

ANAYASA YARGISINDA ALAN SORUNU: ANAYASA YARGISININ BELİRLENMİŞ ALANI

THE PROBLEM OF DOMAIN IN CONSTITUTIONAL LAW: THE DESIGNATED DOMAIN OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Semih Batur KAYA*

Özet: Bu çalışmanın konusu anayasa yargısının alanının tespit edilmesi ve bu alanı genişleten bir akım olarak yargısal aktivizme değinilmesidir. Anayasa yargısında alan anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ve epistemolojik pratiğinin ortaya konulmasıdır. Bir anlamda burada anayasa yargısının varoluşsal ve işlevsel alanı sınırlandırılmakta, tanımlanmakta ve nihai olarak belirlenmektedir. Bilindiği üzere anayasa yargısı anayasalcılığın ve buna bağlı değerler dizisinin operasyonel gücüdür. Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını, bu sınırlı ortamda ve koşullarda hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasını ve nihai olarak gerçekleştirilip gelişmesini hedefler. Bu bağlamda anayasacılığa bağlı kimi değerler dizisi bulunmaktadır. Bu değerler dizisi anayasa yargısının alanını veya bir diğer söylemle anayasa mahkemelerinin bir yandan ontolojisini diğer yandan hareket alanını teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Devlet Aklı, Yargısal Aktivizm, Yargısal Kendini Sınırlandırma

Abstract: Objective of the present study is to determine the domain of constitutional jurisdiction and address judicial activism as a movement extending this domain. The domain of constitutional jurisdiction is about defining the ontological legitimacy and epistemological practice of constitutional jurisdiction. In a sense, the domain of constitutional jurisdiction intrinsic to its very existence and functionality is limited; defined and finally, established. As is known, constitutional jurisdiction is the operational driving force of constitutionalism and the relevant chain of values. The goal of constitutionalism is to limit the political power; recognize and provide assurance for rights and freedoms in such limited environment and under such condition; and finally achieve and improve it. Therefore, there are certain values related with the constitutionalism. These series of values represent the domain of the constitutional jurisdiction, in other words, ontology on one hand and area of movement on the other hand, for constitutional courts.

Keywords: Domain of Constitutional Jurisdiction, State of Law, Pluralistic Democracy, Judicial Activism, Judicial Self-Restraint

* Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, semih.batur@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.01.2019, Kabul Tarihi: 07.01.2019

Giriş

Son yıllarda gerek ülkemizde gerek dünyada anayasa yargısına yönelik pek çok çalışma gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalarda göze çarpan temel sorun anayasa yargısının alanının ve bu alanı genişleten ve daraltan akımların tespit edilmesidir. Bu bağlamda anayasa yargısının sınırları sorunu ve jürsitokrasi gibi olgular ön plana çıkmaktadır. Ancak bu türev sorunlar anayasa yargısının alanının belirlenmemesi durumunda oldukça girift sorunlara dönüşmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada hedeflenen, anayasa yargısının alanının ortaya konulmasıdır. Burada bu alan sorunu tespit edilirken motivasyon kaynağımız anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olacaktır.

Gerçekten de anayasa yargısına ilişkin bir çalışma a priori (önsel) olarak anayasa yargısının alan sorunuyla doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla bunun için anayasa yargısının alan sorununun aşılması gerekir. Peki, anayasa yargısında alan sorunu nedir? Bugüne kadar takip edebildiğimiz kadarıyla anayasa yargısında alan sorunu üzerine odaklanan bir çalışma söz konusu değildir; genellikle alan sorunu kuramsal bir sorun olarak görülmekten ziyade giriş mahiyetinde görülmektedir. Hâlbuki alan sorunu anayasa yargısında hayati bir önem taşımaktadır. Gerçekten de anayasa yargısında alan sorunu çözümlendiğinde anayasa yargısına ilişkin diğer sorunlar birer türev sorun görünüm biçimini almaktadırlar.

Anayasa yargısında alan, anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ve epistemolojik pratiğinin ortaya konulmasıdır. Bir anlamda burada anayasa yargısının varoluşsal ve işlevsel alanı sınırlandırılmakta, tanımlanmakta ve nihai olarak belirlenmektedir. Bilindiği üzere anayasa yargısı anayasalcılığın ve buna bağlı değerler dizisinin operasyonel gücüdür. Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını, bu sınırlı ortamda ve koşullarda hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasını ve nihai olarak gerçekleştirilip gelişmesini amaçlar. Bu bağlamda anayasacılığa bağlı kimi değerler dizisi bulunmaktadır. Bu değerler dizisi anayasa yargısının alanını veya bir diğer söylemle anayasa mahkemelerinin bir yandan ontolojisini diğer yandan hareket alanını teşkil etmektedir.

Anayasa yargısının alanını belirlerken birey-devlet ilişkisinde anayasacılığın özünü ortaya koyan Arslan'ın bu söylemlerini olduğu gibi

alıntılamakta yarar vardır: “İnsanın devletle dansı bilim-kurgu filmlerine benzer. İnsan zekâsı önce, Nietzsche’yi doğrularcasına “iktidar arzusu” (will to power) ile dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları icat eder. Sonra da, filmin gerçek kahramanı sahneye çıkar. Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da. Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür... İnsanın devletle ilişkisi de bu türdendir. Modern siyasal teoride bu ilişkinin şekillendirilmesi genellikle Hobbes’la başlatılır. İnsanların, birbirini kemirdiği doğa durumundan Leviathan dönemine geçişin nedenlerini, şeklini ve sonuçlarını anlatır Hobbes. Yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması, Hobbes’un mutlak güç sahibi bir canavar yaratmasını açıklasa bile bunu haklı kılmaya yetmez. Ne var ki, olan olmuştur. Hangi nedenle ve ne şekilde olursa olsun ortaya bir yaratık çıkmıştır. Kimilerine göre, onu yaratanlara eski günlerini aratan bir yaratıktır bu. Şimdi bütün mesele, Leviathan ile birey arasındaki ilişkileri ikincisi lehine düzenleme meselesidir. Ya da bilim-kurgusal anlamda dünyayı Leviathan canavarından kurtarma meselesidir. “Bizathi kötü” ya da “kötülerin silahı” olarak Leviathan’ın etkisini (zararını) azaltabilmek amacıyla, zamanla farklı mekânlarda farklı çözüm yolları ortaya konmuştur. Çözüm yollarının tıkanıdığı dönemlerde de “gerçeküstü” fanteziler devreye girmiştir. “Yarı sanal deli yürek’ler, kitlelerin gözündeki kirlilik ve hukuk dışı yollara başvuran Leviathan’a karşı alternatif adalet dağıtıcısı olarak algılanabilmiştir.”¹

A. Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı

1. Demokratik Hukuk Devleti: Anayasal Demokrasi

Anayasa yargısı ile hukuk devleti arasında organik bir bağ söz konusudur. Anayasa yargısı anayasacılığın bir değerler dizisi olmasından ötürü hukuk devletinin de gerçekleştirilmesi aracıdır. Bu yönüyle anayasa yargısı operasyonel bir kurumdur. Geniş anlamda anayasa yargısı “doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacı güden her türlü yargı işlemi”ni veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması faaliyetini ifade eder. Dar anlamda ise anayasa yargısından, normların ve diğer kimi yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi anlaşılır.² Gerek dar anlamıyla gerek geniş anlamıyla

¹ Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 55.

² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 403.

anayasa yargısı hukuk devletini gerçekleştirme aracıdır. Bu bakımdan Özbudun'un da belirttiği gibi anayasa yargısı "hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale" olarak tanımlanabilir.³

Gerçekten de yakın denilebilecek zamana kadar, hukuk devleti olgusundan temel itibarıyla yürütme iradesinin kanunlara bağlılığını sağlayacak yargısal denetim anlaşılmıştır. Fransız İhtilali'nden gelen bölünmez, devredilmez,, yanılmaz ve temsil edilmez genel irade anlayışının etkisiyle, millet temsilcilerinden teşekkül eden yasama iradesinin, birey haklarını ihlal edebileceği, bu nedenle birey haklarının yalnızca yürütme iradesi karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerekeceği pek düşünülmemiştir. Nitekim yazılı ve sert anayasalar on sekizinci yüzyıl sonlarından itibaren ortaya çıkmasıyla başladığı halde, Amerika Birleşik Devletleri bir tarafa bırakılırsa, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin yaygınlaşması için yirminci yüzyıl tarafından da bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilebileceği anlaşılmıştır. Bu sebeple de anayasa yargısının doğuşu ve alan genişlemesi acı tecrübelerden sonra gerçekleşmiştir.

Siyasal iktidar bulunduğu ortamda hacim genişletmeye meyillidir. Dolayısıyla siyasal iktidar hukuk düzeni karşısında farklı görünüm biçimleri ile ortaya çıkabilmektedir. Şu halde kanımızca anayasa yargısı yürütme ve yasama iradesi diye bir ayrım gözetmeden bir bütün olarak siyasal iktidarın eylem ve işlemlerini denetlemelidir. Çünkü siyasal iktidar kimi zaman yürütme kimi zaman yasama kimi zamanda hem yürütme hem de yasama formuyla bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmekte ve hukukun dışına çıkabilmektedir.

