

DEMOKRASİ, ANAYASA YARGISI VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Mustafa ERDOĞAN*

Hocam Prof. Dr. Ergun Özbudun'a saygıyla

ÖZET

Gerek demokrasi gerekse anayasal yönetim çağımızın önde gelen siyasi idealleri arasında yer almaktadır. "Anayasal demokrasi" terimi bu iki ideali birleştiren bir rejim modelini ifade etmektedir. Ancak bu terim aynı zamanda kendi içinde bir gerilimi de barındırmaktadır. Anayasacılıkla demokrasi arasındaki gerilimin en belirgin şekilde kendini gösterdiği alan "anayasa yargısı"dır. Anayasa yargısının demokratik meşruluğu sorunu son yıllarda Türkiye'de de tartışılmaktadır. Bu makalede Türkiye Anayasa Mahkemesi'yle ilgili asıl sorunun onun demokratik çoğunlukları anayasal yönetimin gerekleriyle sınırlamasından ziyade, ideolojik devlet iktidarı adına sınırlaması olduğu savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Demokrasi, anayasa yargısı, temel hakların korunması, Anayasa Mahkemesi*

DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL JUSTICE: THE TURKISH CASE

ABSTRACT

Democracy and constitutional government are considered two prominent political ideas today. "Constitutional democracy" represents the regime model which combines these two ideals. The term, however, contains a tension within itself, one between democracy and constitutionalism. This tension manifests itself more specifically in constitutional justice. Debate on the democratic legitimacy of constitutional review has recently been undergone in Turkey as well. In this paper I argue that the main problem with the Constitutional Court of Turkey is that it constrains elected majorities for the good of ideological state rather than by the demands of constitutional government, such as human rights and rule of law.

Key Words: *Democracy, constitutionalism, constitutional justice, protection of basic rights, Turkish Constitutional Court*

* Prof. Dr. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GİRİŞ

Demokrasinin bir siyasi ideal olarak yeniden canlanması modern bir olgudur. Antik Yunan tecrübesini bir yana bırakırsak, modernlik öncesi dönemde, hatta 19. yüzyıl ortalarına kadar, demokrasinin bugünkü gibi bir çekiciliği yoktu. Bunun da nedeni, esas olarak, demokrasinin öznesi olarak “halk” kavramının yakın zamanlara kadar şimdiki olumlu anlamı çağrıştırmamasıydı. Aşağı yukarı 19. yüzyıldan önce, bırakınız doğru bir siyasi örgütlenmenin referansı olmayı; “halk”a sıradan, hatta alt tabaka insanların oluşturduğu yığın, kuru kalabalık, “avam” nazarıyla bakılıyor ve genellikle de tehlikeli görülüyordu.

Bugün durum değişmiş ve halk demokratik meşruluk tartışmalarının odağına yerleşmiştir. Günümüz dünyasında demokrasinin paradigmatik örneği ise, bütün iddia edilen eksik-gediklerine rağmen, liberal demokrasidir. Modern liberal demokrasilerin ise başlıca iki özelliği var. Bunlar bir yandan temsili, öte yandan da anayasal rejimlerdir. Son on yıllarda demokrasiyi “halk yönetimi” idealine veya sahici bir halk yönetimine daha da yaklaştırmak amaçlı – katılımcı demokrasi, güçlü demokrasi, müzakereci demokrasi, radikal demokrasi gibi- teorik arayışlara rağmen, uygulamada var olan halâ esas olarak temsili kurumlara dayanan demokrasidir.

İkinci olarak, modern demokrasiler aynı zamanda “anayasal” rejimlerdir. Demokrasinin bu özelliği liberalizmden gelmektedir. Liberal siyaset teorisinin başlangıçtan beri temel amacı devlet iktidarını sınırlamak olmuştur. Bu da en kolay anayasal rejimlerde mümkün olmaktadır. Bu anlamda anayasa, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, frenler ve dengeler, “federalizm” gibi iktidarı sınırlama tekniklerinin kod adıdır. Günümüzde yazılı anayasa bu teknikleri kurumsallaştırmak için en uygun araç olarak kabul edilmektedir.

İşte liberal demokrasinin aynı zamanda anayasal bir rejim modeli olması onun “anayasal demokrasi” olarak adlandırılmasının da gerekçesini oluşturmaktadır. Ne var ki, liberal anayasa(cılık) ve demokrasi gerçek hayatta her zaman “anayasal demokrasi” teriminin ima ettiği kadar rahat bir ilişki içinde değildirler. Açıkçası, anayasacılıkla demokrasi, nitelikleri gereği, potansiyel bir gerilim içindedirler. Aslına bakılırsa, hemen hemen bütün toplumsal-siyasal idealler arasında bu türden gerilimler söz konusudur. Isaiah Berlin’in ısrarla dikkat çekmiş olduğu gibi, bu gerilim aslında değerlerin çoğulculuğunun objektif bir gerçek olmasından ve çoğu durumda bunların karşılaştırılmaz olmalarından kaynaklanmaktadır. Bunun bize tuhaf gelmesinin nedeni, bizim bütün “iyi”lerin birbiriyle uyumlu olduklarına sezgisel –ama yanlış- olarak inanmamızdır.

Liberal anayasacılıkla demokrasinin gerilim içinde olması uygulamada ya “anayasal demokrasi”nin iç dengesinin bozularak bu unsurlardan birinin diğerine baskın çıkmasına ya da rejimin anayasal bir demokrasi olmaktan büsbütün çıkmasına yol açabilir. Böyle olmaması ise, bir ülkedeki “anayasa mühendisliği”nin başarısına ve siyasi aktörlerin rol algılarına olduğu kadar, bu yazının konusu olmayan başka bazı siyasal, toplumsal ve kültürel faktörlere de bağlıdır.

II. DEMOKRASİ

Demokrasinin bir “halk yönetimi” olduğunu söylemek doğru olsa da yetersizdir ve onun mahiyetini kavrama konusunda sanıldığı kadar işe yarar değildir. Demokrasinin “yönetici seçkinlerin barışçı yoldan değişimi”ne imkân veren bir sistem olduğu da, “yönetimin halka karşı sorumluluğunu gerçekleştiren” bir rejim olduğu da söylenmiştir ki her ikisinin de bize demokrasi hakkında doğru bir şeyler söylediğine şüphe yok. Ama galiba demokrasiyi asıl karakterize eden özellikler bunlar değil, fakat onun “halk tarafından yönetim” olmasıdır. Halk tarafından yönetim ise, kamu siyasetiyle ilgili temel belirleyici kararların doğrudan veya dolaylı olarak bütün halk tarafından alınabilmesini gerektirir (Holden 1988: 5). Bu anlamda demokrasinin sahici bir toplumsal-siyasal ideal olduğu şüphesizdir.

Öyleyse, bir ilk hüküm olarak şunu hemen söyleyebiliriz: Kamu hayatıyla veya ortak yararlar ilgili temel kararların halk veya temsilcileri yerine bürokrasi tarafından alınması veya bürokratik kurumların temsili kurumları vesayet altında tutması demokrasiyle bağdaşmaz. Bunu kimi yazarlar “seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü” (Schmitter & Karl 1993) şeklinde ifade etmişlerdir. Bu duruma göre, bir siyasal sistem temel kamusal kararların alınması işine bürokratik organları ortak yaptığı veya bu organlar için mahfuz alanlar bıraktığı ölçüde demokrasiden uzaklaşmış olur. Bu uzaklaşma ilk bakışta sınırlı-anayasal devlet ilkesiyle meşrulaştırılabilir gibi görünse de, durumun her zaman böyle olmadığı da açıktır. Başka bir anlatımla, anayasacılık iktidarın sınırlanmasını gerektirse de, halk oyundan çıkmış olmayan organ ve makamların temsili-demokratik kurum ve mekanizmalara üstün gelmesini gerektirmez. Çünkü, demokratik anayasacılığın hedefi demokratik çoğunluğa dayanan siyasi iktidarı bürokrasi eliyle sınırlamak değil, iktidara insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi normatif sınırlar getirmektir.

