

BATIDA VE TÜRKİYE ÖRNEĞİNDE YARGISAL AKTİVİZM TARTIŞMALARI VE YARGISAL AKTİVİZMİN İYİ YA DA KÖTÜ BİR TUTUM OLUP OLMADIĞI MESELESİ

*Judicial Activism Discussions In The West And Turkey Sample And Issue of
Whether Judicial Activism is a Good Atitude Or Not*

Yrd. Doç. Dr. Adnan KÜÇÜK¹

Geliş Tarihi: 28.09.2016

Kabul Tarihi: 01.06.2017

ÖZET

Günümüzde az sayıda ülke dışında bütün devletlerde Anayasa yargısı vardır. Anayasa yargısı mercileri, kuruldukları günden bu yana, değişen şartlara bağlı olarak dönem dönem siyasi iktidarın yetki alanını daraltıcı yönde kararlar verebilmektedirler. Siyasi yönü de olan bu kararlar sebebiyle bu ülkelerde çoğu kereler yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. “Yargısal aktivizm” şeklinde de ifade edilen bu tür kararlara, ileri demokrasiler yanında Türkiye’de de rastlanmaktadır. Bunların en belirgin misallerini, “hukukilik denetimi”nin ötesine geçilerek yapılan “yerindelik denetimi” teşkil etmektedir. Her ne kadar AYM’nin, yerindelik denetimine kayacak şekilde verdiği aktivist kararları hoş karşılanmasa da, “hak ve hürriyet eksenli yorum” yoluyla benimsediği aktivizmin yanlış olmayacağı savunulmuştur. Başta ABD olmak üzere bazı ileri demokrasilerde, AYM hâkimlerinin, çeşitli Saiklerle aktivist tutum sergilemek yerine kendi kendilerini sınırlama yolunu seçtikleri görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal yargısı, yargısal aktivizm, kendi kendini sınırlama, hukukilik denetimi, yerindelik denetimi.

ABSTRACT

At the present time, there is constitutional jurisdiction in all states except a few countries. From time to time, constitutional jurisdiction authorities, since they are established, depending on changing conditions, can give decisions in the direction of restricting jurisdiction of political power. Due to the these decisions which have also political aspect, high discussions are usually experienced in these countries. These kind of decisions which are also called “judicial activism” , are founded in Turkey beside advanced democracies. The most obvious example of them is “control of expediency” made by passing beyond “control of legality”. Although the activist decisions which can be accepted as control of expediency of Supreme Court are frowned upon, it is argued that the activism adopted through “right and freedom- orianted interpretation” will not be wrong. In some advanced democracies particularly in the USA, it is seen that judges of Supreme Court choose the way of being self-limiting instead of exhibiting activist attitude with various reasons.

Keywords: Constitutional jurisdiction, judicial activism, self-limiting, control of legality, control of expediency.

GİRİŞ

“Yargısal aktivizm” (judicial activism) ve “yargının kendi kendini sınırlandırması” (judicial restraint), anayasa yargısının benimsenmiş olduğu hemen tüm ülkelerde sıklıkla gündeme gelen kavramlardır. Anayasa

¹ Yrd. Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, adnankucuk@gmail.com

Mahkemelerinin (AYM) önüne gelen birçok sorunun siyasi niteliğe sahip olması sebebiyle, bu mahkemelerle parlâmentolar arasında zaman zaman çatışmalar görülmesi çoğu kereler kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Bu çatışmanın temel sebebini, Anayasa yargısı mercilerinin önüne gelen anayasallık denetimi faaliyetleri kapsamında aktivist bir tutum sergileyerek, parlamentoların yasama alanını daraltmak suretiyle onlarla gerilim içerisine girmeleri teşkil etmektedir. Bu sebeple son yılların en popüler kavramlarından birisinin “yargısal aktivizm” olduğunu söylemek pekâlâ mümkündür.

ABD’nde Federal Yüksek Mahkeme’nin (*Supreme Court*) siyaseti doğrudan ilgilendiren konularda, bazen siyasetin alanını daraltıcı yönde almış olduğu kararları nitelemek için kullanılan “yargısal aktivizm” kavramının; anayasal yargı denetiminin küresel ölçekte yaygınlık kazanmasına paralel olarak dünyanın diğer ülkelerinde de yaygın bir kullanıma sahip hale geldiği görülmektedir. Bu kavramın ülkemizde de yaygınlık kazanması, AYM’nin bazı davalarda siyaset alanını kuşatan ve demokratik karar alma sürecini değişen ölçülerde etkisizleştiren bir tutum içine girmiş olmasından kaynaklanmaktadır².

Anayasa yargısı temelli sorunların bir kısmını, yargısal aktivizm şeklinde de ifade edilen Anayasa yargısı mercilerinin, anayasal yetki mecralarının dışına çıkmaları (mecra taşıma) teşkil etmektedir. Anayasa yargısının mecra taşıma, muhtelif şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Batıda demokratik hukuk devleti kültürünün değişen ölçülerde kökleştiği bazı ülkelerde, özellikle siyasi iktidarların takdir alanına giren konularda olumsuz neticelerin ortaya çıkabileceği bazı durumlarda, anayasa yargısı mercilerinin, yargısal aktivizm yerine “kendi kendini sınırlandırma” eğilimini ortaya koydukları görülmektedir. Burada ayrıca bu aktivizm türlerinden tamamının iyi ya da kötü olup olmadığı meselesi de ele alınacaktır.

I. Yargısal Aktivizm Kavramı

Burada yargısal aktivizm kavramına ilişkin tanımlama ve belirleme işlemine girişmeden önce, bu kavramdan ne tür yargısal faaliyetlerin anlaşılması gerektiği hususunun vuzuha kavuşturulması gerekiyor. Günümüzde yargısal aktivizm kavramından, daha yoğun ve yaygın bir şekilde AYM ve anayasallık denetimi bağlamında bahsedilmektedir³. Bu vesileyle anayasa yargısı alanındaki yargısal aktivizm, kanunların ya da yürütmenin anayasallık denetimine tabi işlemlerinin⁴

² KORUCU, Serdar, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, *Liberal Düşünce D.*, Yıl 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013, s. 201.

³ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin y., Ankara, 2009, s. 34.

⁴ ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, federal kanunlar yanında başkanlık kararlarını da Anayasaya uygunluk açısından denetlemektedir. Bu da, Yüksek Mahkemeyi, siyasi yönü

Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi faaliyetlerinin gerçekleştirildiği esnada, Anayasallık denetimi yapan hâkimlerin yasama ya da yürütme işlemlerini denetlerken, Anayasa hükümlerinin anlamlandırması aşamasında kendisini göstermektedir⁵. Anayasallık denetimi yapan hâkimler, anayasal bir normu yorumlayarak, bu normu önlerine getirilen davaya tatbik ederken, mekanik bir yöntemle hareket etmemekte; soyut nitelikteki bir anayasal kuralı, sosyal, ekonomik ve siyasi boyutları ile birlikte anlamlandırmaktadırlar. Bu faaliyet kapsamında, anayasallık denetimi yapan anayasa hâkimleri, her ne kadar bir kanun ya da yürütme işlemi açıkça Anayasaya aykırılık teşkil etmese de, anayasadaki kimi soyut ilke veya kuralları farklı bir şekilde ve daha ziyade kendi özel algılamalarının da tesiriyle, yasama organının anayasal çerçevede sahip olduğu takdirini de ortadan kaldıracak ya da büyük ölçüde daraltacak şekilde yorumlayarak müdahale ettikleri, bu tür yasama ve yürütme işlemlerini anayasaya aykırılık kapsamına dâhil ederek iptal etme yoluna gittikleri zaman yargısal aktivizm tartışmaları ortaya çıkmaktadır⁶.

Bazıları yargısal aktivizmin muhtevasını sadece anayasallık denetimi kapsamında yapılan faaliyetlerle sınırlarken⁷, bazıları AYM'leri tarafından siyasi partiler hakkında yapılan kapatma davalarını da bu muhtevaya dâhil etmektedirler⁸. Ben, yargısal aktivizm kavramını sadece anayasallık denetimi kapsamında tahlil edeceğim.

olan bazı hükümet politikalarını denetleyen ve etkileyen organ haline getirmektedir. GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 3. B., Beta y., İstanbul, 1986, s. 515-516; KÜÇÜK, Adnan, "AK Parti'nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD'deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler D.*, C. 6, S. 1, Ocak 2016, s. 35. Almanya, Avusturya, Belçika, Polonya ve Bulgaristan'da da yürütme organları tarafından yapılan idari nitelikteki düzenleyici işlemler AYM'lerinin anayasallık denetimine tabidir. Türkiye, İtalya ve İspanya'da yürütme tarafından yapılan idari işlemlerin tamamı anayasallık denetimine tabi değildir; tüzük, yönetmelik vb. bazı idari işlemler hakkında AYM'ne iptal davası açılmaz. KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 4. B., İmge y., Ankara, 2007, s. 102-103. Türkiye'de yürütme organı tarafından yapılan sadece Kanun Hükmünde Kararnameler (Anayasanın 2017 değişikliği öncesi metnine göre KHK, 2017 değişikliğine göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri) AYM'nin anayasallık denetimine tabidir. (AY. Md. 148).

⁵ HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 34.

⁶ İbid., s. 34-35; GEDİK, Ömer, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2013, s. 99.

⁷ KORUCU, s. 201-225; ERGÜL, Ozan, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *Türkiye Barolar Birliği D.*, S. 104, Yıl 2013, s. 37-54.

⁸ HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*; ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi Ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D.*, C 62, S. 3, Yıl 2007.

Her ne kadar yargısal aktivizm, akademik camiada yoğun ve yaygın bir ilgi görmekte ise de, onun tanımı ve muhtevası ile alakalı temel konularda bir mutabakatın mevcut olduğu söylenemez. Sosyal bilimlerde kullanılan pek çok soyut kavram gibi, yargısal aktivizm de, araştırmacıların üzerinde ittifak ettikleri net bir tanım ve muhtevaya sahip değildir⁹. Yargısal aktivizm kavramının, 1990'lı yıllardan itibaren birçok yayında birbirinden farklı açılardan kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Bu kavramın, kullanımı yaygınlaştıkça, her bir yayında farklı bakış açıları ortaya konuldukça, anlamının gittikçe belirsizleştiği söylenmiştir. Bu anlam belirsizliğinin, yargısal aktivizm kavramının, birbiriyle uyuşmayan, hatta bazı kereler birbirine zıt ve çelişkili bir şekilde tanımlanmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir¹⁰. Anayasa yargısının işlevini, sınırlarını ve meşruluğunu konu edinen çalışmalardaki görüş farklılıklarına bağlı olarak ortaya çıkan bu durum sebebiyle, bu kavramın, tabiatı icabı sınırları tam manada belirgin bir şekilde ortaya konulacak şekilde tanımlama faaliyetine elverişli olmadığı ileri sürülmüştür¹¹. Hakyemez'in ifadesiyle, yoğun olarak kullanıldığı dönemlerde bile, genellikle yargısal aktivizm sorununun ortaya konulması noktasında, bu kavram, ne manaya geldiği ve kapsamının ne olduğu açıkça belirlenmeksizin kullanıldığı için, bu kavramın manasının ne olduğu hala belirsizliğini korumaktadır¹². Bu vesileyle yargısal aktivizmin, her ne kadar kavram olarak geniş ve yaygın bir popülerliğe sahip ise de, aslında hiç de yeteri kadar anlaşılmadığı belirtilmiştir¹³. Bu belirsizliğin başlıca sebebi, yargısal yorumun ve onun algılanma şeklinin ister istemez muğlâk olmasıdır¹⁴.

A. Yargısal Aktivizm Kavramına Yönelik Muhtelif Tanımlama Çabaları

Young'a göre yargısal aktivizm kavramı, doğasından hareketle içeriksiz, anlamsız veya içi boş bir çağrışım uyandırmamalıdır. Bu kavram, 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 siyasi

⁹ KORUCU, s. 202.

¹⁰ KAYA, Semih Batur, "Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. XIX, S. 3, Yıl 2015, s. 366.

¹¹ KORUCU, s. 203-204.

¹² HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 34.

¹³ KAYA, s. 366.

¹⁴ ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 47.

tartışmalarda, konuya bakış açısına göre çeşitli nedenlerle beğenilmeyen yargı kararlarına yönelik bir sıfat olarak kullanılmaktadır¹⁵.

“Hâkimlerin, müstekar yorumlara aykırı kararlar vermesini”, yargısal aktivizmin tanımı çerçevesinde tahlil eden Roosevelt’e göre, Mahkeme, aslında kelimelere hayat vermekten ziyade, bir doktrin vücuda getirmekte ve incelediği işlemin, Anayasaya değil, bu doktrine uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim, meşru mahkeme kararı sadece “anayasaların açık hükmünü” uygulayanlara indirildiğinde, modern mahkeme kararlarının hiçbirinin meşru sayılmaması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalır. Fakat bazı doktrinler meşru görüldüğü için, hiç kimse mahkemeyi eleştirmekte bu denli ileri gitmemektedir. Önemli olan bir doktrini neyin meşru kıldığıdır. Bu çerçevede mükemmel uygulama, anayasanın açık anlamının doğrudan uygulanması gibi yanlış bir inanış olarak betimlenmektedir¹⁶. “Yargısal aktivizm” yerine “meşruiyet” fikrini ikame eden Roosevelt’e göre, “bir Yüksek Mahkeme kararının ‘meşru’ olması, eylemini denetlediği devlet organına – duruma göre Başkan, Kongre ya da federal hükümet veyahut eyalet yasama meclisleri olabilir bunlar – uymak ya da uymamak noktasında Mahkeme’nin makul bir pozisyon almış olmasını ifade eder. Kararın meşruiyeti, anayasanın o kararı zorunlu kılması anlamına gelmediği gibi, Mahkeme’nin önündeki sorunun tek çözümünün o olduğu anlamına da gelmez. Fakat tercih edilen çözümün kabul edilebilir bir yargısal davranış olduğunu ve Mahkeme’nin bundan dolayı kınanamayacağını ifade eder”¹⁷.

Ergül’e göre, yargısal aktivizm, yorum sahibinin bakışına göre sübjektif bir değer yargısını içerir. Bu kavram, anayasal siyaset ekseninde Amerikan hukukunda nispeten yeni ortaya çıkmış, son derece tartışmalı ve hala ne manaya geldiği konusunda net bir doktrin geliştirilememiş bir terimdir. Yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir¹⁸. Korucu’ya göre, “anayasaya uygunluk denetimine ilişkin bazı temel sorunların açıklığa kavuşturulması durumunda, yargısal aktivizm kavramını nesnel bir yaklaşımla tanımlayabilmek ve sağlıklı bir aktivizm teorisi oluşturabilmek mümkündür”¹⁹. Green’e göre yargısal aktivizm kavramının, yargının kültür normları üzerine temellendirilmesi ve yargısal görev alanından uzaklaştığı dikkate alınarak

¹⁵ YOUNG, A. Ernest, “Judicial Activism and Conservative Politics”, Colorado Law Review, C. 73, S. 4, 2002, s. 1141-1142’den nakleden: KAYA, s. 366.

¹⁶ ROOSEVELT, Kermit, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, Yale, 2006, s. 3’den nakleden: ERGÜL, Berraklaştırmayan Bir Kavram..., s. 48.

¹⁷ ROOSEVELT, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, s. 3’den nakleden: ERGÜL, Berraklaştırmayan Bir Kavram..., s. 48-49.

¹⁸ İbid., s. 39, 52.

¹⁹ KORUCU, s. 203-204.

yeniden değerlendirilmesi gerekir. Belki o zaman sınırlarının belirlenmesinde güçlük çekilen bu kavramsal belirsizliğe bir anlamda yön tayin edilebilir ve aktivizm skalasında kavramsal belirirlik yolunda istikamet kazandırılabilir²⁰.

Bazılarına göre, yargısal aktivizm, bir mahkemenin “diğer organların tartışmalı anayasal işlemlerini geçersiz kılması”dır. ABD’de bazı hukukçu akademisyenler, *yasama işlemlerinin yargı tarafından geçersiz kılınmasını* genellikle “yargısal aktivizm” olarak tanımlamaktadırlar. Bir yazarın belirttiği gibi, “En geniş anlamıyla yargısal aktivizm, mahkemenin usule uygun olarak yapılmış bir yasayı müdahalede bulunarak geçersiz kılmasıdır”²¹. Bu belirleme ile yargısal aktivizmin muhtevasının sınırları en geniş kapsamda tayin edilmiş olmaktadır. Ergül bu tanımlamayı sorunlu bulur. O’na göre, şayet bir mahkeme usul yönünden değil ama esas yönünde açıkça anayasaya aykırı bir yasayı geçersiz kılsaydı, hiç kimse o mahkemenin yargısal aktivizm sergilediğinden söz etmeyecekti. Bu sebeple “yargısal aktivizm”, en geniş manasıyla yargısal denetim gerçekleştirmeyle eş anlamlı olamaz²². Bu sebeple Sunstein, tanımını, “sadece anayasaya uygunluğu tartışmalı yasaların geçersiz kılınması” olarak daraltmaktadır. Sunstein’e göre Anayasa belirsizlikler barındırır ve bunların yaratacağı tartışmalar makul bir biçimde çözümlenmelidir²³.

Graglia’ya göre, yargısal aktivizm, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir²⁴. Diğer bir deyişle, Mahkeme Anayasanın açık sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında “yargısal aktivizm” sergilemiş olur²⁵. Cross & Lindquist’e göre yargısal aktivizm, “hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek

²⁰ GREEN, Roger Craig, “An Intellectual History of Judicial Activism”, 2008, (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/) (ET: 07.05.2015), s. 52’den nakleden: KAYA, s. 368.

²¹ Greg JONES, “Proper Judicial Activism”, Regent University Law Review, Vol. 14, Yıl 2002, s. 141-43’den nakleden: ERGÜL, Ozan, “Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi’nin Konumu’ Başlıklı Tebliğin Yorumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011, s. 123.

²² ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 45.

²³ Cass R. SUNSTEIN, (Editorial) “Taking Over the Courts”, New York Times, 9 Kasım 2002, s. 19’dan nakleden: KMIÉC, Keenan D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004, s. 1463.

²⁴ Lino A. GRAGLIA, “It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, Yıl 1996, s. 296’dan nakleden: ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 123. Ergül bu tanımlamayı eleştirmiştir. O’na göre, bu aktivizm anlayışı çerçevesinde uygun yargısal karar ile yargısal aktivizm arasındaki fark, haliyle kişinin anayasadan ne anladığına göre değişmektedir. Graglia’nın ifade ettiği “anayasanın açıkça yasaklamadığı sınırlar” üzerinde anlaşılmadığı sürece, yargısal aktivizm konusunda anlaşmak mümkün görünmemektedir. ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 45.

²⁵ KMIÉC, s. 1465.

bakımından başarısız olmalarını” ifade eder²⁶.

Korucu’ya göre, yargısal aktivizm kavramı, en genel hâliyle ele alındığında, anayasallık denetimi yapmakla görevli yargı organlarının olağan yargısal denetim sınırlarını aşması durumudur. Yasama organının siyasî takdirlerine yargı organları tarafından müdahale edilmesi veya genel olarak yargının siyasî nitelikli kararlar alması durumunda, genellikle yargı mercilerinin aktivist bir tutum sergilediğinden söz edilir. Bu yönüyle ele alındığında yargısal aktivizm, *hukuku uygulamakla görevli mahkemelerin yargı organı gibi hareket etmek bakımından başarısız olmalarını* ifade eder²⁷. Kmiec, aktivist hâkimlerin, mahkemeden ziyade yasama organı gibi hareket ettiklerini ifade etmektedir²⁸. Hakyemez’e göre, yargısal aktivizm, “gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur”²⁹. Atar’a göre, yargısal aktivizm kavramı, yargıçların, önlerine gelen davalarda kamu politikalarına yön vermek için hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme isteklerini anlatır³⁰. Ergül’e göre, Amerikan hukukunda “aktivist mahkeme” tabiri, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, diğer bir deyişle “kürsüden yasa yapan” mahkeme için kullanılmaktadır³¹.

Kanaatimce, yargısal aktivizm, anayasa yargısı mercilerinin anayasallık denetimi kapsamında yapmış oldukları faaliyetlerde, siyasi iktidarın anayasal yetki sınırları içerisine giren yasama ya da yürütme tasarruflarını hukukîlik denetimi sınırlarının dışına çıkarak yerindelik denetimine kaymak suretiyle geçersiz kılarak politika belirleyici gibi hareket etmeleri veya kendilerine muhtelif manalar yüklenebilecek genel, soyut ve muğlak nitelikteki anayasal normların muhtevasının ne olduğunu, bazen sahip oldukları siyasi, felsefi, ideolojik, dini vb. eğilimlerin de tesiriyle sübjektif değerlendirmeler yoluyla, bazen de insan haklarının korunması vb. daha başka Saiklerle bizzat belirlemeleri veyahut da yorum yoluyla anayasal yetki sınırlarını zorlayarak kendilerine yeni yetki alanları açmaları şeklinde tanımlanabilir.

²⁶ CROSS Frank B.,/LİNDQUİST, Stefanie A., “The Scientific Study of Judicial Activism”, Minnesota Law Review, C. 91, No. 6, Yıl 2007, s. 1765’den nakleden: KORUCU, s. 223.

²⁷ İbid., s. 204.