İşte iktidarın bu genişleyici doğası ve tavrı karşısında demokratik hukuk devletinin bulduğu formül anayasal demokrasidir. Sejersted'e göre demokrasi ve hukuk devletinin iki farklı özgürlük yaklaşımına sahiptir. Ona göre özgürlüğün negatif anlamı iktidarın sınırlandırılmasına yönelik iken pozitif anlamı ise iktidarın kullanılmasına ilişkindir.⁴ Benzer bir yaklaşımla Rosenfeld'e göre hukuk devleti ve anayasal

³ Özbudun, (2016), s. 403.

⁴ Francis Sejersted, "Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government", Der. Jon Elster ve Rune Slagstad, içinde Constitutionalism and Democracy, Cambridge University Press,

demokrasi her ne kadar el ele yürüyormuş gibi gözüксе de daha yakından incelendiğinde anayasacılıkla demokrasinin her zaman uyum içerisinde olmayabileceği, bunun da demokrasi ile hukuk devleti arasında bir çatışma doğurabileceği gerçeği söz konusudur.⁵

Gerçekten de, anayasacılık ve bunun bir yansıması olan hukuk devleti kavramlarının ilk ortaya çıktığı dönemlerde, özgürlüğün negatif anlamda, yani devletin keyfi müdahalelerinden korunma anlamında anlaşıldığı ve hukuk devletinin de bu korunmayı sağlayacak bir araç olarak düşünüldüğü doğrudur.⁶ Çağımızda sosyal devlet yaklaşımının gelişmesine paralel olarak, özgürlüğe pozitif bir anlam yüklenmeye başlanmış, yani kimi özgürlüklerin, devletin müdahale etmemesiyle değil, aksine müdahalesiyle gerçekleşebileceği düşüncesi yaygınlık kazanmıştır. Bu mekanizmaları harekete geçirebilecek organlar ise, elbette, demokratik seçimlerle teşkil olunan ve halk çoğunluğunun beklentilerini yerine getirmeye çalışan seçilmiş organlardır. Ancak Özbudun'un belirttiği gibi "bu gerçeklerden, demokrasi ve hukuk devletinin, birbirleriyle çelişen ya da birbirleriyle bağdaştırılmayacak kavramlar olduğu sonucu çıkarılamaz. Çağdaş demokrasiler, hürriyetin hem pozitif hem negatif cephelerine eşit önem veren rejimlerdir. Hukuk devleti, şüphesiz, çoğunluk iktidarının keyfi kullanımını önleyen, onu sınırlandıran bir araçtır. Ancak, demokrasiyi çoğunluğun mutlak ve sınırsız iktidarı olarak görmek, bugün çok marjinal çevreler dışında, kimsenin itibar etmediği bir görüştür. Hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmış bir devlet, negatif hürriyetlerin korunması kadar, pozitif hürriyetlerin de korunup geliştirilmesi bakımından zorunlu bir şarttır."⁷

Anayasanın esas işlevi Dworkin'in de belirttiği gibi zorlama gücüne sahip bir kurum olan devlete meşruiyet temeli sağlamaktır. Gerçekten de kralların tanrısal meşruiyeti anlayışının tarihe karıştığı on yedinci yüzyıldan bu yana siyasette en önemli soru şu olmuştur: Kimi insanlara diğerleri üzerinde tahakküm kurma yetkisini veren şey ne-

Cambridge, 1988, s. 131.

⁵ Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74, 2001, s. 1308.

⁶ Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 67.

⁷ Özbudun, (2015), s. 67.

dir? Kimi insanlar diğerlerini normalde nefret etmeleri gereken kanunlara uymaya hangi gerekçeyle zorlayabilmektedir? On dokuzuncu yüzyılın başından bu yana bu sorulara verilen ortak bir yanıt söz konusudur. Şüphesiz kimi utanç verici istisnalar yaşanmıştır, fakat genel olarak ve giderek yaygınlaşan bir biçimde, yönetme hakkının yani meşruiyetin, demokrasiden geldiği yönündeki görüş kabul edilmektedir. Buna göre siyasal anayasanın işlevi demokrasiyi kurmak ve korumaktır.⁸ Demokrasiyi kurmak ve korumak şüphesiz bir anayasanın temel işlevlerinden birisidir ama hangi demokrasiyi?

İşte bu noktada Dworkin “ortaklık demokrasisi”ni ortaya atmaktadır. Ortaklık demokrasisi çoğunlukçu demokrasi kadar yaygın bilinmemekle birlikte demokrasi konusunda çok değişik bir bakış açısı sunmaktadır. Peki, insanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile, tıpkı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarlarını gözeterek kararlar almasını sağlayan şartlar nelerdir? *“Benim bu soruya cevabım şudur: Şu üç şart, en azından düşünce düzeyinde yerine getirilmelidir. Bu şartların henüz herhangi bir yerde tam olarak sağlandığını düşünmüyorum. Ancak bana göre, bir ortaklık demokrasisinin kurulabilmesi için bu üç şartın kabul edilmesi gerekir. İlk olarak, yurttaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece yurttaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir yurttaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Bildiğiniz gibi, bazı Avrupa ülkelerinde Holocaust’un inkârı bir suçtur. Bu, bir ortaklık demokrasisinde kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kişisel (var oluş) şartları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, en tartışmalı olanıdır ve bana göre en önemlisidir. Bu şart, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ve izzetinefsleriyle uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.”*⁹

⁸ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 27-28.

⁹ Dworkin, (2011), s. 30.

Görüldüğü gibi anayasacılık ve dolayısıyla anayasa yargısı ile demokrasinin uzlaşması sorunu ekseninde ileri sürülen görüşler kendi içerisinde güçlü argümanlara sahiptir. Ancak mantıksal tutarlılık bize demokrasi ile anayasa yargısının uzlaştığını göstermektedir. Çünkü Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği gibi siyasi demokrasi ile anayasa yargısının meşruiyeti açıklanamaz. Milli irade eşittir parlamento iradesi, çoğunluğun iradesi denilirse sorun çözülmez. Yasamadaki irade siyasi bir iradedir, çoğunluğun iradesidir; ancak yalnızca milli irade değildir. II. Dünya Savaşı sonrası anayasa anlayışı değişmiştir, demokrasi anlayışı değişmiştir. Bu nedenle artık çoğunlukçu demokrasi değil, çoğulcu, özgürlükçü kurumlar demokrasisi, konsensüs demokrasisi söz konusudur. İşte bu anlayış içerisinde milli irade anayasal sistem içerisindeki siyasi karar organlarının artı denetim organlarının birlikte iradesidir. Şu halde yasama iradesinin ihdas ettiği bir kanun, milli irade değildir, çoğunluğun iradesidir ve siyasi bir tercihtir.¹⁰

Gerçekten de norm üretiminin sanıldığı gibi bir milli irade teşkil ettiği savı yerinde midir? Kanımızca milli irade denilen mistifikasyon her şeyden önce seçimler sonucunda tecelli etmektedir. Seçimlerde ise milletin değil halkın iradesi tecelli etmektedir. Halk ise, hâlihazırda yaşamakta olan bir “kısmı” ifade etmektedir. Dolayısıyla burada milli irade değil olsa olsa halk iradesi söz konusudur. Fakat daha yakından bir inceleme yapıldığında yasama organındaki çoğunluğun iradesini halk iradesi olarak betimlemek de doğru değildir. Birincisi seçimlere halkın yasal olarak hak kazanmış yetişkin bir bölümü katılmaktadır. İkincisi seçim sistemlerine bağlı olarak seçmen kitlesinin bir kısmı da yasamaya iradesini aktaramamaktadır. Bu nedenle yasama organındaki çoğunluk, seçimlerden başarıyla çıkmış seçmen kitlesinin gerçek anlamda iradesini temsil etmektedir. Şu halde burada karşı çıkılan konu seçim sonuçlarının kutsallaştırılarak ve milli irade gibi çeşitli mitoslar üretilerek diğer pek çok değer ve kurumun meşruiyetinin bununla koşullandırılmasıdır.

Holmes yasama iradesinin güçsüzleştirilmesi sonucunu doğuracak aktivist bir yargının demokrasinin inşasına uygun olmadığı görüşündedir. Ona göre bir anayasa mahkemesinin yasama iradesinin

¹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması Paneli”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, Ankara 2004, s. 160.

tecillisi niteliğindeki kanunları sıkça iptal etmesi demokratik çoğunluğun ve yasama organının meşruluğuna zarar verir. Hâlbuki çoğunluk yönetimine ve yasama iradesine saygı duyulmadan bir demokrasinin yerleşmesine imkân yoktur. Dolayısıyla anayasa oluşum sürecinde güçlü bir yargısal denetimin planlanması ve müdahaleci bir yargının benimsenmesi demokratikleşme sürecini baltalar. Şu halde yeni demokrasilerin temel ihtiyacı anayasa yargısı değil güçlü bir yasama iradesidir.¹¹ Biz bu noktada Holmes'un çekincelerine katılmaktayız. Ancak burada ıskalanan bir şey vardır ki o da yargısal kültürün, yani denge ve denetim mekanizmalarının öneminin demokrasiler açısından da ortaya konulmasıdır. Bize göre özellikle yeni demokrasilerde yargısal kültürün önemi büyüktür. Çünkü demokratikleşme sürecinin en önemli paradigması sınırlı iktidar düşüncesidir ki bunun da yolu denge ve denetimden geçer.

