

Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi

Serdar Korucu

Dr. | Çukurova Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü Öğretim Elemanı

liberal düşünce, Yıl 18, Sayı 69-70, Kış-Bahar 2013, s. 201-225

Giriş

Yargısal aktivizm, son yılların tartışmasız en popüler kavramlarından biridir. Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yüksek Mahkeme'nin (*Supreme Court*) siyaseti doğrudan ilgilendiren konularda aldığı cesur sayılabilecek kararları nitelemek için kullanılan yargısal aktivizm kavramı; anayasa yargısının küresel ölçekte yaygınlık kazanmasına paralel olarak dünyada da yaygın bir kullanıma sâhip olmuştur. Kavramın ülkemizde yaygınlık kazanması ise Türk Anayasa Mahkemesi'nin özellikle son yıllarda siyaset alanını kuşatan ve demokratik karar alma sürecini etkisizleştiren bir tutum içine girmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin kararı, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimini gerçekleştirdiği kararlar ve Mahkeme üyelerinin önyargılı bir tutum içinde hareket ettiği izlenimi uyandıran buna benzer pek çok karar, yargısal aktivizm kavramının siyaset ve hukuk tartışmalarında giderek daha ağırlıklı bir yer edinmesine yol açmıştır.

Yargısal aktivizm kavramının gördüğü bu ilgi, onun tanımı ve içeriği ile ilgili temel konularda uzlaşma sağlanabildiği anlamına gelmez. Sosyal bilimlerde kullanılan pek çok kavram gibi, yargısal aktivizm kavramı da araştırmacıların üzerinde fikir birliğine vardığı net bir tanıma sâhip değildir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin siyasete müdahale niteliğindeki kararlarının aktivist bir tutumu yansıttığına dâir yaygın bir kanaât söz konusudur; ancak

hangi kararın, hangi gerekçelerle aktivist sayılması gerektiği konusunda tatmin edici çalışmalar yapılmamaktadır. Üstelik bu durum, yargısal aktivizmin kavramsal içerik bakımından giderek daha olumsuz biçimde algılanmasına yol açmakta ve aktivist yargı olgusuna dâir nesnel verilere dayalı bir tartışma yapılabilmesinin önünü tıkamaktadır.¹

Gerçekleştirdiğimiz bu çalışma, yargısal aktivizmin kavramsal içeriğini belirgin kılmak ve aktivist yargı olgusuna dâir tartışmaların nesnel ölçüler çerçevesinde yapılabilmesine hizmet etmek amacıyla hazırlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda; özellikle yargısal aktivizm kavramının tarihçesi, tanımı ve çeşitli görünüm biçimleri üzerinde durulacaktır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin somut karar örneklerine ise yalnızca konunun gerektirdiği ölçüde yer verilecektir. Zira gerçekleştirdiğimiz bu çalışma, Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist olup olmadığını tespit etmek veya belli konulardaki aktivizm düzeyini ölçmek gibi bir iddiaya sâhip değildir.²

Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yargısal Sınırların Belirlenmesi Sorunu ve Yargısal Aktivizm Kavramının Ortaya Çıkışı

Yargı organları tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi, yasama işlemlerinin anayasal geçerlilik koşullarının yargısal usûllere göre tespit edilmesi anlamına gelmektedir. Yasama işlemlerinin gerektiğinde yargı organları tarafından geçersiz kılınabilmesine yol açan böyle bir denetim, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği bir alanda çözümü kolay olmayan pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, anayasaya uygunluk denetiminde yargısal sınırların nasıl belirleneceği sorunudur.

Modern anlamda anayasa yargısı kurumu ortaya çıktığı günden bu yana, yargının hukukî denetim yetkileri ile yasamanın siyasî takdir yetkisi arasındaki sınırlar sürekli bir tartışma konusu olmuş; hatta bu tartışmalar zaman zaman güncel siyasetin en önemli konu başlıklarından biri hâline gelmiştir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmak istenen *New Deal* politikalarına karşı Federal Yüksek Mahkeme'nin sergilediği tavır veya ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin 2007 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin

1 Yargısal aktivizmin tek boyutlu bir yaklaşımla ele alınmasına yol açan bu belirsizliğin yalnızca ülkemize özgü olmadığını da özellikle belirtmek gerekir. Zira yargısal aktivizm kavramı, anavatanı sayılan Amerika Birleşik Devletleri'nde de genel olarak olumsuz bir çağrışıma sâhiptir ve bu durum, anayasa yargısının sınırlarına ilişkin tartışmaların sağlıklı bir zeminde yapılabilmesini engellemektedir.

2 Türk Anayasa Mahkemesi kararları bakımından böyle ayrıntılı bir incelemenin yapılması kuşkusuz ki önemlidir. Ancak yargısal aktivizmin ne olduğunu kavramsal düzeyde netleştirmek, somut olgular üzerine yapılacak tartışmaların sağlıklı bir zemine kavuşturulmasını sağlamak bakımından çok daha önemli ve öncelikli görülmelidir.

ilk tur oylamasını iptal etmesi karşısında siyaset kurumunun verdiği tepki ve buna bağlı olarak gelişen olaylar; anayasa yargısının sınırları üzerine yapılan tartışmaların kimi durumlarda ne kadar önemli olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle; anayasa yargısı kurumunun ortaya çıktığı günden bu yana, yargısal denetimin olağan sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği üzerine pek çok çalışma yapılmış ve farklı kriterleri esas alan pek çok teori ortaya atılmıştır.

Anayasa yargısının sınırları üzerine uzun süreden beri yürütülen tartışmalar, yargısal sınırların aşılması durumunu ifade etmek üzere kullanılan *yargısal aktivizm* kavramını gündeme getirmiştir. Ancak sanılanın aksine; bu kavram ilk kez akademik bir çalışmada ortaya çıkmış değildir. Yargısal aktivizm kavramının bilinen ilk kullanımı, 1947 yılının Ocak ayında “*Fortune*” dergisinde yayımlanan bir makaleyle olmuştur.³ Makalenin yazarı olan Arthur M. Schlesinger, anayasa yargısının işlevi ve sınırlarıyla ilgili Amerikan kamuoyunda yapılan tartışmaları özetlemiş ve Federal Yüksek Mahkeme üyelerinin konuya ilişkin tutumunu belirgin kılmaya çalışmıştır.⁴ Toplumun gelişmesi amacıyla yargısal gücün kullanılabilmesine inanan Mahkeme üyelerini “*yargısal aktivistler*” olarak niteleyen Schlesinger; akademik bir iddiası olmamasına rağmen, günümüzün en çok tartışılan kavramlarından birini siyaset ve hukuk literatürüne kazandıran isim olmuştur.

Modern anayasa yargısı kurumunun ortaya çıkışı ve yargısal denetimin sınırları üzerine sürdürülen tartışmaların tarihi ile kıyaslandığında, yargısal aktivizm kavramının oldukça yeni olduğu görülmektedir. Buna rağmen; Schlesinger’in kavramsallaştırmasından hemen sonra yargısal aktivizm konulu pek çok makale ve bilimsel inceleme yayımlanmış; aktivist yargı olgusuna ilişkin tartışmalar artık bu kavram üzerinden yürütülmeye başlanmıştır.⁵

Bununla birlikte; yargısal aktivizm kavramının ortaya çıktığı günden bu yana yoğun bir ilgi görmesi, onun kolayca tanımlanabilen bir kavram olduğu anlamına gelmez. Sosyal bilimlerde kullanılan pek çok kavram gibi, yargısal aktivizm kavramı da içerik bakımından birbirinden çok farklı değerlendirmelere konu olabilmektedir. Anayasa yargısının işlevi, sınırları ve meşruluğu

3 Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review*, Cilt 92, No. 5, (2004), s. 1446.

4 Arthur M. Schlesinger Jr., “The Supreme Court: 1947”, *Fortune*, Ocak 1947.

5 Nitekim Kmiec’in *Westlaw* veri tabanına dayanarak yaptığı bir araştırmaya göre, 1990 ve 2000 yılları arasındaki on yıllık dönemde yayımlanan yargısal aktivizm konulu makale sayısı 3815’tir. 2000 ve 2004 yılları arasındaki dört yıllık dönemde yayımlanan makale sayısı ise 1817 olmuştur. Akademik ilginin bu kadar yoğun olduğu yargısal aktivizm kavramının, güncel siyaset ve hukuk tartışmalarında da sıklıkla kullanılması şaşırtıcı değildir. Nitekim 1994 ve 2004 yılları arasındaki on yıllık dönemde, yargısal aktivizm kavramı *Washington Post* gazetesinde 163 kez; *New York Times* gazetesinde 135 kez kullanılmıştır. (Bkz. Kmiec, [2004], dn. 5) Bu istatistiksel veri, Amerika Birleşik Devletleri’nde yayımlanan önemli günlük gazetelerin yargısal aktivizm kavramına ayda en az bir kere yer verdiği anlamına gelmektedir.

üzerine yapılan çalışmalardaki görüş farklılıklarına bağlı olarak ortaya çıkan bu durum nedeniyle, yargısal aktivizm kavramının doğası gereği tanımlama faaliyetine elverişli olmadığı ileri sürülebilmektedir.⁶ Oysaki anayasaya uygunluk denetimine ilişkin bazı temel sorunların açıklığa kavuşturulması durumunda, yargısal aktivizm kavramını nesnel bir yaklaşımla tanımlayabilmek ve sağlıklı bir aktivizm teorisi oluşturabilmek mümkündür.