²⁸ KMİEC, s. 1471.

²⁹ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 35.

³⁰ ATAR, Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı, S. 25, Yıl 2008, s. 97; ATAR, Yavuz, “Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak”, Star Gazetesi Açık Görüş Eki, 23.06.2008.

³¹ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118.

B. Yargısal Aktivizmin Ortaya Çıkma Şekilleri

Anayasallık denetimi yapan yargı organlarının, hukukilik denetimi sınırlarının dışına çıkmak suretiyle anayasal yetki mecrainı taşarak kararlar almaları, çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. Yani yargısal aktivizmin, muhtelif görünüm şeklinin mevcuttur. Yargısal aktivizmi kavramsal zeminde ele alan yazarlar, yargısal aktivizmin görünüm şekilleri konusunda farklı ölçüleri göz önünde bulundurarak, birbirinden farklı tasnif türlerini ileri sürdükleri görülmektedir.

William Marshall'a göre, yargısal aktivizm yedi şekilde karşımıza çıkar: (1) Çoğunluğun görüşüne karşı gelen (çoğunluk karşıtı) aktivizm: Mahkemelerin seçimle iş başına gelen organların verdikleri kararlara uyma noktasında gönülsüz davranmaları, bu kararların, yargı kararlarıyla geçersiz kınılması; (2) *İçtihadî aktivizm: Mahkemelerin daha önceleri verilmiş olan emsal ya da içtihadî kararlara uymaksızın kararlar vermeleri*; (3) *İlk hazırlanıştaki anlayışa karşı gelen aktivizm (Orijinalist olmayan aktivizm)*: Anayasanın orijinal anlamının yargı organları tarafından göz ardı edilmesi; (4) Yetki veya görevle ilgili aktivizm: Mahkemelerin kendi görevleriyle ilgili yargısal sınırlara uymamaları; (5) *Yargısal yapım (yargısal inşacılık)*: Yargı tarafından Anayasa doktrininde yeni teorilerin ve hakların ortaya konulması, bir diğer ifadeyle hâkimlerin karar alırken yeni bir teoriye dayanmaları veya yeni bir doktrin vücuda getirmeleri; (6) Haksızlık veya zararın giderilmesiyle ilgili aktivizm (*Telâfi edici aktivizm*): Yargı yetkisi kullanılarak, yasama ve yürütmeye haksızlık ve zararları giderici yönde görevler yüklenilmesi. Bu tür aktivizm, herhangi bir haksızlığın telâfi amacıyla sahip olunan yargısal gücün, devlete belli edimlerde bulunma zorunluluğu yüklemek amacıyla kullanılmasıdır; (7) Partizan aktivizm: Yargı yetkisi kullanılarak, açık ve net şekilde partizanca amaçların gerçekleşmesini sağlayacak yönde kararlar verilmesi³².

Bradley Canon'a göre yargısal aktivizmin altı boyutu ve anlamı şöyledir: (1) Çoğunlukçuluk: demokratik süreçler sonucunda kabul edilmiş siyasaların yargı tarafından etkisiz hale getirilmesi; (2) Yorumlama İstikrarı: önceki mahkeme kararlarının, doktrinlerin veya yorumların değiştirilmesi; (3) Yorumlamada Sadakat: anayasa hükümlerinin onları kaleme alanların açık niyetlerinin ya da kullanılan dilin açık anlamının aksine yorumlanması; (4) İçerik/Demokratik Süreç Ayrımı: yargı kararlarının demokratik siyasi süreçlerin korunması yerine maddi siyasaları yaratması; (5) Siyasanın Belirlenebilirliği: yargı kararının diğer kurum ve bireylere takdir hakkı bırakmak yerine siyasayı kendisinin

³² William P. MARSHALL, "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", University of Colorado Law Review, Vol. 73, No 4, Yıl 2002, s. 1223, 1229, 1232, 1236, 1240, 1242, 1245'den nakleden: KORUCU, s. 205; ÖZTÜRK, Fatih, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, Beta y., İstanbul, 2012, s. 118.

yaratması; (6) Alternatif Bir Siyasa Yapıcının Bulunması: aynı sorunun başka devlet kurumları tarafından ciddi biçimde ele alınmasının yargı kararı ile engellenmesi³³.

Kmiec'e göre, yargısal aktivizm türleri şunlardır: (1) Yasama ve yürütme işlemlerinin tartışmalı biçimde geçersiz kılınması; (2) *İçtihatların göz ardı edilmesi*; (3) Yargısal yasama; (4) Kabûl görmüş yorum metodolojisinden sapma; (5) Sonuç odaklı yargılama³⁴.

Young'a göre yargısal aktivizmin görünüm şekilleri şunlardır: (1) Federal politik dalların veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması; (2) Anayasa metni ve/veya tarihten sapmak; (3) Yargısal içtihatlardan sapmak; (4) Sınırlı veya "minimalist" kararlar almak yerine kapsamlı veya "maximalist" kararlar vermek; (5) Kapsamlı telâfi edici yetkiler kullanmak; (6) Partizan politik referanslara göre karar vermek³⁵.

Korucu'ya göre, yargısal aktivizm şu görünüm şekillerinden oluşmaktadır: (1) *Çoğunluk karşıtı aktivizm*; (2) *Çoğunlukçu aktivizm*; (3) *İçtihadî maksimalizm*; (4) *Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi*; (5) *İçtihatların göz ardı edilmesi*³⁶.

C. Yargısal Aktivizm'in Ortaya Çıkış Şekillerine İlişkin Bir Değerlendirme

Anayasallık denetimi yapan yargı mercilerinin olağan yargısal sınırları aşarak yetki mecralarını taşmaları durumu söz konusu olduğunda, genellikle yasama ve anayasallık denetimine tabi bazı yürütme işlemlerine yönelik yargısal müdahaleler akla gelmektedir. Anayasa yargısı tarafından siyasî karar alma süreçlerine müdahale edilmesi ve demokrasinin temel prensiplerinden birisi olan çoğunluğa dayalı yönetim anlayışının zedelenmesi, yargısal aktivizmin en yaygın ve belirgin görünüm şekillerinden birini teşkil etmektedir³⁷. Yasama ve bazı yürütme işlemlerini anayasallık açısından denetlemekle görevli anayasa yargısı organlarının, yasama işlemlerini iptal ederek ya da ihlalin varlığını tespit ederek geçersiz kılmak suretiyle "çoğunluk karşıtı" bir tutum içine girecekleri doğrudur. Mesele bu yönü itibarıyla 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 zedelemektedir³⁸.

³³ CANON, Bradley C., "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature*, December / January 1983, s. 236-239'dan nakleden: ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 125.

³⁴ KMIÉC, s. 1463-1476.

³⁵ YOUNG, *Judicial Activism and Conservative Politics*, s. 1144'den nakleden: KORUCU, s. 206.

³⁶ *İbid.*, s. 207.

³⁷ *İbid.*, s. 207.

³⁸ *İbid.*, s. 204.

Bazı yazarlara göre, yargısal aktivizm, çoğunluk karşıtlığı ile özdeşdir. Bir diğer ifadeyle yargısal aktivizm, yasama çoğunluğuyla yargı arasındaki uyumsuzluktan ibarettir. Bu görüşü benimseyen James Bradley Thayer tarafından formüle edilen ölçüte göre, kanunlar ancak bariz bir şekilde anayasaya aykırı olmaları durumunda geçersiz kılınabilmelidir. Böyle bir işlemi anayasallık denetimi kapsamında geçersiz kılan anayasa yargısı kararı hukukîlik denetimi sınırları içerisinde kabul edilir ve bu kararın aktivist olduğu iddia edilemez. Herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık bir anayasaya aykırılık olmadığı, anayasa tarafından açıkça men edilmeyen bir yasama ya da yürütme işleminin söz konusu olduğu durumlarda, anayasallık denetimi yapan yargı organlarının, yasama iradesine uygun şekilde hareket etmeleri gerekir. Aksi yönde bir tutum sergilenerek bu tür işlemlerin iptal edilmesi halinde, hukukîlik denetimi haricine çıkılarak yargısal denetim yetkisinin sınırları aşılmış olacaktır. Bu durum, hukuk yaratma faaliyetini gerekli kılacağı için, aktivist bir karar olarak kabul edilmelidir³⁹. Anayasa yargısı tarafından, yasama çoğunluğunun Anayasanın tanıdığı siyasi takdir alanına giren konularda yapmış olduğu işlemleri iptal ederek ortaya koyduğu aktivizm, antidemokratik bir karakter taşıdığı gerekçesi ile eleştirilmiştir⁴⁰.

Yargısal aktivizmin bir diğer tezahür şekli de, “çoğunlukçu aktivizm”dir. Yargısal aktivizmin, sadece çoğunluk karşıtlığı olarak nitelenmesi, bu bağlamda mutlak manada bir yargısal aktivizm-çoğunluk karşıtlığı özdeşliğinin mevcut olduğunun ifade edilmesi doğru değildir. Bunun bazı istisnaları söz konusu olabilmektedir. Mesela anayasa tarafından açıkça men edilen bir yasama işleminin veya Anayasaya açıkça aykırı olan ve bu sebeple de iptali gereken bir yasama işleminin anayasallık denetimi kapsamında geçersiz kılınması gerektiği hâlde, bu işlemin AYM tarafından hiçbir yaptırıma tabi tutulmaması durumunda, alınan AYM kararını hukukîlik denetimi sınırları içinde kabul edebilmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda da yargısal aktivizm ortaya çıkar⁴¹. Green tarafından “aşırı yargısal uyum” kavramıyla ifade edilen bu tutum, “çoğunluk karşıtı aktivizm”in tam tersi bir durumdur ve bu sebeple söz konusu durum, “çoğunlukçu aktivizm” kavramıyla ifade edilebilir⁴². Çünkü böyle bir durumda, yasama organının iradesi ile anayasallık denetimi yapan yargı kararı arasında ortaya çıkan uyum, olağan yargısal denetim sınırları içinde, bir diğer ifadeyle hukukîlik denetimi sınırları içinde ortaya çıkabilecek türden bir uyum değildir⁴³. Anayasa yargısı hâkimleri, bu durumda, anayasaya aykırı bularak geçersizleştirilmesi icap eden bir yasama işlemini, aktif bir tutum takınarak iptal etmemiş olmaktadır.

³⁹ İbid., s. 209.

⁴⁰ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 36-37.

⁴¹ KORUCU, s. 204, 208, 209.

⁴² İbid., s. 210.

⁴³ İbid., s. 210.

Bir yasama ya da anayasallık denetimine tabi yürütme işleminin anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü durumlarda, yapılacak anayasallık denetiminin sadece itiraza konu olan maddelere ilişkin olması icap eder. Mesela 2547 Sayılı Kanununun 15/3, 19/2, 25/1. maddelerinin anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal dava açılmış olsun. AYM'nin sadece burada sözü edilen hükümlerin anayasallığını denetlemesi gerekir. Anayasa yargısının, burada sözü edilen maddeler yanında, davanın gereklerini aşarak, itiraz konusu yapılmayan bazı maddeler (5/1, 9/2, 17/3. md. gibi) hakkında da anayasallık denetimi kapsamında karar vermesi halinde, hukukî denetimi sınırları taşarak aktivist bir tutum sergilenmiş olunacaktır. Sunstein tarafından "*ıçtihadî maksimalizm*"⁴⁴ olarak ifade edilen bu durum, esasen anayasa yargısı kararlarının neticesi ile alakalı değil, kapsamı ve muhtevası ile alakalıdır.

Bazen de yargısal aktivizm, Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği bazı sonuçların AYM kararlarıyla elde edilmesi durumunda ortaya çıkabilmektedir⁴⁵. Bork, yargıçların orijinal anlamı araştırmak yerine anayasada öngörülme-yen birtakım ilkelere göre karar vermesini sübjektif değerlerin dayatılması olarak görür⁴⁶. ABD Anayasasını hazırlayanların, orijinalist yorum yöntemini öngörmedikleri gibi, anayasal değişim sürecinde yargının belli bir rolünün olduğunu kabul ettikleri ve anayasayı da bu anlayışla hazırladıkları ifade edilmiştir⁴⁷. Barnett'e göre, anayasanın orijinal anlamı kesin olarak bilinmediği sürece, sadece bu kararın sonucuna bakarak, onun aktivist olup olmadığı söylenemez⁴⁸.

Roosevelt, hâkimlerin yerleşik yorumlara aykırı kararlar vermesini de aktivizm tanımı çerçevesinde ele almaktadır⁴⁹. Buna göre, anayasa yargısı, bu tür kararlarında, uzunca süreden beri benimsemiş olduğu yerleşik içtihatlarını görmezden gelmektedir⁵⁰. Anayasa yargısı merciinin, bu gibi durumlarda, bir hukuk yaratma faaliyetini gerçekleştirmiş olduğu ve bu doğrultuda alınan kararların olağan anayasa yargısı sınırları içerisinde kabul edilmesinin pek mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁵¹. Yargı organlarının, benzer durumlar

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R., "Foreword: Leaving Things Undecided", Harvard Law Review, 110, No. 1, Yıl 1996, s. 6-7'den nakleden: İbid., s. 210.

⁴⁵ İbid., s. 211-212.

⁴⁶ BORK, Robert H., The Tempting of America: The Political Seduction of Law, Touchstone, New York, 1991, s. 146-147'dan nakleden: İbid., s. 213.

⁴⁷ İbid., s. 213.

⁴⁸ BARNETT, Is The Rehnquist Court an "Activist" Court? The Commerce Clause Cases, s. 1280-1281'den nakleden: İbid., s. 215.

⁴⁹ Kermit ROOSEVELT, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, Yale, 2006, s. 3'den nakleden: ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 126.

⁵⁰ İbid., s. 124; KMIEC, s. 1466-1467.

⁵¹ KORUCU, s. 205.

karşısında yorumsal tutarlılık ve içtihadî bütünlük kapsamında birbirine yakın tepkiler vermelerinin sağlanması, yargısal faaliyetlerin yeknesaklığının ve hukukî öngörülebilirliğin sağlanabilmesi açısından oldukça önemlidir. Daha önce verilen içtihatlar dikkate alınmadan oluşturulan tüm yargısal kararların aktivist olduğu söylenemez. Mesela anayasaya aykırı aktivist bir içtihadın varlığı durumunda, bu içtihadın göz ardı edilmesini gerektiren haklı bir sebebin varlığı halinde, alınan karar genellikle aktivist sayılmamaktadır⁵².

II. Yargısal Aktivizmin Karşıtı Bir Kavram: Yargının Kendini Sınırlandırması

Batıda yargısal aktivizm kavramının mahzurlarının giderilmesi amacıyla yönelik olarak “yargının kendisini sınırlandırılması” düşüncesi geliştirilmiştir. Bu konuda da doktrinde tam bir mutabakat mevcut değildir.

A. Yargının Kendisini Sınırlandırması

ABD Federal Yüksek Mahkemesi uygulamaları tarihine bakıldığında, bazı kararlarda “yargısal aktivizm”, bazı kararlarda ise “kendisini sınırlandırma” örneklerine rastlandığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme, uzunca bir süre önüne gelen bazı davalarda, hukuken yargısal denetim yapabilmesine mani bir durum olmadığı halde, *savaş durumunun devamı, anayasa değişikliği öngörülen bir teklifin usulü dairesinde onaylanıp onaylanmadığı, dış politika sorunları vb. sorunlara ilişkin siyasi nitelikte kabul ettiği hükümet tasarrufu ya da kanuni düzenlemeleri*, siyasi nitelikteki konulara ilişkin oldukları gerekçesiyle denetlemekten kaçınmış ve bunların, siyasi iktidarın takdir, tasarruf ve sorumluluğu alanında olduğu yönünde kararlar vermiştir⁵³. Federal Yüksek mahkeme, bu tür sorunların çözüm merciiinin mahkemeler değil, siyasi iktidarlar olduğuna karar vermiştir. Bu şekilde Yüksek Mahkeme, “*kendisine ait yetki alanını kendi eliyle sınırlandırmış*” olmaktadır⁵⁴. Yargısal aktivizmin ne manaya geldiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, onun karşıtı olan “yargının kendisini sınırlandırması”nın da ele alınması zorunluluk arz etmektedir⁵⁵.

B. Yargının Kendisini Sınırlandırması Konusunda Doktrindeki Görüşler

Yargının kendisini sınırlandırması meselesine yönelik yaklaşımlar çok farklıdır. Schelesinger’e göre, yargısal sınırlılık, en iyimser bir görüşle bir “seraptır”. Yargısal sınırlılık taraftarları, hâkimler tarafından gerçekleştirilen adalet tasarımına şüphe ile yaklaşmaktadırlar. Onlara göre, her bir kanunun

⁵² İbid., s. 217.

⁵³ ÖZTÜRK, s. 4.

⁵⁴ İbid., s. 4.

⁵⁵ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 117-118.

belli manaları mevcuttur ve bu manalar hangi grubun menfaatine olduğuna bakılmaksızın bu manalardan inhiraf etmemek gerekir⁵⁶. Yargının siyasi işlevine dair tartışmaların, “*yargısal aktivizm*” ve “*yargısal kendini sınırlama*” kavramları üzerinden yürütülmesini faydasız ve lüzumsuz gören McWhinney’e göre, kapsamı fazlasıyla geniş olan bu kavramlar, bir hâkimin hukuk anlayışını tam olarak kavrayabilmek açısından tek başına kâfi değildir. Tamamen saf ve konsantre bir “*yargısal aktivizm*” veya “*yargısal kendini sınırlama*” diye bir şey yoktur. Yargısal aktivizmin, “*yer*” ve “*zaman*” kriterine göre analiz edileceği bir tasnife ihtiyaç vardır. Çünkü bir hâkimin hukuk anlayışından söz edilirken, aktivizme *ne zaman* ve *nasıl* yöneldiğini incelemek, gözlemciler açısından daha anlamlı neticeler verecektir⁵⁷. Wolfe’e göre, anayasa yargısının varlığı kabul edildiği sürece, “*yargısal aktivizm*” ile “*yargısal kendini sınırlama*” arasındaki sınırlar tamamen sun’idir. Bu iki kavram arasındaki fark, sadece *hukuk yaratma* faaliyetinin derecesiyle ilgili bir konudur⁵⁸. *Yargının kendini sınırlaması* eğiliminde olan hâkimler, hukuk yaratma faaliyetini daha dar kapsamlı bir çerçevede yerine getirirlerken; *yargısal aktivizm* uygulamasını benimseyen hâkimler bu konuda daha aktif ve öncü bir rol üstlenmişlerdir⁵⁹.

Yargının kendini sınırlandırması uygulamasını benimseyen Federal Yüksek Mahkeme Hâkimlerinden Frankfurter, yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirterek, “mahkemelerin bu siyasal çalılığa girmemeleri” gerektiğini ifade etmiştir⁶⁰. Frankfurter ve Jackson gibi hâkimler, bu mevzuyla ilişkin fikirlerini, özünde yasamanın iradesine riayet etmek adına, ister sağda, isterse solda olsun, yargının üstünlüğü yerine, yargısal sınırlılık ilkesi ile uyumlu olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokratik sürece dayandırmaktadırlar. Yargısal sınırlılık taraftarlarına göre, şayet yasama organı bir konuda hata yapacak olursa, onu telafi edecek olan yargı mercileri değil, yasamanın bizzat kendisidir⁶¹. Doehring’e göre de, günümüzde sadece şu tavsiyeyi yapmaktan başka bir çare yoktur: “Anayasa yargıcı görevini yerine getirirken mutlaka kendi

⁵⁶ İbid., s. 122; KMİEC, s. 1447.

⁵⁷ MCWHINNEY, E., “The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making”, New York University Law Review, C. 33, No. 6, Y. 1958, s. 786’den nakleden: KORUCU, s. 222.

⁵⁸ WOLFE, Christopher, Judicial Activism, Bulwark of Freedom or Precarious Security?, Revised Edition, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Maryland, 1997, s. 31-32’den nakleden: İbid., s. 221.

⁵⁹ İbid., s. 221.

⁶⁰ KOOPMANS, Tim, Counts and Political Institutions: A Comporative View, Cambridge University Press, Cambridge, s. 52’den nakleden: ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258.

⁶¹ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 122; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39; KMİEC, s. 1447.

kendini sınırlamalı ve özellikle hukuk yaratma yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır”⁶².

Özbudun’na göre, Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini tahkim edecek bir diğer faktör de, özellikle temel siyasi tercihleri ve değer yargılarını ilgilendiren alanlarda AYM’nin aktivist bir tutum takınmaları yerine, kendi kendini sınırlama yaklaşımı izlemesidir. Anayasa hâkimleri kararlarında kendi değer yargılarının tesirinde kalırlar, değerlerinden tümüyle arındırılmış bir Anayasa yargısı ve yorum faaliyeti düşünülemez. Fakat Anayasa hâkimleri, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine de önem verirler ve bu anlamda stratejik düşünürler. Bu da onları kendi kendilerini sınırlandırmaya sevk edebilir. Bu vesileyle AYM hâkimlerinin kendi kendilerini sınırlamaları ve aktivist bir tutum izlememeleri Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendirir⁶³.

ABD hukuk sisteminde “aktivist mahkeme” kavramı, genel olarak, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, bir diğer ifadeyle “kürsüden kanun yapan” mahkemeleri tanımlamak için kullanılırken, “kendini sınırlayan mahkeme” kavramı, yerleşik hukuk ilkelerine uyan, sosyal siyasa üretimi işine girişmeyen mahkemeler için kullanılır⁶⁴.