Bu bakımdan aktivist bir yargı iradesi her koşulda tabii ki istenir bir şey değildir. Ancak Erdoğan'ın da belirttiği gibi burada aktivist yargısal tutumun da iki türü arasında bir ayrım yapmak gerekir. "Gerçek müdahalecilik" olarak adlandırılan ilkinde, yargı denetimiyle görevli olan organ dar anlamda "anayasaya uygunluk" denetimi gerçekleştirmenin ötesine geçerek, doğrudan doğruya siyasi-ideolojik kararlar verir. Bu yargının, özellikle de anayasa yargısının, verdiği kararlarla doğrudan doğruya yöneten çoğunluğun siyasi tercihlerini işlevsiz kılmasına ilişkindir. Bu durum anayasa yargıçlarının kendilerini politik birer aktör olarak görmelerinden ileri gelebilir. Şüphesiz bu tür bir aktivizmin yeni demokrasiler için değil yerleşik demokrasiler için de zararlı olduğu söylenebilir. Ancak demokrasiye geçmenin aynı zamanda siyasi kültürün de değişimini gerektirdiği yerlerde, liberal-demokratik siyasi değerleri öne çıkaran bir yargısal aktivizmin demokratikleşmeye katkıda bulunabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.¹²

Dolayısıyla anayasal demokrasi formülü Çağlar'ın ifadesiyle "anayasa hukukçusunun çalışma tezgâhına yığılan problemlerin başka bir zamanda başka bir mekânda üretilmiş kavramsal cihazı"dır.¹³

¹¹ Stephen Holmes, "Back to Drawing Board", *East European Constitutional Review*, C. 2, S. 1, 1993, s. 21-25.

¹² Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 18.

¹³ Bakır Çağlar, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, s. 234.

Ancak bu cihazın da dirimsel kaynağının anayasacılık olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla anayasal demokrasi antikite olduğu kadar modern bir dinamik olgudur. Bu nedenle Rousseau'cu mitosa göre kanunun genel iradenin ifadesi olduğu yerinde değildir. Çünkü bu yaklaşımın yasama iradesini kutsallaştırmaktan, siyasi ve hukuki üstünlüğünü vurgulamaktan başka bir dayanağı yoktur. Ancak, "Rousseau'cu mistiğin can çekişmesi uzun sürmüş, onu mumyalayıp muhafaza etmek isteyenler de görülmüştür ama bugün bu mistik anayasal patentoloji müzesinin bir parçasıdır".¹⁴ Gerçekten de bugün demokrasi "hukuk"la tanımlanmakta ve yargı ile yenilenen devlet anlayışı "anayasal demokrasi"nin bir özelliği sayılmaktadır.¹⁵

Öte yandan yasama iradesinin kültleştirilmesi bizi Schmitt'çi bir "yasama devleti" ile karşı karşıya bırakır. Schmitt yasama devleti ile belirli bir tür siyasi kamusal yapı tasvir edilmektedir. Sözü edilen yapının ayırt edici özelliği, kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici ifadesini normlaştırmalarda görmesinde saklıdır. Hukuklaşmada irade etmelerinden dolayı belirli nitelikleri haiz olması gereken bu normlaştırmalar, söz konusu gerekliliğin icabı olarak diğer tüm kamusal işlevleri, faaliyet ve görev alanlarını kendilerine tabi kılabilirler. Gerçekten de 19. yüzyıldan bu yana Kıt Avrupası'nda hukuk devleti sözünden anlaşılan şey, gerçekte yalnızca bir yasama devleti idi. Yasama iradesinin üstün ve merkezi konumu, onun bir "yasama organı" olarak, anılan normlaştırmaları kanun koyucunun taşıdığı tüm itibarla tanımlamasına dayanır.¹⁶ Yasama devletinin karşısında ise karakteristik ifadesini hükümet eden bir devlet başkanının "yüksek şahsi iradesinde ve otoriter emrinde" bulunan "hükümet devleti" yer almaktadır.¹⁷ Sonuç olarak gerek yasama devleti gerek hükümet devleti demokratik hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır.

2. Hukuktan Sapma Olarak "Devlet Aklı" ve Anayasa Yargısı

Anayasacılık devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesini içeren bir anlayıştır. Bu bağlamda anayasacılığın temel felsefesi iktidarın denge ve denetimidir. Bu şekil-

¹⁴ Çağlar, a.g.m., s. 235.

¹⁵ Çağlar, a.g.m., s. 237.

¹⁶ Carl Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 3-4.

¹⁷ Schmitt, a.g.e., s. 5-6.

de anayasacılık iktidarı belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Anayasacılık gördüğü bu işlevini kendisine bağlı değerler dizisi ile yerine getirir. Bu değerler dizisinin iki esas görünüm biçimi hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bu değerler dizisinden hukuk devleti iktidarın norm sorununu, çoğulcu demokrasi ise iktidarın irade sorununu çözümlemektedir. Norm sorununun çözümü iktidarın statik halini ve sınırlı biçimini gerçekleştirirken irade sorununun çözümü de iktidarın eylemselliğini bir yandan hukukun içerisinde tutmaya çalışır diğer yandan iktidarın hak ve özgürlükler aleyhine geniş hacim eğilimini engeller.

Hukuk devleti “insanların değil hukukun hükümetidir”; yani hukuk onu uygulayana hiçbir şekilde keyfi davranmak hakkını vermez. Hukuk düzenine bağlı insanların hepsi için belirli bir ölçüde eşitlik ilkesi söz konusudur ve hukukun hesaba katılabilirliği her zaman güvence altına alınmak zorundadır.¹⁸ Bu bakımdan hukuk devleti en kısa tanımıyla, bireylerin hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.¹⁹ Hukuk devleti kavramı, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır. Özbudun’un belirttiği gibi hukuk devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten de bireylerin devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.²⁰

Bununla birlikte hukuk devleti anlayışının kuramsal olarak konumlandırılabilmesi için “devlet aklı” kavramına değinmek gerekir; zira devlet aklı siyasal alanda hukuk devletini ve meşru siyasi iktidarı etkisizleştiren hukuk dışı bir değişkendir. Dolayısıyla birey hak ve özgürlüklerinin gelişim gösterdiği skalada devlet aklına yaklaşıldıkça hukuk devleti anlayışından uzaklaşılır. Zira devlet aklı şeffaf, denetlenebilir ve dengelenebilir bir yönetim anlayışını reddeder. Bu durumda devletin işleyişi ve faaliyetine dair belirlilik ve öngörülebilirlik ortadan kalkar. Hatta kimi zaman devleti yöneten siyasi iktidar dahi politik karar alım sürecine katılmakta güçlük çeker ve devletin bazı faaliyetlerinden adeta sıradan bir vatandaş gibi sonradan haberdar olur.

¹⁸ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 209.

¹⁹ Özbudun, (2016), s. 125.

²⁰ Özbudun, (2016), s. 126.

Oysa bir hukuk devletinde devlet işleyişi, siyasi iktidarın faaliyeti ve politik karar alım süreci hukuk düzeni içerisinde ve hukuka göre belirlenir, denetlenir ve bütünüyle şeffaftır. Nitekim Aliefendioğlu'nun belirttiği gibi "Gizlilik, hikmet-i hükümet, ülkenin üstün çıkarlarının gizlilikte olduğu yönündeki anlayışlar kirli yönetimi ya da derin devlet uygulamasını getirir. Hikmet-i hükümet ya da ülkenin üstün çıkarlarının yönetenlerce belirlenmesi gerektiği anlayışı rant paylaşımının kılıfıdır. Kirli yönetim, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz."²¹

Devlet aklı genel ve evrensel biçimiyle belli bir siyaset ve yönetim anlayışını ve bir bütün olarak belirli bir devlet zihniyetini ifade etmektedir.²² Devlet aklı modern devlette gücün tek elde toplanması olgusunun, başka bir anlatımla egemenliğin kullanım ve işlevselleşme aracı olarak kullanılmıştır. Devlet aklı modern devlette gücün aracı ve meşruluk formülü işlevini görmektedir. Dolayısıyla bu kavram veya formül modern devletin oluşum sürecinin başlarında yaygın olan "gücün kendinde bir amaç ve değer olarak kutsanması eğilimi"nin simgesi durumundaydı. Dolayısıyla modern devletin başlangıcında devlet aklının olduğu söylenebilir.²³

Devlet aklı doktrinin tarihsel çıkış noktasını, hukuki ve etik normlar ile devlet yönetiminin somut gerekleri arasındaki bir çatışmanın nasıl çözülebileceği sorunu oluşturur. Bu nedenle devlet aklı bakımından temel sorun şudur: "Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir mi ya da açıkça haksızlık yapabilir mi?"²⁴ İşte bu soruya olumlu yanıt verilmesiyle devlet aklı doktrinin temeli atılmış olunur. Ancak bu cevabın verilebilmesi diğer kimi öncüllerin varlığına bağlıdır. Bunların başında ise "devletin bekası"nın sağlanmasını siyasi eylemin nihai hedefi olarak

²¹ Yılmaz Aliefendioğlu, "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, s. 33.

