünkü kanunun belirttiği üzere idare gecikmeksizin söz konusu kararı uygulamalıydı, otuz günlük süreyi ise kararın yerine getirilmesine ilişkin en geç süre olarak yorumlaması gerekirdi. İnsan hak ve özgürlükleri anında yaşandığında değer kazanır, dolayısıyla insan hak ve özgürlüklerine ilişkin bir yargı kararı mevcut ise asıl olan kararın konusunun derhal eyleme veya işleme sokulmasıdır. Aksi takdirde telafi edilemez hasarlar ortaya çıkabilir ve böylece hukuki güvence sarsılabilir. İnsan hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir hukuk devletinin değerleri bunu gerektirir. Dolayısıyla, aksi bir tutum sergilenerek burada adeta olumsuz anlamda “yönetimsel aktivizm” ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi ise ifade özgürlüğüne⁸⁰ ilişkin sınırlandırmaların

erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.” şeklinde düzenleme vardır.

⁸⁰ Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 26. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını

devletin takdirinde olduğunu belirttikten sonra bu bağlamdaki denetimin ise kendisinde olduğunu belirtmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri ekseninde salt soyut bir denetim değil, burada ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlamaya konu edilen nedenlerin niteliği gibi etkenler göz önünde bulundurularak somut, ayrıntılı bir değerlendirme yapılmalıdır.⁸¹ Ayrıca, Yüksek Mahkemenin belirttiği üzere temel haklara ilişkin sınırlamaların zorunlu veya istisnai tedbir niteliğinde, AİHM'in de içtihatları çerçevesinde demokratik bir toplumda “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde uygulanması gerekmektedir.⁸² Dolayısıyla, ölçülülük ve hakların özüne dokunmama, yani hakkın kullanımını anlamsız kılma, güçleştirici bir şekilde işlevsiz hale getirme, sınırlandırmada önemli işlevsel ölçütlerdir. Hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülüğü de söz konusudur; devlet etkin, amaç ile araç arasında orantılı bir koruma sağlamalıdır. Her şeyden önce, hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olduğu unutulmamalıdır. Neticede Yüksek Mahkeme, somut olayda hak ihlalinin olup olmadığına yönelik incelemesinde, AİHM'in “müdahale olup olmadığı”, mevcut ise “müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı”, söz konusu ise haklı sebep “müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı” şeklindeki ölçütlerini kullanarak, TİB'in yukarıda belirtilen tutumunu Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiş ve bu doğrultuda kararını vermiştir.⁸³

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı birçok açıdan tartışmaya açılmıştır, farklı yorumlar ortaya konulmuştur. Öncelikle Ankara 15. İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermiş, TİB bu karar karşısında deyim yerindeyse pasif hareket emiştir. Ancak bu da göstermektedir ki dava henüz idare mahkemesinin önündedir; yani yargılama devam etmektedir. Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri bağlamında bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının

engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (Ek: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸¹ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Temel hak ve hürriyetlerin sınırlamasına ilişkin Anayasa'nın 13.maddesi.

⁸² Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁸³ Karar için bkz., B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

tüketilmesi gerekmektedir.⁸⁴ Ancak buna rağmen, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu kabul etmiş, davayı esas açısından incelemeye almış, esas hakkında hükmünü vermiştir. Peki, Yüksek Mahkemenin bu kararı almasının arkasındaki sebep nedir; bu kararı nasıl okumak gerekir?