Gelgelelim, bütün iktidarı halka vermesi de demokrasiye her şart altında güvenebileceğimizi göstermez. Teorik olarak demokratik çoğunlukların baskıcı olma ihtimali bulunduğunu idrak edebiliriz; ama şu var ki bu tehlike teorik bir ihtimalden ibaret değildir. Öyleyse, demokratik çoğunlukları da sınırlamaya ihtiyacımız var. Peki ama bunu demokrasi ilkesini reddetmeden

–diyelim, halkın ve temsilcilerinin üstüne başka bir güç çıkarmadan- nasıl yapabiliriz? Bunun galiba uygun bir yolu, halkın veya temsilcilerinin dahi karışamayacağı, başka bir ifadeyle kamusal kararlara tabi olmayacak konuların yazılı bir anayasayla belirlenmesidir. Söz gelişi, ahlâkî ve vicdanî meselelerde “doğru”nun ne olduğuna kamusal mekanizmalarla karar verilemez. Bu da esas olarak, sivil hakların anayasayla güvence altına alınmasıyla sağlanır. Lâiklik de özünde bu temel ilkeyle ilgilidir.

Bununla tutarlı olan başka bir yöntem ise seçilmiş organların aldıkları kamusal kararların bunlardan bağımsız bir organın denetimine tabi kılınmasıdır. Bunun da politik –dolayısıyla, demokrasi- bakımından en önemli olanı “anayasa yargısı”dır. Günümüzde anayasa yargısı genellikle anayasal demokrasinin bir gereği olarak görülmektedir. Böylece, hiç değilse bu alanda demokratik iktidarları sınırlama konusunda bürokratik bir organa yetki vermek anayasacılıkla meşrulaştırılabilir görünmektedir. Ne var ki, “hukukî” olacağı varsayılan bu denetimin ana referansı olması öngörülen “Anayasa”nın kendisinin hukuki olmaktan çok politik bir metin olduğu düşünülürse, anayasa yargısının hukukî olmaktan çok politik bir kurum olduğu ortaya çıkar. Bunun pratik anlamı ise “yargı denetimi”yle yapılan şeyin, yargı bürokrasisinin birçok durumda demokratik çoğunluklara ait olması gereken “siyaset-oluşturma” işlevine kendisini ortak etmesinden başka bir şey değildir.

III. ANAYASACILIK

Liberal siyasal teori tarafından tanımlandığı şekliyle “anayasacılık”ın klasik anlamı, yukarıda işaret ettiğim gibi, siyasi iktidarın sınırlanmasıdır.¹ Martin Loughlin’in anlatımıyla, anayasacılık “bir sınırlı devlet teorisidir ve esas olarak modern anayasaların hangi normları içermeleri gerektiğiyle ilgilidir.... Onu temel ilkeleri yargının bağımsızlığı, kuvvetlerin ayrılığı, bireysel haklara saygı ve anayasal normların koruyucusu olarak yargının rolü”dür (Loughlin 2010: 55). Dolayısıyla, Batılı anayasacılık geleneğinin hakim teması, geleneksel olarak, siyasi kurumları siyasi iktidarın kullanımını sınırlayacak şekilde düzenlemek olmuştur. McIlwain’ın ifadesiyle, anayasacılık, “keyfi iktidarın antitezi olarak” devletin hukuk yoluyla sınırlanmasıdır (Elkin 1993: 21). Amaç “istibdadın önlenmesi”dir.

Böylece, anayasacılık bir yandan siyasi iktidarın yapamayacağı şeyler olmasını, öbür yandan da keyfi ve baskıcı yönetimden kaçınmayı gerektirmektedir. İşte, “doğal haklar” olarak insan hakları birinci gereğe, hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ise ikinci gereğe karşılık gelir. Siyasi iktidarı sınır-

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan 2010: Birinci Bölüm.

lamanın bir yolu da, iktidarın tek bir elde toplanmasını önlemeye dönük kurumsal düzenlemelerdir ki bunların başında yatay ve dikey anlamda kuvvetler ayrılığı gelmektedir.

İktidarı sınırlama ihtiyacından elbette demokratik yönetimler de muaf değildir. Şüphesiz demokratik iktidarlar da anayasal ve yasal hadlerini aşma eğiliminde olabilirler ve böyle bir ihtimalin tehlikesi otokratik iktidarın yarattığı tehlikeden daha az olmayabilir. Çünkü, kendisini halkın yegâne meşru temsilcisi olarak gören bir iktidarın hak-hukuk tanımama eğilimi daha fazla olabileceği gibi, demokratik iktidarın bu türden sapmalarının çoğunluk tarafından meşru görülmesi kuvvetli bir ihtimaldir. Demokratik yönetimlerin bireysel özgürlükler için tehlike yaratma ihtimali onların gitgide genişleyen görev alanıyla da ilgilidir. Demokrasiler klâsik-liberal “koruyucu” devlet anlayışının ötesine geçerek “pozitif” projeler izledikleri ölçüde, kaçınılmaz olarak sivil alan aleyhine genişlerler. Onun içindir ki, “yeni” anayasacılığın temel sorunlarından biri, demokrasilerin, sınırlı devlet idealiyle sosyal refah siyasetlerini, keyfi yönetime kaymadan, nasıl bağdaştıracaklarıdır (Elkin 1993: 32).

Mamafih, “çoğunluk istibdadı” tehlikesini içinde taşıması demokrasinin anayasacılıkla büsbütün ilgisiz olduğunu kabul etmeyi gerektirmez. Anayasacılıkla demokrasi iki bakımdan birbiriyle bağlantılıdır. İlk olarak, Dieter Grimm’in belirttiği gibi, anayasanın bir işlevi “meşru yönetimi tesis etmek” olduğundan, kamu iktidarının demokratik kaynağını reddeden bir sistem modern anayasanın standartlarını karşılayamaz. Meşruluğun demokrasiden başka her ilkesi anayasanın işlevini tahrir eder (Grimm 2010: 9-10). Anayasacılıkla demokrasi arasındaki ikinci bağlantı noktası, anayasal hakların ve hukukun üstünlüğünün demokrasinin de temelini oluşturduğu gerçeğidir². Onun içindir ki, sivil ve siyasal hakların anayasal güvence altına alınmadığı yerde demokrasi ne kurulabilir ne de işleyebilir. Sartori’nin anlatımıyla (1995: 101-102), “halkın özgürleştirilmesi” halkı iktidarla donatmanın ön şartıdır. Daha temelde, kişisel öz-yönetimin demokratik kolektif öz-yönetimin fikri temeli olduğu da ileri sürülebilir.³

Anayasacılığın kurumsal bir gereği olduğu genellikle kabul edilen anayasa yargısının bir ülkede demokrasinin yerleşik hale gelmesine katkı yapacağı da düşünülebilir (Erdoğan 2005: 2-3). Bir kere, anayasa yargısı demokrasinin

² Petra Dobner (2010: 142) hukukun üstünlüğünün demokratik yönetimin zorunlu bir unsuru olduğuna inanmakla beraber, bu ilkenin teşvikinin veya desteklenmesinin kendiliğinden demokratik yönetimi de teşvik edeceği görüşünde değildir.