²² Mithat Sancar, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 15. Sancar "devlet aklı" terimini Türkçeye esas ve yaygın olarak çevrilen "hikmet-i hükümet" şeklinde tercüme edilen Fransızcadaki "raison d'état", Almandadaki "staatrason", İtalyancadaki "ragione di stato" terimlerinin karşılığı olarak kullanmaktadır. Sancar "devlet aklı" kavramını kullanmayı terich etmekte ve bu kavramın ve doktrinin anlamını sözel, tarihsel ve evrensel açılardan daha iyi yansıttığını düşünmektedir. Sancar, a.g.e., s. 13-15. Biz de bu doğrultuda Sancar'a katılmaktayız ve "devlet aklı" kavramını kullanmayı uygun görmekteyiz.

²³ Sancar, a.g.e., s. 17-18.

²⁴ Sancar, a.g.e., s. 18.

görmek gelir. Tarihsel açıdan bakıldığında devlet aklına uygun siyasi eylemin ön şartını da, hükümdara, değişen iç ve dış şartlara göre serbestçe hareket etme imkânı ve yeteneğini tanımak oluşturur. Kuşkusuz siyasi eylem, her dönemde olduğu gibi bu dönemde de içkin ve dışsal sınırlara tabi olmuştur. Ancak bu doktrin “eylemin sınırları” konusunda da belirleyici karar verme yetkisini bizzat eylemin aktörüne tanır.²⁵

Sancar’ın belirttiği gibi devlet aklı doktrinin geliştiği dönemde, siyasi eylemin meşruluk referansının ve sınırlarının “kutsal” otoriteye ve ona dayanılarak kurulan “kutsal” öğretiyeye göre belirlendiği düşünülecek olursa, bu doktrinde öngörülen siyasi eylem sisteminin işleyişini sağlayacak en elverişli yolun, bir kutsal karşısına başka bir “kutsal”ı çıkarmak, yani siyasi eylemin merkez birimi olarak “devlet”i tanrılaş-tırmak/kutsamak olduğu kolayca söylenebilir. İşte modern devlet ya da “Leviathan”, yani görmeyen, işitmeyen, kendisine dokunulamayan, ancak her şeye kadir, her yerde hazır ve nazır olan yapı, esasında bir tür yeryüzü tanrısı, bu çabaların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.²⁶

Nitekim Hobbes’a göre bir insan topluluğu, kendi arasında sözleşme yaparak, hepsinin birden kişiliğini temsil etmek, yani onların temsilcisi olmak hakkının hangi kişiye veya heyete verileceği konusunda çoğunlukla anlaştığı vakit, bir devlet kurulmuştur denir. Bunun lehinde oy verenler gibi, aleyhinde oy verenler de, barış içinde birlikte yaşamak ve başkalarına karşı korunmak amacıyla, o kişi veya heyetin bütün eylemlerini ve kararlarını, bunlar kendi eylem ve kararlarıymışçasına, yetkili kılacaktır.²⁷ Bundan böyle artık uyruklar hükümet şeklini değiştiremezler. Uyruklar egemenin yapacağı ve uygun bulacağı her şeyi kabul etmek zorundadır. Aksi durum sözleşmenin bozulmasıdır ve bu adaletsizliktir. Başka bir egemen için artık sözleşme yapamazlar. Tanrı ile de sözleşme yapamazlar. Egemen güçten vazgeçilemez; zira egemen yapılmış olan sözleşmenin bir tarafı değildir, egemenin yapacağı her şey de adaletsizlik değildir. Bu nedenle uyrukların vazgeçme mazereti yoktur ve uyrukluktan kurtulamazlar. Yani egemenin iktidarı şarta bağlı değildir.²⁸

²⁵ Sancar, a.g.e., s. 18-19.

²⁶ Sancar, a.g.e., s. 19.

²⁷ Thomas Hobbes, Leviathan, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Semih Lim, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 137.

²⁸ Hobbes, a.g.e., s. 138-139.

Görüldüğü gibi Hobbes adeta modern devletin devlet aklını ortaya koymaktadır. Buna göre iktidar tekil ve tekel olmak zorundadır. Bu iktidar amaçtır ve iktidarın dışında bireyler dahil geriye kalan her şey söz konusu amacın bir aracıdır. İktidarı tanrısalılaştıran Hobbes bu anlamda Hegel gibi iktidarı aleyhinde eylem ve söylemde bulunmaz bir kutsala dönüştürmektedir. Nitekim Hegel modern devleti bir yeryüzü tanrısı olarak görmekteydi ve Napolyon'un at üzerindeki halini tanrının yeryüzüne inışı olarak nitelendirmekteydi. Buradaki devlet aklı en az iki bakımdan sorunludur. Zira bir yandan iktidarın norm sorununu çözümleyemez hale getirmekte diğer yandan iktidara ilişkin irade sorununu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla devlet aklı bir taraftan hukuk devletini işlemez kılmakta diğer yandan çoğulcu demokrasiyi baltalamaktadır. Böylelikle bireyin canı, malı, onuru veya bir diğer anlatımla hak ve özgürlükleri güvenceye altına alınmadığı gibi geliştirilemez hale gelmektedir. Şu halde bu yönüyle devlet aklı demokratik hukuk devleti anlayışının tam karşısında konumlanmaktadır.

Öte yandan, devlet aklı kavramı açısından belirleyici önem taşıyan bir tarihsel bağlamdan söz etmek, doktrinin münhasıran bu bağlama ait olduğu, başka bir deyişle öncesinin ve sonrasının bulunmadığı anlamına gelmez. Gerçi bu doktrine esas teşkil eden siyaset ve devlet zihniyetinin düşünsel kaynaklarına yönelik arayışlar, genellikle önce Machiavelli'ye kadar ulaşır. Bu doğrultuda Machiavelli'nin özellikle "Prens" adlı kitabında dile getirdiği fikirler devlet aklı doktrininin sıcak düşünsel kaynağı olarak değerlendirilmelidir.²⁹ Machiavelli'nin modern devlete giden yolu açan ve bu yönde bir ampirik devlet teorisinin temel unsurlarını geliştiren düşünür olduğu inkar edilemez. Onun öğretisi iktidarı ele geçirmenin ve korumanın siyasi eylemin temel ölçütü olarak görülmesi ve siyaset ile etik arasındaki bütün bağların koparılması olarak özetlenebilir. Bu öğretilerdeki başlıca yenilik devlet adamının içerde iktidarı korumak, dış güçlere karşı "devletin bekası"nı sağlamak için gerekli önlemleri almak veya yöntemleri kullanmak söz konusu olduğunda etik veya hukuk kurallarını bir kenara bırakabileceğini, hatta bırakması gerektiğini söylemiş olmasıdır. Buna göre, siyasi zorunluluklar hukuktan veya etikten ayrılmayı gerektiriyorsa devlet adamının bunda tereddüt etmesi düşünülemez.³⁰

²⁹ Sancar, a.g.e., s. 21.

³⁰ Sancar, a.g.e., s. 21-22.

Gerçekten de Machiavelli'ye göre iyi bir iktidarda tek bir hükümdar bulunur ve geriye kalanlar tamamıyla kuldur. Yönetim için hükümdar çeşitli yöneticiler atar ve bunları dilediği biçimde konumlandırabilir.³¹ Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde adayı olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacıyla ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekil olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.³² "İnsanın kendi yurttaşlarını yok etmesi, dostlarına ihanet etmesi, vefasız, acımasız, vicdansız olması ve ahlaki idealleri bulundurmaması beceri olarak tanımlanamaz; bu yöntemlerle iktidar ele geçirilirse de şan elde edilemez." der Machiavelli. Fakat bunu yaptığı halde Agathocles'i yüce ve seçkin bir lider olarak görmektedir; ancak seçkin bir insan olarak onurlandırılmaz demektedir.³³ İktidar tebaayı kazanmak için kötülüğü ani ve uzun bir zamana yayılmadan yapmalı, iyiliği de zamana yayarak yapmalıdır.³⁴ Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.³⁵ Prens korkutucu, acımayan olmalıdır. Machiavelli'ye göre bireyler nankör, hakikatsiz, tehlikeler karşısında korkak ve açgözlüdür; ihtiyaç duyulduğunda yanında değillerdir. Bu nedenle egemen bireylere güvenmemelidir.³⁶ Prens çıkarı için vaadini tutmayabilir ve hatta tutmamalıdır; gerektiğinde yalancı ve ikiyüzlü veya tilki gibi olmalıdır.³⁷

Machiavelli ile birlikte devlet akli somut bir görünüm biçimi kazanmış ve adeta vücut bulmuştur. İktidar için amaca giden her yol mubahtır. İrade ve norm tamamıyla tekil ve tekel olarak iktidarın elin-

³¹ Nicolo Machiavelli, *Prens*, Remzi Kitabevi, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, 3. Basım, İstanbul 2016, s. 22.

