

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA
POLİTİK SORUN DOKTRİNİ**

FATİH ÖZTÜRK

2502090460

Tez Danışmanı
Doç. Dr. HÜSEYİN ÖZCAN

İstanbul 2011

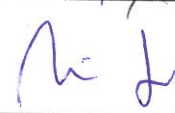
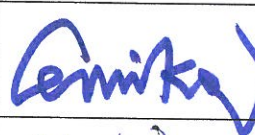
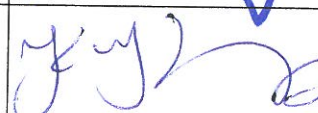
DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : **FATİH ÖZTÜRK** Numarası : **2502090460**
Anabilim/Bilim Dalı : **KAMU HUKUKU** Danışman Öğretim Üyesi: **DOÇ.D.HÜSEYİN ÖZCAN**
Tez Savunma Tarihi : **30.12.2011** Tez Savunma Saati : **13:30**
Tez Başlığı : **KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA POLİTİK SORUN DOKTRİNİ**

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin **35. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.Y.ŞEVKİ HAKYEMEZ		KABUL
2- DOÇ.DR.HÜSEYİN ÖZCAN		KABUL
3-DOÇ.DR.CEMİL KAYA		KABUL
4-DOÇ.DR.KASIM KARAGÖZ		KABUL
5-DOÇ.DR.FARUK BİLİR		KABUL

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Bilimsel Araştırma Projeleri Yürütücü Sekreterliği'nce 7886 proje numarası ile desteklenmiştir.

Başlık: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini
Yazar: Fatih Öztürk

ÖZ

Bu tezde, ABD anayasa yargısında yargısal aktivizme karşı bir tepki sonucu doğmuş olan ve yargısal aktivizmi frenleyebilecek mekanizmalardan biri sayılan politik sorun doktrini incelenmektedir. Politik sorun doktrini, nispeten Anglo-Saxon hukuku ailesine mensup ülkelerin anayasa yargısında daha çok uygulama alanı bulabilmiştir. Doktrin, önüne anayasal dava getirilen Yüksek Mahkemelerin davanın çözüm yerinin mahkeme olmadığını, yani yargının yetki alanına girmediğini belirterek, yetkili adresin yasama ya da yürütme olduğunun ifade edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, mahkemenin davaya bakmaktan kaçınmasıdır. Ayrıca, bu tezde politik sorun doktrininin çıkışına ya da en azından gelişmesine öncülük etmiş olan yargısal aktivizm de incelenmiştir. Hem politik sorun hem de yargısal aktivizm açısından farklı ülkelerin Yüksek Mahkeme kararları ele alınarak incelenmiştir. Tezimizin amaçlarından biri olan politik sorun doktrininin Türk anayasa hukukuna uyarlanıp uyarlanamayacağı noktasında vardığımız sonuç; uyarlanabilir olduğudur. Özellikle, Türk Anayasa Mahkemesi gibi aşırı aktivizm sergileyen mahkemelerin meşruiyet zeminlerinin kayganlaştığı sonucuna ulaşılmıştır. Oysa, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti azınlık ya da çoğunluk olsun, bir ülkede yaşayan herkes için gerekli olan koruyucu mekanizmadır. İncelediğimiz, örnek mahkeme kararlarına baktığımızda, yargısal aktivizm içeren kararların sonrasında, toplumda uzun vadede hukukun üstünlüğü ve güvenilirliğinin zedelenebildiği durumlar ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, politik sorun doktrinin anayasal sistemde yargısal aktivizmi yoğun olarak kullanan mahkemeleri frenleyebileceği kanaatine varmış bulunmaktayız.

Title: Political Question Doctrine in Comparative Constitutional Jurisdiction
Author: Fatih Öztürk

ABSTRACT

This thesis examines the political question doctrine, born in US constitutional law as a reaction to judicial activism. Also seen as a checking system against judicial activism, the political question doctrine has been used mostly by common law countries. The political Question Doctrine occurs when a certain case is taken before the Supreme Court, the Court does not take the case into consideration and claims that the solution to the problem cannot be found in that court. The remedy is thus, to be offered by the legislator, parliament or the government. In other words, the Court refuses to deal with the case. Moreover, in this thesis, will be the examination of judicial activism, which gave birth to or at least developed the doctrine of the political question. For both doctrines, political question and judicial activism, we looked at court verdicts from various countries. A primary aim of this thesis is to discover whether or not we can adapt political doctrine into the Turkish Constitutional law system. Our findings show that such an adaptation is possible. Furthermore; especially as in a Turkish Constitutional Court, which mostly involves activist decisions, there is a cause of the destruction of legitimacy in and of itself. However, all parties, either minority or majority groups, need the rule of law or state of law as a protective mechanism in a country. When we review sample court verdicts, we frequently notice upon deliverance of an activist decision or ruling, that for a prolonged term afterwards these results cause a break of trust as well as of the stability of the rule of law in a society. Thus, we come to the conclusion that in a constitutional system, the political question doctrine can be used as a balancing system against activist Supreme Court decisions.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, “politik sorun doktrini”nin nasıl doğduğu yani hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı, sınırlarının ne olduğu, hangi konularda mahkeme neden yürütme ve yasamanın alanına girmediği, gerekçelerinin ne olduğu ve nihayetinde bu kararlar sonucunda yasama(kongre) - yürütme (başkan) - yargı(yüksek mahkeme) arasında nasıl bir ilişki doğmasına sebebiyet verdiği ele alınmıştır. En önemlisi de, bu doktrinin anayasa yargı denetiminde, yargı açısından nasıl bir kontrol ve denge mekanizması fonksiyonunu icra ettiği incelenmiştir.