³ Bu argüman için bkz. Erdoğan 2010: 255-256.

kurulması aşamasında hem anayasanın üstünlüğünün ve hukuk devletin tesisine katkıda bulunabilir, hem de azınlık hakları dahil olmak üzere insan haklarını koruyabilir. Kimi yazarlar⁴ anayasa yargısının bu koruyucu rolünün demokrasi inşası bakımından hatta “kurucu” bir nitelik taşıdığını düşünmektedirler. İkinci olarak, anayasa mahkemeleri anayasal kuvvetler ayrılığını pekiştirmek ve kamu otoriteleri arasında hakemlik yapmak suretiyle de demokrasinin kurulmasına katkıda bulunabilirler.

Öte yandan, klasik anayasacılığın “çoğunluğun istibdadı” ihtimalinin önüne geçme kaygısı şüphesiz haklı olmakla beraber, seçilmiş iktidarları sınırlama isteğinin fazla ileriye götürülmesi halinde rejimin demokratik karakterinin ciddi olarak zayıflaması ihtimali de vardır. Çünkü, aşırı derecede sınırlanmış bir demokratik çoğunluğun halktan aldığı “vekâlet”in gereklerini yerine getirememesi durumunda, bir “demokrasi kaybı”ndan söz edebiliriz. Nitekim, böyle bir durumda, “kamu siyasetlerine ilişkin temel kararların halk veya onun temsilcileri tarafından alındığı” söylenemez. Marcus Llanque’nin (2010: 175) işaret ettiği gibi: “Bir yanda halk adına hareket eden temsilcilerimiz var, öbür yanda anayasa adına hareket eden anayasanın koruyucuları Kendisini en fazla “anayasa yargısı”nda gösteren anayasacılıkla demokrasi arasındaki bu gerilim daha temelde liberalizmle demokrasi arasındaki bir gerilimdir.

Bu gerilimi aşmanın “cumhuriyetçi” bir yolu olduğu, daha doğrusu, cumhuriyetçi bir rejimde bu türden bir gerilimden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bir örnek olarak Richard Bellamy’nin bu konudaki görüşlerine göz atabiliriz. Bellamy liberal veya hukuki anayasacılık ile “siyasi” anayasacılık arasında bir ayrım yaparak işe başlamaktadır. Liberal-hukuki anayasacılık, siyasi iktidarı insan hakları ve hukukun üstünlüğüyle sınırlamayı esas alır ve bu anayasal değerleri koruma görevini yargıya verir. Oysa, siyasi anayasacılık bakış açısından, haklar üzerinde bir mutabakatı veri olarak alamayız, aksine onlar siyasetin somut şartlarının bir parçası durumundadırlar. İnsan hakları gerek kapsamı, gerekse içerikleri ve sınırları bakımından tartışmalı olduğundan, bunların kararlaştırılmasını demokratik siyasal sürece bırakmak gerekir. Hukukun üstünlüğüne gelince, onun da demokrasinin bir sınırı olması şöyle dursun, kendisi demokratik süreçlerden türer. Ayrıca, demokrasi gerek haklara gerekse eşitliğe ilişkin fikir ayrılıklarını çözmede yargısal sürece göre daha kapsayıcı ve tarafsız bir kamusal muhakeme örneği oluşturmaktadır (Bellamy 2007: 4-5, 25-26, 82).

⁴ Örneğin Linz ve Stephan (1996: 19).

IV. ANAYASA YARGISI VE DEMOKRASİ

Anayasacılıkla demokrasi arasındaki gerilim en belirgin şekilde “anayasa yargısı” alanında ortaya çıkar. Jeremy Waldron (2006: 1348, 1353) kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin hür ve demokratik bir toplumda doğru bir nihai karar verme yolu olmadığını ileri sürmüştür. Çünkü, anayasa yargısı haklarla ilgili sorunların nihai çözümünde seçimle gelmiş olmayan ve sorumlu tutulamayan az sayıda yargıç kendi aralarında çoğunlukla aldıkları kararlarla sıradan vatandaşları (oy) haklarından mahrum etmekte ve temsil ve siyasi eşitlik gibi demokratik ilkeleri bir yana bırakmaktadır. Jan-Erik Lane de “güçlü yargı denetimi”nin⁵ demokrasiyle bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmektedir. Ona göre, “güçlü yargı denetimi” sisteminde, eninde sonunda, anayasa yargısı görevi yapan mahkeme ile ulusal meclis arasında yasama yetkisini kimin kullanacağına dair bir ihtilâf çıkması kaçınılmazdır. Çünkü, ABD örneğinde bu sistem siyaseti “yargısal-laştırma” yoluyla demokrasiyi kısıtlama sonucunu doğurduğu gibi; Almanya, İtalya ve Fransa gibi birçok Avrupa ülkesinin tecrübesi de aynı dersi vermektedir (Lane 2010: 82).

Ne var ki, öteden beri “anayasa yargısı”nın liberal anayasacılığın bir gereği olduğu ifade edilir. Liberal anayasacılık anayasal hakları hem siyaset-öncesi saydığı hem de bunları demokrasinin ön-şartı olarak gördüğü için, bu hakların demokratik karar mekanizmalarına konu olmaması ve bunlarla ilgili anlaşmazlıkların yargının “tarafsız” hakemliğine bırakılması gerektiğini ileri sürer. Böylece, hak-temelli bir yargı denetiminin anayasal hakları herkes için garanti etmek ve korumak suretiyle hem azınlıkta kalanların haklarını güvence altına alacağı hem de daha genel olarak çoğunluk istibdadının önüne geçeceği varsayılır.

Amerikan anayasasının fikri temellerini atanlardan James Madison’a göre, yargı “her zaman Anayasanın (öngördüğü) siyasi haklar için en az tehlikeli” kuvvet olacağından, yargıçların Anayasaya aykırı kamu işlemlerinin geçersiz olduğuna karar verme yetkisiyle donatılmaları gerekiyordu (zıkr. Loughlin 2010: 57). Amerikan sistemi, bu anlayışa uygun olarak, siyasetin bütün önemli meselelerini anayasal sorunlara dönüştürme eğilimindedir (legalism); böylece bütün anayasal meseleler anayasal haklar sorunlarına dönüşmekte ve

⁵ Lane bu terimle, mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip oldukları sistemleri kastetmektedir. Bkz. Lane 2010: 77. Waldron’a (2006: 1354) göre ise, “güçlü yargı denetimi” mahkemelerin bir kanunu belli bir davada uygulamama veya onun etkisini birey haklarıyla uyumlu olacak şekilde değiştirme yetkisine sahip oldukları sistemleri ifade etmektedir.

çözüm için yargı önüne gitmektedir. Üstelik Amerikan sistemi bu bakımdan istisnai de değildir; değişken derecelerde olmak üzere başka anayasal rejimler de aynı yolu izlemektedirler (Loughlin 2010a: 357-358). Ne var ki, bu duruma demokratlar ve cumhuriyetçiler genel olarak kuşkuyla yaklaştıkları gibi, bu yönelişin arkasındaki varsayımlar empirik olarak da itiraza açıktır.⁶ Esasen liberal-hukuki anayasacılığın –başta anayasa yargısının anayasal değerleri korumadaki rakipsiz rolü olmak üzere- kimi varsayımları üstünde liberaller arasında da mutabakat yoktur. Meselâ, liberal kanatta Jeremy Waldron (2006) yargı denetimine, onun hem demokratik olmadığı hem de insan haklarını korumada yasama organlarından daha başarısız olduğu gerekçeleriyle, sert biçimde karşı çıkmaktadır.