³² Machiavelli, a.g.e., s. 24.

³³ Machiavelli, a.g.e., s. 42.

³⁴ Machiavelli, a.g.e., s. 46.

³⁵ Machiavelli, a.g.e., s. 77.

³⁶ Machiavelli, a.g.e., s. 82.

³⁷ Machiavelli, a.g.e., s. 86.

dedir. Bireylerin iradesi yönetimde söz konusu değildir; norm ancak işlevsel olduğu ölçüde iktidara yolu açan bir araçtır. İktidara buna göre heterojen bir yapı sergilemez; toplum gibi siyaset de homojendir ve iktidarın aparatıdır.

Bununla beraber Sancar'ın da belirttiği gibi devlet aklı doktrinin Hegel ile en etkileyici boyutuna ulaştığı söylenebilir. Hegel tanrısallaştırıp kutsadığı devleti, tüm siyasi faaliyetlerin nihai amacı olarak görür. Bu şekilde aşkınlaştırılan devletin, kendini korumak için başvuracağı araçların ayrıca meşrulaştırılmasına ihtiyaç yoktur; zira bunlar bu nihai amaca mündemiçtirler ve meşrulukları da bu amaçtan menkuldür. Devleti “dünya tını”nin yalnızca bir temsilcisi değil, aynı zamanda kesin olarak somutlaşmış bir biçimi olarak değerlendiren Hegel, onu her türlü ahlaki yükümlülükten muaf bir şekilde ortaya koyar. Hegel'e göre ahlakilik, devletin evrensel iradesi için değil, bireysel irade için söz konusudur. Devletin iyiliği, bireyin iyiliğinden bütünüyle farklı bir temele ve haklılığa sahiptir. Devlet haklılığını ve meşruiyetini kendi içerisinde taşır. Şayet devlet için bir ödevden bahsedilecekse, bu ancak kendi kendisini koruma olabilir. Hegel bu doğrultuda devlet aklı doktrinin en çıplak ifadelerini formüle etmektedir: “Bir özel şahıs tarafından bir özel şahsa veya bir devlet tarafından başka bir devlete ya da bir özel şahsa karşı yapılan kötülük, bugün için adil bir ceza meselesidir. (Buna karşılık) bir devlete karşı anarşi yaratmak, en büyük ya da yegâne cinayettir... ve doğrudan doğruya bizzat devlete saldırılar en büyük canilerdir ve devletin, kendi bekasını sağlamaktan ve bu canilerin gücünü en güvenli tarzda imha etmekten daha üstün bir ödevi yoktur.”³⁸

Görüldüğü gibi devlet aklı felsefesi anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisine aykırılık teşkil etmektedir. Hatta bu aykırılık tam bir zıtlık olarak konumlanır. Anayasacılık devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin bu sınırlı ortamda korunmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Oysa devlet aklı doktrini bunu kesinkes bir biçimde reddeder. Devlet aklına göre iktidar veya bunun değişik görünüm biçimleri devletin amacı için ki bu amaç çoğunlukla siyasal pragmatizme dayanır, her yolu mubah gören bir anlayıştır. Bu anlayış iktidarın hacim genişlemesine yönelik

³⁸ Sancar, a.g.e., s. 50.

eğilim gösterir. Dolayısıyla devlet aklında iktidarın sınırlandırılması, tanımlanması ve belirlenmesi süreci tamamıyla amaca giden yolda çıkan birer engeldir. Denge ve denetim devlet aklı için dikkate değer bir olgu değildir. Bu yönüyle devlet aklı tarihsel süreç içerisinde meşru yönetici anlayışından meşru yönetim anlayışına doğru geçiş sürecini ters yönde işletmektedir.

İşte bu noktada devlet aklına ket vuran bir anlayış olarak anayasacılık ve bunun operasyonel gücü olarak anayasa yargısı, bir diğer ifade ile anayasa mahkemeleri oluşturulmuştur. Anayasa yargısı hukuk devletinin de kurumsal bir aracıdır. Gerçekten de Özbudun'un belirttiği gibi yakın denilebilecek zamanlara kadar, hukuk devleti olgusundan esas itibari ile yürütme iradesinin normlara bağıllığını gerçekleştirecek yargısal denetim anlaşılmıştır. Bölünmez, devredilmez, yanılmaz ve temsil edilmez genel irade anlayışının etkisiyle, millet temsilcilerinden teşkil olunan yasama organının, birey haklarına tecavüz edebileceği, bu nedenle birey haklarının yalnızca yürütme iradesi karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerebileceği pek düşünülmemiştir.³⁹ Ancak geline nokta anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin ve dolayısıyla da birey hak ve özgürlüklerinin temel tehdit edici unsurlarından birinin de yasama iradesi olduğu görülmektedir. Bununla beraber, şüphesiz, yürütme iktidar araçlarının eylemselliğini, bir diğer söylemle hareket kabiliyetini oluşturur. Yürütmenin, dolayısıyla iktidarın hareket kabiliyeti arttıkça toplumsal alanda hak ve özgürlüklerin ihlal edilme ihtimali de artar.

Öte yandan anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin operasyonel gücü olması beklenen anayasa mahkemelerinin kimi zaman bunun tam aksi yönde davrandıkları ve hatta devlet aklının bir operasyonel gücüne dönüştükleri görülmektedir. Anayasa mahkemelerinde görülen bu biçimdeki işlevsel dönüşüm çoğunlukla anayasa mahkemelerinin bir hegemonik kurum⁴⁰ olarak tasarlanmalarının bir sonucudur. Buradaki hegemon-

³⁹ Özbudun, (2016), s. 403.

⁴⁰ Ran Hirschl ortaya koyduğu bir çalışmada İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasal gelişmeleri mercek altına almış ve bu ülkelerdeki anayasal hareketlerin yaygınlaşan anayasal değişim ve dönüşüm eğiliminden ibaret olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde Hirschl, bu dört ülkedeki anayasal devrimlerin salt yargısal bir güçlendirme yönünde ve niyetinde olmadığını ortaya koymuştur;

yanın tesisi genel olarak askeri, bürokratik veya iktisadi seçkin bir iktidar grubu tarafından gerçekleştirilmektedir. İşte Kimi anayasa mahkemeleri de kararlarında bu tür bir refleksle hareket etmektedir.

3. Hak Temelli Yargı İradesi

Anayasacılığı siyasal iktidarın sınırlandırılması, anayasal devleti de sınırlı devlet olarak gören ortodoks/klasik yaklaşım kimi çevrelerce eleştirilmektedir. Ortodoks anayasacılığın “dar” kavramsallaştırılması karşısında, iktidarı belirleyen formel ve informal organizasyonların açıklanmasını da içine ala daha “geniş” bir anayasacılık kavramından bahsedilmektedir. Buna göre ortodoks anayasacılık anlayışının varsaydığı sınırlamanın gerçeklik değil, bir yanılsamadır. Bireylerin özgürlük ve özerkliğine yönelik müdahaleleri sınırlama iddiası bir mittir; çünkü devlet bugün her zaman olduğundan daha güçlüdür. Ancak Arslan’ın da belirttiği gibi uygulamada devletlerin daha baskıcı ve güçlü hale gelmesi “anayasacılığın normatif hedeflerini” hiçbir biçimde geçersiz kılmaz.⁴¹ Kaldı ki, anayasacılığın temel motivasyonu siyasal iktidarın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlanması ve iktidarın bölünüp dağıtılmasıdır.

İnsan hakları gerek ulusal ölçekte gerek ulus üstü ölçekte formüle edildiği şekliyle siyasal liberalizmin ürünü olarak belirmektedir. Bir diğer deyimle, modern insan hakları düşüncesi, liberalizmin birey-devlet ilişkisinde bireyi önceleyen ve devleti bireyin haklarını korumaya yönelik “ehveni şer” olarak gören yaklaşıma dayanmaktadır. Bu anlayışa göre iktidarın varlık nedeni (raison d’etre) bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır.⁴²

aksine bu yöndeki eğilim çoğunluk karşısında korku ve tehdit altında olduğunu düşünen siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli bir stratejisidir. Burada elitlerin “çevre”nin çoğunluk olarak siyasal alanda önemli bir aktör haline gelmeleri karşısında kendi hakimiyetlerini koruma güdüsü vardır. Ran Hirschl, “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000, s. 91. Ayrıntı için bkz. Semih Batur Kaya, “Anayasa Mahkemesi’nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkeleri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 122, 2016.