Türk anayasa hukukunda daha önce çalışılmamış olan politik sorun doktrini, metod olarak, karşılaştırmalı anayasa hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca, politik sorun doktrini, yüksek mahkemelerin yargısal aktivizm içeren kararlarını frenleme görevini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği noktasından incelenmiştir.

Bu çalışmamızın hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen hocalarım; İÜHF Anayasa Hukuku ABD başkanı, Doç. Dr. Hüseyin ÖZCAN, Doç. Dr. Murat YANIK, KTÜ, İİBF Dekanı Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ’e teşekkürü bir borç bilirim. Kendilerine yurtdışında başlamış olduğum doktora çalışmamı, Türkiye’de bitirme fırsatı verdikleri için ayrıca teşekkür ediyorum.

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA POLİTİK SORUN DOKTRİNİ

İÇİNDEKİLER

BAP TEŞEKKÜR YAZISI.....	ii
ÖZ	iii
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: ANAYASAL YARGI DENETİMİ VE POLİTİK SORUN DOKTRİNİNİN	
DOĞUŞU	12
I) Anayasal Yargı Denetiminin Doğuşu.....	12
A) ABD Anayasa Hukukunda Marbury v. Madison'dan Önceki Davalar.....	12
B) Marbury v. Madison Davası.....	19
C) ABD Anayasa Hukukunda'de Marbury v. Madison Davası Sonrası ve Günümüzdeki Anayasal Yargı Denetimi İle İlgili Davalar.....	28
II) Politik Sorun Doktrinini Hazırlayan Sebepler.....	34
III) Anayasa Yargısının Türk Hukukunda Yeri.....	43
II. BÖLÜM: POLİTİK SORUN DOKTRİNİ	47
I) Politik Sorun Doktrininin Tanımı ve Alanı.....	47
II) ABD Anayasa Yargısında Anayasal Dava Açabilmenin Şartları.....	49
A) Mahkemeden Tavsiye Niteliğinde Karar İstenilememesi (Prohibition Against Advisory Opinions).....	50
B) İlgili Kişinin Davayı Açmış Olması (Standing).....	53
C) Sorunun Ortaya Çıkmış Olması (Ripeness).....	59
D) Sorunun Sona Ermemiş Olması (Mootness).....	62
E) Politik Sorun Olmamalı (Political Question Doctrine).....	64
III) ABD Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini ve İlgili Davalar.....	65

A) Eyalet Devletlerinin Cumhuriyetçi Yapıda Hükümetlere Sahip Olması ve Seçim Sürecinin Yargısal Denetimi Meseleleri.....	67
B) Dış Politika Meseleleri.....	75
C) Kongre'nin Kendi Yönetimiyle İlgili Meseleler.....	78
D) Anayasa Değişikliklerinin Onaylanması Süreciyle İlgili Meseleler.....	80
E) Kuvvetler Arasındaki Dengeye Aşırı Müdahale Meseleleri.....	83
F) Meclis Soruşturması (Impeachment) ve Görevden Uzaklaştırma Meseleleri.....	85
IV) ABD Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrinin Geleceği.....	86
V) Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları.....	92
VI) Diğer Ülkelerde Politik Sorun Doktrini.....	99
A) Anglo-Saxon Ülkelerdeki Uygulama.....	99
B) Kara Avrupası Ülkelerindeki Uygulama.....	101
VII) Sonuç.....	105
III. BÖLÜM: POLİTİK SORUN DOKTRİNİ VE YARGISAL	
AKTİVİZM.....	111
I) Yargısal Aktivizmin Tanımı, Kapsamı.....	113
II) Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm.....	121
A) Anayasa Değişikliklerinin Esas Açısından Denetlenmesi.....	122
B) Özelleştirme.....	128
C) Siyasi Partilerin Kapatılmasıyla İlgili İçtihatlar.....	132
D) Laiklik, Din ve Vicdan Özgürlüğü.....	138
III) ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm.....	143
IV) Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm.....	155
V) Diğer Ülkelerden Yargısal Aktivizm Örnekleri.....	171
VI) Jüristokrasiye Giden Yol ve Anayasacılığın Sınırları: Ran Hirschl.....	175
VII) Anayasayı Mahkemeden Uzak Tutmanın Yolları: Mark Tushnet.....	180
VIII) Sonuç: Yargısal Aktivizm, Politik Sorun, Jüristokrasi ve Demokratik	
Meşruiyet.....	188
GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ.....	193
Yargısal Denetimde Sınırlama: Politik Sorun Doktrini.....	194
Yargısal Denetimin Sınırsızlığı: Yargısal Aktivizm Doktrini.....	198
Bir İdeal Yargısal Denetim Modeli Denemesi.....	204