Özbudun'a göre kararın gelişim sürecinde siyasal bir tutumun etkisi yoktur. İç hukuk yollarının tükenmeden kararın alınması yerinde bir tavidir; zira AİHM'e başvuru kapsamında da iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı olmasına rağmen iç hukuk yollarına başvuru yapıldığı takdirde tatmin edici bir sonuç alınmayacağı belli ise Mahkeme olaya el koyup ihlale yönelik karar verebilmektedir. Nitekim Türkiye ile ilgili birçok karar bu şekilde verilebildi.⁸⁵ Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin AİHM'in yorumunu bu bağlamda benimsemesinde şaşırılacak bir durum bulunmamaktadır; çünkü yürütmeyi durdurmaya yönelik karar geciktiriliyor ve böylece söz konusu yoldan sonucun alınması uzun bir sürece ertelenmiş olunuyor. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemenin bu kararının herhangi bir siyasi saik taşıması veya yabancı bir şirketin çıkarlarını korumaya yönelik olması söz konusu değildir; bu karar ile Türkiye Cumhuriyeti'ni vatandaşlarının iletişim ve bilgi edinme hakları korunmaktadır. Öte yandan yapılacak yayınlar şüphesiz insan onuruna, haysiyetine, özel hayatına zarar vermemelidir. Bu tür hak ihlallerinin başka türlü koruma yolları olmalıdır, ama sözgelimi somut olaydaki gibi yayının yapıldığı kanal tümüyle kapatılmamalıdır. Ancak, burada Twitter veya bir diğer şirketin Türk mahkemelerinin kararlarını dikkate almalıdır. Bununla birlikte, çağdaş demokrasilerin en önemli unsurlarından biri olarak insan

⁸⁴ “(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” Anayasa m.148/3. Ayrıca 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 45/2’de “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

⁸⁵ Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre etkili hukuk yolunun teoride olduğu gibi pratikte de etkili bir yol olması gerekmektedir. Bu anlamda etkili ve uygun hukuk yolu erişilebilir, yeterli ve etkili olmalıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğine ilişkin maddeyi ise Mahkeme katı bir şekilsellik ekseninde değil, belirli bir esneme payı ile değerlendirmektedir. O halde başvurulduğu takdirde başarıya ulaşamayacağı basit bir şüpheden öte ortada olan bir hukuk yolunun tüketilmesi pek bir anlam ifade etmeyecektir ve dolayısıyla tüketilmesi gerekmeyecektir. Bu durumda hak ihlaline ilişkin bir çözüm getirmeyecek bir yola başvurulması zorunlu kılınmamalıdır. Bu konuda AİHM'in içtihatları için bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, C.2, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 562 vd.

onurunun herhangi bir şekilde yıpratılmasına da izin verilmemesi gerekir.⁸⁶

Can'a göre ise bireysel başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir.⁸⁷ Olağan mahkemelerde çözüme kavuşturulması gereken konular bireysel başvuruya konu edilmemelidir.⁸⁸ Fakat, kararda kural ve usuller göz ardı edilmiş, iç hukuk yolları tüketilmeden başvurular incelenmeye alınmış ve esasa geçilmiştir.⁸⁹ Öncelikle burada Anayasa Mahkemesinin “sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği”⁹⁰ gerekçesi yerinde değildir; zira kararın verildiği günlerde *twitter.com* adlı siteye VPN üzerinden ulaşılabilmektedir. Şu halde haber ve bilgi paylaşımına ulaşma bakımından bir etki ve değer kaybı söz konusu değildir. Hakkın kullanılmasının zorlaştırılmış olduğu elbette inkar edilemez; ancak Mahkeme bu tavrı ile hak ihlaline ilişkin bir “vaka” yerine oluşturulan bir “algıyı” veya “sanal bir gerçekliği” esasa aldığı kuşkusuna sebep

⁸⁶ Ergun Özbudun, *Hürriyet Röportajı*, 28 Nisan 2014, (erişim 07/05/2015).

⁸⁷ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁸⁸ Nitekim Anayasanın 148.maddesi bu yöndedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 46.maddesinin birinci fıkrası“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.” şeklinde bir düzenleme içermektedir.