Yargısal Aktivizmin Tanımı ve Görünüm Biçimleri

En genel hâliyle ele alındığında yargısal aktivizm, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli yargı organlarının olağan yargısal denetim sınırlarını aşması durumudur. Yasamanın siyasî takdirlerine yargı organları tarafından müdahale edilmesi veya genel olarak yargının siyasî nitelikli kararlar alması durumunda genellikle aktivist bir tutumun varlığından söz etmek gerekir. Bu yönüyle ele alındığında yargısal aktivizm, *hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olmalarını* ifade eder.⁷ Bu hususu vurgulayan Kmiec de aktivist yargıçların, mahkemeden çok yasama organı gibi hareket ettiklerini ifade etmektedir.⁸

Olağan yargısal sınırların aşılması durumu söz konusu olduğunda, genellikle yasama işlemlerine yönelik yargı müdahaleleri akla gelmektedir. Bu yönüyle ele alındığında yargısal aktivizm, toplumdaki siyasî karar alma sürecinin demokratik ilke ve değerlerden sapmasına yol açmakta ve demokrasinin temel prensibi olan çoğunluğa dayalı yönetim anlayışını zedelemektedir. Yasama işlemlerini denetlemekle görevli yargı organlarının hukukî denetim sınırlarını aşmaları durumunda genellikle yasama işlemlerini geçersiz kılarak çoğunluk karşıtı bir tutum içine girecekleri doğrudur ve bu nedenle yargısal aktivizmin çoğunluk karşıtlığı ile özdeş görülmesini olağan karşılamak gerekir. Ancak kavramsal düzeyde ele alındığında, yargısal aktivizm ve çoğunluk karşıtlığı arasında böyle bir özdeşlik ilişkisi kurmak mümkün değildir. Nitekim anayasa tarafından açıkça yasaklanan bir yasama işleminin geçersiz kılınması gerektiği hâlde hiçbir yaptırıma uğramaması durumunda, alınan yargı kararını hukukî denetim sınırları içinde kabûl etmek mümkün değildir. Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği bir sonucun gerçekleşmesi veya uzun süreden beri uygulanmakta olan yerleşik içtihatların göz ardı edilmesi gibi durumlarda da yargı organları tarafından gerçekleştirilen

6 Karşı görüş için bkz. Ozan, Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: Yargısal Aktivizm", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, (2013), s. 39.

7 Frank B. Cross, – Stefanie A. Lindquist, "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review*, Cilt 91, No. 6, (2007), s. 1765.

8 Kmiec, (2004), s. 1471.

bir hukuk yaratma faaliyeti söz konusudur ve bu doğrultuda alınan kararları olağan yargısal sınırlar içinde kabûl etmek mümkün değildir.

Yargı organlarının hukukî denetim sınırlarının dışına çıkarak kararlar alması çeşitli biçimlerde söz konusu olabilir. Yani yargısal aktivizmin birden fazla görünüm biçimi bulunmaktadır. Bu görünüm biçimlerinin neler olduğu konusunda ise farklı görüşlere rastlanmaktadır. Yargısal aktivizmi kavramsal düzeyde ele alan yazarlar yargısal aktivizmin görünüm biçimleri konusunda farklı ölçüleri göz önünde bulundurarak birbirinden farklı tasnif türleri ileri sürmüşlerdir.

Örneğin William Marshall, yargısal aktivizmin yedi ayrı görünüm biçimi olduğundan söz etmektedir. Marshall'a göre bu görünüm biçimleri şunlardan oluşmaktadır: 1- *Çoğunluk karşıtı aktivizm (counter-majoritarian activism)*; 2- *Orijinalist olmayan aktivizm (non-originalist activism)*; 3- *İçtihadî aktivizm (precedential activism)*; 4- *Yargılama yetkisi aktivizmi (jurisdictional activism)*; 5- *Yargısal yaratıcılık (judicial creativity)*; 6- *Telâfi edici aktivizm (remedial activism)*; 7- *Partizan aktivizm (partisan activism)*.⁹

Marshall'a göre çoğunluk karşıtı aktivizm, seçilmiş halk temsilcileri tarafından alınan kararların yargı kararlarıyla geçersiz kılınması anlamına gelmektedir.¹⁰ *Orijinalist olmayan aktivizm*, anayasanın orijinal anlamının yargı organları tarafından göz ardı edilmesiyle ortaya çıkmaktadır.¹¹ *İçtihadî aktivizm* mahkemelerin içtihatları göz ardı ederek karar almasını ifade etmektedir.¹² *Yargılama yetkisi aktivizmi*, Amerika Birleşik Devletleri'nde federal yargılama yetkisinin yargıçlar tarafından aşırı geniş biçimde kullanılması anlamına gelmektedir.¹³ *Yargısal yaratıcılık*, yargıçların karar alırken yeni bir teoriye dayanması veya yeni bir doktrin yaratmasıdır.¹⁴ *Telâfi edici aktivizm*, herhangi bir haksızlığın telâfi amacıyla sâhip olunan yargısal gücün, devlete belli edimlerde bulunma zorunluluğu yüklemek amacıyla kullanılmasıdır.¹⁵ *Partizan aktivizm* ise yargısal gücün, belli bir partinin politikalarına destek olmak veya bu politikaların uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla kullanılmasıdır.¹⁶

Ernest Young da Marshall'a yakın bir sınıflandırma yapmaktadır. Young'a göre yargısal aktivizmin görünüm biçimleri şunlardır: 1- *Federal politik dalla-*

9 William P. Marshall, "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", *University of Colorado Law Review*, Cilt 73, No. 4, (2002), s. 1220.

10 *a.g.e.*, s. 1223.

11 *a.g.e.*, s. 1229 vd.

12 *a.g.e.*, s. 1232 vd.

13 *a.g.e.*, s. 1236.

14 *a.g.e.*, s. 1240.

15 *a.g.e.*, s. 1242.

16 *a.g.e.*, s. 1245.

rın veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması (*second-guessing the federal political branches or state governments*); 2- Anayasa metni ve/veya tarihten sapmak (*departing from text and/or history*); 3- Yargısal içtihatlardan sapmak (*departing from judicial precedent*); 4- Sınırlı veya “minimalist” kararlar almak yerine kapsamlı veya “maximalist” kararlar vermek; (*issuing broad or “maximalist” holdings rather than narrow or “minimalist” ones*); 5- Kapsamlı telâfi edici yetkiler kullanmak (*exercising broad remedial powers*); 6- Partizan politik referanslara göre karar vermek (*deciding cases according to the partisan political preferences of the judges*).¹⁷

Kmiec ise yargısal aktivizmin beş görünüm biçimi olduğunu ileri sürmektedir. Kmiec’e göre bunlar; 1- Yasama ve yürütme işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınması (*striking down arguably constitutional actions of other branches*); 2- İchtihatların göz ardı edilmesi (*ignoring precedent*); 3- Yargısal yasama (*judicial legislation*); 4- Kabûl görmüş yorum metodolojisinden sapmak (*departures from accepted interpretive methodology*); 5- Sonuç odaklı yargılama (*Result-oriented judging*).¹⁸

Aktivist yargısal tutumun yalnızca çoğunluk karşıtlığından ibaret olmadığını savunan yazarların yapmış olduğu bu sınıflandırma biçimleri, yargısal aktivizmin görünüm biçimlerini ortaya koyabilmek bakımından genel olarak başarılıdır. Ancak bunlardan hiçbirinin bütünüyle sorunsuz olduğu söylenebilir. Yapılan bu tasniflerin kimisi eksik ve hatalıdır; kimisi ise Amerikan yargı pratiğini esas alan, bu ülkeye özgü kavramsallaştırmalar içermektedir.

Örneğin anayasaya açıkça aykırı yasama işlemlerinin hiçbir yaptırıma uğramaması durumu, bu sınıflandırma türlerinin hiçbirinde yer almamaktadır. Oysa Craig Green’in de vurguladığı gibi; “*yasamaya aşırı uyum*” anlamına gelen böyle bir durum olağan yargısal sınırlar içinde kabûl edilemez.¹⁹ Bu nedenle, yargısal aktivizmin “çoğunlukçu” görünüm biçimini dikkate almayan tasnif türlerinin tamamının eksik veya yetersiz kabûl edilmesi gerekir.

Marshall’ın ileri sürdüğü *yargılama yetkisi aktivizmi* (*jurisdictional activism*) Amerika Birleşik Devletleri’nde federal yargı mercileri ile eyalet mercileri arasındaki görev dağılımına dayanan bir kavramsallaştırma türüdür. Marshall ve Young tarafından ileri sürülen *telâfi edici aktivizm* (*remedial activism*) kavramı ise Amerikan yargı sisteminde yer alan özel bir hukukî talep türünü esas almaktadır. Dolayısıyla yalnızca belli bir ülkeye özgü olan bu kavramların yargısal aktivizm teorisi içinde yer alması doğru değildir.

17 Ernest A. Young, “Judicial Activism and Conservative Politics”, *University of Colorado Law Review*, Cilt 73, No. 4, (2002), s. 1144.

18 Kmiec, (2004), s. 1463-1476.

19 Craig Green, “An Intellectual History of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, Cilt 58, No. 5, (2009), s.1228.

Yargısal aktivizmi kavramsal düzeyde ele alan yazarların yapmış olduğu tasnif türleriyle ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus; bu tasniflerde yer alan bazı kavramların, diğer bazı kavramların varlığını gereksiz kılmasıdır. Örneğin Marshall'ın sınıflandırma biçiminde yer alan ve yargıçların yeni bir hukukî doktrin yaratması anlamına gelen *yargısal yaratıcılık*; anayasayı hazırlayan kurucu iradenin göz ardı edilmesi veya bu iradeye tamamen aykırı biçimde hareket edilmesiyle ortaya çıkabilir. Dolayısıyla anayasayı hazırlayan kurucu iradenin göz ardı edilmesiyle ortaya çıkan bir aktivizm türünün yer aldığı herhangi bir sınıflandırma biçiminde yargısal yaratıcılık gibi bir kavramın varlığı gereksizdir. Aynı şekilde; *çoğunluk karşıtı aktivizm* ve *çoğunlukçu aktivizm* gibi kavramların yer aldığı bir sınıflandırma biçiminde de *partizan aktivizm* veya *sonuç odaklı yargılama* gibi kavramların varlığına gerek yoktur. Zira hem *partizan aktivizm*, hem de *sonuç odaklı yargılama*; yargıçların çoğunlukçu veya çoğunluk karşıtı bir tutum içine girmeleriyle ortaya çıkabilir.

Amerikan yargı sistemine özgü unsurlar ayıklanıp, eksik ve hatalı sayılabilecek kavramsallaştırmalar yeniden gözden geçirildiğinde yargısal aktivizmin temel olarak şu görünüm biçimlerinden oluştuğu görülmektedir: 1- *Çoğunluk karşıtı aktivizm*; 2- *çoğunlukçu aktivizm*; 3- *ıctihadî maksimalizm*; 4- *anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi*; 5- *ıctihatların göz ardı edilmesi*.

Çoğunluk Karşıtı Aktivizm

Yargı organları tarafından siyasî karar alma süreçlerine müdahale edilmesi ve demokrasinin temel prensibi olan çoğunluğa dayalı yönetim anlayışının zedelenmesi yargısal aktivizmin en yaygın görünüm biçimlerinden birini oluşturmaktadır.²⁰ Hatta kimi yazarlar aktivist yargı olgusunu sırf bu yönüyle ele almakta ve aktivizmi yasama çoğunluğuyla yargı arasındaki uyumsuzluktan ibaret bir kavram olarak sunmaktadırlar.