Burada sözü edilen her iki kavram, anayasa yargısı tarafından ortaya konulan davranışların açıklanmasında kullanılmaktadır. Bunların kullanılma şekilleri kişilerin zihin dünyasını şekillendiren hâkim siyasi atmosfere göre değişebilmektedir⁶⁵. Bu sebeple bazılarınca, bu iki kavram, belli bir mahkeme tarafından verilen kararı yorumlayan kişinin (siyasi) görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetilmektedir⁶⁶.

C. Yargının Kendisini Sınırlaması Konusundaki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Herhangi bir mahkemenin, hemen her konuda aynı düzeyde aktivist tutumlar sergileyeceklerini varsaymak bazı kereler doğru olmayabilmektedir. Anayasallık denetimi yapan yargı organları, belli bir konuda *aktivist* bir

⁶² DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı, (Çev.: Ahmet Mumcu), 3. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 245-246.

⁶³ ÖZBUDUN, Ergun, “Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, (04-06 Ocak 2005 Ankara), (Edt.: Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005, s. 350; TURHAN, Mehmet, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, (Edt.: Mehmet TURHAN & Hikmet TÜLEN), Anayasa Mahkemesi y., Ankara, 2006, s. 60.

⁶⁴ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39-40.

⁶⁵ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39.

⁶⁶ ERGÜL, Anayasal Demokrasi İçinde..., s. 118; Berraklaştırılmayan Bir Kavram..., s. 39-40.

tutum izlerken, bir başka konuda bunun tam tersi yönde bir tutumu benimseyebilmektedir. Mesela klasik liberal iktisadi felsefe ile uyumlu olarak devletin ekonomik işlevlerinin sınırlandırılması gerektiğine inanan ve bu inancın bir tezahürü olarak iktisadi hayata müdahale niteliğindeki yasama işlemlerine karşı aktivist bir tutum izleyerek bunları Anayasaya aykırı bularak etkisizleştiren bir mahkeme, siyasî hakların ya da negatif statü haklarının söz konusu olduğu durumlarda, yasamanın sınırlayıcı tasarruflarına karşı aynı hassasiyeti ortaya koymayabilir. Keza yasama işlemleri vasıtasıyla siyasî haklara ya da negatif statü haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler söz konusu olduğunda, aktivist bir tutum izleyen bir başka mahkeme, pozitif statü haklarının sınırlandırılmasını içeren yasama işlemlerine karşı aynı hassasiyeti göstermeyebilir⁶⁷. Wolfe'un ifadesiyle, anayasayı yorumlayan herkes, birbirinden farklı konularda aktivizm ve sınırlamacılık arasındaki yelpazenin farklı noktalarında konumlanmaktadır⁶⁸.

Genellemeci tanımlamanın doğrudan bir neticesi olarak, isabetli olmayan bir tasnif ile, daha önceki dönemlerde ABD'nde genellikle muhafazakâr mahkemeler için *sınırlı*, liberal mahkemeler için ise *aktivist* nitelemesi yapılmakta idi. Warren ve Burger'in ABD Federal Yüksek Mahkeme başkanlığını üstlendikleri takriben otuz yıllık dönem boyunca alınan kararların, böyle bir genellemeyi haklı kılacak nitelikte olduğu görülmektedir. Bahsi edilen bu dönem boyunca Yüksek Mahkeme üyelerinin, ilerlemeci Amerikan liberalizmi ile uyumlu neticelerin hâsıl olması için aktivist bir tutum izlemekten çekinmedikleri görülür. Yüksek Mahkeme tarafından bu dönemde alınan aktivist kararları eleştirenlerin büyük ekseriyetinin muhafazakâr eğilimli olmaları, "*yargısal aktivizm = liberalizm*", "*yargısal kendini sınırlama = muhafazakârlık*" şeklindeki özdeşliğin yaygın bir kanaat hâline gelmesine yol açmıştır⁶⁹.

Daha uzun zamanlı yapılacak değerlendirmeler dikkate alındığında, bu kavramların, "*muhafazakâr-sınırlı mahkeme*" ve "*liberal-aktivist mahkeme*" şeklinde istisnasız ve sürekli bir şekilde herhangi bir ideoloji veya siyasî eğilim ile özdeş olduklarını ifade etmenin isabetli olmadığını belirlemek gerekir⁷⁰. Bu belirleme ile uyumlu olarak, muhafazakâr eğilimli Baş Hâkim Rehnquist döneminin mahkemesi, bazı kararlarından dolayı muhafazakâr, bazı kararlarından dolayı da aktivist olmakla eleştirilmiştir⁷¹.

⁶⁷ KORUCU, s. 221.

⁶⁸ WOLFE, *Judicial Activism, Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, s. 5'den nakleden: İbid., s. 222.

⁶⁹ İbid., s. 223-224.

⁷⁰ İbid., s. 223-224; ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 118; *Berraklaştırılmayan Bir Kavram...*, s. 39-40.

⁷¹ ERGÜL, *Anayasal Demokrasi İçinde...*, s. 118; *Berraklaştırılmayan Bir Kavram...*, s. 39-40.

Kanaatimce, her ne kadar AYM'lerinin, hak ve hürriyetler konusunda koruyucu yönde aktivist tutum sergilemeleri, demokratik sistemin güçlenmesi ve kendisinin demokratik meşruiyetinin sağlam zemine yerleşmesi açısından olumlu olacak kabul edilse de, siyasi ve iktisadi tercihler konusunda ve ekonomik ve sosyal haklarla alakalı olarak kendilerini sınırlama yaklaşımını izlemeleri isabetli olacaktır. Bunun temel sebebi, anayasal demokratik bir düzen kuran Anayasanın, ideolojik olarak tarafsız bir belge olması ve bu sebeple de siyasi partilere aynı sosyal ve iktisadi politikayı benimsemeye zorlamaması gerekliliğidir⁷². AYM'nin, demokratik meşruiyetin bir gereği olarak, kuvvetler ayrılığı kapsamında yer alan yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralları yorumlarken de kendini sınırlama yaklaşımını benimsemesi gerekir⁷³.

AYM'nin hemen her konuda kendini sınırlamasını lüzumlu görmek isabetli değildir. Anayasal demokratik bir rejimde, AYM'nin aktif olmasının meşru görülebileceği alan, sadece kişisel ve siyasi haklar alanıdır⁷⁴. Yasamanın üstünlüğü ilkesinin istisnasını teşkil edecek şekilde halkın siyasi katılımının kısıtlanmasını meşrulaştıracak ve AYM'nin anayasal demokratik meşruiyetini temin edecek en önemli husus, hak ve hürriyetlerin anayasallık denetimi yoluyla korunmasıdır. Şayet bir ülkede Anayasa yargısı, anayasallık denetimi kapsamında hak ve hürriyetleri siyasi iktidarın tasarruflarına karşı demokratik bir toplumda olması gerektiği şekilde koruyamıyorsa, meşruluk temelini yitirmiş⁷⁵, yasamanın yetki alanı anayasal demokrasi ile çelişecek şekilde kişi hakları aleyhine genişlemiş olacaktır.

Anayasa hâkimlerinin, anayasallık denetimi görevini yerine getirirken, kişisel (negatif statü) ve siyasi hak ve hürriyetler alanı haricinde kalan ve anayasaya açıkça aykırılık teşkil etmeyen siyasi iktidar işlemleri konusunda kendisini sınırlama eğilimini tercih etmemesi, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine zarar verebileceği gibi, bundan demokrasi de yara alacak, bu durum sebebiyle hâkimler hükümeti zemininde ciddi tartışmalar yaşanacaktır. Anayasa yargısı ekonomik ve sosyal alanın sınırlarını da tayin edici konuma gelebileceği için, siyasi iktidarın demokratik zeminde sahip olduğu etkinlik alanı daralacaktır. Bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile esaslı bir şekilde çelişir. Bir diğer ifade ile yargının, siyasi iktidarın yetki alanına giren konularda etkin olmaya çalışması, yargı erkinin faaliyet alanının siyasi iktidar (yasama ve yürütme) aleyhine genişlemesi neticesini ortaya çıkaracaktır.

⁷² TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 61.

⁷³ İbid., s. 62; ÖZBUDUN, Yargının Demokratik Sistemlerde..., s. 351.

⁷⁴ ÖZBUDUN, Yargının Demokratik Sistemlerde..., s. 351; TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 62.

⁷⁵ TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik..., s. 62.

III. Yargısal Aktivizm Ortaya Çıkış Sebepleri

Yargısal Aktivizmin ortaya çıkışını tek bir sebebe bağlamak mümkün değildir. Bu konuda her bir ülkedeki değişen şartlara bağlı olarak yargısal aktivizmi tetikleyen muhtelif sebeplerin mevcut olduğu görülmektedir.

A. Anayasada Yer Alan Genel ve Soyut Hüküm ve İfadeler

Yargısal aktivizmin ortaya çıkmasına sebep olan hususlardan birisi, Anayasada yer alan genel, soyut ve muğlak nitelikteki ifadelerdir. Demokrasi, cumhuriyet, laiklik vb. bazı çok masum görülen soyut kavramlar, Anayasallık denetiminde, değişen çeşitli şartlara bağlı olarak, bazen insan haklarını koruyucu, bazen de insan haklarına kısıyıcı yönde yorumların yapılmasına müsait bir zemin sağlamaktadır. AYM'leri bu kavramlardan hareketle rahatlıkla insan haklarına kısıyıcı yöndeki kanuni düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmayabilmektedir.

1982 Anayasasının Başlangıç Kısmında resmi ideolojinin yapı taşlarını teşkil eden ve kendilerine anayasallık denetiminde AYM tarafından hukuki anlamlar yüklenilmeye çalışılan *“Atatürk milliyetçiliği ve medeniyetçiliği”*; *“Türk milletinin ebedi varlığı”*, *“çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi”*; *“Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu”*, *“millî kültür”*, *“millî varlık”*, *“Türk milli menfaatleri”*; *“Türklüğün tarihî ve manevî değerleri”*; *“Atatürk milliyetçiliği”*; *Atatürk medeniyetçiliği”*; *“kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılması”*; *“toplumun huzuru”*, *“millî dayanışma”* vb. Anayasa hukukuna özgü kavramlar değildir. Bunlar, esas itibarıyla siyasi, toplum bilimsel, edebi, felsefi vb. ifadeler olup⁷⁶, ideolojik-siyasi bir seçimi ya da dileği ifade etmek dışında bir anlam taşımazlar. Bu vesileyle hukuk metinlerinin bu türden yüklemelerle doldurulmasında isabet yoktur⁷⁷. Bu kavramlar, İnkılâp Tarihi, *Türkiye'nin Siyasi Tarihi*, *Türkiye'nin Çağdaşlaşması* vb. kitaplarda yer alabilirse de, bunlara Anayasada yer verilmesi, bunlara anayasal manalar yüklenmeye çalışılması; bunların anayasallık denetiminde ölçüt norm olarak kullanılması, Anayasa tekniği ile bağdaşmaz⁷⁸. Türk AYM, anayasallık denetimi kapsamında Anayasa kurallarını yorumlarken Başlangıçta yer alan bu ilkeleri sık sık devreye girdirmiş; bu ilkelerin önemli bir kısmını, Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymış ya da Anayasadaki kuralların yorumunda uyulması gereken “kesin emir”ler olarak

⁷⁶ UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 145; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin y., Ankara 2000, s. 162.

⁷⁷ TANÖR, Bülent, Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, TÜSIAD y., İstanbul, 1999, s. 53.

⁷⁸ KÜÇÜK, Adnan, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, Orion y., Ankara, 2012, s. 23.

değerlendirerek, bazen “*destek ölçü norm*”, bazen de “*bağımsız ölçü norm*” olarak kullanmış veya gerekçelerini bunlara dayandırmıştır⁷⁹.

Doktrinde haklı olarak burada sözü edilen, son derece geniş ve kapsamı belirsiz nitelikte olan soyut kavramların, *tutucu ve otoriter nitelikte oldukları, bunların her türlü keyfi yorumlara kolaylıkla yol açabileceği*⁸⁰ ve bu kavramlar ölçütünde yapılacak anayasallık denetiminin, “hukukilik denetimi”nin ötesine geçilerek bir “yerindelik denetimi”ne dönüşebileceği, bunun da, bazen siyasi iktidarın meşru anayasal yetki alanının daralmasına, hak ve hürriyetlere kısılmasına yol açacak yasama ya da yürütme işlemlerinin anayasaya aykırı bulunmamasına yol açabileceği yönünde endişeler dile getirilmiştir⁸¹. Bu tür kavramlar anayasada yer alabilecek kavramlar olmadığı; toplum bilimi, siyaset bilimi, siyasi tarih vb. kavramlar oldukları için, anayasa yargısı tarafından anayasal nitelikte olmayan kavramların muhtevasının belirlenmeye çalışılması, onu anayasa hukukunun sınırları haricine çıkarabilecektir. Burada değerlendirmeler, anayasal ilkelere ziyade, siyaset bilimi, toplum bilimi, siyasi tarih disiplini içerisinde kalınarak gerçekleştirileceği için, artık hukukilik denetiminden söz edebilmek pek mümkün olmayacaktır. Anayasa yargısı hâkimleri, bu kavramların muhtevasını anayasa yargısı hâkimi gibi değil de, bir siyaset bilimci, bir toplum bilimci, bir siyasi tarihçi gibi hareket ederek belirlemeye kalkışınca, yorumlarda bu bilimlerin hâkim olan ilkeler ve esaslar belirleyici olunca, anayasallık denetiminin tabiatı ile çelişen bir işlev ortaya çıkacaktır. Anayasalarda, bu kabilden kavramlara yer verilmemesi, anayasallık denetiminin hukukilik denetimi sınırları içinde kalması için zorunluluk arz etmektedir.

Anayasa yargısı hâkimleri, anayasada yer alan ve siyasi-ideolojik tonlara sahip soyut kavramları, kişisel siyasi-ideolojik-felsefi-dini düşünce ve kabullerinin belirleyici etkisinde yorumlayabilmektedirler. Burada AYM hâkimlerinin çoğunluğunun eğilimleri ile yasama organındaki çoğunluğun eğilimleri farklı olabilmektedir. AYM hâkiminin dini, siyasi-ideolojik-felsefi inanışları burada etkili olabilmekte, bu hâkimler, dar manada “anayasaya

⁷⁹ TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul, 2002, s. 85; HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 165; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2012, s. 76; UYGUN, s. 70-71. AYM’nin Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında “Başlangıç”ı ölçüt norm olarak kullandığı bazı kararları şunlardır: AYM Kr: E. 2001/343, K. 2002/41, KT: 27.03.2002; E. 2002/43, K. 2003/103, KT: 24.12.2003; E. 2003/14, K. 2003/6, KT: 26.02.2003; E. 2003/77, K. 2003/81, KT: 11.09.2003; E. 2004/6, K. 2004/5, KT: 27.01.2004. ÇAĞLAR, Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Semantik Bir Deneme İçin Notlar”, Anayasa Yargısı, C. 3, 1987, s. 178-179; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 77.

⁸⁰ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 81; UYGUN, s. 26.

⁸¹ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 76-77.

uygunluk” denetimi yapmanın ötesine geçerek, doğrudan doğruya siyasi-ideolojik kararlar verebilmektedir⁸². Benzer şekilde AYM hâkimlerinin, etnisite, cinsiyet, dilsel vb. özelliklere bağlı olarak da farklı aktivist tutumları söz konusu olabilmektedir⁸³. Özellikle katı siyasi-felsefi-dini-ideolojik temelli çatışmaların yaşandığı bazı ülkelerde, AYM hâkimleri, bu etkileşim neticesinde, bazen siyasi iktidarın meşru anayasal yetki ve takdir alanını daraltacak, bazen de hak ve hürriyetlere kısılmasına yola açacak şekilde aktivist kararlar verebilmektedir. Burada AYM, kimi durumlarda sanki yasama çoğunluğuna karşı bir siyasi muhalefet gibi hareket etmekte ve kanun koyucunun takdir alanını geniş şekilde sınırlamaktadır⁸⁴.

B. Anayasa Yargısı Mercilerinin Vesayet Kurumu Gibi Hareket Etmeleri

Bazen de, toplumdaki çoğunluğun, kendilerini aydın gören ilerici bir kesim tarafından geri, terbiye edilerek ehilleştirilmesi gerekli yığınlar olarak görüldüğü ülkelerde, AYM, ilerici kesimi temsilen bir vesayet mercii gibi hareket edebilmektedir. Modernleşmesinin, Batılı ülkelerde olduğundan farklı olarak, burjuva sınıfının öncülüğünde değil, askerî, akademik ve bürokratik devlet elitlerinin öncülüğünde gerçekleştiği bazı ülkelerde, demokratik siyasi hayata geçilmesinden sonra da, bu elitler devlet hayatında belirleyici bir rol kazanmıştır. Demokratik siyasi elitlerle, merkezîyetçi, bazen de otoriter devletçi elitleri arasındaki çatışma, bir bakıma, o ülkede çok partili siyasi hayatın sıklet merkezini teşkil etmiştir⁸⁵. Bu tür ülkelerde Devlet elitleri, kendilerini “devletin vazgeçilmez muhafızları”, “Devletin sürekli menfaatlerinin koruyucuları”, bir “vesayet makamı” olarak algılamışlar; kısmî, özel ve gelip geçici menfaatlerin oportünist temsilcileri olarak gördükleri seçilmiş siyasi elitlere, hatta onların toplumsal tabanlarına daima şüphe ile bakmışlardır⁸⁶. Bu tür ülkelerde, çoğu kereler genel olarak yargı organlarının, özel olarak da AYM’nin, bu zihniyetin tesirinden kendilerini kurtaramadıkları, kararlarında bu vesayetçi zihniyetin etkili olduğu görülebilmektedir⁸⁷. Demokratik iradede korkulduğu bu yargısal aktivizm türünü, Batı demokrasilerindeki yargısal aktivizmden farklılaştırmak adına, *devletçi ve ideolojik bir yargısal aktivizm* olarak nitelendirmek

⁸² ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı Ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 54, S. 3, Yıl 2005, s. 18.

⁸³ KAYA, s. 384.

⁸⁴ METİN, Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011, s. 92.

⁸⁵ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 265.

⁸⁶ İbid., s. 265.

⁸⁷ İbid., s. 265.

mümkündür⁸⁸. Burada siyasi çoğunluğa karşı, elit kesimlerde güvensizlik söz konusu olduğu için, Anayasa yargısı hâkimleri, siyasi kişiliklere veya bizatihi siyasetin kendisine önyargı ile yaklaşarak kararlar verebilmektedir⁸⁹. Siyasi çoğunluğa karşı terbiye edici yönde verilen vesayetçi kararlarla, bazen siyasi iktidarın anayasal meşru yetki ve takdir alanı değişen ölçülerde daraltılmakta; bu yolla çoğunluğun iradesi ifsad edilerek bu kesim terbiye edilmekte, hatta bazen cezalandırılmaktadır.

C. Amaç Odaklı Yönelimler

Bazen hâkimlerin, belli bir amaca ulaşma odaklı hareket ederek verdikleri kararlar aktivist olarak nitelendirilebilmektedirler. D. O'Scannlain, bu anlamda aktivizmi şöyle tanımlar: "Yargısal aktivizm basitçe siyasal organlara uymama hatasında bulunma veya öngörülebilirlik ve yeknesaklık kurallarından intikam alma anlamına gelmez; sadece gayri resmi başka bir amaç için böyle bir hatada bulunma anlamına gelir"⁹⁰.

D. Siyasi İktidarla Uyumluluk Çabası

Bazen AYM, iktidar partisi ve meclisteki siyasi çoğunlukla uyumlu kararlar vererek, Anayasaya aykırı olarak değerlendirilebilecek bazı yasama işlemlerini, anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmemek suretiyle aktivist bir tutum sergileyebilmektedir⁹¹.

E. Çoğulculuğu Sağlama Çabası

Bazen AYM, siyasi çoğunluğa karşı, anayasada yer alan soyut hükümleri, hak ve hürriyetleri koruyucu yönde yorumlayarak kararlar verir; bu yolla aktivist bir tutum sergileyerek azınlıkların hak ve hürriyetlerine yönelik teminat sağlayıcı yönde işlev görür. Günümüzde anayasal demokrasiler sınırsız bir çoğunluk yönetimi değildir. Sağlıklı işleyen bir demokrasinin ön şartı, azınlıkların haklarının da anayasal teminat altında olmasıdır. Bu şekilde çoğunluk yönetimi ilkesi, çoğunluğun sınırsız ve keyfi egemenliği ile özdeş olmaktan çıkarak azınlık haklarına saygılı bir çoğunluk yönetiminin formülü hâline gelmektedir⁹². AYM asıl meşruiyetini bu türden kararları ile elde ederler. AYM, bu tür kararları, istikrarlı ve sürekli bir şekilde verdiği ölçüde, demokrasinin anayasal zeminde kökleşmesine katkı sağlar.

⁸⁸ ATAR, Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, s. 98.

⁸⁹ KAYA, s. 384.

⁹⁰ KMİEC, s. 1476.

⁹¹ METİN, s. 92.

⁹² SANCAR, Mithat, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?", Demokrasi ve Yargı, (Edt.: Ozan ERGÜL, Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005, s. 52; KORUCU, s. 208.