Sonuç: Politik Sorun Doktrininin Türk Anayasa Yargısına Uyarlanabilirliği.....	205
KAYNAKÇA	207
ÖZGEÇMİŞ	237

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AÜHF: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

Bs: Baskı

CUP: Cambridge University Press

çev.: Çeviren

DLR (4th): Dominion Law Reports (Fourth Series)

ECtHR: European Court of Human Rights

ed.: Editör veya editörler

ICLQ: International Comparative Law Quarterly

Ibid: Aynı eser

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

J: Journal

K: Kitapevi

L: Law

HCR: Human Rights Committee

HUP: Harvard University Press

NAFTA: Kuzey Amerika Serbest Pazar Andlaşması

NJ: New Jersey

NY: New York

OUP: Oxford University Press

para.: paragraf

PUP: Princeton University Press

R: Review

s: sayfa

SCC: Supreme Court of Canada

SCR: Supreme Court Report

Supra: Yukarıda geçen dipnota atıf

U. S.: United States of America

UTP: University of Toronto Press

v.: Versus, karşı

vd: ve diğerleri

Vol.: Volume

UN: United Nations

Y: Yayınları ya da Yayınevi

YUP: Yale University Press

GİRİŞ

Anayasalar, modern demokrasilerde devleti kuran ve kurduğu bu sistemin (rejimin) kuvvetlerini bölen, en önemlisi de kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan belgelerdir. Yasama, yürütme ve yargı olarak oluşturulan kuvvetlerin bu şekilde ayrı biçimde faaliyet göstermelerinin sebebi; kuvvetin tek elde toplanmasını engelleyerek, baskıcı ve özgürlükleri engelleyen sistemlerin meydana gelmesini berteraf etmektir. Genel bir ifadeyle, bugünün dünyasında, halkın yetkili ve etkili olduğu siyasal yapılara demokratik sistem denilmektedir. Fakat, halka bu imkanı tanımadığı halde isim olarak, kendisini demokratik devlet olarak nitelendiren devletler de vardır. Demokrasi; en azından literatürde kelime anlamı olarak, halkın yetkili olduğu ve kendi geleceğini belirleyebildiği sistemler olarak adlandırılmaktadır.¹ Doğrudan demokrasi ise, ideal bir model olarak kabul edilir. Fakat günümüzde bu model, ABD, Kanada ve İsviçre gibi gelişmiş demokratik devletlerde eyalet ya da yerel ölçekte uygulanmaya devam etmektedir. Bazı yazarlar, ancak nüfusun küçük olduğu yerlerde, bu modelin uygulanabileceğini, uygulamada da ABD ve İsviçre’de yapılanın sistemin genel temsili yönetim karakterini değiştirebilecek yapıda olmadığını belirtmektedirler.²

Liberal demokrasiler, temsili demokrasinin bir türü olarak XVIII. yüzyılda ortaya çıkmaya başlamış, XX. yüzyılda şekillenmiş ve günümüzde ise anayasal demokrasi olarak adlandırılmışlardır. Diğer bir ifadeyle bu demokrasiler “demokratik hukuk devleti” olarak nitelendirilmektedirler. Anayasal demokrasi ya da demokratik hukuk devleti, daha çok seçilmiş iktidar karşısında azınlığın hakkını koruyan bir model olarak öne çıkmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, anayasacılık ile demokrasi arasında bir çatışma olduğu, bu kavramların özünde birbiriyle bağdaşmadığı kanaatindedirler.³ Demokrasi halkın katılımıyla iktidarın kullanılması, anayasacılık

¹ Demokrasinin anlamı ve çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Manfred G. Schmidt, **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, Çev. M. E. Göktaş, Ankara, Vadi Yayınları, 2001. ; ayrıntılı bilgi için bkz, Kasım Karagöz, **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

² Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 5. bası, Ankara, Orion Kitabevi, 2009, s. 97.

³ Ibid.

ise iktidarın sınırlanmasıyla (çoğunluğun iradesi ve tercihlerinin kısıtlanması)⁴ ilgili olduğundan böyle bir düşünce gelişmiştir.