⁸⁹ Akyol'a göre ise iç yargı yolunun tüketilmesi uzun süre, belki de birkaç yıl süreceğinden Anayasa Mahkemesinin verdiği karar yerindedir. Aksi durum “yasak süresini idarenin yani iktidarın takdirine bırakmak” anlamına gelir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki bir hakka yönelik sözleşmeye aykırı bir sınırlamanın “belirsizliğe” bırakılması düşünülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında idari yargının beklenmesi durumunda “siteye ne zaman erişimin sağlanacağı belirsiz” olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan bazı sayfalar sebebiyle bütün erişimin kapatılması “ölçülü” de değildir. Bu bağlamda Mahkeme “belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplun düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır” demiştir. Bununla birlikte twitter yasağı basit bir “asayiş” önlemi olarak da değerlendirilemez; zira Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi “Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur.” Taha Akyol, Yargıya Saygı, *Hürriyet*, 07/04/2014, (erişim 07/05/2015). Ayrıca bkz. Taha Akyol, ‘AYM ile iftihar ediyorum’ *Hürriyet*, 05/04/2014. (erişim 07/05/2015). Güzel ise bu durumun aksi noktasında görüş bildirmektedir. Burada iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığı şeklindeki yorum yerinde değildir ve Anayasa Mahkemesi'nin geleceği açısından tehlikelidir. Yüksek Mahkeme bu kararı ile yetkisini genişletmiştir ve bu yöndeki bir eğilime saygı duyulması beklenmemelidir. Hasan Celal Güzel, Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı Hukuka Aykırıdır, *Sabah*, 08/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁹⁰ Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

vermektedir.⁹¹ Bir ikinci önemli nokta ise Mahkeme'nin iç hukuk yollarının hakkı etkin bir şekilde korumaya almadığı yönündeki değerlendirmesidir. Ancak olağan yargı yollarının etkisizleştirilmesine yol açabilecek bu şekilde kurulan “tehlikeli mantık” bizzat mahkemenin kendisinin de dahil olduğu yargısal sistemin meşruiyetini tüketir. Hukuki güvenlik ortadan kalkabileceği gibi Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesi niteliğine bürünebilir. Bu doğrultuda sosyal medya mecrasında muhtemel hak ihlallerinin hepsini Yüksek Mahkemeye götürmek gerek; çünkü internet ortamında yaşanan hak ihlallerine yönelik olağan mahkemelerinin kararlarının uygulanmasına kadar tafelsi mümkün olmayan zararlar halihazırda gerçekleşmiş olacaktır. Bu mantık bütün hukuk sistemi için kurulduğunda Anayasa Mahkemesi dışında ortada mahkeme kalmayabilir. Özgürlükler için esas sıkıntı böylelikle söz konusu olur.⁹² Öte yandan Yüksek Mahkemenin kendi kendini sınırlayacak bir görünüm vermemesi “olağanüstü iktidar” görünümüne sebep verir. Nitekim Can bu doğrultuda “Hukuk devleti her şeyden önce usuller, kurallar ve prosedürler devletidir. Bunlar atlanarak iyi sonuçlar alınabilir ama bu gerçekten de özgürlükler için her zaman güvence olmayabilir.” demektedir.⁹³

Bilir, benzer şekilde bireysel başvuru yolunda olağan kanun yollarının tüketilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bireysel başvuru yolu, hakların korunması bakımından ikincil nitelikte bir koruma mekanizması sağlar. Bu durumda, kamu gücü dolayısıyla hakları ihlal edilen bireyler doğrudan bireysel başvuru yolu mekanizmasını harekete geçiremezler. Bireysel başvuru yolu ikincil nitelikte koruma sağlayan hukuki anlamda özel bir yoldur. O halde gerek idari gerek yargısal anlamda hem şekli hem de maddi olarak öngörülen yolların tüketilmesi gerekir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu noktada gerekli hukuk yollarının tüketilmesini öngörmemesi yerinde değildir. Zira halihazırda işleyen bir yargı süreci söz konusudur ve henüz yargılamada kesin hüküm bağlamında nihai karar verilmemiştir. Kaldı ki burada TİB'in itiraz imkanı da mevcuttur; itiraz halinde engellemeye yönelik kararın yerinde görülmesi durumunda ise belirsizlik ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, başvuru sahipleri bakımından idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığı şeklindeki kanaat kabul edilemez niteliktedir ve henüz

⁹¹ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).