Yargı denetiminin anayasacılığın veya anayasal demokrasinin odağına yerleşmesine yol açan en önemli etken, insan haklarının anayasallaştırılması eğiliminin yaygınlaşması ve gitgide güç kazanmasıdır.⁷ Anayasal hakların çoğunluk yönetiminin aşırılıklarına karşı kişiler için en önemli güvenceyi oluşturacağı kabul edilmektedir. Ancak burada mesele, bu hakların gereklerinin neler olduğuna karar vermeye hangi organın yetkili olacağı meselesidir. Yargı denetimi taraftarları hakların anayasallaştırılmasının anlamlı olması için onların içeriğini belirleme yetkisinin yargıda olması gerektiğini ileri sürerler. Larry Alexander’a göre (2011: 20-21), anayasa kurallardan oluştuğu sürece, yapılması gereken bu kuralların yorumlanması yetkisini mahkemelere vermektir. Anayasal olanları dahil olmak üzere hukuk kurallarını yorumlamak söz konusu olduğunda bir mahkeme demokratik yasama organından daha avantajlı konumdadır. Bilinçli olarak yazılı bir anayasanın yapıldığı bir durumda, mahkemeler kuralların doğru anlamını belirlemede daha iyi donanımlıdır. Buna karşılık, eğer bir anayasa standartlar içerirse, o zaman durum farklıdır. Standartlar karar vericiye kurallarla sınırları çizilmiş bir alanda “doğru şey”i yapmasını söylerler. Mahkemelerin ahlâk ve siyaset meselelerinde yasama veya yürütme organlarından zorunlu olarak daha iyi akıl yürüteceklerini varsaymak için hiçbir neden yoktur. Ama standartların somutlaştırılması yetkisini mahkemelere bırakmaya karşı da bir demokratik ilke söz konusu değildir. Onun için, eğer mahkemeler standartları somutlaş-

⁶ Nitekim, Birleşik Krallık, Hollanda ve Belçika gibi liberal demokrasilerde anayasa yargısı yoktur.

⁷ Hakların anayasallaştırılmasının yargı denetiminin kurumsallaştırılmasına, bunun da bağımsız yargının güçlenmesine yol açtığı genellikle kabul edilmekle beraber; Belge (2006) Türk Anayasa Mahkemesi’nin yargısal tutumu hakkında yaptığı araştırmada yargı bağımsızlığı, yargının güçlenmesi ve hakların genişlemesi arasında otomatik bağ kuran varsayımların yeniden düşünülmesini gerektirdiği sonucuna varmıştır.

tırmada bilgi ve motivasyon bakımından yasama organına üstün iseler, o zaman bu görevi onlara vermek gerekir.

Yargı denetimini –daha özel olarak, anayasa yargısını- savunanlar yargıçların haklar meselesini yasama organlarından daha titizlikle ele aldıklarını ileri sürmektedirler. Bu iddiaya göre, yargıçlar popülist baskılardan korunmuş bir şekilde karar verdikleri için, meseleyi pazarlıkçılık yerine ahlâki ilkeler ve hukuk temelinde tezekkür etme imkânına sahiptirler (Bellamy 2007: 35). Meselâ, Alexander Bickel’e göre, yasama organlarının bu konudaki zayıflığı, bir yandan onların yerleşik ilkelere saygı göstermemelerinde ve tutarlı bir ilkeli kurallar bütününe atıfta bulunmamalarında kendisini gösterirken, mahkemeler ise aksine meseleleri ilkeli olarak ele almada üstün bir yeteneğe sahiptirler. Bickel’in atıfta bulunduğu ilkelerin, kaynağını “toplumun kalıcı değerleri”nde veya “toplumun temel siyasi ahlâkı”nda bulan ilkeler olduğu anlaşılmaktadır. Ona göre, Yüksek Mahkeme “toplumun temel ilkelerini geliştirmek ve uygulamakla görevli bir kurum”dur (Hirschl 2004: 187-188; Loughlin 2010a: 360).

Ne var ki, Bickel her ne kadar Mahkemenin bu ilkeleri “anayasanın metninden, tarihten veya kendi önceki kararlarından” çıkaracağını ifade etmekteyse de, bu “tecrübe birikimleri”nin veya “empirik yardımcıları”nın sadece “ilham kaynakları, düşünce teşvikçileri, halet-i ruhiye yaratıcıları” olduklarını da belirtmektedir. Yani bunlar mahkeme hükmünün zeminini oluşturur, onu şekillendirirler, ama onun kaynağı değildirler (Loughlin 2010a: 361)⁸. Bu duruma göre, söz konusu değer ve ilkelerin neler oldukları tartışmasız bir şekilde belirlenemez, dolayısıyla bunları belirleme yetkisini mahkemeye vermek ona keyfilik ruhsatı tanımak, onun kendi yargısını başkalarına dayatmasına onay vermektir. Her halükârda, ahlâki ilkeler söz konusu olduğunda, yurttaşlar arasında fikir ayrılıklarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu durumda, yargıçlar kararlarını çoğu zaman kendi tartışmalı ahlâki görüşlerine dayandıracaklar demektir. Böylece, hakimleri kamu oyunun baskısından yalıtılmış, seçilmiş çoğunlukların iradesine karşı kendi kararlarını dayatacak şekilde ayrı bir sınıf haline getirmek onları müstebit olmaya itebilir (Bellamy 2007: 40).

⁸ Griffin (1996: 124) Alexander Bickell’in yargı denetimini bu şekilde meşrulaştırmasını konuya ilişkin tartışmaya yapılmış en etkili katkılardan biri olarak nitelendirmektedir. Loughlin de (2010a: 360, 362) buna benzer şekilde, Bickel’in kapsamlı yargı denetiminin ustaca bir meşrulaştırmasını sunduğunu ve onun anayasal hakları ulusun siyasi ahlâkının temel ilkelerinin ifadeleri olarak tanımlamasının yargı denetimi hakkındaki daha sonraki tartışmanın çerçevesini çizdiğini belirtmektedir.

Yargı denetimi taraftarlarının kendi tezlerini desteklemek üzere dayandıkları temel varsayım bu kurumun hakların –ve bu arada azınlık haklarının- korunması bakımından vazgeçilmez olduğudur. Oysa, Jeremy Waldron (2006: 1366-1368) mahkemelerin hakların korunup geliştirilmesine yasama organlarından daha fazla hizmet edeceğini varsaymanın doğru olmadığını ileri sürmüştür. Çünkü, ona göre de, haklarla ilgili konularda yurttaşlar arasında fikir birliği olduğunu varsaymak yanlıştır. Aksine, hangi hakların var olduğu ve hakların anlamı ve kapsamı konularında toplumda esaslı bir anlaşmazlık vardır. Haklar konusunda yurttaşlar arasında var olan fikir ayrılıklarını “irrasyonel” veya “gayrı makul” sayamaz veya bunu onların hakları ciddiye almadıklarına yoramayız. Bu konuda samimiyetsizlik veya bilgisizlikten, kötü niyet veya ahlâkî zaafıtan kaynaklanan ihtilâflar olabilir de, çoğu durumda haklar konusundaki görüş ayrılıkları gayet makul ve iyi niyet eseri olabilir. Onun için, haklarla ilgili karmaşık ve çetrefil sorunlarda insanların görüşlerinin her zaman ortak bir görüşte birleşeceğini ummak makul değildir.