Teorik açıdan, son derece makul ve kabul edilebilir olan anayasal demokrasinin karşımıza çıkardığı belli başlı iki sorun dikkat çekicidir: Birincisi yasama gücünün seçilmişlerden alınıp atanmışlara verilmesi (temsili demokrasinin açmazı), diğeri ise yargının aldığı kararlardır. Demokrasilerde seçilmişler dört veya beş yıl içerisinde bireylerin karşısına çıkar ve aldıkları kararların ve yaptıkları icraatların bedelini sandıkta öderler. Oysa ki yargı tarafından alınan siyasal kararların hesap verilebilir bir alanı yoktur. Bir de bu kararların, aktif ve sık bir şekilde kullanılması, “yargısal aktivizm” denilen uygulamayı gündeme getirmiştir. Yargısal aktivizm; bazen yasama organının etkisizleştirilmesine, yasama kararlarının iptal edilmesine, hatta yargının, yasama organının yerine geçmesi durumuna kadar varabilmektedir. Bundan dolayıdır ki, yargının verdiği bu kararların demokratik meşruiyeti sorgulanır hale gelmiştir. Anayasal demokrasi, en önemli standartlarından ve olmazsa olmazlarından biri olan “kuvvetler ayrılığı” prensibini yargısal aktivizm ile tahrip edilebilir konuma getirmektedir. Şu da bir gerçektir ki, kontrol ve denge mekanizması (check and balance)⁵ oluşturulmadan kuvvetler ayrılığını uygulamak imkansız gibi gözükmemektedir. Zira yaygın olarak bilinmektedir ki, mutlak güç yolsuzluk yapar (absolute power corrupts). Bu nedenle, devlet idaresinde keyfilikler ve rastgelikler değil, düzenli kurallar yani anayasa ve kanunlar olmalıdır.⁶

Modern anlamda, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin 1803 yılında ABD Yüksek Mahkeme’sinin (Supreme Court) *Marbury v. Madison* kararı ile başladığı kabul edilmektedir. Bu denetimin amacı, hukuki işlemlerin birbirine uyumlu hale getirilmesi ve en önemlisi de anayasaya uygun halde

⁴ Ibid, s. 102.

⁵ Doktrinde, kontrol ve denge mekanizması, denge ve fren mekanizmaları olarak adlandırılmaktadır. Oysa ki Amerikan politikası ve hukukunun uygulamaya koyduğu ve geliştirdiği bu kavram, İngilizceden doğru bir tercüme ile “kontrol=check” ve “denge=balance” olarak çevrilmesi daha yerinde olsa gerek. Süheyl Batum, **99 Soruda Neden ve Nasıl Bir Çağdaş Anayasa**, İkinci Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, 86 ve 87 numaralı sorular, s. 414-420. Ayrıca bkz, Hasan Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 17.

⁶ Tunç, s. 28.

olmasıdır.⁷ Anayasa yargısının esası, anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine dayanmaktadır.⁸ Ülkemizdeki bazı kamu hukukçuları; “üniter yapılı (tekçi) bir devlette anayasa yargısının görev alanının kapsamı, federal yapılı bir devlettekine oranla bir hayli farklı” olacağını ileri sürmekteler ve bu görüşlerini de, “ülkenin siyasi rejiminin dengesi, yarışmacı siyasi sisteminin varlığı, ülkenin yatay kuvvetler ayrılığı sistemi, güçlü yargı bağımsızlığı geleneği ve siyasi hürriyetlerin derecesi gibi etkenler”e dayandırmaktadırlar.⁹ Ancak Avrupa’da anayasa yargısı fikrinin kabul görmesi XX. yüzyılın ortalarını bulmaktadır.

Anayasaya uygunluk denetimleri, yapılış zamanına göre önleyici (önceden) ve giderici (sonradan) olarak ikiye ayrılmaktadır. Denetim yapan organ açısından, siyasi organlarca yapılan ve yargı organlarınca yapılan denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. İşleyiş şekline göre yapılan denetim de, defî (itiraz yolu), dava yolu ve anayasal başvuru (bireysel) olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁰ Özellikle, Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen (1920 Avusturya Anayasası’nın yapımcısı)’in Amerikan sisteminden etkilenecek kaleme aldığı eserin etkisi ve II. Dünya Savaşı öncesinde yaşanan Alman ve İtalyan totaliter rejim uygulamalarının acı tecrübesiyle, çoğunluk iktidarını kontrol (frenleme) adına Avrupa’da arka arkaya anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Kelsen modeli hem İtalya Anayasasını (1948) hem de Federal Almanya Anayasasını (1949) ve de mevcut Alman teorisi ve tecrübesiyle pek çok Batı Avrupa ve Latin Amerika devletlerini etkilemiştir.¹¹ Hausmeninger, Avrupa devletlerinin Amerikan modelini tercih etmeyip, Avusturya-Alman modeline yönelmelerini şu şekilde izah etmektedir: Avrupa modeli anayasal denetim, parlamentonun üstünlüğü

⁷ Ibid, s. 33. İlginçtir ki, kanunların en üst norma uygunluğunun denetimi, son iki yüzyılın yani modern dünyanın buluşudur. Fakat bunun öncesinde alt dereceli yargı kararlarının, üst dereceli mahkemeler tarafından ya da yürütme tarafından normlara uygun olup olmadığının denetimi bilinen düzenli hukuk sistemlerinden beri, İslam dünyasında da uygulanan bir modeldi. Şunu da belirtmekte fayda var: Tabii ki, alt-üst mahkeme kararlarının uygunluğu ile alt-üst normların çatışma meselesi ayrı konulardır. Geniş bilgi için bkz, Abdülaziz Bayındır, **İslam Muhakeme Hukuku: Osmanlı Devri Uygulaması**, (İstanbul, İİAV Yayınları,1986), Mehmet Akman, **Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, İstanbul, Eren Yayınları,2004; Mustafa Avcı, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul, Gökkuş, 2004; Abdullah Demir, **Medeni Yargılama Hukuku: Osmanlı Mahkemesi**, İzmir, Yitik Hazine Yayınları, 2010.