F. Anayasa Yargısı Hâkimlerinin Kişisel Saiklerle Kararlar vermeleri

Bazen de hâkimlerin, kişisel hırsları, meslekte yükselmek veya diğer hâkimlerden farklılığını belirtmek amacıyla aktivizme yönelmeleri ihtimal dâhilinde olabilmektedir⁹³.

G. Psikolojik ve Hissi Saikler

Zamana veya çeşitli durumlara göre konjonktürel pragmatizm durumu da söz konusu olabilmektedir. Siyasi ve sosyal olguların kavranması ve tahlil edilmesi doğrultusunda psikolojik algılar aktivist tutumla sonuçlanabilmektedir. Bu vesileyle, duyuşal-hissi etkenler somut hayatta bazı siyasi-sosyal veriler karşısında farklı reflekslere sebep olabilmektedir⁹⁴.

H. Güvenlik Endişesi Temelli Hassasiyetler

Bazen anayasa yargısı hâkimleri, ülkenin içerisinde bulunduğu güvenlik temelli zor zamanlarda, genel olarak hâkim konumunda olan güvenlik hassasiyetinden etkilenerek, güvenlik-hak ve hürriyetler dengesini değişen ölçülerde güvenlik tarafına kaydırabilmektedir. Burada güvenlik açısından sakıncalı görülen kesimlere yönelik hak ve hürriyetlerin alanını daraltıcı yönde hükümler içeren bazı yasama ya da yürütme işlemleri anayasaya aykırı bulunmayarak, anayasal demokrasi ile çelişecek şekilde aktivist tutum ortaya konulmaktadır. Bunun en bariz misallerini, ABD'deki McChartizm dönemi uygulamaları ile Türkiye'de Cumhuriyet ve laikliği koruma adına verilen AYM kararları teşkil etmektedir.

IV. Yargısal Aktivizmde AYM Kararlarının Niteliği Anayasa Yargısının Diğer Mahkeme Kararlarından Farkı

Anayasa yargısı mercii ile diğer mahkemelerin yargılama faaliyetleri nitelik ve neticeleri itibariyle diğer mahkemelerden oldukça farklıdır. Bu farklılık en başta yargısal aktivizm bakımından ehemmiyet arz etmektedir. Bu vesileyle, bu farklılıkların yargısal aktivizm açısından tahlil edilmesi icap etmektedir.

A. Yargısal Aktivizmde AYM Kararlarının Siyasi Niteliği

Kabaca ifade etmek gerekirse, "sözde (itibari) anayasa" lar⁹⁵ istisna tutulacak olursa, modern manada anayasaların muhtevasını iki temel konu oluşturmaktadır:

⁹³ KAYA, s. 384.

⁹⁴ KAYA, s. 384.

⁹⁵ ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi, Lâiklik, Resmî İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1995, s. 140; KÜÇÜK, Adnan, Anayasa Hukuku, 3. B., Orion y., Ankara, 2013, s. 14.

(1) Devletin teşkilât ve yapılanması ile alakalı hükümler;

(2) Temel hak ve hürriyetler ile alakalı hükümler.

Bu belirlemeye göre Anayasanın, hem hukukî, hem de siyasi yönü mevcuttur. Anayasacılık düşüncesi ile uyumlu olarak Anayasal devleti kuran bir Anayasa, devlet iktidarını sınırlayan, hak ve hürriyetleri teminat altına alan bir belge niteliğine sahip olması itibariyle “*siyasî bir tercihi*” yansıtmaktadır. Anayasanın, devletin teşkilat yapısını düzenleyen normları sebebiyle devletin statüsü olması ise onun “*hukuki niteliği*”ni yansıtmaktadır⁹⁶.

AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında vermiş olduğu kararlarında aktivizme yönelmeleri için müsait bir zemin sağlayan temel husus, anayasallık denetimine tabi işlemlerle bizzat anayasanın kendisi yanında, AYM kararlarının da siyasi yönünün mevcut olmasıdır. Anayasa yargısı hâkimlerinin, anayasallık denetimi kapsamında anayasal yetki sınırları dışına çıkmaksızın verdikleri bazı kararların siyasi etkilerinin olması, anayasa yargısının hukuk ile siyasetin kesiştiği bir zeminde vazife yapmasından kaynaklanmaktadır⁹⁷. Bir diğer ifadeyle anayasa yargısı, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği, sınırların büyük ölçüde muğlâklaştığı bir zeminde yer alır. Hukuk ve siyasetin kesiştiği muğlâk bir zeminde yargısal denetimin yapılması hiç de kolay değildir. Anayasa yargısının aktivizme kayan bazı tavırlarının bu gerçeklikler göz ardı edilmeksizin değerlendirilmesi icap eder⁹⁸. Nitekim bu husus, AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında denetlediği ve anayasa hükümlerine açıkça aykırı bularak iptal ettiği kuralların muhtevasının doğrudan doğruya siyaseti etkileyen yönünün bariz bir şekilde fark edildiği misallerde daha da belirgin hale gelmektedir⁹⁹.

Bu vesileyle AYM’leri, her ne kadar bazı kararlarında hukukilik özelliği baskın ise de, bazen yoğun tartışma ve eleştirilere konu olabilen siyasi nitelikli kararlar verebilmektedirler. Nitekim ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin bazı aktivizme kayan kararları sebebiyle “hâkimler hükümeti”nden söz edilmiş, Anayasaya aykırı görülen bazı kanunların ve hükümet kararlarının Anayasaya aykırılığının çok şüpheli olduğu, alınan karararlarda hâkimlerin subjektif değerlendirme ve siyasi tercihlerinin etkili olduğu belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu vesileyle Anayasa yargısı hâkimlerinin Anayasaya uygunluk denetimi yapmaları, genel olarak hukukîlik temelli itirazlarla değil, kararlarının siyasi nitelikleri sebebiyle

⁹⁶ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014, s. 161–162; TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, 4. B., Naturel y., Ankara, 2005, s. 8; KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s. 1-2.

⁹⁷ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48-49.

⁹⁸ KAYA, s. 385.

⁹⁹ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 49.

¹⁰⁰ GÖZE, s. 516.

eleştirilmiştir¹⁰¹.

Bazı yazarlar, Anayasa yargısı kararlarının siyasi niteliği hakkında “hâkim vetosu”, “yargısal sansür”, “hâkimler hükümeti”, “yedek kanun koyucu” ya da “üçüncü meclis” gibi nitelemeler yapmışlardır¹⁰². Gören’e göre, Anayasa Hukuku, siyasi konuların hukuku olduğu gibi, anayasa yargısı da, siyasi konulara ilişkin bir yargılamadır. Anayasa yargısında siyasi konular daima hukuk kuralları kriterine göre değerlendirilir. Anayasa yargısı, sadece ve daima hukuk normlarının olmadığı veya bir normun yorumlanması sonucu siyasi organlara hareket serbestisi tanıdığı yerde son bulur¹⁰³.

Demokratik bir hukuk devletinde, AYM’lerinin, vermiş oldukları kararlar, onların siyasete doğrudan şekil vermeyi amaçlayan bilinçli tercihlerini yansıtamaz. Bu Mahkemelerin asıl amacı, anayasallık denetimi kapsamında vermiş oldukları kararlarla siyasi hedeflere yönelmek, o alanı tanzim etmek ya da siyasi iktidarın bu alanı tanzim eden işlemlerine mani olmak değildir. AYM kararları sebebiyle ortaya çıkan siyasi sonuçlar, yapılan anayasallık denetiminin hedefi değil, fiili olarak ortaya çıkan olağan bir neticesi mahiyetindedir¹⁰⁴. Burada hukukilik temelli meşruiyet noktasından ehemmiyetli olan husus, AYM kararlarının, siyasi nitelikli etki meydana getirip getirmemesi değil, verilen kararların, AYM’ne ilişkin olarak anayasal sistemde öngörülen hukuki çerçevenin dışına çıkmaksızın alınmış olmasıdır¹⁰⁵. Bu genel çerçeve ile uyumlu olarak verilen anayasa yargısı kararlarının siyasi etki ve neticelerinin mevcut olması demokratik anayasal sistem açısından makul görülür.

B. Anayasa Yargısının Klasik Yargılama Faaliyetlerinden Farkı

Hem siyasi, hem de hukuki yönleri olan Anayasal normlar ölçüt alınarak yapılan Anayasallık denetimi faaliyetleri kapsamında, siyasi bir erk olan yasama ve yürütme organlarının, siyasi nitelikte iradelerinin tezahürü olan yasama ve yürütme faaliyetleri kapsamında yapmış oldukları işlemlerin, anayasallık açısından denetlenmesi faaliyetlerinin siyasi nitelikte etki ve neticeleri de mevcut olduğu ve bu durum da yargısal aktivizme müsait bir zemin teşkil ettiği için, AYM’lerinin, klasik bir yargı organı mı, siyasi bir organ mı, yoksa siyasi yönü de mevcut olan nev’i şahsına (kendine) mahsus özellikleri olan bir yargı organı mı olduğu mevzuunun vuzuha kavuşturulması icap etmektedir.

¹⁰¹ YÜCEL, Özlem, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkimler Saltanatı Dönemi”, *Argumentum D.*, Yıl 8, S. 55, Nisan-Mayıs-Haziran 1998, s. 413.

¹⁰² GÖREN, Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, *Anayasa Yargısı D.*, C. 12, Yıl 1995, s. 216.

¹⁰³ *İbid.*, s. 216.

¹⁰⁴ HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 46-47.

¹⁰⁵ *İbid.*, s. 49.

AYM'nin demokratik siyasi sistem içerisinde yer almasının iki yönünün mevcut olduğu söylenebilir. Birincisi, anayasanın yasama ve bazı ülkelerde yürütme organları karşısında üstünlüğünü sağlamak, bu yolla yasama ve yürütme organlarının anayasal sınırlar içerisinde faaliyette bulunmalarını temin etmek, ikincisi, anayasada teminat altına alınan hak ve hürriyetlerin yasama çoğunluğuna ve yürütmeye karşı korunmasını sağlamaktır.

AYM'lerinin, her ne kadar Anayasada düzenlendiği yer ve sahip oldukları yetkiler dikkate alındığında, birer yargı organı oldukları söylenebilir ise de, vermiş oldukları kararların muhtevası ve meydana getirdikleri etkiler sebebiyle diğer yargı mercilerinden farklı neticeler meydana getirebilen kararlar verebildikleri için, yerine getirmiş oldukları işlevlerin diğer klasik mahkemelerden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Bu farklılıkların, özellikle AYM'lerinin anayasallık denetimi kapsamında vermiş oldukları kararların siyasi nitelikteki etki ve sonuçları noktasından kendisini göstermekte olduğu söylenebilir¹⁰⁶.

AYM'ni diğer mahkemelerden farklı kılan temel husus, Anayasa Hukukunun, bünyesinde "hukuk" ve "siyaseti" birlikte barındıran tabiatından kaynaklanmaktadır. Çünkü anayasallık denetimine tabi kanunları yapan yasama organı da, anayasallık denetimine tabi yürütme işlemlerini yapan yürütme organı da siyasi niteliktedirler. Farklı siyasi saiklerle, endişe ve amaçlarla çıkarılan kanunlar ve yürütme işlemleri, anayasallık denetimi kapsamında, toplumdaki çeşitli siyasi akımların temsilcileri tarafından teşekkül ettirilen kurucu iktidarın¹⁰⁷, içerisinde yer alan ilke ve kurumlar üzerinde mutabık kalarak kabul ettiği¹⁰⁸ ve belirli siyasi tercih ve ilkelerin de bünyesinde mündemiç olduğu Anayasal hükümlere uygunluğu açısından denetlenmektedir. Bu sebeplerden dolayı, anayasallık denetimi kapsamında verilen kararların siyasi niteliği de haiz olması¹⁰⁹, AYM'ni diğer mahkemelerden farklı hale getirmektedir¹¹⁰. AYM'nin, kuruluş ve işleyiş itibarıyla bir yargı organı olmasına rağmen, anayasallık denetimi kapsamında vermiş olduğu kararların etki ve neticelerinin, diğer klasik yargı organlarının işlevinin çok ötesine geçebilmekte olduğu¹¹¹, bazı kararları vasıtasıyla siyaseti değişen ölçülerde etkileyebildiği, hatta bazı durumlarda siyaset için belirgin şekilde yön

¹⁰⁶ İbid., s. 44-45.

¹⁰⁷ Bu belirleme demokratik asli kurucu iktidar tarafından yapılan anayasalar için söz konusudur.

¹⁰⁸ DOEHRING, s. 233.

¹⁰⁹ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

¹¹⁰ DOEHRING, s. 233.

¹¹¹ Doehring şu soruyu sorar: "AYM hukuku kullanan bir organ olarak tam veya büyük ölçüde mahkeme niteliğine mi sahip olmalıdır yoksa durumun gereği olarak (siyasal hedeflere ulaşma yönünde) verilecek kararlar da içinde olmak üzere onu siyasal bir devlet organı olarak mı görmelidir"? İbid., s. 236.

verici özelliğe sahip olduğu görülmektedir. Bu yönü itibariyle AYM, “hukukun ya da yargının siyasileşmesi”nden ziyade “siyasetin hukukileşmesi”¹¹² ya da anayasallaşması” neticesini husule getiren denetim vazifesini icra etmeye çalışan yargı organı olarak kabul edilmektedirler¹¹³.

Bir tek somut vakayı, hukuk normlarını kullanarak çözüme kavuşturan klasik mahkemeler tarafından icra edilen yargısal faaliyetlerin siyasi bir yönü mevcut olmamasına; bunların salt hukuki nitelikte kararlar vermelerine karşın, AYM tarafından anayasallık denetimi kapsamında verilen kararların, klasik mahkeme kararlarından farklı olarak siyasi niteliği de haiz olması¹¹⁴, onu klasik mahkemelerden farklı kılan en ayırd edici özelliktir¹¹⁵.

Doehring’e göre, “bir anayasa yargısına sadece hukuksal sorunların çözümünü bırakmak mümkün değildir. ... Bu mahkemenin yargıçları siyasal nitelikli bir karar almak zorunda kalırsa o an için ‘dar anlamı ile bir mahkeme değil, siyasal bir devlet organı oluştururlar’”¹¹⁶. Federal Alman AYM üyelerinden Dieter Grimm, AYM’lerinin, kaçınılmaz olarak hukuk ve siyaset arasındaki bir yerde görev yapmakta olduğunu ifade etmektedir¹¹⁷.

Hakyemez’e göre, bir yargı organı olmasına rağmen, AYM kararlarının, niteliği gereği siyasal boyutu da mevcuttur. Özünde siyasal bir metin olan Anayasayı yorumlamanın kaçınılmaz biçimde siyasal yansımaları ortaya çıkabilmektedir. Bu yönüyle AYM, siyasal alanın kuralları hakkında hukuksal değerlendirme yapan bir organ olarak, terimin dar anlamıyla “mahkeme”nin boyutlarını aşarak, bir anlamda işlevsel açıdan siyasal kuruluş haline gelebilmektedir¹¹⁸. Arslan’a göre, “Anayasa yargısı işlevi itibariyle siyasi niteliktedir. Özellikle soyut norm denetimi yasama sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Nitekim Kelsen AYM’lerinin yaptığı işi ‘negatif yasa koyuculuk’ olarak tanımlamıştır”¹¹⁹.

Her ne kadar yasama ve yürütme organları gibi AYM’nin de siyasi bir yönü mevcut ise de, bunlar arasında bazı farklılıklar vardır. Kuruluş ve işleyişi itibariyle salt siyasi organlar olan yasama ve yürütmeden farklı olarak, AYM, her ne kadar anayasallık denetimi esnasında vermiş olduğu kararların siyasi yönü de bulunsun da, her şeyden önce bir yargı organıdır. Vermiş olduğu siyasi

¹¹² İbid., s. 234.

¹¹³ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

¹¹⁴ DOEHRING, s. 233-234.

¹¹⁵ TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı D., C. 2, Yıl 1985, s. 26.

¹¹⁶ DOEHRING, s. 237.

¹¹⁷ KOMMERS, Donald P., The Constitutional Jurisprudence of the Feredal Republic of Germany, Duke University Press, Durham, 1989, s. 51’den nakleden: HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 45.

¹¹⁸ İbid., s. 45-46.

¹¹⁹ ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2005, s. 257.

alandaki hukuki-teknik kararları ile siyasi alanı “hukukileştirme” amacı taşır. AYM açısından mühim olan, bu amaca ulaşma noktasında teknik yeterliği haiz olmaktır. AYM’nin anayasallık denetimi faaliyetlerini yürütürken, keyfiliklere yönelmemsi, her şeyden önce anayasal demokrasinin sınırları içerisinde kalmayı başarabilmesi de gerekir¹²⁰.

AYM, her ne kadar belirli yasama usulleri çerçevesinde kanuni düzenlemeler yaparak hukukun oluşumuna kural koymak suretiyle katkı sağlayan yasama organı gibi, doğrudan hukuki kurallar koyan bir merci değil ise de, yine de, nihailik, kesinlik ve bağlayıcılık özelliklerini haiz içtihatları vasıtasıyla hukukun oluşumuna katkı sağlama işlevini de icra etmektedir. Hukukun bağlayıcılık özelliğine sahip kaynaklarından birisi de Anayasa yargısı içtihatlarıdır. Nihailik, kesinlik ve bağlayıcılık özellikleri sebebiyle, anayasa yargılaması neticesinde verilen kararlarla, içtihadi bir normatif alan teşekkül etmektedir¹²¹.

V. Anayasallık Denetiminin Sınırı Meselesi

Yargı organları tarafından yapılan anayasallık denetimi, kısaca yasama ve bazı yürütme işlemlerinin anayasal geçerlilik şartlarının yargısal usullere göre tespit edilmesi manasına gelmektedir. Bu işlemlerin, lüzumlu şartlar teşekkül ettiğinde yargı organları tarafından geçersiz kılınabilmesi neticesini de ortaya çıkarabilen böyle bir denetim, hukuk ve siyasetin iç içe geçtiği bir alanda çözümünü oldukça çetrefil ve zor olan pek çok sorunları beraberinde getirmektedir. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, anayasaya uygunluk denetiminde yargısal sınırların nasıl belirleneceği¹²², bu sınırın nereye kadar uzanabileceği sorundur. Bu sınırın belli bir eşiği aşması halinde, siyasi iktidarın anayasal olarak sahip olduğu yetki ve takdir alanını daraltıcı yönde sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan yargısal aktivizm uygulamaları ortaya çıkabilecektir. Bu vesileyle, anayasallık denetiminin anayasal sınırlarının tayin ve tespiti, hem siyasi iktidarın yetki alanı, hem de yargısal aktivizm bağlamında anayasa yargısının yetki alanı açısından ehemmiyet arz etmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri gereği olarak yürütme ve yasama faaliyetlerinin yerine getirilmesinde, yürütme ve yasama organları ne kadar anayasa ile bağlı ise; anayasaya aykırı işlem ve fiiller yapamazlarsa, negatif kanun koyuculuk işlevini yerine getiren AYM de, bu işlevi icra etme bağlamında o kadar Anayasa ile bağlıdır. Vermiş olduğu kararların siyasi neticeleri ve yönleri de olan AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu yetki, anayasal çerçevede “hukukilik denetimi” yapmaktır. Siyasi iktidarın anayasal yetkileri haricine çıkması ile AYM’nin anayasal yetkileri haricine çıkması arasında hiçbir

¹²⁰ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 46.

¹²¹ TEZİÇ, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, s. 22.

¹²² KORUCU, s. 202.

fark yoktur; bu durumda her ikisi de anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ihlal etmiş olurlar. AYM'nin anayasal yetkilerinin haricine taşarak kararlar vermesi yargısal aktivizm tartışmalarını gündeme taşımaktadır.

A. Anayasada Yer Alan Açık ve Soyut Nitelikteki Normlar

Kanunların ve anayasallık denetimine tabi bazı yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunun tespitinde ölçüt alınan anayasal normları iki kısma ayırmak mümkündür.

Birincisi, yoruma açık olmayacak şekilde açık ve net manaları içeren hükümlerdir. Bu tür hükümlere uygunluk denetiminde bir zorluk söz konusu olmaz.

İkincisi, anayasada yer alan ve ilk bakışta tek bir manası olduğu izlenimi uyandıran temel ilke ve kavramlardan *"hukuk devleti"*, *"laiklik"*, *"hürriyet"*, *"demokrasi"*, *"sosyal devlet"*, *"insan onuru"*, *"adalet"*, *"kamu yararı"*, *"genel sağlık"*, *"genel ahlâk"* vb. soyut nitelikteki norm ve ilkelerdir. Bu ilke ve kavramların, değişik ülke uygulamalarına bakıldığında, kendilerine çok farklı manaların yüklendiği görülmektedir. Yasama ve yürütme işlemlerinin bu tür anayasal normlara uygunluğunun denetlenmesi oldukça zorluk arz etmektedir. AYM hâkimleri, önce bu soyut kavram ve ilkelere bir mana yüklemekte, daha sonra da denetime tabi işlemlerin, içeriğini yorum yoluyla belirlediği bu norm ve ilkelere uygunluğunu denetlemektedir. AYM, soyut hukuki kurallardan somut hukuk üreterek, önüne getirilen kuralların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir¹²³.