Waldron’ın argümanı şöyle devam ediyor (Waldron 2006: 1369-1373): Haklar konusundaki fikir ayrılıklarından kaçınamayacağımıza göre, bu anlaşmazlıklara rağmen toplumun ortak eylem için bir temel bulması gerekiyor. Başka bir anlatımla, toplumun üyeleri haklar konusunda farklı görüşlere sahip olmalarına rağmen, bu anlaşmazlıkları çözmek üzere bir karar usulünün meşruluğuna ilişkin bir teoriyi paylaşmalarına ihtiyaç vardır. Demokratik bir toplumda bunu yaparken de, bu anlaşmazlıkların her birinin her iki tarafındaki insanların gerekçelerini göz önünde tutmak zorundayız. Bu konuda, haklarla ilgili anlaşmazlıkları çözecek bir karar usulünü tasarlamada veya değerlendirmede başlıca iki tür gerekçe söz konusudur: “sonuçla-ilgili” (outcome-related) gerekçeler ve “süreçle ilgili” (process-related) gerekçeler. İlki, uygun sonucu (yani, iyi, adil veya doğru kararı) elde etmeyi sağlayacak bir karar usulünü amaçlarken, ikincisinde uygun sonuca ilişkin düşüncelerden bağımsız olarak kararı kişinin oluşturması veya ona katılması esas alınır. Birçok durumda, sonuçların kendisi tartışmalı olacağından, “sonuçla-ilgili” gerekçelerden kaçınmak gerekir. Anlaşmazlık bir veri olduğuna göre, burada mesele, her iki tarafça da meşru kabul edilebilecek bir usul tasarlamaktır.

Haklar söz konusu olduğunda, onları en iyi, mümkün olan en az yan etkiyle birlikte, mahkemelerin uygulayacakları ileri sürülmüşse de, mahkemeler haklar konusunda her zaman iyi kararlar vermezler. Mahkemelerin haklarla ilgili anlaşmazlıkların ortaya çıkardığı ahlâkî sorunlar doğrudan doğruya ele almalarını zorlaştıran şeyler vardır. Öte yandan, yasama organlarını kısmi çıkarların yönlendirmesi gibi, aynı türden çıkarların baskısı yüzünden yargıçlar da hakları ihmal edebilirler. Hakların korunmasıyla ilgili olarak mah-

kemeler lehine ileri sürülen “sonuçla-İlgili” avantajlar da tartışmalıdır. İlk olarak, mahkemelerin haklarla ilgili sorunları somut bireysel durumlarda ele aldıkları söylenirse de, sorunu genellikle genel terimlerle ele alan yüksek mahkemeler için bu doğru olmadığı gibi; yasama sürecinin de bireysel durumları gözeten yanları vardır. Yasama organları münferit bir olayın milyonları etkileyen haklara ilişkin önemini takdir etmekte çok daha iyi durumda olabilirler. İkinci olarak, mahkemelerin kararları için gerekçeler ortaya koydukları oysa yasama organlarının bunu yapmadıkları –veya bihakkın yapmadıkları- iddiası da doğru değildir. Mahkemelerin kanunların anayasa uygunluğunu denetlerken verdikleri gerekçeler nadiren tam bir müzakereci tartışmayla oluşturulmuş gerekçelerdir (Waldron 2006: 1376-1383).

Buna karşılık, süreçle ilgili gerekçeler bizatihi sürecin hakkaniyeti veya başka özellikleri üzerinde odaklanırlar ve dolayısıyla yasama organlarından yanadırlar. Çünkü, yasa koyucular düzenli olarak kendi seçmenlerine hesap verirler, oysa yargıçlar için bu doğru değildir. Sonuç olarak, sonuçlara öncelik veren yaklaşım mahkemeler lehine bir argüman olmadığı gibi (hatta aksine yasama organından yanadır), süreci esas alan argüman da hemen hemen tamamen yasamadan yanadır (Waldron 2006: 1386, 1393).

Buna karşılık, Horacio Spector yargısal sürecin kamusal müzakerenin düşünüp-taşınmaya dayalı bir şekilde gerçekleşecek şekilde yapılandırılabilirliğini müzakereci demokratların göremediklerini ileri sürmüştür. Yazar bu noktada hem Alexander Bickel’in hem de Owen Fiss’in görüşlerine başvurmaktadır. Bickel’e göre, yasama organları kısa vadeli çıkarları gözeten politikaları belirleyebilirlerse de, prensip meselelerini ele almada mahkemelerin yasama ve yürütme organlarının sahip olmadıkları belirli bazı yetenekleri vardır (Spector 2003: 319) Fiss’e gelince, o da yargının “müzakereci” (deliberative) işlevleri üzerinde durmaktadır. Ona göre, yargıcın hem bir diyaloga katılmak durumunda olması, hem de davacı ve davalılardan bağımsız konumda bulunması onun kararlarının objektif ve tarafsız nedenlere dayanmasına imkân vermektedir. Diğer vatandaşlar karşısında kişisel veya entelektüel kapasiteleri nedeniyle değil fakat yargısal işlevin yapısı sayesinde, yargıçlar Anayasada yer alan soyut değerlere somut olarak anlam verme ve onları tutarlı ve bütünlüklü bir siyasi moralite içinde ifade etme özel rolüne sahiptirler. Dolayısıyla, yargısal diyalog demokratik tezekkürden alıkoymak yerine ona katkı yapar (Spector 2003: 319-320).

Kısaca, eğer yüksek mahkeme anayasa konvansiyonlarında (kurucu meclislerde) vuku bulan türden tarafsız müzakereyi üretebilirse, anayasa yargısı yasama süreçlerinin müzakere eksikliklerini düzeltebilir. Nitekim, John Rawls Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin tam da kamusal aklın yönlendirdiği bir müzakereyi gerçekleştirebildiğini iddia etmektedir. Öte yandan, taraf-

sızlık sadece evrensel ilkelere dayanan bir müzakereyi değil, fakat aynı zamanda somut durumlarda ortaya konan bütün iddiaların dikkatli bir değerlendirilmesini de gerektirir. Yasama müzakeresi ise bu noktada hata yapabilir. Oysa, mahkemelerin somut durumlar üzerinde yoğunlaşması, yasama organında müzakerelerin genel düzeyde yürütülmesinden kaynaklanması muhtemel taraflılığa çare olabilir. Yargısal sürecin başka bir avantajı da hakların çatışmasının ancak somut şartları göz önünde bulundurarak çözülebilemesiyle ilgilidir (Spector 2003: 321-323).