⁸ Bülent Tanör & Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 452.

⁹ Tunç, supra 4, s. 34.

¹⁰ Ibid, s. 56, 74 ve 85.

¹¹ Herbert Hausmaninger, *Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia*, 12 Tulane European and Civil Law Reform (1997), s. 25, 26 ve 27.

ilkesi ve parlamentonun yaptığı kanun ve düzenlemeler esasına dayanmaktadır. Kara Avrupası medeni hukuk sistemini takip eden ülkelerde kanunla düzenleme esası vardır, yargıcın Anglo Sakson Hukuk sisteminde olduğu gibi, yasa yapımına katkısı yoktur. Yargıçlar yasayı takip eder, onunla mücadele edecek ya da değiştirecek bir yapıda örgütlenmemiştir. Bu yapılanmada (Kara Avrupası Medeni Hukuk Sistemi) hiyerarşik bir düzen vardır. Bu nedenle anayasal denetimin, yarı-yasa yapmak gibi bir fonksiyonu olduğuna ve normal yargı faaliyetinden farklı olduğuna karar verilmiştir.¹² Anlaşılan o ki, günümüzde gelinen noktada, anayasal yargının bir gereklilik olduğu, onsuz çoğunluğun azınlığa baskı yapmasının engellenemeyeceği, hukuk devletinde kurallar hiyerarşisinin sağlanamayacağı gibi *a priori* bir durum ile karşı karşıyayız. Fakat, anayasal yargıyı gerçekleştiren mahkeme ya da kurum, aynen yasamada olduğu gibi çoğunluğun tahakkümü ya da azınlığın çoğunluğa hükmetmesi saiki ile hareket ederse, mahkemenin ideolojik kararlarına karşı kontrol ve denge mekanizmasının nasıl oluşturulacağı ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Esasında, araştırma konumuzun çıkış noktası da budur. Maalesef, ülkemizde şimdiye kadar yapılan araştırmalarda, özellikle 1961 Anayasasından sonra yasama ve yürütmeye karşı sürekli bir kontrol ve denge mekanizması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Oysa ki, kendisine hukukun çizdiği sınırlar içinde kal(a)mayan yargı için kontrol ve denge mekanizması üzerinde pek durulmamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, önüne gelen davaların bazısında, yargısal denetim yapabilmesine imkan olmasına rağmen, mevcut yasa ya da uygulamayı denetleyemeyeceğini ve ilgili alanın, özellikle dış politika konularının, politikacıların sorumluluğunda olduğuna karar vermiştir. Başka bir ifadeyle; ilgili konu ve alanlarda yetkinin Başkan ve Kongrede (yürütme ve yasama) olduğuna, yargı organlarında olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, sorunun çözüm yerinin mahkeme olmadığını, siyasi alanda çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bir anlamda, Yüksek Mahkeme, kendi yetkisini kendi eliyle sınırlandırmıştır. “Politik Sorun Doktrini” olarak adlandırılan bu konsept, bir nevi yüksek yargının kendi kendine haddini bildirmesi olarak da nitelendirilebilir. 1930’lu yıllarda ABD’de, Başkan Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında çıkan çatışma, sonraki dönemlerde demokratik hukuk

¹² Ibid. Detaylı bilgi için, Kemal Gözler, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, Bursa, Ekin Press, 2008.

devletlerinde “yargısal aktivizm” (judicial activism) ve “yargının kendini sınırlandırması” (judicial restraint) eğilimlerine örnek de teşkil etmiştir. ABD’de 1932 yılında, Başkan Roosevelt, “New Deal” (Yeni Anlaşma, ekonomik krizi sona erdirmeye ile ilgili alınan tedbirler) programı çerçevesinde, çıkardığı birçok kanunun Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunması karşısında, “Milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Yüksek Mahkemeden kurtulmak için harekete geçmek zorundayız” ifadesini kullanmıştır. 1936 seçimlerini ezici bir çoğunlukla kazanan Roosevelt, Yüksek Mahkeme’nin yapısını değiştirecek bir teklif yaptı. Bu teklifin Kongre’de görüşülmesi sırasında, Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirerek bazı “New Deal” kanunlarını onayladı ve böylece çatışma, değişikliğe gerek kalmadan giderilmiştir.¹³ Böylece, ABD’de “jüristokratik” (yargı iktidarı) hâkimiyete giden yol kapatılmış oldu.