B. Teknik Bilgiyi Gerektiren Alanlara İlişkin Kanuni Düzenlemelerin Denetimi

Anayasallık denetiminde ortaya çıkan bir diğer zorluk da, bazı yasama ve yürütme işlemleri ile uzmanlık gerektiren teknik alanların düzenleniyor olmasıdır. Teknolojik gelişmelerin ileri düzeyde olduğu günümüz dünyasında, hemen her alanda değişen ölçülerde uzmanlaşma söz konusu olduğu için, insan hayatının çok değişik boyutlarının düzenlenmeye çalışıldığı kanunlarda, çoğu kereler mümkün olduğunca ayrıntıya inilmesi ve karmaşık konuların düzenlenmesi adeta bir zorunluluk halini almaktadır. Bazı kanunlarla düzenlenen alanlar o kadar teknik ve karmaşıklık arz edebilmektedir ki, yasama organları, genellikle bürokratlar tarafından hazırlanarak önlerine getirilen kanun önerilerini, doğru dürüst teknik ayrıntılarına vakıf olmadıkları halde kabul edebilmektedirler. Benzer durum, daha ayrıntılı hükümler içerdiği için, teknik özelliklerin ve karmaşıklığın çok daha ziyadeleştiği yürütme

¹²³ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 26.

işlemleri için de geçerlidir. Benzer şekilde, bu teknik ayrıntılar konusunda yeterli bilgi donanımına sahip olamayan AYM hâkimleri de, bu kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasallığı denetimini yapmaktadırlar. Kanun ve yürütme işlemlerinin bu karmaşıklığına bir de anayasallık denetiminde ölçüt alınan anayasal hükümlerin soyutluğunu ilave etmek gerekir. Bazı soyut ilke ve kavramların da içinde yer alması sebebiyle bazı kereler güçlükle anlaşılabilir bir metin olan anayasaların muhtevası ve bundan çıkarılacak manalar, anayasallık denetiminde bir başka belirsizliği ve zorluğu ortaya çıkarmaktadır.

C. Hukukilik Ve Yerindelik Denetimi

Soyut değerlerin hâkim olduğu bir sosyal bilim alanı olan hukuk disiplini içerisinde, kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde her zaman kolayca kesin sonuçlara ulaşabilmek çoğu zaman mümkün olmayabilmektedir¹²⁴. Anayasallık denetimi sürecinde, teknik ve karmaşık ilişkilerin düzenlendiği kanun ve yürütme işlemlerinin, anayasanın soyut ve belirginlikten uzak hükümler içeren ilke ve kurallarına uygunluğunun aranması, AYM hâkimlerine, oldukça zor ve hassas olunması gereken vazifeler yüklemektedir. Anayasa yargısı mantığı gereğince AYM'nden, siyasi iradenin ürünü olan işlemler hakkında yapacakları anayasallık denetimi neticesinde, bazen siyasi neticeleri de olabilen "hukuki" bir kararla denetimi sonuçlandırması beklenmektedir¹²⁵. AYM, oldukça zor olan bu görevi icra ederken, her ne kadar hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde kalmaya özen gösterse ya da bu özeni göstermesi kendinden beklense de, bazı kararlarında, anayasallık denetimi yaparken demokratik anayasal sistem içerisinde kendine tanınan anayasal yetki sınırlarını taşımak suretiyle "hukukilik denetimi" sınırları haricine çıkarak "yerindelik denetim"ine kayabilmekte ya da "yerindelik denetimine kaydığı" şeklinde değerlendirilmekten kurtulamamaktadır¹²⁶.

Anayasa metninde yer alan normların belirsiz olduğu veya kurucu iradenin birbirinden farklı şekillerde yorumlanabildiği durumlarda, olağan anayasal yargı denetimi sınırlarının nasıl belirleneceği konusunda birbirinden farklı gerekçelere dayanan pek çok farklı görüş mevcuttur. Bu gibi durumlarda yargı organları tarafından yapılan siyasî muhtevalı yorumların dahi olağan denetim sınırları içinde kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi; anayasanın orijinal anlamını göz ardı ederek alınan tüm kararların aktivist

¹²⁴ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması", Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007, s. 535.

¹²⁵ İbid., s. 536.

¹²⁶ İbid., s. 535.

olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bunların yanında; anayasanın orijinal manası tam olarak bilinemediği için, böyle bir değerlendirme yapılamayacağını ileri süren veya sadece mevcut toplumsal konsensüsü dikkate alan yargısal yorumların olağan kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur¹²⁷.

Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu anayasal yetki alanı “hukukilik denetimi” yapmakla sınırlıdır. Her şeyden önce AYM’nin, anayasallık denetimi kapsamında sahip olduğu “hukukilik denetimi”nin sınırlarının çok iyi tayin edilmesi gerekir. AYM hâkimlerinin yapmış oldukları hukukilik denetimi, “*yasama ve yürütmenin yapmış oldukları işlemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığını denetleme*” ile sınırlıdır. Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, anayasallık denetimi yapan yargı mercisinin, her şeyden önce yasama organına ait bir yetkiyi kullanmaktan imtina etmesi gerekir. Şayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama ve yürütme alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan işlemlerini iptal ederek geçersizleştiremez. Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmiştir. Anayasa yargısı mercii de dâhil hiçbir merci, yasama ve yürütmenin, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz. Aksi halde bir fonksiyon gaspi söz konusu olur.

D. Hukukilik ve Yerindelik Denetiminin Siyasi Etki ve Sonuçları

Yargısal aktivizmi sorunlu kılan temel husus, AYM’nin, hak ve hürriyetlere ilişkin olmayan yasama ve yürütme işlemleri hakkında vermiş olduğu kararların ortaya çıkardığı bazı siyasi sonuçlardır. AYM’nin, “yerindelik denetimi” kapsamında verdiği kararlar yanında, “hukukilik denetimi” kapsamında verdiği kararların da siyasi etki ve neticeleri olabilmektedir. Burada öncelikle AYM’nin, “hukukilik denetimi” ile “yerindelik denetimi” kapsamında verdiği kararların siyasi etkilerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Demokratik bir hukuk devletinde, AYM’nin anayasallık denetimi kapsamında, “hukukilik denetimi” sınırları içerisinde kalarak verdiği kararların siyasi etki ve neticeleri, anayasal hukuki zeminde olağan görülebilmektedir. Nitekim bu durum, diğer durumdan farklı olarak “siyasetin hukukileştirilmesi ya da anayasallaştırılması” şeklinde nitelendirilmektedir¹²⁸.

Anayasada yasama ya da yürütme organına yönelik olarak açıkça düzenleme yapma yasağının mevcut olmadığı konularda yasama ya da

¹²⁷ KORUCU, s. 212.

¹²⁸ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 47.

yürütme işlemlerinin yapılması halinde, anayasallık denetimi yapan anayasa yargısı hâkimleri tarafından anayasa metnine yüklenen manaya bağlı olarak verilecek her bir geçersizlik kararı, hem belli ölçülerde hukuk yaratma faaliyetini gerekli kılmakta, hem de bu tür kararlar, siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı şekilde aktivist kabul edilmektedir.

“Hukukilik denetimi” ile sınırlı bir anayasallık denetimi icra eden AYM, yasama ve yürütme gibi siyasi alanın içerisinde ve siyasi endişe ve Saiklerle karar veremez. AYM hâkimi, bu yönü itibariyle vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir¹²⁹. Soyut bir anayasal norma mana vermek durumunda olan AYM hâkimi, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik manalardan istediği manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez. Anayasal bir norma belli bir mana verirken, AYM hâkimleri, kendi önyargılarından ve siyasi-felsefi-dini-ideolojik anlayışlardan hareketle ortaya çıkabilecek manaları değil, söz konusu kuralın anayasal sistem içerisinde yorumlanması esnasında ortaya çıkabilecek değişik manalardan, anayasal demokratik rejim mantığına en uygun görülen manayı tercih etmesi gerekir¹³⁰. AYM üyeleri, tercih edecekleri yorum yöntemi hangisi olursa olsun ve kararların siyasi neticeleri olsun ya da olmasın veya ne yönde olursa olsun, bireysel önyargıların, siyasi düşünce ve ideolojilerin kendilerini etkilemesi ihtimali karşısında, anayasallık denetimi sürecinde, ağırlıklı olarak hukuki çerçeve içerisinde kalarak anayasa yargısı sınırları dâhilinde hareket etmeye, karar verme sürecinde siyasi endişeleri dikkate almamaya ihtimam göstermelidir¹³¹.

AYM aktivizminin en yoğun olduğu alanlardan birisi hükümetlerin ekonomik politikalarıdır. Anayasada ekonomik ve sosyal hayata ilişkin bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, siyasi iktidarlara belli bir ekonomik model empoze edilmemektedir. Dolayısıyla hükümetler farklı ekonomik politikaları izleyebilirler. AYM hâkimleri, hukukilik denetimine ilişkin belirlemede, kanunların ya da yürütme işlemlerinin siyaseten ya da diğer açılardan isabetli ve yerinde olup olmadığı yönünde bir belirleme yapamazlar. Ekonomik hayata, çalışma hayatına, sosyal ve kültürel hayata, mali politikalara, çevreye vb. ilişkin kanunlar ya da yürütme işlemleri, açıkça anayasaya aykırılık teşkil etmiyorsa, anayasal denetim kapsamında iptal işleminden kaçınılmalıdır. Bu alanlara ilişkin çıkarılan kanun ya da yürütme işlemlerinin ülkenin siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik vb. gerekleri ile uyumlu ve gerekli olup olmadığını, bunların ekonomik ya da toplumsal sonuçlarının ne olacağını, bu ölçütler bağlamında yerinde olup olmayacağını belirleme ve takdir etme yetkisi AYM

¹²⁹ İbid., s. 26.

¹³⁰ İbid., s. 26.

¹³¹ İbid., s. 26.

hâkimlerine değil, siyasi organlara aittir. Hatta bu tür kararların uygulanması, ekonomik hezimete yol açacak olsa ya da AYM hâkimleri, bu yönde bir kesin kanaate, öngörüye sahip olsalar da, söz konusu işlemleri iptal edemezler. Keza, yapılan bazı kanun ya da yürütme işlemlerinin liberal ya da sosyal devlet eğilimini yansıtmasının da siyasi iktidarın inisiyatif alanında kabul edilmesi gerekir. Sosyal devlet ilkesi ile uyumlu kanunların ya da yürütme işlemlerinin klasik liberal felsefe ile çeliştiği gerekçesi ile iptal edilmesi ile, klasik liberal felsefe ile uyumlu kanunların sosyal devlet ilkesi ile çeliştiği gerekçesi ile iptal edilmesi arasında hiçbir fark yoktur. Her iki halde de takdir yetkisinin yasama ya da yürütme organlarına ait olduğunun kabulü gerekir. Aksi takdirde, AYM hâkimleri, anayasal yetkileri haricine çıkmış; bir mecra taşıyıcı gerçekleştirmiş, yasama ya da yürütmenin alanına giren bir işlem yapmış olurlar. Bu durumda ortaya çıkan denetim, bir hukukilik denetimi değil, ancak yerindelik denetimi olur.

E. Türk AYM'nin Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Eğilimi

Her ne kadar Türk AYM, bir kararında “Çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır”¹³² dese de, ekonomik konulardaki kararlarının bir kısmı müdahaleci bir yaklaşımı yansıtmaktadır¹³³.

AYM'nin, yabancılara mülk satışıyla ilgili 21.06.1984 Tarih ve 3029 Sayılı Kanunun “mütekabiliyet şartının aranmaması” ve “yabancıların edinebilecekleri taşınmazların oranının tespiti” konularında Bakanlar Kurulu'nu yetkilendiren hükümlerini iptal ederken, yabancılara mülk satışı ile “milli menfaatler” ve “egemenlik” arasında ilişki kurduğu görülmektedir. AYM'ne göre, mütekabiliyet ilkesi “Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri” haline dönüştürülmüştür. Bu ilke “uluslar arası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracı”dır. Bu şartın aranmaması, Başlangıcın 2. (diğer milletlerle hak eşitliği) ve 5. (milli menfaatlerin üstünlüğü) paragraflarındaki ilkelere aykırıdır. Oysa bu ilkelerin, “Anayasanın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuzdur”¹³⁴. AYM, “ülke güvenliği”, “Türk milli menfaatleri” ve “Türk milletinin bağımsızlığı” kavramlarını kullanarak Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin özelleştirilmesiyle ilgili kanuni düzenlemeleri de iptal etmiştir.¹³⁵

¹³² AYM Kr: E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.02.1985.

¹³³ METİN, s. 112.

¹³⁴ AYM Kr: E. 1984/14, K. 1985/7, KT: 13.06.1985; E. 1986/18, K. 1986/24, KT: 09.10.1986.

¹³⁵ AYM Kr: E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 07.07.1994.

AYM'nin bu kararlarında, hem soyut bazı anayasal normların, siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltacak şekilde yorumlandığı, hem de içtihat yoluyla geliştirilen bazı ilkelerin anayasal düzeye çıkarılarak, yasama ve yürütmenin yetki alanının daraltıldığı görülmektedir. AYM, bu kararı ile Başlangıcın 2. paragrafına, bu hükmün maksadını aşan bir mana yüklemiştir. Bu paragrafta, Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğundan söz edilmesi, “mütekabiliyet ilkesine kayıtsız şartsız bağlılık”tan ziyade, Atatürk milliyetçiliğinin, şovenizmden uzak, insancıl ve barışçıl niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir¹³⁶. AYM'nin, Başlangıçta (5. Paragraf) yer alan “milli menfaatlerin üstünlüğü” ilkesinin, “siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz kılmak amacıyla” getirilmiş olduğu ön kabulünden hareketle yapacağı anayasallık denetiminde, iptal kararını bu gerekçeye dayandırması, anayasaya uygunluk denetimini yerindelik denetimine kaydırmak tehlikesini beraberinde getirecektir. Çünkü Devletlerin, gerek genel manada demokratik bir siyasi sistemde “milli menfaatin” ya da “kamu yararı”nın mevcut olup olmadığının takdiri, gerekse bu kararlar özelinde, devletlerin kendi milli menfaatlerinin korunması için lüzumlu gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri bağlamında milli menfaatlerin hangi durumlarda korunup hangi durumlarda ihlal olunacağını tespiti, siyasi iktidarın yetki alanına dâhil bir husustur; bunu tayin etme yetkisi AYM'ne ait değildir. Demokratik devlet ilkesini benimseyen 1982 Anayasanın “belli bir milli menfaat” anlayışını tüm partilere empoze etmek istemiş olabileceği düşünülemez. Aksi halde siyasi aktörler arasında yürütülen demokratik siyasal yarışma anlamını yitirir¹³⁷. Her ne kadar mütekabiliyet ilkesinin, Türk Yabancılar Hukukunun bir genel ilkesi haline dönüşmüş olduğu ifade edilse de, normatif açıdan “kanun değerinde” olan bir ilkenin, anayasa yargısı tarafından içtihat yoluyla “anayasal ölçüt norm” ilkesi düzeyine yükseltilmesi de anayasal açıdan mümkün değildir¹³⁸.

Bütün bu sebeplerden dolayı, kısaca ifade etmek gerekirse, AYM, bu kararlarında, özelleştirme ve ülkenin bağımsızlığı, yabancılara gayrimenkul satışında mütekabiliyet ilkesinin aranması konularını inceleyerek, Anayasa'nın Başlangıç kısmını ölçüt norm olarak kabul etmek suretiyle, siyasi iktidarın takdir ve tasarruf alanına giren konularda, yasama ve yürütmenin yerine geçerek, “hukukilik denetimi” yapmaktan ziyade “yerindelik denetimi” yaparak yargısal aktivizmde bulunmuştur¹³⁹.

AYM'nin bu kararları üzerine, 1999 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasada özelleştirmeye açıkça yer verilerek, bu konunun anayasal bir zemine kavuşturulması amaçlanmıştır. Bunun üzerine AYM'nin, 2005 ve

¹³⁶ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 76.

¹³⁷ İbid., s. 76-77.

¹³⁸ İbid., s. 76.

¹³⁹ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 141-146; METİN, s. 112.

2006 tarihli kararlarında özelleştirmelerle ilgili katı ve tutucu içtihatlarından vazgeçtiği sinyallerini verdiği görülmektedir¹⁴⁰.

F. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Eğilimleri

ABD’de 1880’lerden 1937’li yılların “West Coast Hotel v. Parrish” kararına kadarki dönemde, 1929 ekonomik buhranı ve Franklin D. Roosevelt’in “New Deal (Yeni Düzen)” olarak anılan ekonomik programını da içine alan dönemde, Federal Yüksek Mahkeme, “klasik iktisadi liberalizm” ile “kamu güçlerinin yeniden şekillenen müdahalecilik anlayışı” arasında kaldığı zaman, tercihini “klasik iktisadi liberalizm”den yana kullanmıştır¹⁴¹. 1929 yılında yaşanan büyük ekonomik buhran sonrasında, ABD ekonomisi büyük bir çöküntü içerisine girdi. Roosevelt, ağır buhranlı dönemi New Deal adını verdiği kararlarla aşacağı vaadiyle 1932 yılında girdiği seçimlerde, hem partisi Kongrede büyük bir çoğunluk elde etti¹⁴², hem de kendisi başkanlık seçimlerinde açık ara farkla başkan seçildi. Roosevelt, bu zafer üzerine derhal programını uygulamaya başladı. Bu şekilde Amerikan toplumunun siyasi, ekonomik ve sosyal yapısında önemli değişiklikler yapılmaya başlandı ve bu amaca yönelik çok sayıda kanun kabul edildi¹⁴³. Bu kanunlarla, devletin, çeşitli yöntemlerle klasik iktisadi liberal felsefe ile çelişecek şekilde ekonomik hayata iyice müdahil olması ve bu bağlamda maliye politikası tedbirlerinin (harcama ve vergiler) alınması amaçlanmıştır¹⁴⁴.

1934 yılında önüne gelen New Deal Kanunlarını Anayasaya aykırı bulmayan Yüksek Mahkeme, 1934-1936 yılları arasında bunlardan 13’nü Anayasaya aykırı buldu¹⁴⁵. Yüksek Mahkemeye göre, klasik iktisadi liberalizme dayanan 1787 ABD Anayasası kurucuları, devletin ekonomik hayata müdahalesini kabul etmeyen bir anlayışı benimsemişlerdi. Yüksek Mahkeme bu sebeple, “devlete ekonomik hayata müdahale imkânı veren sosyal muhtevalı” bu kanunları Anayasaya aykırı buldu¹⁴⁶. Önüne gelen New Deal kanunlarını

¹⁴⁰ AYM Kr: E. 2005/110, K. 2005/111, KT: 29.12.2005; E. 2002/47, K. 2006/1, KT: 05.01.2006; E. 2003/87, K. 2005/110, KT: 16.11.2006.

¹⁴¹ ÇAĞLAR, *Parlamentolar ve Anayasa...*, s. 155-156.

¹⁴² Başkanın partisi, altı federe devlet dışında, tüm diğer federe devletlerde Kongre’de çoğunluğu sağlar. O zamana kadar başkanın partisinin Kongre’de bu kadar çoğunluk sağladığı hiç görülmemiştir. GÖZE, s. 517.

¹⁴³ Bu dönemde çıkarılan kanunlar için bkz.: İbid., s. 517-519.

¹⁴⁴ ARSLAN, Mustafa, 1929 Büyük Buhranı ve 2007-2008 Küresel Krizi Keynesyenizm Açısından Bir Karşılaştırma, [Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye (Kamu Ekonomisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 2010, s. 25.

¹⁴⁵ GÖZE, s. 519.

¹⁴⁶ HAKYEMEZ, *Anayasa Mahkemesinin...*, s. 41.

anayasallık açısından denetlerken, “*geleneksel ekonomik liberalizm*” anlayışı ile “*kamusal güçlerin yeni şekillenen müdahalecilik anlayışı*” arasında kalan Federal Yüksek Mahkeme, bu kanunların bir kısmını anayasaya aykırı bularak, iktisadi tercih konusunda klasik liberalizmi Anayasada resmi ideoloji haline getiren açık hükümler bulunmadığı halde, “bu Anayasadaki hükümlerin klasik liberalizm temeline dayandığı” şeklindeki düşünceden hareketle, klasik iktisadi liberalizmi, yargısal uygulamalarla koruma altına alarak, resmi ideolojiye dönüştürmek istemiştir. Yüksek Mahkemenin bu dönemde Anayasada okuduğu “sosyal Darwinizm” ve “laissez-faire”dir¹⁴⁷. Aktivist bir tutum sergileyerek özel sektörün haklarını devletin müdahalelerine karşı korumayı amaçladığı belirtilen¹⁴⁸ Yüksek Mahkemenin, bu kararlarıyla liberal düşüncüyü içtihat yoluyla dogmalaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Yüksek Mahkemenin bu kararlarla yaptığı iş, anayasal olarak siyasi iktidarın yetki alanına giren ve açıkça anayasa tarafından yasaklanmayan iktisadi politikaları geçersiz kılmaktır. Bu aktivist yüksek yargı kararları ile, Federal Yüksek Mahkeme, doğrudan siyasi hedeflere yönelmiş, bizzat iktisadi politika belirleyicisi işlevini icra etmiş olmaktadır.