Şu var ki, yargısal sürecin yasama organının karar-verme sürecinden daha güvenilir olduğuna veya yargının yasama sürecinin iddia edilen kusurlarını telâfi edeceğine ilişkin tezler, Griffin'in dikkat çektiği gibi (1996: 123), çoğu zaman ideal bir Mahkemeyi ideal olmayan yasama süreciyle karşılaştırmaktadır. Böylece, yargı denetiminin meşruluğu, onun çıkar gruplarının yarışmasına dayanan siyasi süreçlere nispetle düşünme ve tartışmaya daha fazla yer verdiği iddiasına dayandırılır. Oysa, yapılması gereken, ideal olmayan yasama sürecini ideal olmayan yargı süreciyle karşılaştırmaktır. Kaldı ki, yargısal sürecin çıkarlardan arınmış şekilde "kamusal muhakeme"nin gereklerini yasama sürecinden genel olarak daha iyi karşıladığı iddiası da tartışılabilir. Yargının yasamanın kusurlarını telâfi edebileceği iddiası da pek sağlam değildir. Waldron'un (2006: 1405) belirttiği gibi, kimi durumlarda yargının müdahalesi toplum içindeki ayrı ve soyutlanmış azınlıkların haklarının korunmasına hizmet edebilirse de, kurumsal olarak yargının bu meseledeki istekliliği işleri daha kötüleştirebilir veya en azından çok daha iyi hale getirmeyebilir. ABD'de 1950'ler 1960'larda olduğu gibi, ırk ayrımı meselesinin nihai çözümü yasamanın Sivil Haklar Kanunu'nu çıkarmak suretiyle konuya müdahalesini gerektirmişti.

Richard Bellamy'ye göre (2007: 37-38, 41), hak-temelli bir yargı denetiminin çoğunluk istibdadı tehlikesini önlemek bakımından demokratik mekanizmalardan daha elverişli olduğu kesin değildir. Aksine, bütün yurttaş görüşlerini temsil ettiği ölçüde yasama organı bu konuda daha hakkaniyetli karar verebilir. Keza, yasama organında temsilciler genellikle onları seçen milyonlarca seçmenin genel görüşlerini takip ederken, yargısal oylamada tek bir ekzantirik görüş son derece etkili olabilir. Waldron ise sorunu şöyle ortaya koyuyor: Demokratik çoğunluğun karar-vermesi istibdadı azaltır, çünkü bu durumda karar belirli kişileri katılımdan müstebitçe alıkoyan bir tarzda alınmamıştır (Waldron 2006: 1396). Kaldı ki, mahkemelerden çoğunluk karşıtı rol oynamalarını beklemek azınlıklar ve dezavantajlılar söz konusu olduğunda gerçekçi olmayabilir; çünkü, mahkemeler birçok durumda azınlıklara karşı çoğunluk görüşünü izleme eğilimindedirler. Nihayet, Mark Tushnet'in de belirttiği gibi (1999: 108), yargıçlar da büsbütün çıkarlardan

arınmış değildirler. Yeniden seçilmek peşinde koşan milletvekilleri gibi, onlar da pekâlâ yakınlık duydukları şu veya bu grup –hukukçu akademisyenler, köşe yazarları, siyasi hayatta aktif olan eski arkadaşları- nezdinde itibar kazanmak isteyebilirler.

Öte yandan, teorik olarak, anayasa yargısı organları demokratik çoğunluğun çıkardığı kanunları “anayasaya aykırılık” gerekçesiyle geçersiz kılarlar. Ne var ki, yukarıda işaret edildiği gibi, anayasanın kendisinin siyasi bir metin olduğu gerçeği karşısında, “anayasaya aykırılık”ı belirlemek hiçbir zaman teknik-hukuki bir işten ibaret değildir. Anayasa yargısında hüküm-verme yargısal hüküm-vermenin diğer türlerinden farklı olduğu gibi, anayasanın kendisi de başka hukuk biçimlerine benzemez. Gerçekten de, siyasi ve ahlâki ideallerle ilgili terimler kullanan anayasa hükümleri olağan hukuk kurallarının kimi özelliklerinden yoksundurlar. Değer yüklü ve genellikle soyut olan bu kurallar yargıçlara kesin bir yol göstermez ve dolayısıyla onlara alışılmadık ölçüde güç verirler (Griffin 1996: 128, 126-127)⁹. Bunu tamamlayıcı bir nokta olarak, hakimlerin hukuk kavram ve teorilerinden yararlanma konusunda seçmeci davranma eğiliminde olduklarına da işaret etmek gerekir. Söz gelişi, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin genel performansından hareketle Mark Tushnet (1999: 156) şu sonuca varmaktadır: “(Mahkemenin hakimlerinin) genel eğilimi, kendilerini gitmek istediklere yere götürecek teorileri arayıp bulmak, buna karşılık kendilerini kabul edilemez sonuçlara götürecek olan bir teoriyi hemencecik bırakmaktır.”

Ayrıca, Alexander Bickel’in işaret ettiği gibi, bir kanunun anayasaya aykırılığı çoğu durumda apaçık olmaktan ziyade birisi tarafından kararlaştırması gereken bir siyaset meselesidir. Anayasal sorunlarda Yüksek Mahkeme’nin karar verirken yaptığı şey, halkın iradesini anayasanın metninden okumak değildir. Aksine o tartışmalı, dolayısıyla normal olarak siyasi sürece bırakılması gereken türden değer yargıları, vermek zorundadır.¹⁰ Çünkü, mahiyeti icabı hukuki olmaktan çok “politik” bir metin olan anayasanın birçok hükmü farklı siyasi-ideolojik anlayışlara göre değişik sonuçlar üretmeye elverişlidir. Kaldı ki, bir kanunu iptal eden veya etkisiz kılan bir mahkeme, bunu yaparken anayasal ve hukukî sınırlara bihakkın riayet etmiş olsa bile, sonuçta

⁹ Larry Alexander (2011: 20-21) bir anayasa sadece kurallardan oluşsa ve hiçbir standarda yer vermeseydi bile, mahkemelerin bu kuralları yorumlamak için doktrinleri belirlerken ahlâki ve başka pratik mülâhazalara başvurmaları zorunda olacaklarını belirtirken aynı noktayı kabul etmektedir.

¹⁰ Zikr. Griffin 1996: 122. Belirtmek gerekir ki, Bickel bu noktayı anayasa yargısının kaldırılması veya ciddi ölçüde kısıtlanması gerektiği düşüncesiyle değil, fakat Amerikan sisteminde Yüksek Mahkeme’nin olması gereken rolünü belirleme amacıyla vurgulamaktadır.

parlamentonun belli bir konudaki politik tercihini geçersiz kılmaktadır. Bellamy'nin hatırlattığı gibi (2007: 166), bir mahkeme hükmünün gerekçeleri uzman hukukçular arasında bile nadiren tartışılmaz olduklarından, aslında o hükmü oluşturan çoğunluğun yaptığı, anayasa mahkemesi üyesi konumuna sahip olmaları sayesinde kendi görüşlerini başka herkese dayatmaktır. Onun için, birçok durumda bir kanunun iptali demokratik çoğunluğun belli bir siyaset tercihinin bürokratik bir organ tarafından geçersiz kılınması anlamına gelecektir. Bunun herhangi bir rejim için değil ama “demokratik” bir sistem için bir problem teşkil ettiği açıktır.

Anayasa yargısı başka bir yönüyle de, siyasî sorunları çözme işinin mahkemelere bırakılması anlamına gelir. Ne var ki, mahkemelerin bu şekilde siyasîleşmesinin “devletin hukukla sınırlanması” amacına hizmet edeceği hiç de kesin değildir. Çünkü, mahkemeleri politik aktörler olarak davranmaya iten bu tercihten devleti özgürlükler lehine sınırlama iradesinin çıkması garanti olmadığı gibi, siyasî saiklerin ağır bastığı mahkeme kararlarından da devleti sınırlayacak bir “hukuk” çıkmayabilir. Açıktır ki, politik mülâhazaların ağır bastığı kararlar sırf mahkemelerden sadır oldukları için “hukuk” olmaz veya hukuk otoritesine sahip olmazlar.¹¹

Burada söz konusu olan demokrasi kaybı “müdahaleci yargı” (yargısal aktivizm) durumunda daha da belirgin hale gelir. Müdahaleci yargıdan kastım, demokratik çoğunluğun tercihlerinin yerine kendi siyasi-ideolojik tercihlerini geçirme konusunda istekli olan mahkemelerin tutumudur. Başka bir anlatımla, müdahaleci tutum sergileyen mahkemeler “kamu yararı”nı belirleme konusundaki nihai otoriteyi parlamento ve hükümet yerine kendilerinde görür veya en azından bu konuda temsili kurumların ortağıymışçasına hareket ederler. Ne var ki, mahkemelerin hukuk yaratma yetkisine aslen sahip olmadıkları, “common law” sistemleri dışındaki (Türkiye gibi) ülkeler bakımından bu sadece bir demokrasi sorunu değil, fakat aynı zamanda bir hukukilik sorunudur.

V. TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ

Türkiye'nin siyasi rejimi ilk bakışta anayasacılık-demokrasi geriliminin paradigmatik bir örneği olarak görülebilir. Nitekim, demokratik çoğunluğun hareket alanını sınırlayan muhtelif anayasal kurumların varlığı birçoklarınınca

¹¹ Martin Loughlin (2010a: 299-300) Amerika Birleşik Devletlerinde anayasanın yorumunda Yüksek Mahkeme'nin gitgide artan rolünün siyasi alanın yargı tarafından ele geçirilmesiyle sonuçlandığına, bunun da siyasi çekişme konusu haline geldiğini hatırlatarak, bu durumun Anayasanın kendisini gündelik siyaset meselesi haline getirdiğine dikkat çekmektedir.

anayasal bir rejimin gereği olarak takdim edilmektedir. Bu anayasal kurumlar arasında Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere yüksek yargının seçkin bir yeri var. Yaygın bir görüşe göre, anayasa yargısının demokratik olmadığı ithamı yersizdir, çünkü –ABD bağlamında söylendiği gibi- Birleşik Devletler saf veya çoğunlukçu bir demokrasi olarak değil, fakat anayasal bir demokrasi olarak kurulmuştur. Tam da anayasanın varlığı demokratik bir çoğunluğun iradesi üstündeki kısıtlamaları meşrulaştırır (Griffin 1996: 103; Barnum 1993: 252-253). Horacio Spector’un anlatımıyla (2003: 334), eğer demokrasi kamusal müzakere, özerklik veya siyasi eşitlik rejimi olarak anlaşılırsa, yargısal denetim demokrasi ile bir gerilim içinde değildir. Anayasal demokrasi kamusal müzakereyi geliştirir ve özerkliğe ve siyasi eşitliğe uygundur.

Ne var ki, anayasacılıkla demokrasi arasında aslında bir gerilim olmadığı görüşü, yukarıda gösterdiğimiz gibi, tartışmalıdır. Mark Tushnet’in dediği gibi, “anayasal demokrasi” terimi kendi içinde bir gerilim taşımaktadır. Çünkü, “demokrasi kendi kendini yönetme anlamına gelirken, anayasacılık kendi kendini yöneten halkın tercihlerine sınırlar getirilebilmesini gerektirmektedir.” (Tushnet 2003: 353). Ama genelde böyle bir gerilim söz konusu olmasa bile, Türkiye’nin durumunun bu bağlam içinde görülebileceği de son derece şüphelidir. Kanaatimce, Türkiye’de var olan, anayasacılık-demokrasi geriliminden öte, doğrudan doğruya bürokrasi-demokrasi gerilimidir, bürokratik makam ve kurulların demokratik iktidara vesayet etmesiyle ilgili bir gerilimdir.

Bu tez şöyle açıklanabilir: Türkiye’de şekli-resmî anlamda bir “anayasa” var olmakla beraber, onun seçilmiş çoğunluklara getirdiği fren ve sınırların arkasında yatan devlet iktidarını birey hakları lehine sınırlama düşüncesi değildir. Tam aksine, bu anayasanın öncelikli kaygısı demokratik çoğunlukları ideolojik “devlet iktidarı” lehine sınırlamamaktır. Batılı liberal-demokratik rejimlerden farklı olarak, Türkiye’de varlığı demokratik süreçlerden neredeyse bağımsız olan bir “devlet iktidarı” vardır ve bunun da meşruluk kaynağı, tabiatıyla, hukuk veya insan hakları değildir. Aksine devlet iktidarı sözde meşruluğunu “hikmet-i hükümet” düşüncesiyle Kemalizmin bir karışımından oluşan resmi ideolojiden almaktadır.

Kısaca Türkiye’nin siyasi rejimi ikili bir iktidar yapısı öngörmektedir: demokratik iktidar ve devlet iktidarı. Kabaca parlamento, hükümet ve siyasi

partiler birincisini; Cumhurbaşkanı¹², silâhlı kuvvetler, MGK, YÖK¹³ ve başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı ikincisini temsil etmektedir. Demokratik iktidarın meşruluğu halka, devlet iktidarınıninki ise “hikmet-i hükümet”e ve resmi ideolojiye dayanmaktadır. Dahası, bu şema içinde nihai belirleyici olan da demokratik meşruluk değil, ideolojik meşruluktur. Onun için, Anayasa aksini yazıyor olsa da, Türkiye’de egemenliğin aslında “millet”e veya halka olduğu çok şüphelidir.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin konumu ve işleyişi işte bu fikrî zemin ve onun bir yansıması olan anayasal “iktidar haritası” içinde anlamlı hale gelmektedir. Bu anlam kısaca şudur: Türk Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş nedeni anayasacılığın ve hukuk devletinin gerekleriyle ilgili olmaktan çok, bürokratik seçkinler aracılığıyla devletin ideolojik iktidarını koruma kaygısıyla ilgilidir¹⁴. Buna rağmen, Mahkemenin genel eğilimi temel hakları ve sahici bir anayasal-demokratik rejimin diğer normatif esaslarını koruyacak şekilde hareket etmek olsaydı, aktivist bir tutum içinde olsa dahi, bu en azından liberal anayasacılıkla uyumlu olabilirdi. Oysa, Anayasa Mahkemesi şimdiye kadarki uygulamasıyla, esas olarak, demokratik çoğunlukları –hatta denebilir ki, sadece resmi ideolojinin öngördüğü standartlara uymayan çoğunlukları- sınırlamıştır.

Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesi çok kere “devlet iktidarı”nı halktan ve onun temsilcilerinden korumak için ve birey haklarına karşı devleti tahkim edecek şekilde karar veriyor. Ergun Özbudun’un anlatımıyla (2007: 264), Anayasa Mahkemesinin aktivizmi “temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir. Mahkeme, temel ve siyasi haklara ilişkin kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı ve muhafazakâr bir tutum sergilemesine karşılık, üniter, milli ve lâik olarak tanımlanabilecek Cumhuriyetin temel değerlerinin korunmasına özel bir önem atfetmiştir.” Ceren Belge de Anayasa Mahkemesi’nin “Cumhuriyetçi ittifak”ın değer ve duyarlılıklarını koruma kaygısının yönlendirdiği “seçici aktivizmi”ne ve temel hakları genel olarak korumadaki isteksizliğine dikkat çekmiştir. Nitekim Mahkeme 1961 Anayasası döneminde kamu görevlileri, yargı ve üniversiteler gibi “Cumhuriyetçi

¹² Mamafih, Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesini öngören anayasa değişikliğinin onun “devlet iktidarı”nın temsilcisi olmak konumunu değiştirme potansiyeli taşıdığını belirtmek gerekir.