Bu tezde, “politik sorun doktrini”nin nasıl doğduğu yani hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı, sınırlarının ne olduğu, hangi konularda mahkeme neden yürütme ve yasamanın alanına girmediği, gerekçelerinin ne olduğu ve nihayetinde bu kararlar sonucunda yasama(kongre) - yürütme (başkan) - yargı(yüksek mahkeme) arasında nasıl bir ilişki doğmasına sebebiyet verdiği ele alınacaktır. En önemlisi de, bu doktrinin anayasa yargı denetiminde, yargı açısından nasıl bir kontrol ve denge mekanizması fonksiyonunu icra ettiği ele alınacaktır.

Türk Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken, iptal isteminin reddi ve iptal biçiminde iki farklı karar vermektedir. Anayasaya aykırı kanunların yürürlükten kalkmasını sağlayan iptal kararlarıdır. 1982 Anayasasının 153. maddesi gereğince, iptal gerekçesi Resmi Gazete’de yayımlandıktan sonra, kanun yürürlükten kalkmaktadır. Ülkemizde 1961 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi bazı zamanlar yasama organının işlevini yerine getirecek kadar ileriye giderek asıl amacının dışına çıkmıştır. Zira anayasa mahkemeleri özellikle temel hak ve özgürlükler, azınlık haklarının korunması gibi en temel siyasi konulardaki yasal değişikliklerin gözden geçirilmesi ve korunması üzerine inşa edilmiş yapılanmalardır. Asli görevi siyasal iktidarların ve yasama organının kararlarının

¹³ Bu olay, bölüm I’de politik sorun doktrini hazırlayan sebepler başlığı altında detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Böylece doğal olarak siyasi kararlara bakarlar ve bu konularda tamamen tarafsız olmak işin doğasına aykırıdır.

Türk anayasa yargısında “yargısal aktivizm doktrini” (judicial activism) ile Anayasa Mahkemesi (AYM), önüne gelen konularda mümkün olduğunca yetkisini geniş tutma çabasıındadır. 1961 ve 1982 Anayasalarındaki yoruma açık, subjektif ve ideolojik hükümler, yargısal aktivizme oldukça müsaittir. Hatta, Anayasa Mahkemesi bu kararlarda o kadar ileri gitmiştir ki, 1993 yılında verdiği bir kararla, yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Oysa ki, ne 1961 ne de 1982 Anayasası böyle bir yetkiyi AYM’ne vermemiştir. Genel olarak Türk AYM özelleştirme, sosyal alandaki hükümet tasarrufları, yürürlüğün durdurulması, siyasi partilerin kapatılması, din ve vicdan özgürlüğü ve anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konularında yargısal aktivizmde bulunmuştur.

Türk AYM, diğer devlet elitleri gibi, kendisini devletin muhafızı ve üst bir vesayet makamı olarak görmüş; kısmî, özel ve gelip geçici menfaatlerin temsilcileri olarak telâkki ettiği seçilmiş siyasî elitlere daima şüphe ile bakmıştır. AYM'nin yargısal aktivizmi (jüristokrasi) ve buna karşı demokratik tepkiler şu şekilde özetlenebilir: 1961 Anayasası döneminde, AYM 1961 Anayasası'ndaki düzenleme biçiminden hareketle gerek şekil, gerekse esas yönünden anayasa değişikliklerini denetleyebileceği sonucuna varmıştır. Bu karara tepki olarak 1971 Anayasa değişiklikleriyle, AYM'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi, “Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler” hükmüyle sınırlandırılmıştır. AYM, 1971'deki hükümlere rağmen, yargısal aktivizmine devam ederek 1975, 1976, ve 1977 yıllarında dört anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Buna tepki olarak 1982 Anayasası'nda şekil denetiminin muhtevası tanımlanarak sınırlandırıldı. Ancak, başörtüsüyle ilgili son anayasa değişikliğinde, başvuruyu yetkisizlik sebebiyle reddetmeyerek dosyayı yine esastan incelemeye alan AYM'nin, yargısal aktivizmini Anayasa'ya aykırı olarak devam ettirme eğiliminde olduğu görülmektedir. AYM, siyasî partilerin kapatılması konusunda da tipik bir jüristokratik yaklaşımla “yargıçlar hükûmeti”ni ilân etmiştir. 1986'da 3270 sayılı Kanunla değiştirilen Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. ve 101. maddelerine göre, parti kapatma yoluna gidilebilmesi için, önce parti yasaklarına aykırı eylemlerde bulunan kişilerin bu eylemlerinden dolayı hüküm giymeleri ve Başsavcı'nın istemine rağmen partiden çıkarılmamaları