Eğer anayasa yargısını bütünüyle demokrasiye aykırı bir kurum olarak kabûl edecek olursak, çoğunluk karşıtı aktivizmin tespiti amacıyla geçersiz kılınan kanun sayısına bakmak yeterli olacaktır. Zira bu yaklaşıma göre, yargı organları tarafından verilen her iptal kararı demokratik işleyişe müdahale niteliğindedir ve bu yönüyle çoğunluk karşıtıdır. Ancak anayasa yargısı ve demokrasi arasındaki ilişki daha yakından incelendiğinde, yargı organlarıyla yasama işlemleri arasında ortaya çıkabilecek her uyuşmazlığın demokratik işleyişe müdahale anlamına gelmediği ortaya çıkmaktadır.

Anayasa yargısının demokratik işleyişi tahrip edebilecek bir potansiyele

20 Bradley C. Canon, "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, Cilt 66, No. 6, (1982), s.237.

sâhip olduğu doğrudur. Bununla birlikte; yasama işlemlerinin iptaliyle sonuçlanan her yargı kararını çoğunluğa dayalı yönetim ilkesine yapılan bir müdahale olarak görmemek gerekir. Zira demokrasi sınırsız bir çoğunluk yönetimi değildir. Sağlıklı işleyen bir demokrasinin ön koşulu, azınlıkların çoğunluk hâline gelebilme hakkının tanınmasıdır. Bu da ancak, çoğunluğa tanınan yönetime hakkının sınırlanmasıyla mümkün olabilir.²¹ Böylece çoğunluk ilkesi, çoğunluğun sınırsız ve keyfi egemenliğiyle özdeş olmaktan çıkmakta ve azınlık haklarına saygılı çoğunluk yönetiminin formülü hâline gelmektedir.²²

Demokrasinin sınırsız bir çoğunluk yönetimi olmadığı kabûl edildiğinde, yasama işlemlerine yönelik iptal veya geçersizlik kararlarının her durumda çoğunluk karşıtı sayılamayacağı da ortaya çıkmaktadır. Bu sonucu desteklemek amacıyla şöyle bir örnek verilebilir: Mahkemeler tarafından ölüm cezası verilmesinin anayasa tarafından yasaklandığı bir ülkede, yasama organının bir kanun çıkartarak belli suçlara ölüm cezası uygulanabileceğini öngörmesi durumu açık bir anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Böyle bir durumda yasama iradesini geçersiz kılan yargı kararı, karar almakla görevli yargıçların herhangi bir tercihte bulunmasını gerektirmeyecek kadar açık bir anayasa hükmüne dayanmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda yasama işlemini geçersiz kılan yargı kararının demokratik işleyişe müdahale niteliğinde olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargıçların kişisel, siyasî veya felsefî bir tercihte bulunmalarına gerek dahi kalmayan buna benzer durumlar göz önünde bulundurulduğunda, yargı organları tarafından verilen iptal veya geçersizlik kararlarının her durumda çoğunluk karşıtı sayılamayacağı daha net bir biçimde anlaşılmaktadır. O hâlde çoğunluk karşıtı aktivizmin tespiti nasıl yapılacaktır? Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organları, nasıl ve hangi durumlarda çoğunluk karşıtı bir tutum içine girmiş sayılmalıdır?

Yargıçların hukuken meşru olmayan amaçlar gütmeleri veya sonuç-odaklı bir tutum içine girmesi durumunda yargısal sınırların aşılmış sayılacağına kuşku yoktur. Ancak buna benzer durumların tespiti kolay değildir. Somut bir olayda yargılama ilkelerinin göz ardı edilerek buna benzer hukuk dışı faktörler doğrultusunda karar alındığını bilimsel bir kesinlik içinde söyleyebilmek mümkün değildir. Bu tespiti sağlamaya yönelik ampirik birtakım çalışmalar yapılmaktadır; ancak zihinsel karar alma sürecinin yapısını etkileyen psikolo-

21 Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu – Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara, (1993), s. 35.

22 Mithat Sancar, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?", *Demokrasi ve Yargı*, Ozan Ergül (editör), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, (2005), s. 52.

jik faktörler hiçbir zaman tam olarak ortaya konulamamaktadır.²³ Yargıçların kendi iç dünyalarında sâhip oldukları karar alma sürecini etkileyen unsurların neler olduğu tam olarak aydınlatılmadığı sürece, bu konuda yapılacak değerlendirmelerin de bilimsel kesinlikten yoksun olacağı açıktır.²⁴

Bu sorunu aşmak ve çoğunluk karşıtı aktivizmin tespitini mümkün hâle getirmek amacıyla *yasama işlemlerinin anayasa tarafından açıkça yasaklanıp yasaklanmadığını* esas alan ölçüte başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. James Bradley Thayer tarafından formüle edilen bu ölçüte göre, kanunlar ancak bâriz bir şekilde anayasaya aykırı olmaları durumunda geçersiz kılınabilmelidir. Thayer'e göre, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir anayasaya aykırılık olmadığı sürece, yargı organlarının yasama iradesine uygun biçimde hareket etmesi gerekir. Aksi hâlde yargısal denetim yetkisinin sınırları aşılmış olur.²⁵ Yani herhangi bir yasama işleminin anayasa tarafından açıkça yasaklanmış olması durumunda; böyle bir işlemi geçersiz kılan yargı kararı hukukîdir ve aktivist olduğu iddia edilemez. Ancak anayasa tarafından açıkça yasaklanmayan bir yasama işlemi söz konusu olduğunda; yargı organları tarafından verilecek her geçersizlik kararı, belli ölçülerde de olsa hukuk yaratma faaliyetini gerekli kılmaktadır ve bu yönüyle aktivist kabul edilmelidir. Zira böyle bir durumda alınan karar, yargıçların anayasa metnine yüklediği anlama bağlı olarak şekillenmiş olmaktadır.²⁶

Çoğunlukçu Aktivizm

Yasamanın yaptığı politik tercihlerin yargı organları tarafından tartışmalı biçimde geçersiz kılınması, yargısal aktivizmin en yaygın görünüm biçimlerinden birini oluşturmaktadır. Oysaki aktivizm, yalnızca yasama işlemlerinin geçersiz kılınmasıyla sınırlı bir kavram değildir. Anayasaya aykırı olan ve bu nedenle iptali gereken bir yasama işleminin hiçbir yaptırıma mâruz kalmaması durumunda da aktivist bir yargısal tutumun varlığından söz etmek gerekir.²⁷

Yargısal aktivizm, olağan yargısal denetim sınırlarının aşılmasıyla ilgili bir kavramdır. Bu sınırların aşılması, anayasaya açık aykırılık içermeyen yasama işlemlerinin geçersiz kılınması biçiminde olabileceği gibi; açıkça anayasaya

23 Bu konuda yapılan bazı ampirik çalışmalar için bkz. Frank B. Cross, "Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance", *Northwestern University Law Review*, Cilt 92, No. 1, (1997); Jeffrey A. Segal – Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, Cambridge, (2002).

24 Cross & Lindquist, (2007), s. 1766.

25 James Bradley Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Cilt 7, No. 3, (1893), s. 144.

26 Cross – Lindquist, (2007), s. 1761.

27 Green, (2009), s. 1227-1228.

aykırı olan yasama işlemlerinin hiçbir yaptırıma mâruz bırakılmaması biçiminde de olabilir. Craig Green tarafından “aşırı yargısal uyum”²⁸ (*excessive judicial deference*) kavramıyla ifade edilen bu tutum, çoğunluk karşıtı aktivizmin tam tersidir ve bu nedenle “çoğunlukçu aktivizm” kavramıyla ifade edilebilir.

Çoğunlukçu aktivizm, yargıçların siyasî eğilimleriyle yasama organını oluşturan çoğunluk arasındaki uyuma bağlı olarak şekillenmektedir ve bu uyumun tespiti nispeten daha kolaydır. Herhangi bir yasama işleminin açıkça anayasaya aykırı olması ve hiçbir yaptırıma uğramaması durumunda, çoğunlukçu aktivizmin varlığından söz etmek gerekir. Çünkü böyle bir durumda yasama iradesiyle yargı kararı arasında ortaya çıkan uyum, olağan yargısal denetim sınırları içinde ortaya çıkabilecek türden bir uyum değildir.

Herhangi bir yaptırıma uğramayan yasama işleminin anayasaya aykırılığı ne kadar net ve belirgin olursa, çoğunlukçu aktivizmin varlığı da o kadar net ve belirgin olacaktır. Anayasa aykırılığın hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açık olduğu durumlarda yargı organları tarafından herhangi bir yaptırım kararı alınmaması, çoğunlukçu aktivizmin varlığını kanıtlar niteliktedir. Anayasaya aykırılığın tartışmalı olduğu durumlarda ise çoğunlukçu aktivizmin varlığı tartışmalı hâlde gelmektedir. Çünkü böyle bir durumda alınan karar, yargıçların demokratik karar alma sürecine duydukları saygının sonucu olabileceği gibi; yasama çoğunluğu ile aynı eğilimleri paylaşan yargıçların bilinçli siyasî tercihlerinin sonucunu da yansıtabilir. Yani anayasaya aykırılığın tartışmalı olduğu bir durumda, yargı kararının altında yatan motivasyonun ne olduğu tam olarak bilinmemektedir.

İçtihadî Maksimalizm

Bir kanun veya herhangi bir yasama işleminin anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde, yapılacak denetim yalnızca itiraz konusu maddelere ilişkin olmalıdır. İtiraz konusu yapılmayan maddeler hakkında görüş belirtmek veya davanın gereklerini aşan konularla ilgili karar vermek, hukukî denetim sınırlarının ötesine geçmek anlamına gelmektedir. “İçtihadî maksimalizm” (*decisional maximalism*) olarak ifade edilen bu durum, yargı kararlarının sonucu yerine kapsamı ve içeriği ile ilgilidir.²⁹

İçtihadî maksimalizm biçimindeki kavramsallaştırma, Cass Sunstein’in anayasa yargısı anlayışına dayanmaktadır.³⁰ Sunstein karar gerekçesini oluş-

28 *a.g.e.*, s. 1228.