⁴¹ Zühtü Arslan, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7.

⁴² Zühtü Arslan, “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal*

İnsan hakları ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. İnsan haklarını gerçekleştiren yargı iradesidir. Bu gerçekleşmede koruma ve geliştirme bulunmaktadır. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılık siyasi iktidarın sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin bu sınırlı ortamda korunmasını sağlar. Anayasacılığın özü bu bağlamdaki denge ve denetimdir. Anayasa yargısı anayasacılığın operasyonel bir kurumdur. Dolayısıyla anayasa yargısının alanı da hak ve özgürlükler ve bunların muhtemel ihlallerine karşı denge ve denetimdir. Şu halde anayasa yargısından beklenen “hak eksenli” (right based) bir yaklaşımla davranmasıdır. Pozitivist ve statükocu bir yaklaşım sergilenmesi anayasa yargısının operasyonel konumunu işlevsizleştirecektir.

Yorum yorumcunun sübjektif zihinsel faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde anlam⁴³ yüklenmesidir.⁴⁴ Anayasa yargısı, anayasal ve yasal kurallara anlam yükleyen bir “yorumcu topluluğu”dur.⁴⁵ Bu yorumcu topluluğu ilk aşamada belirli bir anlam tespit eder ve ikinci aşamada tespit edilen anlamlar arasında bir tercihte bulunur. Sorun burada yapılan tercihin rasyonel olup olmadığı ve anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır. İşte anayasa yargısı bir anlamda bu tür bir zemin üzerinde ve pragmatik gerekçelerle hareket eder. Çünkü yargısal denetim sonucunda varılan karar yargıcın kendisel değerlerinden, diğer etkin yorumcuların değerlerinden ve siyasal-sosyal hâkim çevrenin değerlerinden oluşan parametreler üzerinden şekillenir.

İşte insan hakları hususunda bu tür bir karar oluşum aşamasının üzerinde şekillendiği iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Hak eksenli yaklaşım, anayasal denetim sürecinin her aşamasında yargıcın hak ve özgürlükleri koruma motivasyonu ve bu bilinçle hareket etme-

Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2002, s. 3.

⁴³ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005, s. 13.

⁴⁴ Aristoteles’e göre davaları karar bağlayan yargıçlar çoğunlukla sevgi, nefret, bireysel çıkarların etkisinde kaldıklarından dolayı gerçeği tam anlamıyla meydana çıkarmayabilirler. Çünkü onların vardıkları sonuçlar haz ya da acıları maskeleyenmektedir. Aristotle, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

⁴⁵ Zühtü Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, s. 274-293.

sidir. Buna göre hak eksenli yaklaşımda yargıç hak ihlallerini tespit ederek hak ve özgürlüklerin korunmasından ve gelişmesinden yana tavır almaktadır. Amaç eksenli (goal based) yaklaşımda ise yargıç daha çok pragmatist reflekslerle örülü bir tercihte bulunur. Burada özellikle devletin kültleştirildiği ve devletin amaçlarının, “devlet aklı”nın ön plana çıkarıldığı bir faaliyet söz konusudur. Otoriter ve totaliter bir karakter besleyen amaç eksenli yaklaşımda karar oluşum sürecinde birey ve onun hak ve özgürlükleri çoğunlukla göz ardı edilir. Kısacası amaç eksenli yaklaşım statükocu ve resmi izler taşıyan bir faaliyettir.

Anayasa yargısının demokratik bir hukuk devletindeki varlığı uzun süreden beridir tartışma konusudur.⁴⁶ Buna rağmen anayasacılığın özü mahiyetindeki insan hakları demokrasi ile birlikte demokratik hukuk devletinin karakterini belirlemektedir. İşte insan haklarının yargısal korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır; dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyet temeli de buradan türemektedir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri devletin ve bunun operasyonel kodu olan siyasi iktidarın muhtemel ihlalleri karşısında hak ve özgürlükleri koruyan oluşumlardır.

Yüksek mahkemelerin bu işlevi Arslan’ın da belirttiği üzere hak temelli bir hukukun üstünlüğü anlayışından kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Nitekim Dworkin’e göre yargıçlar karar oluşum sürecinde bireylerin siyasi haklarını korumayı amaçlayan siyasi ilkelere beslenen argümanlara dayandırmak zorundadır.⁴⁸ Kanımızca anayasa yargıçları karar oluşum sürecinin her aşamasında hak eksenli bir yaklaşımla davranmalıdır. Çünkü ancak bu şekilde anayasa yargısı anayasacılıktaki operasyonel konumunu ve ontolojik meşruiyetini korur.

⁴⁶ Bu konuda önemli bir tartışma için bkz. Jeremy Waldron, “Judicial Review and Conditions of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, s. 335-355. James B. Kelly ve Micahel Murphy, “Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada’s Legal Rights Jurisprudence”, *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, s. 3.

⁴⁷ Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve Çağ’ında ‘Ya-Ya Da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, s. 7-8.

⁴⁸ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985, s. 11.

Dworkin eğer bir yönetim “hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir” demektedir.⁴⁹ Aynı mantık anayasa yargısı için katmerleşerek doğrulanmaktadır. Anayasacılığın özünün operasyonel bir kurumu olan anayasa yargısı da eğer hakları ciddiye almıyorsa hukuku da ciddiye almıyor demektir. Haklar kurumu bu nedenle oldukça hayatidir; zira o, çoğunluğun, azınlıklara vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü temsil eder.⁵⁰ Gerçekten de hakların anayasal düzeyde ciddiye alınması, özellikle “bölünmüş toplumlarda”, toplumsal katmanlar arasındaki ayrılık en şiddetli olduğu zaman, Dworkin’in belirttiği gibi eğer hukukun işlemesi gerekiyorsa ve isteniyorsa haklar ciddiye alınmalıdır.

Çünkü anayasa, bir normun geçerliliğine ilişkin ahlaki ve karmaşık problemleri bir potada eritmektedir. Doğru bir biçimde yorumlanırsa dahi anayasal haklar hayatın karmaşıklığı ve insan onurunun yüceliği karşısında etkisiz kalabilmektedir. Kaldı ki, anayasalar bireylerin tüm ahlaki haklarını kapsayıp kapsamadığı da ayrı bir sorundur. Dolayısıyla anayasal düzen, siyasi iktidar karşısında sahip olunan ahlaki hakları ciddi katkılar sunabilmekle birlikte yeterince koruyup geliştiremeyebilir. Bu hallerde anayasa yargısı hakları ciddiye alarak bireyin ahlaki varlığını ve onurunu koruyucu ve geliştirici bir tutumla var olmalıdır.

B. Anayasa Yargısı Alanını Genişleten Bir Akım: Yargısal Aktivizm

Kanunların anayasaya uygunluğunu anayasal denetim sonucunda anayasa yargısı sağlamaktadır. Gerek ülkemizde gerek Kıta Avrupası ve ABD’de anayasa mahkemesi kararları “yargısal aktivizm” çerçevesinde değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda yargısal aktivizm kimi zaman olumlu ve fakat çoğunlukla da olumsuz eleştirilere maruz kalmaktadır. Yargısal aktivizmin normların somutlaştırılması sürecinde yorumlama faaliyetine ilişkin olduğu söylenebilir. Yorum her ne kadar sübjektif bir zihinsel faaliyet olsa da anayasa metnlerinin objektif nitelikleri ortaya belirlenebilir, öngörülebilir değerlendirmeye-

⁴⁹ Ronald Dworkin, Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007, s. 248.

⁵⁰ Dworkin, (2007), s. 248.

lerin çıkması beklenir. Ancak özellikle kısa ve öz anayasaların soyut ve genel ifadeler içerdiği düşünülürse durum yargısal aktivizm bağlamında biraz daha olağanlaşmaktadır.

Yargısal aktivizm değerlendirmesi her ne kadar kavramsallaştırılmamışsa da daha önce de söz konusuydu. Doktrinde yargısal aktivizmi ortaya koyan çeşitli görüşler bulunmaktaydı. Gerçekten de yargıçların pozitif hukuk yaratma faaliyetleri “yargısal yasama” şeklinde ifade edilmekteydi ve o dönemlerde de yargısal yasama faaliyeti tartışmalara konu oluyordu. Nitekim Blackstone yargısal yasamayı ortak hukuk açısından olumlarken, buna karşılık Beentham söz konusu durumu yasama yetkisinin devre dışı bırakıldığı gerekçesi ile “zavallı bir safsata” olarak değerlendiriyordu.⁵¹ Kavram olarak ise yargısal aktivizm ilk kez akademik olmayan bir dergide yayımlanan bir makalede kullanılmıştır. Schlesinger, Ocak 1947’de Fortune dergisinde yazdığı bir makalesinde yargısal aktivizm kavramını ortaya atmıştır. Akademik bir kaygı gütmeyen bir makalede kullanılan yargısal aktivizm süreci içerisinde doktrinde oldukça hararetli tartışmalara konu oldu ve belirli bir olgunluğa erişti.