⁹² Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁹³ Osman Can, Twitter Kararı, *Akşam Gazetesi*, 05/04/2014, (erişim 07/05/2015).. Öte yandan Can “Denetleyen, denetlenenden daha fazla kurallara riayet etmeli ki, denetim meşrulaşsın.” diyerek yukarıdaki söylemi güçlendirmiş olmaktadır.

tamamlanmamış yargı sürecini anlamsızlaştırmaktadır. Şu halde bu şekildeki görüş bireysel başvuru yolunun amacıyla da bağdaşmamaktadır.⁹⁴

Bu durumda, kararın iki ana yönden değerlendirilmesi gerekmektedir. Birincisi Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü ekseninde genel olarak hak ve özgürlüklere karşı gelişen tavrıdır. Hukuk devleti, yukarıda da değindiğimiz gibi, salt norma dayalı bir mekanizmayı öngörmez; normların insan hak ve özgürlükleri ekseninde gelişimini ve bu gelişim bağlamında insan merkezli değerler dizisine dayanan bir sistemi esas alır. Bu şekilde normların biçimsel işlevselliği maddi nitelik ile desteklenerek anlam kazanır; hukuksal alanda belirlilik ve güvence özde de aynı fonksiyona sahip olur. Öteki türlü, devletin elinde salt şekilsel tutarlılığa sahip mekanizma, içi anlam ve değerlerle doldurulmadığı zaman insan hak ve özgürlükleri açısından tehlikeli bir aygıt dönüşürler. Yani biçimsel tutarlılık maddi tutarlılık ile meşruiyet bulacaktır. Şu halde insan hak ve özgürlükleri hukuk devletine bağlı olarak sadece pasif değil aynı zamanda aktif koruma altında olmalıdırlar. Bu durum böylelikle çoğulcu demokrasi anlayışına da uyacaktır. Çoğulcu demokrasi ile birey siyasal, sosyal veya ideolojik bakımdan yaşam pratiğinde özerk alana sahip olacaktır. Bu şekilde sağlanan tinsel ve metasal özerklik ortamında birey sahip olduğu hak ve özgürlükleri en anlamlı ve derin şekilde yaşama imkanı yakalayacaktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın bu anlamda isabetli olduğu söylenebilir.⁹⁵

Öteyandan, ikinci olarak, kararın bireysel başvuru yolunda idari ve yargısal yolların tüketilmesinin gerekli olduğu görüşü çerçevesinde değerlendirilmesi

⁹⁴ Faruk Bilir, Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesi-nin-twitter-karari/> erişim 17/04/2015).

⁹⁵ Nitekim Yüksek Mahkeme esas yönünden incelemesinde ifade özgürlüğü bağlamında bu doğrultuda çok önemli tespitlerde bulunmuştur. "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir." Yine aynı kararda Yüksek Mahkeme "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir." demiştir. Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

gerekmektedir. TİB'in İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurmaya ilişkin kararına rağmen internet sitesine erişim engelini kaldırmaması veya deyim yerindeyse kararı uygulamada ağırdan alması Anayasa Mahkemesinin bu anlamda dikkatini çekmiştir ve “etkin ve erişilebilir” nitelikli bir korumanın söz konusu olmadığı yönündeki görüşe varmasına sebep olmuştur. Gerçekten de insan hak ve özgürlükleri yaşam pratiğinde belirli dinamizm ile tecrübe edilerek esas anlamını bulurlar. Bir bakıma hak ve özgürlükler belirli bir zamanda ve belirli bir mekanda birey için eylemsel kılınabildikleri ölçüde işlevsel olurlar ve böylelikle bireylerin yaşamlarına anlam ve değer katarlar. Aksi halde, hak ve özgürlükler yaşam alanında “an” ile olan simetriğini kaybettiğinde anlam ve değer kaybına uğrarlar ve birer yanılsama olarak varlık bulurlar. Bu durum ise gerçek anlamda hukuk devletine dayanan çoğulcu bir demokraside kabul edilemez. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi'nin tüketilecek etkin bir yolun kalmadığına yönelik kanaate varması ve bu kanaat bağlamında dosyayı incelemeye alması, yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ile de uyumlu olduğu söylenebilir; zira AIHM'e göre de ihlalin engellenmesine ilişkin etkin ve elverişli bir yol söz konusu değilse ve bu durum hak ve özgürlükler için tehlike arz ederse dosyalar incelenmeye alınabilmektedir. Anayasa Mahkemesi de somut olaya bu açıdan yaklaşmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin bu kararında yargısal aktivizm doğrultusunda aktivist bir tutum sergilediği söylenebilir. Anayasacılık ekseninde çoğulcu demokrasi ve hukuk devletine bağlı değerler dizisi referans alındığı ölçüde aktivist tutum olumlu bir anlam kazanır. Dolayısıyla anayasacılık düşüncesi bir taraftan devleti sınırlandırırken diğer taraftan modern sonrası zamanlarda hukuk devleti ve demokratik değerlerle ilişkiye girerek insan hak ve özgürlüklerini yorumlamada anlam genişlemesini ve derinliğini arttırmaktadır. Bu durumda hak ve özgürlükler için aktif koruma ve geliştirme gereklidir. Zaten yukarıda da belirtildiği üzere aktivist tutum, hak ve özgürlüklerin yaşam pratiğinde işlevsel bir anlam ve değer kazanması doğrultusunda anayasa yargısının operasyonel gücü niteliğinde olduğu söylenebilir.