29 Young, (2002), s. 1151.

30 *a.g.e.*, s. 1151.

turan hususlar dışında yargıçların sessiz kalmaları gerektiğini savunmakta ve bu yargı anlayışını “*ıçtıhadı minimalizm*” (*decisional minimalism*) olarak adlandırmaktadır.³¹ Sunstein’e göre “*minimalist*” bir yargıç, yalnızca davanın çözümü için zorunlu olan konularda karar alır; bunun dışındaki konularda emredicilikten veya tavsiye niteliğindeki kararlardan kaçınır. Ayrıca davayı yakın ıçtıhatlara ve temel faraziyelere uygun biçimde sonuçlandırmanın yollarını arar; muhtelif teorik pozisyonlarda bulunan insanların birleşebileceği ortak bir zemin yaratmaya gayret eder.³² *Maksimalist* bir yargıç ise bunun tam tersi yönde hareket ederek karar alır ve dava konusu uyumsuzluğu, kapsamı çok geniş kurallar koymak için bir fırsat olarak görür.³³

ıçtıhadı maksimalizm söz konusu olduğunda yargı organları tarafından yapılan muhakeme, kararın doğurduğu sonuçtan bağımsız olarak ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. Eğer yargısal denetim sonucunda verilen karar, davanın gereklerini aşan bir akıl yürütmeyi içeriyorsa, varılan sonuç doğru bile olsa *ıçtıhadı maksimalizm* söz konusu olacaktır.

Bu yönüyle değerlendirildiğinde; ıçtıhadı maksimalizmin çoğunluk karşıtı aktivizme yakın olduğu görülür. Ancak maksimalizmin çoğunluk karşıtı aktivizmden temel farkı, yasama işlemlerine yönelik herhangi bir yaptırım içermek zorunda olmamasıdır. Maksimalizmin oluşabilmesi için görülmekte olan davanın sınırlarını aşan bir karar alınmış olması gerekir. Bu karar dava konusu düzenlemenin geçersiz kılınması yönünde olabileceği gibi; geçersiz kılınmaması yönünde de olabilir. Çoğunluk karşıtı aktivizm, yasamanın ortaya koyduğu iradenin yargı organları tarafından tartışmalı biçimde geçersiz kılınmasıyla ortaya çıkmaktadır. ıçtıhadı maksimalizm ise yargı kararlarının sonucuyla değil, kapsamı ve içeriği ile ilgili bir kavramdır.

Anayasanın Orijinal Anlamının Göz Ardı Edilmesi

Yargı organları tarafından yerine getirilen anayasaya uygunluk denetimi, anayasanın yorumlanmasını ve ona belli bir içerik kazandırılmasını gerektirir. Özellikle esas bakımından denetim söz konusu olduğunda, anayasada yer alan genel ve soyut ifadeler yargı tarafından belli bir biçimde somutlaştırılmakta ve yargısal denetimin sonucu buna göre şekillenmektedir. Kendi görev alanlarına giren konularda yasama ve yürütme organlarının da anayasal yorum yapması mümkündür. Ancak yargısal yorum kesindir ve diğer organlar üzerinde bağlayıcılığa sâhiptir. Bununla birlikte; yargısal yorum yetkisi bütünüyle sı-

31 Cass R. Sunstein, “Foreword: Leaving Things Undecided”, *Harvard Law Review*, 110, No. 1, (1996), s. 6-7.

32 a.g.e., s. 6-10 ve s. 14-15.

33 Young, (2002), s. 1152.

nırsız değildir. Anayasada yer alan hüküm ve düzenlemeler yalnızca yasama ve yürütmenin değil, yargının da aşamayacağı sınırları belirlemektedir. Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli yargı organlarının bu sınırlara uygun hareket etmesi ve yorum faaliyetini bu çerçevede yürütmesi gerekir. Bu çerçevenin aşılması, anayasa tarafından belirlenen hukukî denetim sınırlarının aşılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği birtakım sonuçların yargı kararları yoluyla elde edilmesi durumunda aktivist bir tutumun varlığını kabûl etmek gerekir.

Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesiyle ortaya çıkan aktivizmin tespiti, yargısal aktivizmin diğer türlerine göre biraz daha tartışmalı bir konudur. Zira anayasa yargısı yargıçları bir yandan anayasal sınırlarla bağlı hareket etmek zorunda iken; bir yandan da anayasal düzenlemeleri çeşitli biçimlerde yorumlayarak somutlaştırmak zorundadırlar. Bu durum, anayasal düzenlemelerin genel ve soyut nitelikli olduğu durumlarda yargı organları tarafından yapılacak yorum faaliyetinin sınırlarını tartışmalı hâle getirmektedir.

Anayasal düzenlemelerin net ve belirgin olduğu durumlarda yargının bu düzenlemelere aykırı hareket edemeyeceği açıktır. Yani yargı organları tarafından yapılacak hiçbir yorum anayasanın açık hükümlerine aykırı olamaz; bu nitelikteki yorumlara dayanan kararlar da olağan yargısal sınırlar içinde kabûl edilemez.

Anayasa metninin belirsiz olduğu veya kurucu iradenin birbirinden farklı biçimlerde yorumlanabildiği durumlarda ise olağan yargısal denetim sınırlarının nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda birbirinden farklı gerekçelere dayanan pek çok farklı görüş bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda yargı organları tarafından yapılan siyasî içerikli yorumların dahi olağan denetim sınırları içinde kabûl edilmesi gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi; anayasanın orijinal anlamını göz ardı ederek alınan tüm kararların aktivist olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bunlar dışında; anayasanın orijinal anlamı tam olarak bilinemediği için böyle bir değerlendirme yapılamayacağını ileri süren veya yalnızca mevcut toplumsal konsensüsüne dikkate alan yargısal yorumların olağan kabûl edilmesi gerektiğini savunan görüşlere de rastlanmaktadır.

Anayasanın zamana göre değişmeyen, sâbit bir anlamı olduğunu savunan orijinalistlere göre yargısal yorum, anayasanın orijinal anlamını keşfetmekten ibarettir.³⁴ Dolayısıyla orijinalist bir yargıcın temel yükümlülüğü; anayasada yer alan herhangi bir ifadeyi yorumlarken, anayasanın yürürlüğe girdiği

34 Jeffrey M. Shaman, "The End of Originalism", *San Diego Law Review*, Cilt 47, No. 1, (2010) s. 83.

tarihte bu ifadenin ne anlama geldiğini veya anayasayı hazırlayan kurucu iradenin amacını araştırmaktır.³⁵ Orijinalizmin önemli temsilcilerinden biri olan Robert H. Bork, yargıçların orijinal anlamı araştırmak yerine anayasada öngörülme-yen birtakım ilkelere göre karar vermesini subjektif değerlerin dayatılması olarak görmektedir.³⁶

Bununla birlikte; yargısal yorum faaliyetinin yalnızca anayasanın orijinal anlamına bağlı kalarak gerçekleştirilmesi, anayasal değişim sürecinin tıkanmasına yol açabilecek niteliktedir. Zira yaygın bir şekilde benimsenen katı anayasa anlayışı, anayasanın toplumsal gelişmelere uyumlu hâle getirilmesi sorununu beraberinde getirmektedir. Katı anayasaların değiştirilmesi geniş bir toplumsal uzlaşma gerektirmekte ve bu uzlaşma her zaman sağlanamayabilmektedir. Kurucu irade tarafından öngörülme-yen ve anayasada açık bir düzenlemeye kavuşturulmayan bazı tartışmalı durumlarda, anayasanın değiştirilmesi sürecini işletmek yerine yargısal yorum pratiğini değiştirmek daha basit bir çözüm sunmaktadır. Yani yargısal yorum pratiğini değiştirmek, anayasanın toplumsal gelişmelere uyumlu hâle getirilmesini sağlama yollarından biridir ve belli sınırlar dâhilinde kaldığı sürece anayasayı değiştirmekten daha kolaydır.

Nitekim Amerikan Anayasası'nı hazırlayanlar, orijinalist bir yorum yöntemi öngörmedikleri gibi, anayasal değişim sürecinde yargının belli bir rolü olduğunu kabûl etmiş ve anayasayı da bu anlayışla hazırlamışlardır. Anayasada kullanılan kavram ve ifadeler soyut niteliklidir; herhangi bir tanım veya somut bir uygulama örneğine anayasada yer verilmemiştir. Anayasanın hazırlık çalışmaları sırasında yapılan tartışmalar da anayasal düzenlemelerin somutlaştırılmasında yargıya belli bir görev yüklediğini açıkça ortaya koymaktadır.³⁷ Barber ve Fleming'in sözleriyle ifade edecek olursak; "*Amerikan Anayasası'nda yer alan genel kavramlar, anayasayı hazırlayanların kafasında soyut amaçlar bulunduğunu kanıtlar niteliktedir.*"³⁸ Dolayısıyla orijinalizmin Amerikan Anayasası'nın içeriğine dâhil olmadığı ve anayasanın toplumsal gelişmelere uyarlanması sürecinde yargının da belli bir rolü olduğu söylenebilir.

35 Anayasanın *orijinal* anlamını araştırırken esas alınması gereken ölçütün ne olduğu sorunu, orijinalist yorum teorileri arasındaki önemli ayrım noktalarından birini oluşturmaktadır. Anayasada yer alan kavram ve ifadelerin, anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte hangi anlama geldiğini esas alan teori "*orijinal anlam orijinalizmi*" (*original meaning originalism*) olarak adlandırılmakta; anayasayı hazırlayan veya yürürlüğe sokan kurucu iradenin amacını esas alan teori ise "*orijinal amaç orijinalizmi*" (*original intent originalism*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Randy, Barnett, "An Originalism for Nonoriginalists", *Loyola Law Review*, Cilt 45, No. 4, (1999), s. 611-619.

36 Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, Touchstone, New York, (1991), s. 146-147.

37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jefferson Powell, "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, 98, No. 5, (1985), s. 902-913.

38 Sotirios A. Barber, – James R. Fleming, *Constitutional Interpretation The Basic Questions*, Oxford University Press, New York, (2007), s. 83.