Görüldüğü gibi yargısal aktivizm anayasa yargıcının hukuku yaratmasındaki rolü ile hukuku değiştirmesindeki rolü arasında skalada değişim ve dönüşüme işaret etmektedir. Bu noktadaki tartışmalar ise anayasa yargıcının tutumu üzerinde odaklanmaktadır. Anayasa yargıcının yasama iradesinin tecellisi niteliğindeki kanunların iptal edilmesi veya anayasaya uygun yoruma tabi tutulması kuşkusuz demokrasi açısından tartışma konusu olması kaçınılmazdır. Ancak burada sorun demokrasi cephesinden gelen eleştirilerin anayasa yargıcının tutumu ve yargısal aktivizmi yerine anayasa yargısının varlığına yönelmesidir. Bu noktada artık anayasa yargısının ontolojik meşruiyetinin aşıldığı ve yargısal aktivizm konusunun tartışma konusu yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Demokratik bir hukuk devletinde kuşkusuz siyasetin yarışan değerleri anlamlıdır. Söz konusu bu yarışan değerler anayasal sorunları doğurur ve anayasal demokrasilerde mahkemelerin zor davlarda ne

⁵¹ Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004, s.1444. Ayrıca bkz. Ozan Ergül, Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, S. 104, 2013, s.42.

şekilde karar vermesi gerektiği önemlidir.⁵² Gerçekten de, sınırlı devlet iktidarını öngören ve bunu anayasanın yapısal hükümleri yanında, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıyla sağlayan anayasal demokrasiler için yarışmacı siyaset vazgeçilmez bir unsurdur. Kaldı ki bu durum siyasetin doğasında vardır. Dolayısıyla siyasal alanda yarışan değerlerin varlığı ve bunların korunması, bir diğer anlatımla siyasi özgürlüğün garanti edilmesi, keyfi iktidarın engellenmesinin de en büyük güvencesidir. Bu hukuk devletine ulaşmada da siyasal bir ön şarttır. Şu halde anayasa yargıcından beklenen, siyasetin bu yarışan değerlerine hakemlik yapmasıdır. Siyaset olgusunun kendi içerisinde hakemlik yapmasının riskleri karşısında, anayasa yargıcının hakemliği, onun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile pekişmelidir. Sorun, anayasa yargıcının bu yansızlığının nasıl gerçekleştirileceğidir. Fakat belirtmek gerekir ki bu yansızlık mutlak bir yansızlık olmaz. Nasıl olağan yargıçlar hukukun öngördüğü adalet düzenine bağlı kalarak tarafsızlığını bununla gerçekleştiriyorsa, anayasa yargıcısı da hukuk düzeninin adalet değerini ortaya koyan anayasaya bağlı kalarak tarafsızlığını sağlar. Bir diğer anlatımla, anayasa yargısının tarafsızlığı siyasetin yarışan değerlerinin değil, anayasanın tarafını tutmasına bağlıdır.⁵³

İşte yargısal aktivizm ve yargısal kendi kendini sınırlama yarışan değerlerle ilişkin kararların verilmesine ilişkin iki uç noktada bulunmaktadır. Yargısal aktivizm yarışan değerlere rağmen kendisel mahiyetinin bir gereği olarak anayasa hükümlerine yön tayinini belirlemeye dayanır. Dolayısıyla kanunilik, eşitlik gibi değerlerin anlamlarını anayasa yargıcısı somutlaştırmalıdır. Yargısal kendi kendini sınırlama ise anayasa yargıcının yarışan siyasi değerleri karşısında adeta nötr bir tutum takınmasını öngörür. Bu şekilde yargıçlar anayasal ilkeleri somutlaştırmak suretiyle verdikleri kararlara uygun bir yorumla ulaşabilir. Ancak Dworkin'e göre bu halde de, yargıçlar anayasa hükümlerini ihlal ederek "siyasal ahlakiliğe" saldırmış olacaklardır.⁵⁴

Posner ise, yargıçların ne tür gerekçelerle belirli bir yargı felsefesi ni benimsedikleri ya da belirli bir davada niçin o şekilde karar verdik-

⁵² Bkz. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 19. Baskı, Harvard university Press, Cambridge 2002, s. 137.

⁵³ Mehmet Tevfik Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 241.

⁵⁴ Dworkin, (2002), s. 137.

leri veya önceki kararlara neden uygunluk gösterdikleri ya da uymadıkları sorusundan daha çok “acaba yargıçlar rasyonel midir” şeklinde bir sorunun sorulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Posner’a göre “yargıçlar çocuksu bir şekilde her şeye kanan safların inandığı kadar veya hukuk mesleğindeki propagandacıların iddia ettiği kadar zeki olmayabilirler, ama rasyonel insanlardır”. Zaten anayasa koyucunun, yargıçların tutarlı ve cesur tutum takınmalarını sağlamak için yargıçlık ile ilgili teminatlar getirmesi de, onların rasyonel karar verebilmelerini gerçekleştirmek içindir.⁵⁵ Gerçekten de karar verme sürecinin ya da başka bir deyimle norm somutlaştırma sürecinin bir irrasyonel diğeri rasyonel iki yönü vardır. Anlamlandırma faaliyeti irrasyonel iken ortaya çıkarılan anlamlar arasından birinin seçilmesi ise rasyonel bir tercihtir.

Görüldüğü gibi hükme varma kuramları oldukça karmaşıktır. Fakat Dworkin’in belirttiği gibi en popüler kuramlar dahi yargılamayı yasamanın gölgesine koymaktadır. Buna göre hâkimler diğer kurumların yaptığı hukuku uygulamalıdır ve yeni bir hukuk yaratmamalıdır. İdeal olan her ne kadar bu olsa da uygulamada bu durum her zaman gerçekleştirilemeyebilir. Çünkü yasalar çoğunlukla belirsizdir ve yeni davalara uygulanmadan önce yorumlanmaları gerekir. Kaldı ki kimi davalar öyle yeni sorunlar meydana çıkarır ki, bunlara var olan kuralları genişleterek ya da yeniden yorumlayarak bile karar verilemez. Bu durumda, hâkimler kimi zaman, kapalı biçimde ya da açıkça yeni kural oluşturmalıdır. Fakat bunu yaptıklarında, yasayı, yasa koyucunun sorunla karşılaştığında yasalaştıracağını varsaydıkları şekilde yaparak, hakiki yasa koyucunun vekili gibi hareket etmelidirler. Bu oldukça tanıdık ancak sıradan öyküde, her zaman fark edilmeyen ileri bir itaat seviyesi saklıdır. Hâkimler norm oluşturdıkları zaman, sadece yaşamaya yardımcı olarak değil, vekil yasa koyucu olarak hareket edecekleri beklentisi de oluşur. Onlar, daha üstün bir kurumun kendi başına hareket ettiğindeki gibi, aynı özellikteki kanıt ve argümanlara karşılık olarak yasa oluşturacaklardır. Bu daha derin bir itaat ve bağlılık seviyesidir; zira hâkimlerin zor davalarda ne yaptığına yönelik herhangi bir yaklaşımı, yasa koyucuların sürekli ne yaptığına ilişkin

⁵⁵ Richard A. Posner, “Yargıçlar Neyi Maksimize Eder?” Çev. Mustafa Acar, Demokrasi Platformu, Y. 1, S. 2, 2005, s. 156-157.

daha önceki bir yaklaşım üzerinde asalak durumuna getirir. Bu daha köktenci itaat, dolayısıyla siyasi olduğu kadar kavramsaldır.⁵⁶

Kanaatimizce anayasal davalar çoğunlukla Dworkin'in belirttiği zor davalar niteliğindedir. Olağan mahkemeler gibi anayasa mahkemelerinin bu tür davalarda davranması, anayasa yargıçlarının olağan yargıçlar gibi tutum takınması beklenemez. Öte yandan anayasa yargıçları üzerinde siyasi bir vesayet de kabul edilemez. Şüphesiz anayasa yargıçları hukuku yaratacaklardır. Sorun hukukun değişiminde ve değiştirilmesinde saklıdır. Şu halde Dworkin'in belirttiği gibi esasında hâkimler ne vekil yasa koyucular olmalıdırlar ne de öyledirler. Dolayısıyla başka biri tarafından çoktan verilmiş siyasi kararların ötesine geçtiklerinde yasa koyculuk yaptıkları tanıdık varsayımı yanlış yönlendiricidir. O, siyaset teorisinde şimdi kaba bir şekilde ortaya konulan temel bir ayrımın önemini gözden geçirir. Bu bir taraftaki ilke argümanları ile diğer taraftaki politika argümanları arasındaki ayrımdır.⁵⁷

Gerçekten de politika argümanları Dworkin'in belirttiği gibi siyasi bir kararı, kararın bütün olarak toplumun kolektif bir amacını ilerlettini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırır. Örneğin uçak üreticilerine sübvansiyon verilmesi lehine, sübvansiyonun ulusal savunmayı koruyacağı argümanı, bir politika argümanıdır. İlke argümanları siyasi bir kararı, kararın bireysel bir hakka veya bir grup hakkına saygı gösterdiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırırlar. Ayrımcılığın önlenmesi yasaları lehine, bir azınlığın eşit saygı ve ilgiye hakkı olduğu argümanı bir ilke argümanıdır. Bu iki argüman türü siyasi argümanı tüketmez. Mesela, kimi zaman, körlerin vergi muafiyeti için fazladan gelir vergisine izin verme kararı gibi siyasi bir karar, politika ya da ilke gerekçelerindense kamu cömertliği ya da erdemi olarak savunulabilir. Fakat ilke ve politika, siyasi haklılaştırma için temel zeminlerdir.⁵⁸ Kanımıza politika argümanı ve ilke argümanı anayasal davalar için anlamsızlaşabilmektedir. Çünkü anayasacılığın özü tahrif edildiğinde, bu ayrımı yapmanın bir manası kalmaz.