Sonuç

Anayasacılık, beraberinde getirdiği hukuk devleti ve demokrasi gibi değerlerle modern devlet yapılanmasını insan hak ve özgürlüklerinin yaşam pratiğine dökülmesi noktasında fonksiyonel kılmıştır. Gerçekten de modern devlet ve birey ilişkisi veya birey ile diğer toplumsal gruplar arasındaki

ilişkiler oldukça karmaşık bir ağ olarak reel düzlemde yaşanmaktadır. Bu duruma modern sonrası sürecin hak ve özgürlüklere yönelik toplumsal alanda göreceliği eklendiğinde ilişki ağınının çözümlenmesi daha da önem kazanmaktadır.

Şu halde, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanması, siyasal ve sosyal hayatta canlandırılıp işlevsel kılınması yolunda anayasacılığa bağlı değerler dizisinin anayasal belgelerde salt tanınıp düzenlenmesi yeterli gözükmemektedir. Sözgelimi, hukuk devleti dendiğinde sadece şekilsel bütünlük veya bir normlar ağı değil aynı zamanda hak ve özgürlüklerin içselleştirildiği, meşruiyetini insana hizmette bulan ve gerek devlet-birey arasında beliren dikey gerek birey ile diğer toplumsal gruplar arasında ortaya çıkan her türlü yatay hiyerarşinin hukuk karşısında eritilmesinden bahsedilmiş olunmaktadır. Aynı şekilde çoğulcu demokrasi ile birlikte birey siyasal ve sosyal hayatın her alanında kazandığı özerk statüsünde sahip olduğu değer ve düşünceleri eylemselliğe rahatlıkla dökebileceklerdir.

O halde anayasa yargısı da çeşitli düşünsel veya türevi ideolojik değişkenlere bağlı çoğunluklar karşısında yasamadan doğabilecek aksaklıkları veya deyim yerindeyse yan etkileri, bir anlamda, engellemiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu amaçla meydana getirilen anayasal tasarım, mekanizmanın reel pratiği için hukusal altyapı ve güvence sağlamış olmaktadır. Şüphesiz anayasal yapılanma ne kadar mükemmel tasarlanırsa tasarlansın yaşam pratiğindeki çeşitlilik ve karmaşıklık karşısında hata verebilir; ancak burada önemli olan, ortaya çıkan eksikliklerin ve sıkıntıların insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda iyi niyetle giderilmesidir. Sonuç olarak daha demokratik, adil ve özgür bir dünya için kolektif bilinç ve çaba gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKAL, Cemal Bali, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Dost Kitabevi, b.4, Ankara 2010.

AKYOL,Taha, *Yargıya Saygı*, Hürriyet, 07/04/2014, (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/26167859.asp> erişim 07/05/2015).

AKYOL,Taha, '*AYM ile iftihar ediyorum*' Hürriyet, 05/04/2014. (<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/26156676.asp> erişim 07/05/2015).

ALBERT, Richard, *The Cult of Constitutionalism*, Florida State University Law Review, Vol. 39, No. 2, 2012, p.373-416.

ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, b.1, Ankara 2005.

ATAR, Yavuz, *Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*, Anayasa Yargısı, Cilt: 25, 2008, s.93-115.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, b.7, Konya 2012.

BARNSTEDT, Luise, Elke, *Judicial Activism in the Practice of the German Federal Constitutional Court: Is the GFCC an Activist Court?*, Juridicia International, Law Review University of Tartu, Vol. XIII, 2007, p.38-46.

BATUM, Süheyl, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, XII Levha Yayınları, b.2, İstanbul 2010.

BİLİR, Faruk, *Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı*, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/prof-dr-faruk-bilir/anayasa-mahkemesi-nin-twitter-karari/> erişim 17/04/2015).

CAN, Osman, *Twitter Kararı*, Akşam Gazetesi, 05/04/2014, (<http://www.aksam.com.tr/yazarlar/twitter-karari/haber-297477> erişim 07/05/2015).

COHEN, Adam, *Last Term's Winner at the Supreme Court: Judicial Activism*, The New York Times, (http://www.nytimes.com/2007/07/09/opinion/09mon4.html?_r=0 erişim 09/07/2007).

DEAN, w., John, *What Exactly Is judicial Activism? The Charges Made Against the President's Judicial Nominees*, (<http://writ.news.findlaw.com/dean/20050617.html> erişim 17/06/2005).

DIAMOND, Larry, *Developing Democracy; Toward Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore ve Londra, 1999.

DOĞRU, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, C.2, Legal Yayıncılık, b.2, İstanbul 2013.

DWORKİN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, United States of America, 1986.

DWORKIN, Ronald, *Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*, Anayasa Yargısı, C. 28, 2011, s.27-39.

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, b.3, Ankara 2005.

ERGÜL, Ozan, *Berraklaştırılmayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm"*, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.37-54.

GÖNENÇ, Levent, "Ortaçağ Anayasacılığı", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan içinde *Ortaçağ Avrupası'nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*, (Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.267-291.

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınları, Birinci Bakıdan Üçüncü Ek Baskı, Bursa 2010.

GREEN, Roger Craig, *An Intellectual History of Judicial Activism*, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07/05/2015), 2008, p.1-54.

GÜZEL, Hasan Celal, *Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı Hukuka Aykırıdır*, *Sabah*, 08/04/2014, (<http://www.sabah.com.tr/yazarlar/guzel/2014/04/08/anayasa-mahkemesinin-twitter-karari-hukuka-aykirimdir> erişim 07/05/2015).

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HONNIGE, Christoph, *Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics*, International Word Congress, Santiago de Chile 2009, p.1-21.

KABOĞLU, Ö., İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, b.8, İstanbul 2012.

KAPANİ, Münci, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, b.25, Ankara 2010.

KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, Vol. 92, No. 5, 2004, p.1441-1478.

KORUCU, Serdar, *Yargısal Aktivizm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

MARDİN, Şerif, *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, b.20, İstanbul 2011.

ODER, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, b.15, Ankara 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.

ÖZBUDUN, Ergun, *Hürriyet Röportajı*, 28 Nisan 2014, (<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/26307029.asp> erişim 07/05/2015).

PASQUINO, Pasquale, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, Ratio Juris, Vol.11, No.1, 1998, p.38-50.

PINELLI, Cesare, *The Concept and Practice of Judicial Activism in the Experience of Some Western Constitutional Democracies*, Juridica International, Vol. XIII, 2007, p.31-37.

SANCAR, Mithat, *“Devlet Akli” Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, b.6, İstanbul 2012.

SWEET, Alec Stone, *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy (Special Issue on Delegation)*, West European Politics, Vol.25, 2002, p.77-100.

ŞAHİN, Adil, *Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği Ya Da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S. 3, 2011, s.311-362.

VOLCANSEK, L., Mary, *Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy*, European Journal of Political Research, Vol.39,

2001, p.347-372.

YOUNG, A. Ernest, *Judicial Activism and Conservative Politics*, Colorado Law Review, Vol. 73, No. 4, 2002, p.1139-1216.

YÜKSEL, Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2008.