Orijinalizmin temellendirilmesi noktasında ortaya çıkan bu sorunlar bir kenara bırakılacak olsa bile; orijinalist ilkelere bütünüyle bağlı kalarak gerçekleştirilecek bir yorum faaliyetinin, günümüz toplumlarının karşı karşıya olduğu karmaşık birtakım sorunlar hakkında gerçek bir çözüm sunup sunamayacağı şüphelidir. Zira anayasada yer alan kavram ve ifadelerin orijinal içeriği hakkında tam bir bilgi sâhibi olduğumuzu varsaysak bile; kürtaj, eşcinsel evliliği veya pozitif ayrımcılık gibi konularda hemfikir olamayabiliriz. Günümüzün modern toplumlarında ortaya çıkan bazı sorunlar hakkında kurucu iradenin tam olarak neyi öngördüğü belirsizdir. Dolayısıyla bu gibi sorunlar karşısında orijinalist ilkelere bağlı yargıçların nasıl bir tutum izleyecekleri de aynı ölçüde belirsiz olacaktır. Nitekim bu belirsizlik dolayısıyla; orijinalist yargıçların dahi orijinalizm ilkelerine bütünüyle bağlı kalamayacakları ifade edilmektedir.³⁹ William Marshall da aynı hususu vurgulamakta ve modern toplumların karşı karşıya kaldığı sorunların çözümünde katı orijinalist yaklaşımın yetersiz olduğunu savunmaktadır.⁴⁰

Anayasal uyumsuzlukların çözümünde anayasanın *orijinal* anlamı dışında başka hiçbir ilke ve değer ölçüt alınmayacağını savunan katı orijinalist teori; fikri dayanakları bakımından zayıf, sunduğu çözüm önerileri bakımından yetersizdir. Ancak orijinalizmin bütünüyle anlamsız olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Zira anayasada yer alan düzenlemeler, yalnızca yasama ve yürütme bakımından değil; yargı organları bakımından da bir sınır oluşturmaktadır. Tüm yargısal faaliyetlerin bu sınırlar içinde kalması zorunlu olduğuna göre, yargının anayasal sınırlılığını vurgulayan orijinalist teorinin tamamen yok sayılması veya göz ardı edilmesi doğru olmayacaktır.

Anayasada yer alan genel ve soyut ifadelerin yargı organları tarafından somutlaştırılmasını olağan karşılamak gerekir; ancak anayasa metninin veya kurucu iradenin bütünüyle göz ardı edilmesini de olağan yargısal sınırlar içinde kabûl etmek mümkün değildir. Orijinalizmin daha ılımlı temsilcilerinden biri olan Randy Barnett, bu hususu vurgulamakta ve anayasada yer alan belirsiz ifadelerin yargı tarafından somutlaştırılmasına itiraz etmemektedir.⁴¹ Barnett'e göre, Amerikan Anayasası'nda yer alan ve işlenen suçlara karşı "*zâlimce ve olağan dışı*" cezalar (*cruel and unusual punishment*) verilmesini yasaklayan düzenlemenin yargı tarafından belirgin kılınmasında herhangi bir sorun yoktur.⁴² "*Uygun anayasal yorum*" (*proper constitutional interpretation*) yapıldığı

39 Nitekim Barber – Fleming'e göre, bu belirsizlikten dolayı, orijinalist yargıçların birtakım felsefi tercihlerde bulunmaları kaçınılmazdır. Yani orijinalist yargıçlar bile orijinalizmin ilkelerine bütünüyle bağlı kalamazlar. Bkz. *a.g.e.*, s. 82.

40 Marshall, (2002), s. 1232.

41 Randy, Barnett, "Is The Rehnquist Court an 'Activist' Court? The Commerce Clause Cases", *University of Colorado Law Review*, Cilt 73, No. 4, (2002), s. 1280.

42 Amerikan Anayasası'nın Sekizinci Değişiklik metninde yer alan ifade şöyledir: "*Excessive bail shall not be required,*

sürece, yargının buna benzer somutlaştırma faaliyetleri aktivizm sayılmaz.⁴³ Hatta Barnett'e göre, anılan düzenlemeyle sağlanan güvencenin yargı tarafından –sırf belirsiz ifadeler içerdiği gerekçesiyle– göz ardı edilmesi aktivizmdir. Çünkü böyle bir durumda, kurucu irade tarafından öngörülen bir güvence yargı tarafından yok sayılmış olmaktadır.⁴⁴ Ancak anayasa metninin belirsiz veya kasıtlı olarak tanımlanmamış birtakım kavramlar içermesi, anayasanın orijinal anlamıyla çelişen yargısal yorumlar yapılabileceği anlamına da gelmez.⁴⁵ Yazılı bir anayasa hazırlamanın amacı, politik ve yargısal aktörlerin faaliyetlerini sınırlamaktır. Anayasal içeriğin bu aktörler tarafından yorum yoluyla değiştirilebilmesi durumunda, anayasa hazırlamanın da bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla Barnett'e göre *uygun anayasal yorum*, anayasanın orijinal anlamının bulunması ve iyi niyetli bir şekilde uygulanması anlamına gelmektedir.⁴⁶

Bununla birlikte; anayasanın orijinal anlamının ne olduğu sorunu, üzerinde kolaylıkla fikir birliğine varılabilecek konulardan değildir. Bu nedenle yargısal aktivizmin bu görünüm biçimini net bir şekilde tespit edebilmek de kolay olmayacaktır. Bu hususu göz önünde bulunduran Barnett, yargı kararları hakkında ancak karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılabileceğini ileri sürmektedir.

Barnett'e göre, belli bir kararın aktivist olup olmadığını değerlendirirken esas alınabilecek iki ölçüt söz konusudur. Bunlardan birincisi, karar sonucunun anayasanın orijinal anlamıyla uyumlu olup olmaması; ikincisi ise mahkemenin, anayasanın orijinal anlamını saptama ve bu sınırlara uyma çabasına girişip girişmemesidir. Birinci ölçüt, sonuca nasıl ulaşıldığını dikkate almadan, yalnızca kararın sonucuna göre değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Buna göre, anayasanın orijinal anlamıyla uyumlu olan yargı kararı, aykırı olan karara göre daha aktivist olacaktır. İkinci ölçüt ise kararın sonucu yerine, mahkemenin bu sonuca nasıl ulaştığını dikkate alan bir değerlendirmeyi esas almaktadır. Bu yönde bir değerlendirme yapıldığında; anayasanın orijinal anlamını “*dürüst*” bir şekilde araştırarak verilen bir karar, orijinal anlamı “*kasten*” göz ardı eden bir karara göre daha az aktivist sayılacaktır.⁴⁷

Barnett'e göre, anayasanın orijinal anlamı kesin olarak bilinmediği sürece, bir kararın sonucuna bakarak o kararın aktivist olup olmadığı söylenemez.⁴⁸

nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted. Bkz. http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html, (erişim tarihi: 10.06.2011).

43 Barnett, (2002), s. 1280.

44 *a.g.e.*, s. 1280.

45 *a.g.e.*, s. 1279.

46 “*And proper constitutional interpretation, I further maintain, means finding and applying in good faith its original meaning*” Barnett, (2002), s. 1280.

47 *a.g.e.*, s. 1280-1281.

48 *a.g.e.*, s. 1280-1281.

Dolayısıyla birinci varsayıma göre hareket ederek sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek her zaman mümkün değildir. Bu yüzden kararın sonucu yerine, bu sonuca nasıl ulaşıldığını dikkate alan bir değerlendirme yapılması gerekir. Böyle bir değerlendirme yapıldığında, kurucu iradeyi kasıtlı olarak yok sayan bir yargı kararının, bu iradeyi göz önünde bulunduran yargı kararına göre *daha aktivist* olduğunu söylemek gerekecektir.

Barnett'in temsil ettiği ılımlı orijinalizm, bir yandan anayasanın toplumsal gelişmelere uyarlanması sürecinde yargının belli bir rolü olduğunu kabûl etmekte; bir yandan da yargısal yorum yetkisinin bütünüyle sınırsız olmadığını vurgulamaktadır. Böylece hem yargı organlarının temel hakları koruma işlevi doğrultusunda hareket etmesi sağlanmakta; hem de yargının bir çeşit kurucu irade hâline gelmesi önlenmiş olmaktadır.

Anayasal değişim sürecinin dinamikleri dikkate alınarak oluşturulan bu yaklaşım, önemli tespitler içermekle birlikte, yargısal aktivizmin belirgin kılınması çabalarına yeterli katkıyı sağlamamaktadır. Zira bu yaklaşıma göre, yargı kararları hakkında yalnızca "*daha az aktivist*" veya "*daha çok aktivist*" biçiminde değerlendirme yapılabilmektedir. Kurucu iradeyi kasıtlı olarak göz ardı eden bir yargı kararının, bu iradeyi göz önünde bulunduran bir yargı kararına göre daha aktivist sayılması gerektiğine kuşku yoktur. Ancak yalnızca bu tespitle yetinilmesi durumunda, yargısal aktivizmin ne olduğu sorusu yanıtızsız kalmaya devam edecektir.

O hâlde anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesiyle ortaya çıkan aktivizmin tespiti nasıl yapılacaktır? Anayasa metninin veya kurucu iradenin bütünüyle göz ardı edildiği durumlarda alınan yargı kararları şüphesiz ki aktivisttir. Ancak anayasa metninin belirsiz olduğu veya kurucu iradenin birbirinden farklı biçimlerde yorumlanabildiği durumlarda yargısal yorum yetkisinin olağan sınırları nasıl belirlenecektir?

Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin yeterince açık olmadığı durumlarda alınan her yargı kararının aktivist kabûl edilmesi gerekir. Zira bu gibi durumlarda yargıçların kişisel, siyasî veya felsefî tercihlerde bulunması kaçınılmaz hâle gelmektedir. Hukuk yaratma faaliyetinin belli ölçü ve biçimlerde geçerli olduğu buna benzer durumlarda alınan her yargı kararı aktivisttir. Karar sonucunun herhangi bir yaptırım içerip içermemesi veya alınan kararın anayasacılığın gerekleri bakımından kabûl edilebilir nitelikte olup olmaması gibi hususlar, kararı alan yargıçların kendi hukuk anlayışlarına göre hareket ettikleri gerçeğini değiştirmemektedir.

İçtihatların Göz Ardı Edilmesi

Yazılı bir anayasa hazırlanmasındaki temel amaç, devlet faaliyetlerinin *belirli, sınırlı ve öngörülebilir* olmasını sağlamaktır. Anayasacılığın gereklerini karşılayan bir hukuk düzeninde yasama ve yürütme faaliyetlerini öngörülebilir kılmak amacıyla pek çok kural ve mekanizma öngörülmüştür. Yargı bakımından buna benzer kurallar belirlemek daha zordur; ancak *yorumsal tutarlılık* ve *ıçtihadı bütünlük* sağlandığı sürece yargı kararlarının da daha öngörülebilir olmasını sağlamak mümkündür.