¹³ Halihazırda YÖK ile seçilmiş iktidar arasında var olan uyumun - bu durumun yarattığı başka sakıncalar bir yana- her zaman devam edeceği kesin değildir. Kaldı ki, bu uyum yükseköğretim sisteminin ideolojik karakteri için ciddi bir tehdit de oluşturmamaktadır.

¹⁴ Bu konuda bkz. Erdoğan 2010a.

gruplar”ın özerkliğini korumada hayli aktivist davranmışken; ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri gibi sivil özgürlükler konusunda, pek az istisnaıyla, gayet muhafazakâr bir profil çizmiştir. Söz konusu endişeyle, Mahkeme 1990’larda dışlanmış kimlikleri Türkiye’nin siyasi sahnesine dahil etmeye çalışan Kürtler ve İslâmi gruplar tarafından kurulan siyasi partileri tekrar tekrar kapatmak suretiyle daha çoğulcu bir demokrasinin önünde ciddi bir engel olarak durmuştur (Belge 2006: 656, 667, 671).

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin aktivizmi ve içtihadındaki ana eğilimler konusunda ayrıntılı bir çalışma yapmış olan Yusuf Şevki Hakyemez’in bulguları da aynı yöndedir. Ona göre (Hakyemez 2009: 348-249; 441-443), Türk Anayasa Mahkemesi’nin hak ve özlükler konusunda kararlı bir özgürlükçü yaklaşım ortaya koyduğu söylenemez; Mahkeme hak ve özgürlüklerin güvencesi olma işlevini tutarlı olarak yerine getirememiştir. Anayasa Mahkemesi’nin “aktivizmi”, tuhaf bir şekilde, temel hakların korunmasından yana değil, fakat esas olarak seçilmişler karşısında bürokratik iktidarı kayıran şekilde gerçekleşmiştir. Bununla tutarlı olarak, mahkeme çok kere yetkisini aşarak “temel kamusal politikaların belirlenmesi” sürecine katılma eğiliminde olmuştur. Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi “temel siyasal kararların alınması sürecine katılmadaki ‘aktivist’ tutumu”na karşılık, insan haklarının ideolojik devlet karşısında korunması konusunda “çekingen” davranmıştır¹⁵.

Bu da şöyle bir durum ortaya çıkarmaktadır: Türk Anayasa Mahkemesi kararlarıyla demokratik çoğunlukları ve diğer demokratik siyasi aktörleri kısıtlamak suretiyle demokraside bir eksilmeye neden oluyor, ama bunun karşılığı anayasacılığın (insan haklarının) güçlenmesi olmuyor.

Öte yandan, pekişmemiş veya istikrarsız demokrasiler bakımından parlamentoların otorite ve meşruluğunun korunmasının öncelikli siyasi amaçlar arasında yer alması gerektiği söylenebilir. Bu amaç ise, Türkiye’nin de içinde yer aldığı bu gibi demokrasilerde güçlü bir anayasa yargısı tesis edilmesiyle veya anayasa yargısı işlevi gören bir mahkemenin müdahaleci eğilimiyle (judicial activism) bağdaşmamaktadır. Nitekim, Stephen Holmes (1993) yeni demokrasilerde yasaların anayasa mahkemesince sık sık iptal edilmesinin yasama organının ve demokratik çoğunlukçuluğun meşruluğunu balatalamak suretiyle demokrasinin yerleşmesine zarar vereceğini ileri sürmüştür.

Kuruluşundan bugüne kadar Anayasa Mahkemesi 1961 ve 1982 Anayasalarının kendisine yüklediği “rejim muhafızlığı” rolüne uygun olarak davran-

¹⁵ Aynı yönde Turhan 2009.

mıştır. Geçen yılki anayasa değişikliği referandumuyla, demokratik meşruluğunu artırmak ve üye tabanını toplumun çoğulculuğuna paralel şekilde çeşitlendirmek üzere Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve kompozisyonu önemli ölçüde değiştirilmiş bulunuyor. Bu durumun Mahkemenin demokratik meşruluğu gözetecek ve toplumsal taleplere daha duyarlı olacak şekilde davranmasını ne ölçüde sağlayacağı belli değildir. Bir ilk tahmin olarak, yeni düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin içtihadında insan haklarından yana kısmî bir iyileşmeye yol açacağı söylenebilirse de; anayasası, yasaları ve idari uygulamasıyla Türkiye Cumhuriyeti ideolojik bir devlet olmaktan vaz geçmediği sürece bu konuda köklü değişiklikler beklemek gerçekçi değildir.

KAYNAKLAR

- Alexander, Larry (2011), "What are Constitutions, and What should (and can) They Do?", *Social Philosophy and Policy*, Vol. 28 n. 1, pp1-24.
- Belge, Ceren (2006), "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law and Society Review*, Vol. 40, n. 3, ss. 653-692.
- Bellamy, Richard (2007), *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of a Democracy* (Cambridge University Press).
- Dobner, Petra (2010), "More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism", Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press) içinde, ss. 141-161.
- Elkin, Stephen L. (1993), "Constitutionalism: Old and New", Eklin, S. L. & Soltan K. E. (eds.), *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society* (The University of Chicago Press) içinde, ss. 20-37.
- Erdoğan, Mustafa (2010a), "Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Lâiklik Politikası", *Tunçer Karamustafaoğlu Armağanı* (Ankara: Adalet Yayınevi), ss. 59-76.
- Erdoğan, Mustafa (2010), *Anayasal Demokrasi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 8. b.)
- Erdoğan, Mustafa (2005), "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, n. 3, ss. 1-22.
- Griffin, Stephen M. (1996), *American Constitutionalism: From Theory to Politics* (Princeton University Press).
- Grimm, Dieter (2010), "The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changing World", Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *a.g.e.* içinde, ss. 3-22.
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2009), *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı* (Ankara: Yetkin).

- Hirschl, Ran (2004), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press).
- Holmes, Stephen (1993), "Back to the Drawing Board", *East European Constitutional Review*, n. 1, ss. 21-25.
- Lane, Jan-Erik (2010), *Constitutions and Political Theory* (Manchester & New York: Manchester University Press, 2nd ed.).
- Linz, Juan J. & Stepan, Alfred (1996), "Toward Consolidated Democracies", *Journal of Democracy*, Vol. 7, n. 2, ss. 14-33.
- Llanque, Marcus (2010), "On Constitutional Membership", Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *a.g.e.* içinde, ss. 162-178.
- Loughlin, Martin (2010), "What is Constitutionalisation?", Dobner, P. & Loughlin, M. (eds.), *a.g.e.* içinde, ss. 47-69.
- Loughlin, Martin (2010a), *Foundations of Public Law* (Oxford University Press).
- Özbudun, Ergun (2007), "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Cilt 62, n. 3, ss. 257-268.
- Sartori, Giovanni (1995), "How Far can Free Government Travel?", *Journal of Democracy*, Vol. 6, n. 3, ss. 101-111.
- Spector, Horacio (2003), "Judicial Review, Rights, and Democracy", *Law and Philosophy*, n. 22, pp. 285-334.
- Turhan, Mehmet (2009), "Anayasa Mahkemesi ve Hak ve Özgürlükler", *Liberal Düşünce*, Cilt 14, n. 56, ss. 215-227.
- Tushnet, Mark (2003), "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", *Law and Philosophy*, n. 22, pp. 353-379.
- Tushnet, Mark (1999), *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton: Princeton University Press).
- Waldron, Jeremy (2006), "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, n. 115, ss. 1346-1406.