gerekiyordu. AYM, RP (Refah Partisi)'nin kapatılması dâvâsında, önce bu kanun hükmünü iptal etmiş, daha sonra da bu iptal hükmüne dayanarak kapatma kararını vermiştir.¹⁴ İdeolojik olarak nitelendirilebilecek bu iptal kararından sonra, seçilmişler 12.8.1999 tarihli ve 4495 sayılı Kanunla, Siyasî Partiler Kanunu'nun 101. ve 103. maddelerini yeniden değiştirerek “odak olma” durumunu tanımlamıştır. Ancak bu defa da AYM, FP (Fazilet Partisi)'nin kapatma dâvâsında, önce bu kanunu iptal ederek FP'yi kapatmıştır. Bunun üzerine, Parlamento 2001 Anayasa değişikliğiyle, iptal edilen kanunun 103. maddesinin ikinci fıkrasını aynı şekilde Anayasa'nın 69. maddesine koymuştur. Ayrıca, AYM'nin 367 dâvâsındaki tutumu (Cumhurbaşkanlığı seçimindeki oturum yeter sayısı), yargısal aktivizm tâbiriyle de açıklanamayacak olan siyasî bir yaklaşım gibi gözükmektedir. Buna ilâve olarak, AYM'nin kendisine “yürürlüğü durdurma yetkisi” icat etmesi, ve yürütmenin Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisini dayanaksız şekilde sınırlandırması, Anayasaya aykırı olarak denetim kapsamına alması da, bu jüristokratik yargısal aktivizmin tezahürleridir.

AYM, hukukun temel ilkelerini, Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset ve millî irade alanını büyük ölçüde daraltma eğilimindedir. Eylül 2010 Anayasa değişikliği ile Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı arttırılmıştır. AYM kendisini sınırlamayı kabul etmediğinden, siyasi iktidar halk oylaması ile (12 Eylül 2010 referandumda oylamaya katılanların % 58'i kabul, % 42 red oyu kullanmıştır) Başkan Roosevelt'in yapmak istediğini gerçekleştirmiştir.

Anayasa mahkemeleri, halkın oyu ile iktidara gelen parlamentoların yasama işlemlerini denetlemektedir. Diğer bir ifadeyle, siyasi partiler kendilerine inanıp oy veren çoğunluğun politik görüşleri doğrultusunda kendi politikalarını gerçekleştirmek adına parlamentoya gelip iktidarı kullanmak isterler. Dokuz kişilik bir mahkemenin yeri geldiğinde bunun önünde bir engel olarak durması, anayasal demokraside izahı zor bir durum gibi gözükmektedir. Şayet, iktidar partilerinin mevcut anayasal demokraside yapacakları mahkeme tarafından engellenecekse,

¹⁴ Kasım Karagöz, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma Davaları ve Refah Partisi Kararının Venedik Komisyonu Raporları Doğrultusunda Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X-1-2, 2010, s. 311-348.

özellikle ideolojik hareket eden bir yüksek yargı varsa, iktidar olmanın ve seçimlere gitmenin mantığını açıklamak gerçekten içinden çıkılması çetrefilli bir tablo ortaya koymaktadır. Anayasal yargının; temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti prensiplerinin korunması adına yapıldığı belirtilmektedir. Bunlar kabul edilebilir gerekçelerdir. Peki, gerçekten iktidar hukuka uygun karar alıyor ve yüksek yargı hukukun dışına çıkıp iptal kararı veriyorsa, halkın temsilcilerini salt hukuki bir prensip ile değil de ideolojik kaygılarla durduran böyle bir yargıya kim dur diyecektir? Demokrasiyi popüler kılan, onun halk egemenliğine dayanan bir sistem olmasıdır. Fakat, Türk AYM kararlarında olduğu gibi, yüksek yargı halka rağmen, en azından onun seçtiklerine karşı, bir karşı kararlar silsilesi devam ettiriyorsa, ortada halk yönetiminden değil, yargıçlar yönetiminden bahsetmek yerinde olacaktır. Bu sistem, karar alma gücünü atanmışlardan ve statükodan alıyorsa, o ülkede demokrasi ciddi anlamda tehdit altında demektir.

Türk hukukunda, yürütmenin ve idarenin tasarruflarının denetlendiği nihai mahkeme Danıştay'dır. Yasamanın kararlarının denetlendiği yer ise Anayasa Mahkemesi'dir. Yargı denetiminin bizzat yargı organı tarafından kısıntıya uğratılmasına, Türk hukuk doktrinde “yargı kısıntısı” (hükümet tasarrufları) denmektedir. Bir nevi Amerikan hukukunda doğup oradan dünyaya yayılan Politik Sorun Doktrini'ne en yakın duran kavram, Türk hukukunda “yargı kısıntısı” kavramı olarak gözükmektedir. Danıştay bazı kararlarında hükümet tasarrufu deyimini kullanmış, bazı kararlarında ise, devletin yüksek siyaseti, devletin siyasi icraatı, siyasi tasarruflar şeklinde ifadeler kullanmıştır. Danıştay; mukabele bilmisil kararları, iskan işleri ile ilgili kararları, vatandaşlık işleri ile ilgili kararları, yabancıların sınırdışı edilmeleriyle ilgili kararları, hükümet tasarrufu olarak adlandırmıştır. 1961 Anayasasının 114. maddesinden sonra (1982 Anayasası, madde 125'e karşılık gelen), Türk hukukunda hükümet tasarrufları kategorisi bulunmamaktadır.¹⁵

Türk anayasa hukukunda daha önce çalışılmamış olan politik sorun doktrinini, karşılaştırmalı anayasa hukuku çerçevesinde ele alacağız. Bu doktrini,

¹⁵ A. Şeref Gözübüyük & Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 47.
Ayrıntılı bir çalışma için bkz, Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.

yüksek mahkemelerin yargısal aktivizm içeren kararlarını frenleme görevini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği noktasından ele alıp inceleyeceğiz.