Yargı organlarının benzer durumlar karşısında birbirine yakın tepkiler vermesini sağlamak, yargısal faaliyetlerin yeknesaklığını ve hukukî öngörülebilirliği sağlayabilmek bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle yargısal kararların oluşturulması sürecinde ilgili içtihatların mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Amerika Birleşik Devletleri'nin de içinde yer aldığı Kıta Avrupası hukuk sisteminde içtihatların önemi çok daha kuvvetli bir şekilde vurgulanmaktadır. Kara Avrupası hukuk geleneğinde ise içtihatlar bu kadar merkezî bir konumda değildir; ancak yine de dikkate alınması gereken unsurlardan biri olarak kabûl edilmektedir.

Kmiec'e göre; yargı organları arasında gerçekleştirilmek istenen içtihadî bütünlüğün iki boyutu bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, alt mahkemelerin üst mahkeme içtihatlarına uyması anlamına gelen "*dikey içtihat*"; ikincisi ise bir mahkemenin kendi içtihatlarına veya aralarında herhangi bir altlık – üstlük ilişkisi bulunmayan diğer mahkeme içtihatlarına uyması anlamına gelen "*yatay içtihat*".⁴⁹

Üst mahkeme tarafından ortaya konulmuş bir içtihadın varlığı durumunda, alt mahkemelerin buna uymak zorunda olduğu açıktır. Yani dikey içtihatların bağlayıcılığı konusunda herhangi bir itiraz ya da tereddüt bulunmamaktadır. Ancak yatay içtihatların bağlayıcılığı ve bunun sınırları söz konusu olduğunda birbirinden farklı görüşlere rastlamak mümkündür.

İçtihatlar dikkate alınmadan oluşturulan tüm yargı kararlarının aktivist olduğunu söylemek mümkün değildir. Sözgelimi; anayasaya aykırı veya aktivist bir içtihadın varlığı durumunda, bu içtihadın göz ardı edilmesini gerektiren haklı bir neden bulunmakta ve alınan karar genellikle aktivist sayılmamaktadır.

"Aktivist bir içtihadın göz ardı edilmesi aktivizm değildir" şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşım genellikle Lawson'ın şu satırlarına dayandırılmaktadır:⁵⁰

49 Kmiec, (2004), s.1466.

50 a.g.e., s. 1467-68; Cross – Lindquist, (2007), s. 1764.

“Eğer anayasa X diyorsa ve önceki yargı kararı da Y diyorsa; mahkemenin anayasayı tercih etmesi yalnızca bir yetki değil, aynı zamanda bir ödevdir.”⁵¹ Yani Lawson’a göre anayasaya aykırı bir içtihadın göz ardı edilmesi aktivist bir tutum oluşturmaz; bu durum yargının anayasal sorumluluklarını yerine getirmesinden ibaret görülmelidir.

Bu yaklaşım genel itibariyle doğru olmakla birlikte; aktivist bir yargı kararı göz ardı edilerek bir başka aktivist karar alınabileceği de göz ardı edilmemelidir. Anayasa X diyorsa ve önceki yargı kararı da Y diyorsa, mahkemenin hem X’i hem de Y’yi yok sayıp Z şeklinde bir karar alabilmesi mümkündür. Anayasaya aykırı içtihatların göz ardı edilmesi, her zaman anayasaya uygun kararlar verileceği anlamına gelmez. Dolayısıyla *aktivist bir içtihadın göz ardı edilmesi aktivizm değildir* şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşım, yargısal aktivizmin bu görünüm biçimini tespit edebilmek bakımından işlevsel değildir.

O hâlde, bu konuda hangi ölçüt esas alınmalıdır? Yargısal aktivizmin bu görünüm biçimi nasıl ve hangi kritere göre tespit edilebilir? Konuya ilişkin tek bir ölçüt veya tüm ihtimâlleri kapsayan genel bir kural belirlemek kolay olmamakla birlikte; yargılamının genel ilkelerinden hareketle bazı tespitler yapmak mümkün görünmektedir.

Bunun dışındaki durumlarda ise içtihatların göz ardı edilmesi yargısal aktivizm tartışmalarını gündeme getirmektedir. Örneğin Young, içtihatların *kasıtlı* bir biçimde göz ardı edildiği durumlarda aktivist bir tutumun söz konusu olduğunu ileri sürmektedir.⁵² Herhangi bir konuda karar vermekle yükümlü olan bir yargıcın, o konuyla ilgili içtihatları kasıtlı olarak göz ardı ederek kendi değer yargılarını empoze etmesi durumunda, alınan kararın aktivist olduğu söylenebilir. Ancak ilk bakışta oldukça ikna edici görünen bu yaklaşım da işlevsel değildir. Zira yargıçların hangi durumlarda bilinçli ideolojik tercihlere göre, hangi durumlarda bilinç-dışı etkenlere göre karar verdiğini tespit edebilmek mümkün değildir. Çoğunluk karşıtı aktivizmin tespitine yönelik ölçütleri değerlendirirken de belirttiğimiz gibi; yargıçların zihnini okuyabilmek imkânsız olduğu sürece, yargısal aktivizmi *kasıt* unsuruna göre tanımlayabilmek imkânsız olacaktır.⁵³

Göz ardı edilen içtihadın yerleşik nitelikte olup olmaması, bu konuda daha işlevsel sayılabilecek bir ölçüt sunmaktadır. Belli bir konuda uzun süreden beri uygulanan yerleşik bir içtihat varsa ve bu içtihadı aykırı bir karar alın-

51 Gary Lawson, “The Constitutional Case Against Precedent”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cilt 17, No. 1, (1994), s. 27-28.

52 Young, (2002), s.1150.

53 Bkz. yukarıda dn. 24.

mıssa, bu kararın aktivist olduğunu kabûl etmek gerekir. Aynı şekilde, bir mahkemenin belli bir konuda sık sık içtihat değiştirmesi veya farklı konularda daha önce alınan yargı kararlarının sürekli olarak göz ardı edilmesi durumunda da aktivist bir tutum söz konusu olacaktır.

Hukukî öngörülebilirliğin önemli unsurlarından biri olan içtihadî uyum, bir mahkemenin belli bir konuda birbiriyle çelişen kararlar vermekten kaçınmasını gerektirir. Bu husus yalnızca hukukî öngörülebilirlik bakımından değil, yargılama faaliyetinin adâlet ilkelerine uygun biçimde sürdürülebilmesi bakımından da önemlidir. Bir mahkemenin aynı konuda sık sık birbiriyle çelişen kararlar vermesi, bu ilke ve ideallerin de bir kenara bırakıldığı anlamına gelir. Belli bir konuyla ilgili olarak içtihat değişikliğini gerektiren haklı sebepler olmaksızın böyle çelişkili bir tavır içine girilmiş olması, aktivist bir tutumun varlığını kanıtlar niteliktedir. Bir mahkemenin belli bir konuda sık sık birbiriyle çelişen kararlar vermesi kadar, farklı konularda daha önce verilmiş olan yargı kararlarının sürekli olarak göz ardı edilmesi de aktivist bir tutumu işaret etmektedir.⁵⁴ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nde yer alan muhafazakâr eğilimli yargıçların liberal, liberal eğilimli yargıçların da muhafazakâr içtihatları sürekli olarak göz ardı ederek kararlar alması; yargısal aktivizmin bu görünüm biçimiyle ilgili en somut örnekleri oluşturmaktadır.⁵⁵

Değerlendirme ve Sonuç

En genel hâliyle ele alındığında yargısal aktivizm, yargının hukukî denetim sınırlarını aşması durumudur. Anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli yargı organları bakımından bu sınırların aşılması, genellikle yasama organının siyasî takdirlerine müdahale etmek biçiminde gerçekleşir. Bu hâliyle yargısal aktivizm, demokratik karar alma sürecini etkisizleştirmekte ve “çoğunluk karşıtı” bir görünüme bürünmektedir. Ancak aktivist yargısal tutum, yalnızca çoğunluk karşıtlığı biçiminde ortaya çıkmamaktadır. Açıkça anayasaya aykırı olan yasama işlemlerinin herhangi bir yaptırıma uğramaması,

54 Cross – Lindquist, (2007), s. 1764.

55 Young, (2002), s. 1149. İctihadî bütünlüğün önemini sıklıkla vurgulayan muhafazakâr yazarların kimi durumlarda içtihatların göz ardı edilebileceğini savunmaları dikkat çekicidir. Bu yazarlardan biri olan William Marshall, yargısal aktivizmin diğer türleriyle kıyaslandığında “muhafazakâr içtihadî aktivizm” (*conservative precedential activism*) olarak ifade ettiği aktivizm türünün daha savunulabilir olduğunu belirtmektedir. Marshall'a göre; içtihadî bütünlüğü savundukları hâlde, sırf bazı içtihatları uymadıkları gerekçesiyle muhafazakâr yargıçların eleştirilmesi haksızlıktır. Zira mevcut doktrin (ictihat) hukuken meşru değilse, bu hatalı yargı kararına daha fazla saygı duyulmasını beklemek de mümkün değildir. (Bkz. Marshall, [2002], s. 1234) Barnett de aynı görüştedir ve muhafazakârların liberal içtihatları geçersiz kılamayacaklarını savunmanın âdil olmadığını belirtmektedir. Barnett'e göre; sırf benimsedikleri yargı anlayışı nedeniyle muhafazakârların içtihatları göz ardı edemeyeceklerini savunmak, anayasa hukukunun sonsuza kadar muhafazakâr olmayan görüşlerin yörüngesinde kalması demektir. Bkz. Randy Barnett, “Left Tells Right: ‘Heads I Win, Tails You Lose’”, Bush v. Gore: The Court Cases and the Commentary, (E.J. Dionne Jr. & William Kristol, eds.), The Brookings Institution, Washington, DC, (2001), s. 264-265.

yargısal aktivizmin bir başka görünüm biçimini oluşturmaktadır. Davanın gereklerini aşacak ölçüde maksimalist kararlar verilmesi, anayasayı hazırlayan kurucu iradenin göz ardı edilmesi veya yerleşik içtihatlarla aykırı hareket edilmesi gibi durumlarda söz konusu olan hukuk yaratma faaliyeti de yargısal aktivizmin diğer görünüm biçimlerini oluşturmaktadır.