Başkan Roosevelt, 1936 yılında yapılan başkanlık seçimlerinden ezici bir zaferle (%60,7) çıkar. Bu seçim sonuçları, halkın, Roosevelt’in partisi tarafından şekillendirilen programın temel ilkeleri ile uyumlu olarak çıkarılan New Deal Kanunlarına onay verdiği yönünde yorumlanır¹⁴⁹. Roosevelt, “Milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız”¹⁵⁰, “Anayasayı Mahkemeye karşı ve Mahkemeyi de kendine karşı korumalıyız”¹⁵¹ şeklindeki sözleri söyleyerek, New Deal kanunlarının bir kısmını anayasaya aykırı bularak programın işlemlerini akamete uğratan Yüksek Mahkemeye çok şiddetli tepki verdi. Başkanın bu tepkilerine geniş toplum kesimleri ve özellikle işçi sendikalarının tepkileri de eklendi. Roosevelt’in bu sözlerine ilave olarak, Senato’ya Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir kanun önerisi sunuldu. Bu kanun değişikliği önerisine göre, “Yüksek Mahkemenin yetmiş yaşını aşmış her bir üyesine oy hakkına sahip olacak yardımcı hâkimler verilecekti”. Bu önerinin Kongrede görüşülmesi esnasında, Yüksek Mahkemenin, içtihadını değiştirerek bazı New Deal kanunlarını onaylaması üzerine, Yüksek Mahkeme-Başkan (Roosevelt) çatışması, Roosevelt’in kanun değişikliği önerisinin yürürlüğe girmesine gerek kalmadan

¹⁴⁷ ÇAĞLAR, Bakır, Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980, s. 150.

¹⁴⁸ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 41.

¹⁴⁹ GÖZE, s. 521.

¹⁵⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258-259; West Coast Hotel Co. v. Parrish (1937). ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve..., s. 150.

¹⁵¹ YÜCEL, s. 412.

çözüldü¹⁵². Bu içtihadî değişimle ABD’de yargısal aktivizm temelli “jüristokratik” hâkimiyete giden yol kapatılmış oldu.

Federal Yüksek Mahkemenin, Roosevelt ve geniş toplumsal kesimlerin yoğun tepkisel tutumlarının da tesiriyle, New Deal Kanunlarını anayasaya aykırı bulma şeklindeki aktivist tutumundan vazgeçerek “kendi kendisini sınırlama” ilkesini benimsediği görülmektedir. Bu tutum değişikliği iki açıdan önemlidir. Birincisi, Yüksek Mahkeme, siyasetin ve siyasi iktidarın yetki alanını anayasaya aykırı bir şekilde daraltan aktivist tutumu terk etmiştir. İkincisi, başkan ve toplumun geniş kesimleri, anayasal olarak siyasi iktidara bırakılan alana yönelik yargı temelli mecra ihlallerine yoğun tepki vererek, Yüksek Mahkemenin anayasal yetki mecraına dönmesini sağlamışlardır. Esasen halkın oyları ile seçilen başkanın yetki sahasına yönelik yargısal yetki tecavüzü toplumun geniş kesimleri tarafından da görülmüş, başkan+geniş toplumsal kesimlerin ittifakla ortaya koydukları tepki, Yüksek Mahkemeyi aktivist kararlardan kendi kendisini sınırlama noktasına rücu etmeye zorlamıştır.

G. Hukukilik ve Yerindelik Denetimine İlişkin Bir Değerlendirme

AYM’nin, bazı kereler kendine anayasal olarak verilen “hukukilik denetimi” işlevinin ötesine geçerek, “yerindelik denetimi”ne kayacak şekilde verdiği kararlar yoluyla, siyasi iktidarın anayasal yetki ve takdir alanına giren konularda kararlar vermeye başlaması neticesinde ortaya çıkan siyasi etki ve sonuçların, demokratik bir hukuk devletinde tasvip edilmesi mümkün değildir. Böylesi bir durum, hem hukukun teşekkül ettirilmesi sürecinde “negatif kanun koyucu” olarak anayasal zeminde önemli yetkileri haiz olan AYM’nin, anayasallık denetimi yetkisi kapsamında sahip olduğu anayasal yetki sınırlarının dışına çıkması; hem de hukukun, değişen ölçülerde siyasetin yetki çerçevesi haricine çıkarılması suretiyle, AYM hâkimlerinin inisiyatifine alınması neticesini husule getirebilir¹⁵³.

Demokratik rejimlerde, AYM hâkimlerinin, seçimle göreve gelenlerin anayasaya aykırı olmayacak şekilde yapmış oldukları yasama işlemlerini, anayasal yetkilerinin mecrai dışına çıkararak yargısal denetim vasıtasıyla geçersiz kılmaları, vermiş oldukları siyasi nitelikli ve bağlayıcılık özelliğine sahip kararlardan dolayı hiçbir mes’uliyeti olmayan hâkimler sınıfının siyasi sistem içerisinde olması gerekenin çok ötesinde belirleyici olarak öne çıkmaları neticesini ortaya çıkaracaktır¹⁵⁴. Bu durum, hiçbir mes’uliyeti olmayan AYM

¹⁵² ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin..., s. 258-259; ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve..., s. 150; GÖZE, s. 517-522; TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s. 228-229; HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 41.

¹⁵³ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48; DOEHRİNG, s. 234.

¹⁵⁴ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48; DOEHRİNG, s. 234.

hâkimlerinin siyasete yön veren ve yerindelik denetimine kayan işlemlerinden dolayı, siyasi iktidarın mes'ul olması neticesini ortaya çıkaracaktır. Demokrasilerde, anayasada öngörülen sınırları taşmayacak şekilde hareket ederek, ülke gerekleri, halkın öncelikleri gibi etkenleri de dikkate alarak, gündemdeki temel politikalara ilişkin kanuni düzenlemeleri yapma yetkisi ve bu kararların tatbik edilmesi kapsamında ortaya çıkan hukuki ve siyasi mes'uliyetler, siyasi karar alıcılara aittir. Burada ise, yargı kararları sebebiyle ortaya çıkan siyasi, iktisadi vb. neticelerden dolayı halka karşı siyasi iktidarlar sorumlu tutulmaktadır. Bunun en tabii neticesi, demokratik sistemle esaslı bir şekilde çelişen ve "jüristokrasi" şeklinde de ifade edilen "hâkimler hükümeti" tartışmalarının ortaya çıkmasıdır. Bu durumda, AYM, demokratik bir rejimde siyasi karar alma mekanizmalarının yetki alanının erozyona uğrasına sebep olabilir¹⁵⁵.

Diğer yandan, hâkimlerin kamu politikalarının belirlemesine katılması, yargının siyasi bir role sahip olması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, politikaları belirleme yetkisinin seçilmiş yöneticilere ait olduğu demokratik sistemde yargının siyasi role sahip olması, hâkimler hükümetine yol açacağı endişesiyle ciddi eleştirileri beraberinde getirecektir¹⁵⁶.

Federal Yüksek Mahkemenin, Anayasayı yorumlarken, federal ya da federe hükümetlerin, bazı toplumsal sorunlarla alakadar olma yetkisinin mevcut olmadığına karar vererek, kendi siyasi eğilim ve görüşlerini, ülkenin genel siyasetini belirleme yetkisine sahip siyasi organların görüş ve düşüncelerine üstün tutması sebebiyle, Mahkemenin bir tür veto organı ve tutumunun bir tür "dictature negative" (negatif diktatörlük) olduğu belirtilmiştir¹⁵⁷.

Siyasi karar alma yetkisine sahip mercilerin, anayasaya aykırı olmayacak şekilde almış oldukları kararların, yerindelik denetimi kapsamında iptal edilmesi durumunda, demokratik siyasi karar alma mekanizmalarının asli görevlerini layık ve çehiyle yerine getirebilmeleri imkânı ortadan kalkacaktır. Bu durum ise, demokratik sürecin tıkanmasına, yönetemeyen demokrasi olgusunun ortaya çıkmasına sebep olabilecektir¹⁵⁸.

AYM'nin bu türden müdahaleciliğinin meşruluğu sadece demokrasi inşası bakımından değil, yerleşik demokrasiler açısından da şüphelidir. Bu, bir tür "yargının siyasileşmesi"dir ve böyle bir yönelim bizatihi AYM'nin meşruluğunu baltalayabileceği gibi, genel olarak demokratik müzakerenin önemini de azaltabilecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 46-48.

¹⁵⁶ ATAR, Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak.

¹⁵⁷ GÖZE, s. 516-517; YÜCEL, s. 413.

¹⁵⁸ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48.

¹⁵⁹ ERDOĞAN, Anayasa Mahkemeleri..., s. 18.

Anayasa yargısı hâkimlerinin, demokratik siyasi sistem içerisinde, anayasal olarak sahip olduğu yetkiler içerisinde kalarak karar verdiği durumlarda, bir mecraya taşıması ve dolayısıyla demokratik karar alma süreçlerinde bir tıkanma olmayacaktır. AYM hâkimleri hukukilik denetimi ötesine geçemedikleri, anayasal yetki mecralarını taşımadıkları müddetçe, kararlarının hukuk dışına çıkacak şekilde siyasileşmesi hadisesi kolay kolay gerçekleşmez¹⁶⁰.

Bu vesileyle, anayasallık denetimi yapan Mahkemeler, bir hakem gibi konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalı, oyunun kurallarını yeniden yazan yerler olmamalı. Aksi yönde bir tutum, kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır; kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurula uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır. Hem kuralı koyan, hem de bunun kontrolünü yapan mekanizma aynı yer olduğu zaman, bu sisteme jüristikrasinin hâkim olması normaldir¹⁶¹. AYM'nin, takdir yetkisini keyfilik boyutuna vardırarak şekilde kullanarak, yürürlükteki kurallar açısından öngörülmedik kararlar vermesi, hukuki güvenlik ve istikrarı da baltalayabilir. Bu durum, mahkemelerin etkisinin siyasi karar alıcılar aleyhine genişlemesi sonucunu doğurur. Bunun anlamı, meşru demokratik siyasi otoritelerin zayıflaması ve gerilemesidir¹⁶².

VI. “Hak ve Hürriyet Eksenli” Yorum ya da “Amaç Eksenli” Yorum Yoluyla Ortaya Konulan Yargısal Aktivizm

Anayasalarda yer alan hükümlerin bir çoğunun, genel, soyut, muğlak ve belirsiz oldukları görülmektedir. Bu anayasal normlar yorumlamaya muhtaçtır. Yorum, insanoğlunun, farklı manalara gelme ihtimali bulunan metin ya da kavramların ne manaya geldiğini belirlemeye yönelik gerçekleştirdiği bir zihni faaliyettir¹⁶³. Hukuki normların uygulanmasına ilişkin yorum vasıtasıyla, soyut hukuk kurallarının somut olaylara uygulanarak doğru bir neticeye ulaşılabilmesi için, ilgili hukuk kuralının manasının iyice ortaya konulması yönünde çaba sarf edilir. Yorumlama faaliyetleri aynı zamanda hukukun şekillendirilmesi manasına da gelmektedir¹⁶⁴.

A. Anayasal Normların Yorumlanması

Anayasal metinlerin yorumlanması konusu çok daha ehemmiyet arz etmektedir. Çünkü Anayasalarda yer alan hükümlerin büyük ekseriyeti soyut ve belirginlikten uzak, anlaşılabilir oldukça güç metinler. Anayasal hükümlere ilişkin yorum, soyut

¹⁶⁰ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 48.

¹⁶¹ ÖZTÜRK, s. 179.

¹⁶² METİN, s. 91.

¹⁶³ KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s.142.

¹⁶⁴ METİN, s. 93.

nitelikteki Anayasal normlar, objektif olarak anlaşılabilir nitelikte olmadıkları için, kendisine birden fazla mana yüklenebilecek bir anayasal norm hakkında, belli bir mananın verilmesi işlemidir¹⁶⁵.

Soyut nitelikteki Anayasal normların hangi manaya geldiğini ve bu normların nasıl anlaşılması gerektiğini hukuki zeminde en etkin bir şekilde ifade etme salahiyeti AYM'ne aittir. Bu sebeple, AYM'nin, anayasallık denetimi yanında, bir de soyut nitelikteki anayasal normların yorum yoluyla anlaşılmasına yardımcı olma şeklinde bir işlevi bulunmaktadır¹⁶⁶. AYM hâkimleri, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme faaliyetini yerine getirdikleri süreçte, her şeyden önce anayasallık denetiminde ölçüt olarak kullandığı genel ve soyut nitelikteki anayasal normları yorumlamak suretiyle onlara belirli manalar yükleyerek muhtevasını belirlemekte, bu yolla soyut nitelikteki bu normlar somutlaştırılmakta ve anayasallık denetiminin neticesi buna göre şekillendirilmektedir¹⁶⁷.

Her ne kadar Yargıtay, Danıştay vb. Mahkemeler de birer yüksek mahkeme iseler de, AYM'nin yorum yetkisinin kapsamı ve müessiriyeti diğerlerinininkine göre çok daha geniş ve etkindir. Sadece anayasallık denetimi yapan anayasa yargısı kurumunun yorumları diğer bütün organlar üzerinde bağlayıcılık özelliğine sahiptir. AYM hâkimlerinin, anayasal normların muhtevasının ne olduğunu belirleme konusundaki etkinliği bir ABD Federal Yüksek Mahkeme Hâkimi tarafından şu şekilde özetlemiştir: “Anayasa Yüksek Mahkemedir”¹⁶⁸. Benzer bir başka ifadeyi Yüksek Mahkeme hâkimlerinden Charles Evan Hughes şu şekilde dile getirmiştir: “Biz Anayasaya bağlıyız, ancak Anayasa hâkimler ne diyorsa odur”¹⁶⁹. Alman hukukçu Rudolf Smend'e göre de, “Anayasa, uygulamada Federal AYM'nin yorumladığı şekliyle geçerlidir”. Benzer nitelikteki şu tespit de çarpıcıdır: “Yorum faaliyeti adeta hâkimin anayasayı yeniden yazmasıdır”¹⁷⁰. Dolayısıyla Anayasalardaki genel ve soyut hükümlerin, özellikle AYM hâkimlerinin yorumları ile somut bir mana bütünlüğü kazanmakta oldukları görülmektedir.

AYM'nin aktivist kararlarında, kanun koyucunun çıkardığı kuralları iptal etme ya da Anayasaya aykırı bulmama şeklinde neticelenen faaliyet kapsamında, mahkemenin denetlediği konuya ilişkin yeni bir yaklaşım ortaya konulmuş olmaktadır. Bu yönü ile aktivizm, *hâkimlerin anayasallık denetimi*

¹⁶⁵ HÜNER, s. 57.

¹⁶⁶ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 23.

¹⁶⁷ İbid., s. 23, 26.

¹⁶⁸ GÖZE, s. 516.

¹⁶⁹ BARNUM, David G., The Supreme Court and American Democracy, St. Martin's Pres, New York, 1993, s. Vii'den aktaran: ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 53.

¹⁷⁰ SMEND, Rudolf, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Auflage, 1994, s. 582'den nakleden: METİN, s. 93.

*sürecinde karar verirken, hukukun ne olduğunu tespit ettiği aşamada ortaya çıkmaktadır*¹⁷¹. Bu bağlamda Anayasayı hazırlayan kurucu irade tarafından belirlenen genel ve soyut nitelikli anayasal normların yeterince açık olmadığı durumlarda, AYM hâkimleri bunların manalarını tayin etmek suretiyle belli ölçülerde ve şekillerde hukuk inşa etme faaliyetine girişmiş oldukları için, soyut nitelikli anayasal normların ölçüt alındığı her AYM kararının aktivist kabul edilmesi gerekir. Zira bu gibi durumlarda hâkimler, bu soyut kavramların manalarının ne olduğunu, muhtelif manalardan birisini tercih etmek suretiyle belirlemektedir. Bu belirlemeyi yaparken de kişisel, siyasî veya felsefî tercihlerde bulunması kaçınılmaz hâle gelebilmektedir¹⁷². Mesela laiklik kavramını ele alalım. Bu kavramın tek bir manası mevcut değildir. Hemen her bir laik ülkede farklı uygulamalar mevcuttur. Laikliğe, felsefi anlamda laiklikten, siyasî, hukukî, sosyolojik laikliğe, laikçilik ile uyumlu otoriter, militan laiklikten, liberal, demokratik laikliğe, dışlayıcı laiklikten pasif laikliğe, din ve vicdan hürriyetine hoşgörü ile yaklaşan hatta ona teminat sağlayan laiklikten, pozitivizm temelinde her türlü dinlere karşı savaş açan laikliğe kadar çeşitli manalar yüklenebilmektedir. Anayasada salt laiklik kavramına yer verilmiş olması, kanunların bu ilke ile uyumlu olup olmadığının tayin ve tespiti için yeterli olmamaktadır. Her şeyden önce anayasallık denetimi yapan merciin burada bahsi edilen laiklik türlerinden birisini esas alan bir tercihte bulunması gerekir. Bu tercih, felsefi anlamda laiklik olabileceği gibi, hukukî ya da siyasî manada laiklik de olabilir veya otoriter militan laiklik olabileceği gibi liberal demokratik laiklik de olabilir. Anayasallık denetimi yapan AYM'nin, otoriter militan laikliği esas alması; laikliğe bu şekilde mana vermesi halinde, başörtüsü ile ilgili kısmı itibariyle din ve vicdan hürriyetinin alanını genişletici bir kanuni düzenleme bile anayasaya aykırı bulunarak iptal edilebilecektir. Ya da AYM'nin laikliğe liberal demokratik laiklikle uyumlu bir mana yüklemesi halinde aynı kanun iptal edilmeyebilecektir. Dolayısıyla laikliğin ne olduğu, anayasadan anlaşılmasında, anayasallık denetimi yapan yargı mercilerinin yorumlarından anlaşılmaktadır. Tüm kişiler ve kurumlar, liberal demokratik laikliği ne kadar savunurlarsa savunsunlar, AYM hâkimleri laikliğin muhtevasını, otoriter militan laiklik anlayışı ile uyumlu olarak tayin etmesi halinde, artık başörtüsü vb. konularda serbesti sağlayıcı kanuni metinlerin iptali kaçınılmaz hale gelebilecektir. Bu vesileyle, anayasalardaki soyut nitelikteki normların muhtevası, zaman zaman anayasa koyucunun gerçek iradesinin ne olduğuna bakılarak değil, AYM hâkimlerinin kişisel tercihlerine göre belirlendiği için, AYM'nin bu belirlemeleri ve anayasallık denetimini de bu belirlemelere göre yapması, kaçınılmaz olarak aktivist bir tutumu yansıtmaktadır. Hatta AYM hâkimleri, soyut anayasal kuralların muhtevasını belirleme noktasından o

¹⁷¹ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 36.

¹⁷² KORUCU, s. 216.

kadar etkin bir konuma sahiptirler ki, bu normlara anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çelişen manalar yükledikleri ölçüde pozitif yasa koyucu gibi işlev gördükleri bile söylenebilir.

AYM'lerinin bu yaklaşımları, bize, anayasa yargısında yorum yöntemlerinin ne kadar ehemmiyetli olduğunu göstermektedir. Alman hukukçu Hesse, anayasa hukuku alanında yorum sorunu konusunda genel çerçeveyi şu şekilde belirlemiştir: "Anayasa hukukunda yorum sorunu çok önemlidir. Zira ayrıntılı hükümler içeren diğer hukuk dallarından farklı olarak anayasa, büyük ölçüde kapsamı geniş ve ucu açık hükümlerden oluşur. Anayasa'nın yorumlanmasının önemi, Federal Anayasa'nın öngördüğü gibi, geniş yetkilerle donatılmış kapsamlı bir anayasa yargısı sisteminin bulunduğu anayasal düzenlerde daha da artmaktadır. Anayasal demokrasilerde bütün devlet organları anayasa ile bağlıdır. Anayasa'ya bağlılık denildiğinde, AYM'lerinin anayasaya ilişkin yorumları da, anayasa kavramı içerisinde yer alır. Zira AYM'lerinin anayasa hakkındaki yorumları yalnızca vatandaşlar için değil, aynı zamanda bütün devlet organları için de bağlayıcıdır. Buna karşılık, AYM'leri de, yorum yapmış olsa bile, yalnızca anayasanın içeriğini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi halde, yorumun bağlayıcı etkisinin temeli ve meşruluğu ortadan kalkar"¹⁷³.

Anayasal normların yorumlanması noktasında anayasaya uygunluk denetiminde "AYM hâkimlerinin bakış açıları" önem arz etmektedir. Anayasal demokratik bir hukuk devletinde olması gereken, anayasa yargısı hâkiminin, tutarlı bir yorum teorisi geliştirerek, anayasal ilkeler arasındaki hiyerarşiyi ve nedensellik bağlarını vurgulayan "anayasanın bütünlüğü ilkesi"ni esas alarak, olabildiğince sıkı bir şekilde ilmi ve objektif kriterlere, eleştirel, şeffaf ve denetlenebilir ölçütlere göre yorumlamasıdır¹⁷⁴. Fakat her zaman olması gerekenin olmadığı, insan onuru, demokrasi, sosyal devlet vb. anayasal ilkelerin, anayasa hâkimleri tarafından sübjektif değerlendirmeler bağlamında algılandıkları için, her zaman AYM'leri tarafından ideale uygun şekilde yorumlanıp anlamlandırılmadığı görülebilmektedir. Bu sebeplerle, bazıları, anayasallık denetimi neticesinde ortaya çıkan anayasanın, fiiliyatta "AYM üyelerinin çoğunluk görüşünü yansıtan anayasa" haline geldiği görüşünü ifade etmektedir. Dolayısıyla, anayasallık denetimi bağlamında demokrasi, insan hakları, hukuk devleti vb. ilkeler, uygulamada AYM'nin bu ilkelerden anladığı şekilde şekillenmektedir¹⁷⁵.