İlkeler Dworkin'in kullandığı biçimiyle her ne kadar yerel ve geleneksel bir yönü olsa da hukukun genel ilkelerini de içeren evrensel il-

⁵⁶ Dworkin, (2007), s. 115-116.

⁵⁷ Dworkin, (2007), s. 116.

⁵⁸ Dworkin, (2007), s. 116-117.

kelerdir. Bu ilkelerin keşfi nasıl ki yargılama süreci için geçerlidir aynı şekilde yasama iradesi için de politik karar oluşum sürecinde geçerli olmalıdır. Bu şekilde haklar alanı evrensel ilkeler çerçevesinde korunabilir. Haklar alanı özerktir ve yasama iradesi haklar alanına müdahale edemez. Haklar alanının sınırını ise adalet, eşitlik ve özgürlük idesinin yeryüzündeki gerçekleşimi olan anayasacılık ve buna bağlı kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi oluşturmaktadır.

Anayasacılık ve bunun çalışma esası olarak anayasa yargısının temel hedefi hak ve özgürlüklerin tanınması, güvenceye bağlanması, gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesidir. Anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin esası haklar alanını bir yandan olabilecek muhtemel saldırılardan korumak diğer yandan geliştirmek ve genişletmektir. Dolayısıyla anayasa yargısında yargısal aktivizm de bu bağlamda değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Şu halde hesap şudur: Bir norm eğer anayasacılığın ahlaki temelini, yani bireyin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırıyorsa, bireyin özerk yaşam alanını ortadan kaldırıyorsa o norm hukuken yok sayılmalıdır.

Dolayısıyla bir norm eğer kuvvetler ayrılığını, hukuk devletini, çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırıyorsa söz konusu o norm hukuken yok sayılmalıdır. Çünkü bu halde söz konusu norm anayasacılığın ve dolayısıyla anayasacılığın çalışma esasının ahlaki temelini ortadan kaldırıyor demektir. Ancak eğer bir norm anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisinin ve anayasanın çalışma esasının yalnızca alanını daraltıyorsa, yani bunu tamamen ortadan kaldırmıyor veya çok ağır bir biçimde kısıtlamıyorsa bu halde anayasaya aykırı olduğuna hükmedilerek iptal kararı verilmelidir. Çünkü bu durumda anayasacılığın ahlaki temeli ortadan kaldırılmamakta ya da çok ağır bir şekilde ihlal edilmemekte yalnızca söz konusu ahlaki temelin, yani hak ve özgürlüklerin etkinliği azaltılmaktadır.

Bu karmaşık tartışmayı özetlemek ve sonuçlandırmak gerekir. Belirtmek gerekir ki anayasal düzenimiz belirli bir ahlaki teoriye dayanmaktadır, yani insanlar devlete karşı haklara sahiptir. Bill of Rights ve tabii ki anayasaların zor hükümleri, doğru uygulanma ve eşit koruma hükümleri gibi, belli anlayışlar koymaktan ziyade ahlaki kavramlara

başvurma olarak anlaşılmalıdır. “Bu yüzden, bu hükümlere uyma yükümlülüğünü tamamen hukuk olarak kabul eden bir mahkeme aktivist olmak zorundadır ve mantıken politik ahlakın sorularını dile getirmeye ve cevaplamaya hazırlıklı olmalıdır”.⁵⁹

Sonuç

Hukuk, insan hak ve özgürlükleri ortaya koyan, onu koruyan ve geliştiren bir değerler bütünüdür. Bu değerler dizisinin yönetim faaliyetine aktarılması ve somutlaştırılması⁶⁰ günümüzde anayasal demokrasi olarak ifade edilmektedir. İşte anayasal demokrasi modern görünüm biçimiyle günümüz demokratik hukuk devletinde hukukun kaynağını teşkil etmektedir. Bu kaynak anayasa yargısının alanını ortaya koymaktadır. Gerçekten de anayasa yargısının alanı demokratik hukuk devletindeki formüleştirmesi ile anayasal demokrasidir. Anayasal demokrasinin değiştirilmesi ise hukukun ve dolayısıyla anayasa yargısının alanının değiştirilmesi anlamına gelir.

Gerçekten de yasama daha hukukun yaratımı aşamasında hukuku değiştirebilmekte, yürütme hukuku ihlal ederek değiştirebilmekte ve nihayet yargı da hukuku uygulama aşamasında değiştirebilmektedir. Dolayısıyla anayasal demokrasiyi tehdit eden pek çok operatörden ve bunların değişkenlerinden bahsedilebilir. Buradaki konumuz ise yargı ve münhasıran anayasa yargısıdır. Anayasa yargısı yargısal aktivizm ile bir yandan hukuku değiştirebilmekte diğer yandan ise anayasa yargısının alanını genişletebilmektedir.

Peki, bu denli operasyonel bir konumda bulunan anayasa yargısının yargısal aktivizm gücü hangi halde meşru addedilebilir? Meşruiyet siyaset teorisinin en önemli sorunu olduğu gibi hukuksal bir sorundur da aynı zamanda. Kanımızca anayasa yargısının alanını genişleten yargısal aktivizm olgusu anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, insan hakları ve çoğul-

⁵⁹ Dworkin, (2007), s. 186.

⁶⁰ Hukuk, yargıçların davalara nasıl baktığını da ortaya koyar. İyi bir hukuk düzeni, yani bir diğer ifade ile demokratik bir hukuk devleti yargıcı da bu bağlamda eğitir. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge ve Massachusetts 1986, s. 1-3. Gerçi Aliefendioğlu'nun da belirttiği gibi “iyi yargıç varsa, kötü yasa yoktur”. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 239.

cu demokrasi ekseninde geliştiğinde meşru olur. Yoksa devlet aklı ve resmi ideolojinin yansıması olan bir yargısal aktivizm şüphesiz meşru değildir.

Kaynakça

- Aliefendioğlu Yılmaz, "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, s. 33. 29-68.
- Aliefendioğlu Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Aristotle, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.
- Arslan Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Arslan Zühtü, "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: 'Ve Çağında 'Ya-Ya Da'cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, 5-14.
- Arslan Zühtü, "Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7, 5-19.
- Arslan Zühtü, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2002, 1-22.
- Arslan Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, 274-293.
- Çağlar Bakır, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, 233-276.
- Dohering Karl, *Genel Devlet Kuramı*, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Dworkin Ronald, *Taking Rights Serously*, 19. Baskı, Harvard university Press, Cambridge 2002.
- Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge ve Massachusetts 1986.
- Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007.
- Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985.
- Erdoğan Mustafa, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, 1-22.
- Gülsoy Mehmet Tefik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Hobbes Thomas, *Leviathan*, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Semih Lim, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Holmes Stephen "Back to Drawing Board", *East European Constitutional Review*, C. 2, S. 1, 1993, 21-25.

- Hirschl Ran, "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000.
- Kaya Semih Batur, "Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkele-ri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 122, 2016.
- Kelly James B. ve Micahel Murphy, "Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Curt of Canada's Legal Rights Jurisprudence", *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, 3-27.
- Kmiec Keenan D., "The Origin and Currrent Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004.
- Machiavelli Nicolo, Prens, Remzi Kitabevi, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, 3. Basım, İstanbul 2016.
- Marmor Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 16. Baskı, Ankara 2016.
- Özbudun Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Posner Richard A., "Yargıçlar Neyi Maksimize Eder?" Çev. Mustafa Acar, *Demokrasi Platformu*, Y. 1, S. 2, 2005.
- Rosenfeld Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74, 2001, 1307-1351.
- Sancar Mithat, "Devlet Akı" Kısacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014.
- Schmitt Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- Sejersted Francis, "Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government", Der. Jon Elster ve Rune Slagstad, içinde *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Yüzbaşıoğlu Nemci, "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, Ankara 2004, 105-162.
- Waldron Jeremy, "Judicial Review and Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, 335-355.