Hukuku uygulamakla görevli yargı organlarının hukuk yaratma faaliyeti-ne soyunması, yargısal aktivizmin tüm görünüm biçimlerinde ortak bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi yargı organları; hukuku, kanun koyucunun öngördüğü biçimde yorumlamak ve uygulamak zorundadırlar. Ancak kanunların anayasaya uygunluk denetimi söz konusu olduğunda, “*hukuku uygulamak*” ve “*hukuk yaratmak*” arasındaki ayrım iyice belirsizleşmektedir. Zira bilindiği gibi anayasalar, toplumsal bir uzlaşmayı yansıttığı varsayılan ve uzun ömürlü olması beklenen hukuk metinleridir. Herhangi bir anayasanın uzun ömürlü olması, toplumsal gelişmelere uyum gösterebilmesine bağlıdır. Bu uyumun sağlanabilmesi ise öncelikle anayasanın belli bir esneklik içinde olmasını gerektirmektedir. Sözünü ettiğimiz bu yapı içinde yargı organları tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi; anayasada yer alan genel ve soyut ifadelerin somutlaştırılmasını veya bu ifadelerle belli bir içerik kazandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetiminin etkin bir şekilde yürütülebilmesi, yargı organlarının kimi durumlarda hukuk yaratma faaliyeti içine girmesini zorunlu hâle getirmektedir.

Anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli yargı organlarının hukuk yaratma faaliyetinden kaçınması elbette mümkündür. Ancak yargının kendini sınırlaması anlamına gelen bu tutum, yapılan denetimin etkinliğini büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Zira anayasada yer alan kavram ve ifadelerin yargı organları tarafından bütünüyle yaşamaya uyumlu bir şekilde somutlaştırılması durumunda; anayasa yargısı, yasamanın muhtemel hak ihlallerine karşı bir güvence olmaktan çıkacaktır.

Nitekim Türk Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK’leri bakımından geçerli olan yargısal denetim yasağı hakkında vermiş olduğu karar, anayasa yargısının üstlendiği *temel hakların korunması* işleviyle *yargısal aktivizm* arasındaki bağı gözler önüne sermesi bakımından dikkat çekici bir örnektir. Konuya ilişkin 1991 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi; olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yer ve zaman bakımından sınırlı olduğunu ve bu nitelikteki kararnameler kullanılarak ülke kanunlarında herhangi bir değişiklik yapılamayacağını belirtmiş ve Olağanüstü Hâl Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngören 425 sayılı olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesini (OHAL KHK’si) iptal etmiştir.⁵⁶ 1982 Anayasası’nın 148’inci

56 Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 10 Ocak 1991 tarihli, E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararı, AMKD, S.27, C.1, s.65-110.

maddesi, olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceğini öngörmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi; OHAL KHK'lerinin ancak “*olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda*” çıkarılabileceğine ilişkin Anayasa hükmüne (m.121) dayanmış ve söz konusu düzenlemenin bu nitelikte olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu karar, Anayasanın 121'inci maddesinde yer alan “*olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular*” ifadesinden çoğunluk üyelerinin ne anladığına bağlı olarak şekillenmiştir. Mahkemenin çoğunluk üyeleri, olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetime kapalı olmasının yaratacağı muhtemel sakıncaları göz önünde bulundurarak, anayasada yer almayan birtakım koşullar belirlemiş ve söz konusu denetim yasağının sınırlarını daraltmıştır. Anayasa Mahkemesi üyeleri aktivist bir tutum içine girmekten kaçınarak yalnızca “hukuku uygulama” işlevi doğrultusunda hareket etmiş olsalardı, OHAL KHK'sı adı altında yapılan işlemlerin yargısal denetimini yapmak hiçbir şekilde mümkün olmayacaktı. Anayasa Mahkemesi'nin bu olayda hukuk yaratmak suretiyle aktivist bir tutum içine girmesi, Anayasada yer alan yargısal denetim yasağının hak ve özgürlükler bakımından oluşturduğu sakıncalı durumu –kısmen de olsa– ortadan kaldırmıştır.⁵⁷

Bu ve buna benzer örnekler düşünüldüğünde, hukuk yaratma faaliyetini anayasa yargısından soyutlamanın ne kadar zor olduğu açıkça görülmektedir. Christopher Wolfe da aynı görüştedir ve anayasa yargısının varlığını kabûl ettiğimiz sürece *aktivizm* ile *sınırlamacılık* arasındaki sınırların yapay olduğunu ileri sürmektedir.⁵⁸ Wolfe'a göre, “*yargısal aktivizm*” ile “*yargısal kendini sınırlama*” arasındaki fark yalnızca *hukuk yaratma* faaliyetinin derecesiyle ilgili bir konudur.⁵⁹ *Kendini sınırlama* eğilimli yargıçlar, hukuk yaratma faaliyetini daha dar kapsamlı bir çerçevede yerine getirirken; *aktivist* yargıçlar bu konuda daha aktif ve öncü bir rol üstlenmektedir.

Bununla birlikte; herhangi bir yargıç ya da mahkemenin, her konuda aynı düzeyde aktivist olacağını varsaymak da doğru değildir. Yargı organları belli bir konuda aktivist bir tutum izlerken, başka bir konuda bunun tam tersi bir tutum içine girebilir. Örneğin devletin ekonomik işlevlerinin sınırlandırılması gerektiğine inanan ve ekonomik hayata müdahale niteliğindeki yasama işlemlerine karşı aktivist bir tutum izleyen bir yargıç; siyasî haklar söz konusu olduğunda, yasamanın sınırlayıcı tasarruflarına karşı aynı hassasiyeti

57 Aynı yönde görüş için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, (2011), s. 258.

58 Christopher Wolfe, *Judicial Activism, Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Revised Edition, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland, (1997), s. 31-32.

59 *a.g.e.*, s. 2.

göstermeyebilir. Siyasî haklara yönelik müdahaleler söz konusu olduğunda aktivist bir tutum izleyen bir başka yargıç da, sosyal ve kültürel hakların sınırlandırılmasını içeren yasama işlemlerine karşı aynı duyarlılığı göstermeyebilir. Wolfe'un da haklı olarak belirttiği gibi; anayasayı yorumlayan herkes, birbirinden farklı konularda aktivizm ve sınırlamacılık arasındaki yelpazenin farklı noktalarında konumlanmaktadır.⁶⁰

Benzer görüşleri dile getiren Edward McWhinney, yargının politik işlevine dâir tartışmaların “*yargısal aktivizm*” ve “*yargısal kendini sınırlama*” kavramları üzerinden yürütülmesini yararsız gördüğünü belirtmektedir. McWhinney'e göre, kapsamı fazlasıyla geniş olan bu kavramlar, bir yargıcın hukuk anlayışını tam olarak kavrayabilmek için yeterli değildir. Tamamen saf, konsantre bir *aktivizm* mevcut olmadığı gibi, konsantre bir *yargısal sınırlamacılık* da yoktur. Yargısal aktivizmin, *yer* ve *zaman* kriterine göre analiz edileceği bir sınıflamaya ihtiyaç vardır; zira bir yargıcın hukuk anlayışından söz ederken, aktivizme *ne zaman* ve *nasıl* yöneldiğini incelemek gözlemciler açısından daha anlamlı sonuçlar verecektir.⁶¹

Yargısal aktivizm, açıkça yasaklanmayan yasama işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınmasıyla ortaya çıkabileceği gibi; yerleşik içtihatların veya anayasayı hazırlayan kurucu iradenin göz ardı edilmesiyle de ortaya çıkabilir. Aktivist yargısal tutum söz konusu olduğunda, bu görünüm biçimlerinden birkaçının aynı anda ortaya çıkması mümkündür. Örneğin herhangi bir yargıç veya mahkeme; aynı anda hem yerleşik içtihatları, hem de kurucu iradeyi göz ardı ederek karar almış olabilir. Böyle bir durumda alınan karar, birden fazla yönüyle aktivisttir ve yargısal aktivizmin çok boyutlu olabileceğini göstermektedir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimini gerçekleştirdiği kararlar incelendiğinde; bu kararların hem çoğunluk karşıtı olmak, hem de kurucu iradeyi açıkça göz ardı etmek bakımından aktivist olduğu görülmektedir.⁶²

Yargısal aktivizm söz konusu olduğunda, genellikle göz ardı edilen bir başka ihtimâl de şudur: Herhangi bir mahkeme kararı, birden fazla boyutuyla aktivist olabileceği gibi; bir boyutuyla aktivist iken bir başka boyutuyla sınırlamacı olabilmektedir.⁶³ Örneğin yasamanın siyasî takdir yetkisine saygı duyan ve de-

60 a.g.e., s. 5.

61 Bkz. Edward McWhinney, “The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making”, *New York University Law Review*, Cilt 33, No. 6, (1958), s. 786.

62 İlgili kararlar için bkz.: Anayasa Mahkemesi'nin 16 Haziran 1987 tarihli, E.1987/9, K.1987/15 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 5 Temmuz 2007 tarihli, E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 27 Kasım 2007 tarihli, E.2007/99, K.2007/86 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 5 Haziran 2008 tarihli, E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararı.