Anayasa yargısı hâkimlerinin, anayasallık denetimi yaparken, genel ve soyut anayasal norm ve ilkeleri, şahsi siyasi-dini-felsefi-ideolojik düşünce ve kanaatlerinin, eğilimlerinin etkisi altında yorumlayıp yorumlamalarına,

¹⁷³ HESSE, Konrad, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", 20. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1995, Rn. 51'den nakleden: METİN, s. 92.

¹⁷⁴ İbid., s. 93.

¹⁷⁵ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemelerinin..., s. 539-540.

devleti ya da belli bir ideolojiyi koruyuculuk misyonunu üstlenerek hareket edip etmemelerine bağlı olarak, özellikle hak ve hürriyetlere ilişkin kanuni düzenlemelerde iki tür yaklaşım sergiledikleri görülmektedir. Birincisi, “hak ve hürriyet eksenli” yaklaşım, ikincisi “amaç-ideoloji eksenli” yaklaşım¹⁷⁶.

B. Anayasal Normların Hak ve Hürriyet Eksenli Yoruma Tabi Tutulması

“Hak ve hürriyet” eksenli yaklaşım, bir davada hâkimin, temel hak ve hürriyetlerin ihlâl edilip edilmediğini tespit ederken, hak ve hürriyetlerin korunmasından yana tavır almasını / karar vermesini gerektiren yaklaşımdır¹⁷⁷. Bu yaklaşım, öncelikle herkesin “eşit ilgi ve saygı” görme temel hakkını ve bu haktan doğan diğer hak ve hürriyetleri esas almayı gerektirir¹⁷⁸. Mesele anayasa yargısı bağlamında tahlil edildiğinde, hak ve hürriyetlere ilişkin kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasaya uygun olup olmadığının tespitinde, AYM hâkimlerinin, hak ve hürriyetlerin korunmasından yana tavır almalarıdır. Anayasadaki genel ve soyut normların yorumunda hak ve hürriyetlerin korunması eğiliminin etkili olması, hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla uyumlu olacaktır. Anayasallık denetiminin, insan hakları ve hukuk devleti için pozitif yönde işlev görmesinin bir diğer şartı, AYM hâkimlerinin, genel ve soyut nitelikteki Anayasal kuralları, hak ve hürriyetlerin korunması eğilimini yansıtan “hak ve hürriyet” eksenli yaklaşımla okumalarıdır¹⁷⁹. Anayasal normların hak ve hürriyet eksenli olarak okunmasında kast edilen husus, AYM’nin aktif bir yorumla kanun koyucu gibi hareket etmesi, bu yolla fiili olarak anayasaya yeni kurallar koyması değildir. Burada Anayasal normların, hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla yorumlanması kapsamında Anayasa hâkimlerinden beklenen, birey hak ve hürriyetlerini siyasi iktidar karşısında koruyucu yönde bir yorum geliştirmeleri, anayasal ilkelere bu yönde anlamlar yüklemeleridir¹⁸⁰.

C. Anayasal Normların Amaç – İdeoloji Eksenli Yoruma Tabi Tutulması

“Amaç-ideoloji eksenli” yaklaşım ise daha ziyade faydacı temellere dayanmaktadır. Bu yaklaşımı esas alan hâkimler, toplumun ve devletin yüce amaçları için, bireysel hakları feda etmek suretiyle, kurulu düzenin devamı

¹⁷⁶ ARSLAN, Zühtü, “İnsan Hakları, Yargı ve ‘Taşralı Adam’ın Dramı”, Yeni Türkiye, S. 21, Mayıs-Haziran 1998, s. 603-605; Anayasa Teorisi, s. 235, 241; TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Liberal Düşünce D., Y. 6, S. 22, Yaz-2000, s. 30; KÜÇÜK, Adnan, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil y., Ankara, 2005, s. 410.

¹⁷⁷ ARSLAN, İnsan Hakları..., s. 601-605.

¹⁷⁸ TURHAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları, s. 30.

¹⁷⁹ KÜÇÜK, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, s. 422.

¹⁸⁰ İbid., s. 424.

kaygısını öne çıkarırlar¹⁸¹. Şayet yargı organları ile hâkimlere, “amaç-ideoloji eksenli” paradigma kapsamında mevcut kurulu düzen ile o düzenin dayandığı ideolojik/siyasî ya da inanç temelli düşüncelerin ve sistemin bütünlük içerisinde korunması işlevi yüklenmiş ise ya da hâkimlerin kendilerini bu yönde bir yükümlülük içinde hissetmeleri durumunda, yargısal uygulamalar, hak ve hürriyetler için teminat sağlamak bir yana, onların boğulmalarının aracına dönüşebilir. Bu durumda, hak ve hürriyetlerin, sözde hukuk namına, yargısal meşruiyet zemini içinde boğulmasının yolu aralanmış olacaktır¹⁸². Anayasadaki hak ve hürriyetlere ilişkin soyut kavramların, Anayasallık denetimi yapan hâkimler tarafından, hak ve hürriyetler karşısında devletin âli menfaatlerine ya da anayasada mündemiç olan ya da olduğu düşünülen “resmi ideoloji”ye üstünlük tanınacak şekilde yorumlanmaları ve bazılarının da evrensel anlamlarından uzak ve dar bir çerçevede değerlendirilmeleri¹⁸³ durumunda, AYM, kendilerinden beklenen “hak ve hürriyetler için koruma ve güvence sağlama” işlevine ters yönde işlev icra edebilecek ya da yargının hak ve hürriyetler açısından oluşturacağı teminat büyük oranda zaafa uğrayacaktır. Bu yorum temelinde, AYM’nin, kendini, hukuku bulan değil, inşa eden olarak görmesi halinde, “hâkimler yönetimi”, “kanun koyucuların yönetimi”nden çok daha yıkıcı olabilecektir¹⁸⁴. Anayasanın belli bir ideoloji ile bütünleştiği, devletin bireyin önüne geçirilerek kutsandığı, otoritenin güçlendirilmesine öncelik verildiği, “bürokratik yönetim”in bir tür hâkim ideolojiye dönüştüğü modernleşmeci ülkelerde, yargısal aktivizm, vatandaşlar aleyhine olarak siyasi ideolojik devletin takviye ve tahkimine hizmet edebilecektir¹⁸⁵.

D. Türk AYM’nin Bazen Hak ve Hürriyet Eksenli Bazen de Amaç – İdeoloji Eksenli Yorumlarını Esas Alan Eğilimleri

AYM’nin, başörtüsü serbestisi ile alakalı kanuni düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal eden kararı, soyut bir kavram olan “laiklik”i “amaç-ideoloji eksenli” olarak yorumlamasına bir örnek teşkil etmektedir. AYM’ne göre, lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır,

¹⁸¹ ARSLAN, İnsan Hakları..., s. 601-605.

¹⁸² KÜÇÜK, Türkiye’nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, s. 421.

¹⁸³ SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT y., Ankara, 2001, s. 122.

¹⁸⁴ SARTORİ, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev.: Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU & Mehmet TURHAN), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993, s. 334.

¹⁸⁵ SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s. 180, 228.

gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi'nin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Laiklik, Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Akıl ve gözlemin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin, bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri gerekir. Lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz. Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Lâiklik, düşünsel yapının değiştirilmesi, çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Giyim özgürlüğü ve özerklik, lâiklik üstün tutularak, lâiklikle birlikte gözetilir. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır¹⁸⁶.

Burada AYM, amaç-ideoloji eksenli bir yaklaşımı benimseyerek, laikliği kutsayarak, onu bir hayat tarzına ve resmi ideolojiye dönüştürerek, devlete din ve vicdan hürriyetinin alanını daraltma yetkisi verdiği halde, genişletme yetkisi vermeyerek, pasif laiklik ya da liberal demokratik laiklik yerine, laikçilik temelli militan laikliği ya da dışlayıcı laikliği benimseyerek, din ve vicdan hürriyetinin alanını daraltıcı yönde bir yorum geliştirmiştir. AYM'nin türbanla alakalı kararı, lâikliğin genellikle benimsenen ilmi yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist resmi ideoloji olarak takdim etmektedir.

AYM, kısaca 4+4+4 kanunu şeklinde de ifade edilen 30.3.2012 Tarih ve 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hakkında açılan iptal davası üzerine laikliği bu kez de "hak ve hürriyet eksenli" bir yaklaşımla yorumlamıştır. AYM'ne göre, laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin iki farklı yorumu ve uygulaması mevcuttur. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da hürriyetçi yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini, sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân

¹⁸⁶ AYM Kr: E. 1989/1, K. 1989/12, KT: 07.03.1989.

tanımlanmaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ve koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Dinler ve inançlar, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır¹⁸⁷.

Hürriyetçi pasif laiklik ilkesini benimseyen AYM'nin bu kararında, anayasal bir ilke olan laikliği, din ve vicdan hürriyetini koruyucu yönde tanımlayarak "hak ve hürriyet eksenli" bir yorum yöntemini benimsemiştir.

Türk AYM kararlarının bütünü incelendiğinde, anayasal demokrasinin gerekleri bakımından güvence niteliğinde sayılabilecek karar örneklerinin sayıca daha az olduğu görülür. Amaç-ideoloji eksenli bir yaklaşımı benimseyerek, "Cumhuriyetçi ittifak" olarak tanımlanabilecek toplumsal kesimlerin menfaat ve değerleri konusunda son derece cesur ve aktivist kararlar alabilen AYM, hak ve hürriyetlerin korunması söz konusu olduğunda genellikle daha çekimser bir tutum içine girmektedir. Özbudun'a göre, "Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde AYM'nin, kendisini yaratan merkez elitlerinin beklentilerini gerçekleştirdiği, onların temel değer ve menfaatleriyle uyumlu kararlar verdiği gözlemlenmektedir. Üstelik AYM, bunu yaparken, ...seçilmiş organların siyasi takdir yetkisine müdahaleden kaçınan bir 'kendi kendini sınırlama' (judicial self-restraint) yaklaşımı değil, anayasal yetkilerini yorum yoluyla sürekli genişleten aktivist bir tutum (judicial activism) izlemiştir. ... AYM'nin genel yaklaşımı, 'hak temeline dayanan' değil, 'ideoloji temeline dayanan' bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir¹⁸⁸. Arslan'ın belirttiği gibi, "Türk AYM'si siyasal özgürlükler konusunda hak-eksenli yaklaşım yerine ideoloji-eksenli bir yaklaşımı benimseyerek kendi meşruiyetine zarar vermektedir"¹⁸⁹. Bütün bunlar dikkate alındığında, Türk AYM, amaç-ideoloji eksenli yorumları terk etmediği sürece ülkemizdeki anayasal demokrasi açısından bir tehdit

¹⁸⁷ AYM Kr: E. 2012/65, K. 2012/128, KT: 29.09.2012.

¹⁸⁸ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 460.

¹⁸⁹ ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 53.

oluşturmaya devam edecek, hak ve hürriyet eksenli bir anlayışı benimseyen kararları çoğaldıkça, birey hakları ve anayasal demokrasi açısından güvence oluşturma özelliği daha baskın hale gelebilecektir.

E. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin Bazen Hak ve Hürriyet Eksenli Bazen de Amaç – İdeoloji Eksenli Yorumlarını Esas Alan Eğilimleri

Her ne kadar bir Anayasa, liberal düşüncenin esintilerini taşıyan; en geniş manada hürriyetler rejimini öngören çerçeve hükümleri içerse de, konjonktürel olarak yaşanan bazı hadiseler, anayasallık denetimi yapan hâkimleri de etkileyebilmekte; hâkimler, bir dönemde insan haklarının korunması için üst düzeyde koruyucu yönde işlevler görürlerken, bir başka dönemde, Anayasanın verdiği geniş yorum seçeneklerinden faydalanarak, insan haklarının alanını değişen ölçülerde ölçüsüzce daraltıcı yöndeki kanuni düzenlemeleri Anayasaya aykırı bulmayabilmektedirler. Bunun en bariz misali, çerçeve Anayasaya sahip olduğu belirtilen ABD’de, 1940’lı ve 1950’li yıllarda yaşanan McChartizm dönemi uygulamalarıdır.

ABD Anayasasında (Birinci Değişiklik) ifade hürriyeti düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hürriyete ilişkin sınırlama sebepleri ile sınırlamanın sınırını tayin eden ölçüt hükümler Anayasada mevcut olmadığı için, bu hürriyetin sınırını tayin etme yetkisinin yasama organında ve anayasallık denetimi halinde Federal Yüksek Mahkemede olduğu söylenebilir. 1940’lı ve 1950’li yıllarda Yüksek Mahkemenin, ifade hürriyetini daraltıcı yönde çıkarılan kanunların önüne gelmesi üzerine vermiş olduğu kararlarda benimsemiş olduğu çeşitli ölçütlere bağlı olarak ifade hürriyetinin alanının genişlediği ya da daraldığı görülmüştür.

Federal Yüksek Mahkeme, bazı davalarda¹⁹⁰ ifade hürriyetinin sınırının tayin edilmesinde, amaç eksenli paradigma ile uyumlu “zararlı eğilim” (bad tendency) ölçütünü geliştirerek, ifade hürriyetinin alanını alabildiğine daraltıcı yönde kararlar vermiştir¹⁹¹.

1948 yılında alt derece mahkemeleri tarafından ABD Komünist Partisi üst kademe yöneticileri hakkında verilen mahkûmiyet kararı Federal Yüksek Mahkemeye intikal etti. Mahkeme, bu vakada (Dennis v. United States), kanunu Anayasaya uygun bularak mahkûmiyeti tasdik etti¹⁹². Bu davada, davalılar hakkında, devleti iskat etmeye niyetlendiklerine ya da bu yönde

¹⁹⁰ Abram v. United States ve Schenck v. United States davaları. HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 70-72.

¹⁹¹ Dennis v. US 342. United States 494 (1951); GELLHORN, Walter, Amerikan Hakları, (Çev.: Ünsal OSKAY), Türk Siyasî İlimler Dergisi y., Ankara, 1965, s. 68.

¹⁹² Dennis v. US 342. United States 494 (1951); GELLHORN, s. 68.

harekete geçtiklerine dair bir suçlama mevcut değildir. Mahkûm edilen kişiler, daha ziyade devleti iskat etmenin istenebilirliğini ve gerekliliğini öğretmek ve savunmakla, isyanın tekniğini öğretmiş olmakla, bir doktrini müdafaa etmek için bir araya gelmekle itham edildiler. Dennis vakasında, yakın bir tehlikeye delil teşkil eden veya konuşmadan hukuka aykırı eyleme geçişi gösteren hiçbir delil mevcut değildi. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, Smith Kanununun bu vakaya ilişkin uygulanmasında ifade hürriyetinin herhangi bir şekilde ihlal olunmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, Dennis ve arkadaşlarının, hükümetin “şartların elverdiği kadar hızlı bir şekilde” devrilmesinin gerekliliğine inandıkları ve bu işe niyetlendikleri açığa çıkarılmıştır. Söyledikleri sözler, tüm olarak bu anlama gelmektedir. Bu durum, onların tenkil olunmaları için yeterlidir¹⁹³. Yüksek Mahkeme bu kararında liberal bir ölçüt olan “açık ve mevcut tehlike” ölçütü¹⁹⁴ yerine “zararlı eğilim” ölçütünü kullanarak, sırf düşünce ve onun örgütlenmesini açıkça kısıtlayıcı nitelikte bir karar vermiştir¹⁹⁵. Bu, amaç-ideoloji eksenli paradigma ile uyumlu olarak hürriyetten ziyade devleti koruduğu, hürriyet-otorite dengesini otorite lehine çevirdiği için, ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının sınırını belirlemede hürriyetçi nitelikte ölçüt değildir.

Federal Yüksek Mahkemenin ifade hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin sınırın belirlenmesinde yararlanmış olduğu bir ölçüt de “açık ve mevcut tehlike” (Clear and Present Danger)¹⁹⁶ ölçütüdür. Yüksek Mahkemeye göre, sarf edilen beyanların cezalandırılması için bir “tehlike”nin ortaya çıkması şartı aranmalıdır. “Açık ve mevcut tehlike” şartı, düşüncenin kendisini mutlak olarak Anayasanın güvencesi altında sayarak düşünce suçuna imkân vermez. Burada düşüncelerin açıklanış şeklinin, belli bir olayda “açık ve mevcut tehlike” meydana getirip getirmediğine bakılmalıdır. Hak ve hürriyet eksenli yorumlamaya, Smith Kanununun uygulanmasına ilişkin Yates vakası misal verilebilir. Yüksek Mahkeme, Yates Davasında¹⁹⁷, Smith Kanunu hakkında şunu bildirdi: “Şiddete dayanan iskatın savunulması ve öğretilmesinin; bu fikrin savunucu ve öğreticisinin niyeti ne kadar kötü olursa olsun, ‘aksiyona yol açacak herhangi bir gayret’in eşliği olmaksızın kanun tarafından yasaklanması söz konusu olamaz”¹⁹⁸. Çoğunluğun eğilimini ifade eden hakin Harlan, soyut doktrin savunması ile kanunsuz bir hareketi elde etmeye yönelmiş bir fikre

¹⁹³ GELLHORN, s. 71.

¹⁹⁴ İbid., s. 68–71; GÖZE, s. 547–548.

¹⁹⁵ TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. B., BDS y., İstanbul, 1994, s. 60; HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 87.

¹⁹⁶ Yates v. US 357 US298 (1957). GELLHORN, s. 64-87; HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 87; KÜÇÜK, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, s. 29-32.

¹⁹⁷ Yates v. US 357 US298 (1957).

¹⁹⁸ GELLHORN, s. 72; GÖZE, s. 549.

taftar olma ve onu savunma arasındaki farkı” teyit ederek, Smith Kanununu, bu farkı muhafaza etmek amacıyla olarak yorumladı¹⁹⁹. Bu vaka ile ifade hürriyetine ilişkin anayasal hüküm hak ve hürriyet eksenli yorumlanarak, ifade hürriyetinin alanı genişletilmiştir.

Dini inançtan dolayı bayrağın selamlanmamasını ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirerek, devletin insanları vatansever olmaya zorlayamayacağını belirttiği *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) davasında verdiği karar, Afrika kökenli siyahi Amerikalılara beyazlarla aynı yerde eğitim hakkının tanınmasını mümkün kılan *Brown v. Board of Education* (1954) davasıyla alakalı karar, her türlü fikri yasaklayan kanunları Federal Anayasaya aykırı bulan *Brandenburg v. Ohio* (1969) davasıyla alakalı karar, zorunlu kamu okullarında eğitim kanununu anayasaya aykırı bulup eğitimde anne ve babaya son sözü söyleme yetkisi tanıyan *Pierce v. Society of Sisters* (1925) davasıyla alakalı karar, Yüksek Mahkemenin hak ve hürriyet eksenli yorum kapsamında hak ve hürriyetler için koruyucu yönde işlev gören pozitif aktivist kararlarıdır²⁰⁰.

ABD Federal Yüksek Mahkemesinin insan hakları açısından negatif sonuçlar doğuran aktivist kararları, genelde kriz dönemlerinde verdiği; kriz dönemleri atlatıldıktan sonraki dönemde hak ve hürriyetleri koruyucu yönde kararlar vermeye başladığı görülmektedir.

VII. İyi Aktivizm-Kötü Aktivizm Meselesi

Yargısal aktivizmin genel itibariyle iyi veya kötü bir şey olup olmadığı ya da bir ayrıma tabi tutularak, bazı türlerinin iyi, bazı türlerinin ise kötü olduğu yönünde bir değerlendirme yapmanın doğru olup olmadığı sorusunun cevap bulması gerekmektedir.

Bu konuda en aykırı görüşü Lipkin ortaya koymuştur. Lipkin’e göre, gizli bir aristokrasi ABD milletini şekillendirmektedir. Bu da, kanun koyucunun üzerinde olan, seçimle iş başına gelmemiş, hesap vermeyen, hayat boyu görevde kalma garantisi olan hâkimler eliyle gerçekleştirilmektedir. Bu yargısal aristokrasinin verdiği kararlar, seçilmişlerin ve hatta seçmenlerin tercihlerinin de üstündedir²⁰¹. Lipkin, şu soruları sormaktadır: “Neden Yüksek Mahkeme Hâkimleri Anayasa’nın anlamı hakkında son söz söylemek hakkına sahip olmalıdır? Şayet Yüksek Mahkeme, seçim politikalarının sınırını çizebiliyorsa, o zaman Yüksek Mahkeme’nin sınırını kim ve ne çizecektir? Bu soruların cevabı,

¹⁹⁹ GELLHORN, s. 72–73; GÖZE, s. 549.

²⁰⁰ ÖZTÜRK, s. 189.

²⁰¹ LİPKİN, What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?, s. 2’den nakleden: İbid., s. 117-118.

*“kontrol edeni kimin kontrol edeceği”*dir. Lipkin’e göre, şayet Anayasa’nın anlamı ve yorumu hakkında Yüksek Mahkeme son sözü söylese, anayasal yargı denetimi yargısal aktivizm haline gelecektir²⁰². Lipkin’e göre, her ne kadar yargısal denetim gerekli ve doğru ise de, yargısal aktivizm yanlıştır, anayasanın anlamı ve yorumu hakkında son söz seçmene ait olmalıdır. Bunun çözümü, çok ciddi anlamda meydana gelen anayasal davalar ve tartışmalarla ilgili olarak referanduma gitmektir²⁰³.