63 Young, (2002), s. 1143.

netime konu olan yasama işlemini geçersiz kılmama yolunu seçen bir mahkeme, bu sonuca ulaşmak için uzun süredir uygulanan yerleşik bir içtihadı göz ardı etmek zorunda kalabilir. Böyle bir durumda alınan karar, demokrasinin temel prensibi olan çoğunluğa dayalı yönetim anlayışına uygundur ve bu yönüyle aktivist değildir. Buna karşılık aynı karar, yerleşik içtihatları göz ardı etmesi bakımından aktivisttir. Daha somut bir başka örnek vermek gerekirse: Anayasa Mahkemesi'nin 2007 yılında almış olduğu "367 Kararı", Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci tur oylamasında kurucu iradenin öngörmediği bir "nitelikli toplantı yetersayısı" yaratmış olması bakımından aktivisttir; kurucu irade tarafından yargısal denetim kapsamı dışında bırakılan bir parlamento kararının denetimini gerçekleştirmiş olması bakımından da aktivisttir. Ancak aynı karar, "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğinde görülen bir parlamento kararının denetimini gerçekleştirirken Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki içtihatlarıyla uyum içindedir ve bu yönüyle aktivist bir tutumu yansıtmaktan uzaktır. Yani Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı", kurucu iradeyi göz ardı etmiş olması bakımından aktivisttir; ancak içtihadı uyum bakımından aktivist değildir.⁶⁴

Cross&Lindquist'e göre yargısal aktivizm, "*hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olmalarını*" ifade eder.⁶⁵ Bu başarısızlık, farklı düzey ve biçimlerde ortaya çıkabilir. Yargı organları tarafından benimsenen aktivist tutumun düzeyi konudan konuya farklılık göstermekte; kimi durumlarda ise bir yargı kararı, aktivist olan ve olmayan unsurları bir arada bulundurabilmektedir. Dolayısıyla herhangi bir yargıç veya mahkemenin genel hukuk anlayışını tasvir etmek amacıyla yargısal aktivizm kavramına başvurulması doğru değildir. Zira yargısal aktivizm kavramı, herhangi bir yargıç veya mahkemenin hukuk anlayışını kavrayabilmek için gereken veriyi tek başına sunmamaktadır. McWhinney'in de belirttiği gibi, herhangi bir yargıcın hukuk anlayışından söz ederken aktivizme *ne zaman ve nasıl* yöneldiğini incelemek daha anlamlıdır.⁶⁶

Konuya bu açıdan bakıldığında, yargısal aktivizmi herhangi bir ideoloji

64 Hatırlanacağı üzere 2007/54 sayılı bu karar; TBMM'de yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylamasında toplantı yetersayısının üçte iki olduğunu, bu sayıya uymadan yapılan 27 Nisan 2007 tarihli toplantının TBMM İçtüzüğü'nün 102'nci maddesine aykırı olduğunu, İçtüzük hükümleriyle çelişen bu toplantının "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğinde olduğu için denetlenip iptal edilebileceğini varsaymaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kararına dayanak yaptığı bu varsayımlarla ilgili itiraz edilebilecek pek çok husus bulunmaktadır. Ancak bu kararın, Anayasa Mahkemesi'nin eylemli içtüzük değişiklikleriyle ilgili daha önceki içtihatlarıyla uyum içinde olduğunu unutmamak gerekir. Zira bilindiği gibi; 1961 Anayasası döneminden beri Anayasa Mahkemesi, herhangi bir işlemin o işlemi yapan organ tarafından nitelendirilme biçimiyle kendisini bağlı saymamaktadır. Anayasa Mahkemesi aynı yaklaşımı "367 Kararı"nda da sürdürmüş, TBMM'nin 27.4.2007 tarihli toplanma iradesini İçtüzüğü'nü değiştirilmesi niteliğinde görmüş ve dava konusu işlemi denetleyerek iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1 Mayıs 2007 tarihli, E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararı.

65 Cross – Lindquist, (2007), s. 1765.

66 McWhinney, (1958), s. 786.

veya siyasî eğilimle özdeş kabûl etmenin anlamsızlığı da ortaya çıkmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde yargısal aktivizm kavramı genellikle liberalizmle; yargısal sınırlamacılık ise muhafazakârlıkla birlikte anılmaktadır.⁶⁷ Federal Yüksek Mahkeme başkanlığını Warren ve Burger'in üstlendiği yaklaşık otuz yıllık dönem boyunca alınan kararlar, gerçekten de böyle bir genellemeyi haklı kılacak niteliktedir.⁶⁸ Sözünu ettiğimiz bu dönem boyunca Yüksek Mahkeme üyeleri, ilerlemeci Amerikan liberalizmine (*progressive liberalism*) uygun sonuçlar elde etmek için aktivist bir tutum izlemekten çekinmemişlerdir.⁶⁹ Mahkemenin bu dönemde aldığı aktivist kararları eleştirenlerin de çoğunlukla muhafazakâr eğilimli olması, “*yargısal aktivizm eşittir liberalizm*” özdeşliğinin yaygın bir kanaât hâline gelmesine yol açmıştır.⁷⁰ Oysaki şimdiye kadar yaptığımız tespit ve değerlendirmeler, yargısal aktivizmin herhangi bir ideoloji veya siyasî eğilimle özdeş olmadığını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Örneğin çoğunluk karşıtı aktivizm, yasama tasarruflarına duyulan güvensizliğin sonucudur ve böyle bir güvensizliğin söz konusu olabilmesi için yargıçların belli bir ideolojiyi benimsemiş olmaları gerekmez. Aynı durum, çoğunlukçu aktivizm veya içtihadî maksimalizm için de geçerlidir. Amerika Birleşik Devletleri'nde kurucu iradenin göz ardı edilmesi noktasında liberal eğilimli yargıçlar daha ön plândadır; ancak yerleşik içtihatların göz ardı edilmesi söz konusu olduğunda, muhafazakâr yargıçlar da en az liberaller kadar aktivist olabilmektedirler. Nitekim bizzat muhafazakâr yazarlar tarafından ortaya atılan “*muhafazakâr içtihadî aktivizm*”⁷¹ (*conservative precedential activism*) kavramı, aktivist tutumun liberal yargıçlara özgü bir durum olmadığını göstermesi bakımından anlamlıdır.

Buraya kadar yapmış olduğumuz tespit ve değerlendirmeler, yargısal aktivizm kavramının ilk bakışta sâhip olduğu düşünülen içerikten çok daha farklı bir içeriğe sâhip olduğunu göstermektedir. Yargısal aktivizm, anayasaya uygunluk denetimi yapan yargıçların kötü niyetli, önyargılı veya hukuk dışı

67 Canon, (1982), s. 237.

68 Yargıç Earl Warren Federal Yüksek Mahkeme başkanlığını 1953-1969 yılları arasında üstlenmiş; yargıç Warren E. Burger ise aynı görevi 1969-1986 yılları arasında yerine getirmiştir. Bkz. <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx>, (erişim tarihi: 27.04.2011).

69 Wilkinson'a göre, 1960'lı ve 1970'li yıllarda konuya ilişkin tartışmanın çizgileri nettir. “Bir tarafta entelektüel yaklaşıma sâhip mahkemelerin sosyal sorunlara çözüm bulabileceğine inanan liberaller; diğer tarafta ise geleneksel demokratik süreçlere inancını koruyan muhafazakârlar. Kısacası bu dönemde liberaller aktivisttir; muhafazakârlar ise kendini sınırlamacıdır.” Bkz. J. Harvie Wilkinson III, “Is There a Distinctive Conservative Jurisprudence?”, *University of Colorado Law Review*, Cilt 73, No. 4, (2002), s. 1383.

70 Bkz. Lori A. Ringhand, “Judicial Activism: An Emprical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court”, *Constitutional Commentary*, Cilt 24, No. 1, (2007), s. 43-44. Ayrıca bkz. Arthur D. Hellman, “Judicial Activism: The Good, The Bad and the Ugly”, *Mississippi College Law Review*, Cilt 21, No. 2, (2001), s. 254.

71 Bkz. Marshall, (2002), s. 1234.

amaçlar güderek karar almalarından ibaret bir kavram değildir. Bu gibi durumlarda meşru olmayan amaçlarla yapılan denetimin hukukîlik sınırlarını aştığına ve aktivist bir tutum içerdiğine kuşku yoktur. Ancak anayasaya uygunluk denetiminde olağan yargısal sınırların aşılması için yargıçların kötü niyetli veya önyargılı olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Özünde siyasî nitelikli olan “*kamu yararı*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlâk*” gibi kavram ve ifadeler anayasalarda yer aldığı sürece, hukukî denetim sınırlarının aşılması her zaman için mümkün olabilecektir. Bu nedenle yargısal aktivizm kavramının, çağrıştırdığı olumsuz değer yargılarından bağımsız olarak ele alınması gerekir.

Nitekim gerek Türk Anayasa Mahkemesi, gerek diğer ülkelerdeki yargı kararları incelendiğinde; anayasal demokrasinin gerekleri bakımından olumlu ve olumsuz sayılabilecek pek çok aktivist karar örneği bulmak mümkündür. Bu durum, yargısal aktivizmin anayasal demokrasiler bakımından hem bir tehdit; hem de bir güvence niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Yargı organları aktivist bir tutum benimsemek suretiyle, bireylere sağlanan anayasal güvencelerin koruyucusu olabilecekleri gibi; demokratik karar alma sürecini erozyona uğratan, bireylerin hukuk güvenliğini ortadan kaldıran bir yaklaşım içine de girebilirler.⁷²

72 Bu noktada Türk Anayasa Mahkemesi ile ilgili önemli bir hususun altını çizmek gerekir: Anayasal demokrasinin gerekleri bakımından olumlu ve olumsuz nitelikte aktivist karar örneklerinin çoğaltılabileceğini ileri sürmek, Anayasa Mahkemesi kararlarının bu konuda dengeli bir dağılım gösterdiği anlamına gelmez. Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının bütünü incelendiğinde, anayasal demokrasinin gerekleri bakımından güvence niteliğinde sayılabilecek karar örneklerinin sayıca çok daha az olduğu görülür. “Cumhuriyetçi ittifak” olarak tanımlanabilecek toplumsal kesimlerin menfaat ve değerleri konusunda son derece cesur ve aktivist kararlar alabilen Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması söz konusu olduğunda genellikle daha çekimser bir tutum içine girmektedir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi’nin seçici bir aktivizm benimsediğini savunan Ceren Belge; bürokrasi, yargı ve üniversitelerden oluşan Cumhuriyetçi grupların otonomisini korumak konusunda Mahkemenin son derece aktivist olduğunu; sivil özgürlüklerin korunması konusunda ise birkaç örnek dışında oldukça davrandığını ileri sürmektedir. (Bkz. Belge, Ceren, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law and Society Review*, 40, No.3, [2006], s. 664-667.) Özbudun da aynı hususu belirtmekte ve bireysel ve siyasal haklar konusunda hayli kısıtlayıcı olan Anayasa Mahkemesi’nin, aktivizmini devletin temel değerlerinin, özellikle laiklik ve üniter devlet ilkelerinin korunması yönünde sergilediğini ileri sürmektedir. (Bkz. Özbudun, [2011], s. 459.) Ancak buna rağmen; Mahkemenin seçici aktivizminden kaynaklanan bu dengesiz karar dağılımı bir kenara bırakıldığında, Anayasa Mahkemesi’nin ülkemizdeki anayasal demokrasi açısından hem bir tehdit, hem de bir güvence oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.