Anayasa yargısının, anayasal demokratik bir sistemde haiz olduğu temel işlev açısından bakıldığında, yargısal aktivizmin, tüm örnekleriyle birlikte her zaman için olumsuz görülmesi gerektiğini ve mutlaka karşı gelinmesi icap eden bir tutum olduğunu söylemek doğru olmaz. Bir diğer ifadeyle tek başına yargısal aktivizmin, herhangi bir ölçüt olmaksızın iyi ya da kötü olduğu noktasında, genellemeci bir değerlendirme yapılması doğru değildir²⁰⁴.

AYM’nin, siyasi karar alma yetisine sahip mercilerin, anayasa aykırı olmayacak şekilde almış oldukları kararları, yerindelik denetimi kapsamında iptal etmesi şeklinde tezahür eden yargısal aktivizm, demokratik devlet ilkesi ile çelişkilidir.

Çoğunlukçu aktivizm türünde, AYM, anayasaya aykırı bularak geçersizleştirilmesi icap eden bir yasama işlemini, aktif bir tutum takınarak anayasal yetkilerinin haricine çıkmak suretiyle iptal etmediği, bu yolla anayasaya aykırı yasama işlemlerini meşrulaştırdığı için, bunun anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir.

İçtihatı maksimalizm şeklindeki yargısal aktivizm türünde, AYM, yapacağı anayasallık denetimi sadece itiraza konu olan maddelerle sınırlı olması icap ettiği halde, burada bu maddeler yanında, davanın gereklerini aşarak, itiraz konusu olmayan bazı maddeler hakkında da anayasallık denetimi yapıyorsa, bu durumda, anayasa yargısı sıfatıyla sahip olduğu anayasal yetki alanını genişletmiş; bu yolla anayasa koyucu iradenin yetki alanını gasp etmiş olmaktadır. Bu vesileyle bu tür aktivizm de anayasal zeminde isabetli değildir.

Anayasanın orijinal manasının ve süregelen içtihatlarının göz ardı edilmesi şeklindeki çoğunluk karşıtı aktivizm türlerinin, hukukilik ve yerindelik, hak ve hürriyet ve amaç-ideoloji eksenli yorumlar şeklindeki aktivizm türleri kapsamında tahlil edilebileceği kanaatindeyim. Şayet çoğunluk karşıtı aktivizm türünde, çoğunluğun iradesi şeklinde tezahür eden siyasi iktidarın yaptığı işlemler, siyasi, iktisadi, sosyal, kültürel vb. anayasal yetki alanına giren

²⁰² LİPKİN, What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?, s. 5-6’dan nakleden: İbid., s. 118.

²⁰³ İbid., s. 120.

²⁰⁴ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin...,s. 37.

konulara ilişkin ise, bunlar açıkça anayasaya aykırılık teşkil etmiyorsa, bunların iptali şeklinde ortaya konulan yargısal aktivizm isabetli olmayacaktır.

Hak ve hürriyetlere ilişkin kanun ya da yürütme işlemlerinin anayasallığının denetlenmesi bağlamında tahlil edildiğinde, yargısal aktivizmi iki farklı yönden incelemekte fayda vardır. Hak ve hürriyetlere ilişkin işlemlerin anayasaya uygunluğu denetimi kapsamında sergilenen aktivist tutumun, mutlak manada iyi ya da kötü olduğunu söylemek isabetli olmaz. AYM'nin sadece hak ve hürriyetler aleyhine verdiği kararları esas alarak yargısal aktivizmin hukuk devleti bağlamında isabetli olmadığını söylemek eksik bir değerlendirme olacaktır. Meselenin, AYM'nin anayasallık denetimi kapsamında kıstas olarak faydalandığı soyut nitelikli anayasal normları "hak ve hürriyet" eksenli ya da "amaç-ideoloji eksenli" olarak yorumlanmalarına bağlı olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Devletçi, ideolojik yargısal aktivizm olarak nitelendirilen AYM'nin anayasallık denetimi kapsamında soyut nitelikli anayasal normları amaç-ideoloji eksenli okuma yoluyla gerçekleştirdiği yargısal aktivizm türü, kişi hak ve hürriyetlerini çoğunluk karşısında teminat altına almaktan ziyade, devletin siyasi ideolojik önceliklerini ya da bizzat devletin âli menfaatlerini koruma amacı etrafında yoğunlaşacaktır. Bu, insan hakları ve hukuk devleti temelli anayasal demokrasi bağlamında ciddi manada sorunlu bir aktivist tutumdur. AYM'nin, amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla aktivist bir tutum sergileyerek, anayasada mündemiç bazı siyasi-dini-felsefi-ideolojik değerlerin gözeticisi ve koruyucusu işlevini üstlenmesi, onu, halkın çoğunluğunu yetersiz, geri, korumaya muhtaç gören "vesayetçi kurum olma" konumuna yerleştirecektir.

Bu aktivizm türünde, anayasallık denetimi hukuki alanın dışına savrulma riski ile karşı karşıya kalır. Belli bir ideoloji ile şartlandırılması neticesinde AYM, bir tür siyasi muhalefet kimliği kazanarak siyasileşebilir; bir nevi eksik ve yetersiz kalan bazı siyasi partilerin yerini AYM alır. Anayasa yargısı, bu tür aktivizm kapsamında, bazen hak ve hürriyetler için koruyucu hükümleri içeren kanuni düzenlemeleri, amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla, siyasi iktidarın yapmış olduğu anayasal demokrasi ile uyumlu yasama işlemi iptal ederek, siyasi çoğunluğa ve bu kanunla hakları korunan kesimlere hadlerini bildirmiş olunur.

Bu tür yargısal aktivist uygulamalar neticesinde, anayasa yargısı, sistem içerisindeki baskınlığından ve belirleyiciliğinden dolayı "hâkimler hükümeti" görünümüne bürünebilir. Siyasetin yozlaşması ihtimali üzerine bir tür teminat sağlayıcı olarak düzenlenen anayasallık denetimi, bu tür uygulamalar neticesinde daha baştan meşruiyetini kaybeder. Çünkü anayasa yargısı, bu tür yönelimler neticesinde yozlaşarak, anayasal demokrasi içinde yapması gereken göreve yabancılaşabilir. Oysa anayasallık denetimi vasıtasıyla

yapılması amaçlanan, siyaseti hukuki sınırlar içerisinde tutmaktır²⁰⁵. AYM, kendisini resmi ideoloji ile bütünleşik “cari rejimin bekçisi”, “koruyucusu veya kollayıcısı” olarak görüp rejim muhafızlığına soyunması halinde, o, artık siyasi ve sosyal anlamda anayasal düzeni sağlayan bir yargısal organ değil, aksine hak ve hürriyetler üzerinde vesayet kuran, sevimsiz bir anayasal hayalet dönüşür²⁰⁶.

Mesele “anayasacılık” düşüncesi perspektifinden tahlil edildiğinde, AYM hâkimlerinin, insan hakları ile alakalı genel ve soyut nitelikli anayasa hükümlerini, hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla anlamlandırarak, hak ve hürriyetler lehine koruyucu yönde kararlar vermek suretiyle aktivist bir tutum sergilemesini olumsuz kabul etmemek gerekir²⁰⁷. Yargısal aktivizmin belli bazı türlerine meşruiyet sağlayan temel kavramlardan birisi de “anayasacılık” düşüncesidir. En geniş manasıyla anayasacılık, siyasi iktidarın sınırlandırılması amacını güden her türlü düşünce, araç, yöntem, kural ve kurumları içine alan bir kelimedir²⁰⁸. Çağdaş anayasacılık, devletin ve devleti yönetenlerin güç ve yetkilerinin anayasa ve kanunî normlar vasıtasıyla sınırlandırılmasını savunan bir yaklaşımdır. Anayasacılığın gerekleri ile uyumlu olan bir Anayasa ile onun özüne ve ruhuna uygun kanunların temel işlevi, devletin görev ve işlevlerini sadece belirtmek değil, aksine devletin güç ve yetkilerinin çerçevesini çizmek ve sınırlandırmaktır²⁰⁹. Anayasa yargısı, anayasacılık düşüncesini hayata geçirmeye yönelik en önemli araçlardan birisidir. Özellikle anayasada devlet iktidarına karşı kişi hakları lehine teminatlar sağlayan ve bir kısmı genel ve soyut nitelikte olan anayasal normların, anayasacılık düşüncesi ile uyumlu olarak hayata geçirilmesi; bu hükümlerin anayasallık denetimi kapsamında tatbik edilmesi yoluyla siyasi iktidarın kişi hak ve hürriyetlerine zarar vermesinin önlenmesi, anayasallık denetimi kapsamında soyut nitelikli normların hak ve hürriyet eksenli yorumlanması yoluyla ortaya konulan aktivizmle mümkün olabilecektir.

Anayasalar sıklıkla değiştirilen metinler olmadığı için, AYM’nin, anayasaların insan haklarına ilişkin kurallarını hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla çağın değişen ihtiyaçlarına uygun bir şekilde yorumlayıp anlamlandırmasında, yargısal aktivizme duyulan ihtiyaç açıktır²¹⁰. Anayasaların yaşayan belgeler olması ve insan haklarının gelişmeci özelliği, AYM hâkimlerinin, hak ve hürriyet temelli yaklaşımlarla insan haklarını koruyucu yönde aktivist tutum takınmalarını lüzumlu kılmaktadır²¹¹.

²⁰⁵ KAYA, s. 385.

²⁰⁶ İbid., s. 386-387.

²⁰⁷ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 37.

²⁰⁸ ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 22; KÜÇÜK, Anayasa Hukuku, s. 14.

²⁰⁹ FRIEDRICH, Carl J., Sınırlı Devlet, (Çev.: Mehmet TURHAN), 2. B., Liberte y., Ankara, 2014, s. 207.

²¹⁰ HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin..., s. 37.

²¹¹ İbid., s. 36.

AYM'nin, karar verirken, bir yüksek mahkeme olması sebebiyle, kararlarının bir başka hukuki merciin denetiminden geçirilemeyeceğinin rahatlığı ile değil, tatmin edici, ilkeli ve tutarlı hukuki gerekçelerle ve hukuku hürriyetçi yönde evrimleştirerek hareket etmeleri icap eder. Esasen anayasallık denetimi yapan Mahkemelerin kararları gücünü bağlayıcılıktan değil, verdikleri kararların hak ve hürriyetleri koruyucu yönde yetkin gerekçeler ortaya koymalarından alıyorsa, bu durumda bu Mahkemelerin işlevi ve konumuna yönelik olarak eleştiriler büyük ölçüde azalacaktır²¹².

Yargısal aktivizmin, insan haklarının genişletilmesi, fiilen korunaklı bir yapıya kavuşturulabilmesi ve insan hakları temelli anayasanın ve hukukun üstünlüğünün etkin bir şekilde korunmasıyla sınırlı kalmak kaydıyla, anayasal demokrasinin pekişmesine önemli ölçüde katkıda bulunabileceği de söylenebilir²¹³. Devleti ve devletin resmi söylemini değil de, hak ve hürriyetlere öncelik veren bir yorumla anayasayı okuyabilmeleri halinde, anayasa yargısı kurumları, demokratik meşruluğu çoğaltan ve demokrasinin pekişmesine neden olan bir kuruma dönüşecektir. Anayasa yargısı hâkimleri, kararlarını bireylerin haklarını korumayı amaçlayan bir siyasi ilkedden kaynaklanan görüşlere dayandırmak zorundadır²¹⁴.

SONUÇ

Anayasallık denetimi, ABD'de 1803 yılında yasama ve yürütme işlemlerine karşı anayasanın üstünlüğünü sağlama amacıyla ortaya çıkmıştı. Başlangıçta anayasanın üstünlüğünün sağlanması bağlamında oldukça cazip görünen bu denetim, zamanla Yüksek Mahkemenin dönem dönem aktivist kararlar vermeye başlaması, bu kararların bazı kereler siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı, bazı kereler de insan haklarına kısıcıcı yönlerde işlevler görmesi, bu denetimin antipatik çehresini gün yüzüne çıkarmaya başlamıştır. Diğer ülkelerde de anayasallık denetiminin kabulü ile birlikte yargısal aktivizm küresel ölçekte tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle ABD ve Türkiye örneklerinde incelendiğinde, Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında, aktivist tutum sergileyerek bazı kereler kabulü mümkün olmayan düzeyde anayasal demokrasi ile çelişir yönde kararlar verdiği görülmüştür. Anayasa yargısının anayasal demokrasi ve anayasacılık düşüncesi bağlamında meşruiyet zeminini de sarsan bu uygulamalar, bu mahkemeyi, bazı kereler lanetli hale getirmiştir.

²¹² İbid., s. 73.

²¹³ ATAR, Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, s. 98; Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak.

²¹⁴ TURHAN, Mehmet, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C. 62, S. 3, Yıl 2007, s. 402.

Fakat anayasa yargısı, sadece bu kötü örneklerle anılmamalıdır. Anayasa yargısı, ABD’de ve diğer Batılı ülkelerde bazı zor dönemler hariç, vermiş olduğu hak ve hürriyet eksenli yorum yoluyla insan hakları için teminat sağlayan, hukukilik denetimi kapsamında anayasanın üstünlüğünü sağlayan aktivist kararlarıyla pozitif yönde işlevler görmüştür. Fakat tekrardan ifade etmek gerekir ki, Anayasa yargısının, yerindelik denetimi vasıtasıyla siyasi iktidarın anayasal yetki alanını daraltıcı ya da amaç-ideoloji eksenli yorum yoluyla insan haklarının alanını aşındırıcı yönlerde kararlar vermesini önleyecek bir anayasal mekanizma mevcut değildir. Bu, tamamen anayasa yargısı hâkimlerinin kendilerini sınırlama iradelerini ortaya koymalarına bağlıdır. Muhtemeldir ki Anayasa yargısının kendini sınırlama iradesine yönelmesini besleyecek en önemli etken, halkın, anayasa yargısının, yerindelik denetimi yoluyla siyasi iktidarın yetki alanının daraltılmasına ya da hak ve hürriyetlere ilişkin soyut anayasal ilke ve normları amaç-ideoloji eksenli yorumlanmasına karşı ortaya koyacağı tepkisel tutumudur. Bazen bu tepki o düzeye gelebilir ki, AYM, kendini sınırlamak ya da hak ve hürriyet eksenli yorum anlayışını benimsemek zorunda kalabilir. Bu vesileyle insan hakları, demokrasi ve anayasacılık düşüncesi ile çelişen yargısal aktivizmin önlenmesinde, siyasi iktidarların kararlı duruşları yanında, halkın ağırlıklı bir kesiminin net ve kararlı bir şekilde hassasiyet göstererek tepki ortaya koyması son derece pozitif etki meydana getirebilir.

Burada şayet anayasa yargısı, anayasallık denetimi kapsamında bazı kesimlerin hak ve hürriyet alanlarını daraltıcı yönde kararlar veriyor ya da yerindelik denetimi yapılmak suretiyle siyasi iktidarın alanı daraltılıyor, AYM, bu bağlamda siyaseti belirleyici yönde işlev görüyor ve bu tür kararlar da toplumun etkili çevreleri nezdinde destek görüyorsa, işte o zaman, AYM, yargısal aktivizm vasıtasıyla anayasal demokrasi ile çelişici yönde verdiği kararların kalıcılığı ve etkisi maksimum düzeye çıkabilecektir. Bu durumda anayasa yargısı, çoğunluğun desteği ile anayasal demokrasiyi tahribe yönelik dizginsiz bir güce dönüşebilecek, “hâkimler hükümeti” en katı haliyle işler hale gelebilecektir.

Bu vesileyle anayasa yargısı, bizlere, tek başına anayasal demokrasiyi güvence altına alma işlevini icra etme teminatı vermemektedir. Bunun için, önce anayasal normların, anayasal demokrasi ile uyumlu olması, anayasa yargısının yerindelik denetimi yerine hukukilik denetimine yönelmesi, bu amaca yönelik olarak kendi kendini sınırlandırması, soyut nitelikteki anayasal norm ve ilkelere hak ve hürriyet eksenli yaklaşımla manalar yüklemesi, bu yöndeki kararlara halktan da etkili ve sürekli bir deste gelmesi gerekir.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Mustafa, 1929 Büyük Buhranı ve 2007-2008 Küresel Krizi Keynesyenizm Açısından Bir Karşılaştırma, [Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye (Kamu Ekonomisi) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi], Ankara, 2010.

ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2005.

ARSLAN, Zühtü, “İnsan Hakları, Yargı ve ‘Taşralı Adam’ın Dramı”, Yeni Türkiye, S. 21, Mayıs-Haziran 1998 (Dipnotta: ARSLAN, İnsan Hakları...).

ATAR, Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı, S. 25, Yıl 2008.

ATAR, Yavuz, “Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak”, Star Gazetesi Açık Görüş Eki, 23.06.2008.

ÇAĞLAR, Bakır, Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem (Doçentlik Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980 (Dipnotta: ÇAĞLAR, Anayasal Değişme ve...).

ÇAĞLAR, Bakır, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Semantik Bir Deneme İçin Notlar”, Anayasa Yargısı, C. 3, 1987 (Dipnotta: ÇAĞLAR, Parlamentolar ve Anayasa...).

ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı Ve Demokrasinin Pekişmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. 54, S. 3, Yıl 2005 (Dipnotta: ERDOĞAN, Anayasa Mahkemeleri...).

ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi, Lâiklik, Resmî İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1995.

ERGÜL, Ozan, “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, Türkiye Barolar Birliği D., S. 104, Yıl 2013 (Dipnotta: ERGÜL, Berraklaştırılmayan Bir Kavram...).

ERGÜL, Ozan, “Anayasal Demokrasi İçinde Türk Anayasa Mahkemesi’nin Konumu’ Başlıklı Tebliğin Yorumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011 (Dipnotta: Anayasal Demokrasi İçinde...).

FRIEDRICH, Carl J., Sınırlı Devlet, (Çev.: Mehmet TURHAN), 2. B., Liberte y., Ankara, 2014.

GEDİK, Ömer, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2013.

GELLHORN, Walter, Amerikan Hakları, (Çev.: Ünsal OSKAY), Türk Siyasî İlimler Dergisi y., Ankara, 1965.

GÖREN, Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, Anayasa Yargısı D., C. 12, Yıl 1995.

GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 3. B., Beta y., İstanbul, 1986.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin y., Ankara 2000.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin y., Ankara, 2009 (Dipnotta: HAKYEMEZ, Anayasa Mahkemesinin...).

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması”, Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, 4. B., İmge y., Ankara, 2007.

KAYA, Semih Batur, “Hukuk Devleti, Demokrasi Ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C. XIX, S. 3, Yıl 2015.

KMIÉC, Keenan D., “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, California Law Review, C. 92, S. 5, 2004.

KORUCU, Serdar, “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, Liberal Düşünce D., Yıl 18, S. 69-70, Kış-Bahar 2013.

KÜÇÜK, Adnan, Türkiye'nin Siyasal ve Anayasal Rejimi, Orion y., Ankara, 2012.

KÜÇÜK, Adnan, Anayasa Hukuku, 3. B., Orion y., Ankara, 2013.

KÜÇÜK, Adnan, “AK Parti'nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD'deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler D., C. 6, S. 1, Ocak 2016.

KÜÇÜK, Adnan, Siyasal Partilere İlişkin Yasaklamalar, Asil y., Ankara, 2005.

METİN, Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesi’nin Konumu”, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi (Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs 2011), (Düzenleyen: Kamu Hukukçuları Platformu), (Edt.: Muhammed ERDAL), Yakın Doğu Üniversitesi y., Lefkoşa, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi Ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C 62, S. 3, Yıl 2007 (Dipnotta: ÖZBUDUN, Türk Anayasa Mahkemesinin...).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 13. B., Yetkin y., Ankara, 2012.

ÖZBUDUN, Ergun, “Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?”, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, (04-06 Ocak 2005 Ankara), (Edt.: Ozan ERGÜL), Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005 (Dipnotta: TURHAN, Yargının Demokratik Sistemlerde...).

ÖZTÜRK, Fatih, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?, Beta y., İstanbul, 2012.

SANCAR, Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı Güvencesi mi?”, Demokrasi ve Yargı, (Edt.: Ozan ERGÜL, Türkiye Barolar Birliği y., Ankara, 2005.

SARTORİ, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev.: Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU & Mehmet TURHAN), Türk Demokrasi Vakfı y., Ankara, 1993.

SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT y., Ankara, 2001.

TANÖR, Bülent, Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, TÜSİAD y., İstanbul, 1999.

TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. B., BDS y., İstanbul, 1994.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul, 2002.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014.

TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, Anayasa Yargısı D., C. 2, Yıl 1985.

TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, 4. B., Naturel y., Ankara, 2005.

TURHAN, Mehmet, “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, (Edt.: Mehmet TURHAN & Hikmet TÜLEN), Anayasa Mahkemesi y., Ankara, 2006 (Dipnotta: TURHAN, Anayasa Yargısının Demokratik...).

TURHAN, Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Liberal Düşünce D., Y. 6, S. 22, Yaz-2000.

TURHAN, Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi D., C. 62, S. 3, Yıl 2007.

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

YÜCEL, Özlem, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Hâkimler Saltanatı Dönemi”, Argumentum D., Yıl 8, S. 55, Nisan-Mayıs-Haziran 1998.