Tezimiz; Anayasal Yargı Denetimi ve Politik Sorun Doktrinin Doğuşu, Politik Sorun Doktrini, Politik Sorun Doktrini ve Yargısal Aktivizm, ve Genel Değerlendirme-Sonuç kısmı olarak şekillenecektir. Türkiye'nin üniter yapılı bir devlet olması, ABD'nin ise başkanlık sistemine sahip olması, anayasa yargısı açısından bir farklılık oluşturup oluşturmadığı, incelenen davalarda, konumuz açısından gözönünde tutulacaktır. Bu çalışmanın amacı, politik sorun doktrinin anayasa yargısında ideolojik davranan yüksek mahkemeleri frenleme görevini yerine getirip getiremeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle, aşırı yargısal aktivizmin, politik sorun doktrini ile engellenip engellenemeyeceği sorusuna cevap aranacaktır.

Günümüz Türkiye'sinde yakın dönemde, "yürütmenin yargıyı kuşattığı" veya "yargının yürütmeyi kuşattığı"nın sıklıkla ifade edildiğini duymaktayız. Amerikan anayasa hukukunda yer alan "politik sorun doktrini"nin, bir model olarak, Türk anayasal sisteminde uygulanabilir olup olmadığı hususu, AYM'nin yargısal aktivizm dolu kararlarını frenleyebilecek bir görev ifa edip edemeyeceği incelenecektir. Başkanlık sisteminin gereği olarak Amerikan sisteminde, yürütmenin çok güçlü olmasından dolayı, yasama adeta görünmez olmuştur. Türkiye'de ise aynı durum, çok güçlü tek parti iktidarları döneminde görülmektedir.

Bu çalışmamızda incelenecek olan; politik sorun doktrini çerçevesinde; Yüksek mahkemelerin, hangi meselelerin politik olup olmadığına veya hangi meselelerde yargısal denetimin gerekli olup olmadığına ne gibi ölçütler kullanacağı ele alınacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda, tezimiz üç bölümden oluşmaktadır:

I. Bölüm, "Anayasal Yargı Denetimi ve Politik Sorun Doktrinin Doğuşu" başlığı altında ele alınacaktır. Bu bölümde, ilk olarak, Anglo-Saxon ve ABD hukukunda, *Marbury v. Madison* davasından önceki davalara bakılacaktır. Ardından modern anayasal yargı denetiminin doğuşu olarak kabul edilen, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* (1803) davası ve onu takip eden benzeri davalar detaylı olarak ele alınacaktır. Sonraki kısımda ise, politik sorun doktrinini hazırlayan sebepler ekonomik, siyasi, hukuki gelişmelerle birlikte ortaya konulmaya çalışılacaktır. Son kısımda ise, genel olarak anayasa yargısının Türk hukukundaki yeri incelenecektir.

II. Bölüm, “Politik Sorun Doktrini” başlığı altında; öncelikle, bu doktrinin ne anlama geldiği ve Türk anayasa yargısında neye karşılık geldiğinin yeri belirlenecektir. Ardından, ABD anayasa yargısında anayasal dava açabilmenin şartları incelenecektir. Sonrasında ise, politik sorun doktrinin anayasal davalardaki yeri ve ilgili olan davaların detaylı bir şekilde incelenmesiyle, doktrinin kapsamı ve sınırları belirlenecektir. Devamında ise, ABD anayasa yargısında politik sorun doktrinin geleceği, ABD anayasa hukukçularının doktrindeki görüşlerine yer vererek tespit edilmeye çalışılacaktır. ABD Anayasa yargısında, doktrinin ne gibi bir fonksiyon ifa ettiği de bu kısımda sorgulanacaktır. Ayrıca bu bölümde, Türk hukukunda bir zamanlar var olan hükümet tasarrufları ele alınacaktır. Bu bölümün son kısmında ise, anayasa yargısı olan diğer ülkelerde böyle bir doktrinin olup olmadığı, varsa hangi yönde gerçekleştiği ve ABD sisteminden etkilenmenin ne seviyede olduğu belirlenmeye çalışılacaktır. Özetle, politik sorun doktrininin kapsamı ve sınırları ortaya konacaktır. Amerikan sisteminde, doktrinin yasama-yürütme-yargı arasında ne gibi bir ilişkinin doğmasına sebebiyet verdiği de irdelenecektir.

III. Bölüm, “Politik Sorun Doktrini ve Yargısal Aktivizm” başlığını taşıyacaktır. Yargısal aktivizmin, tanımı ve kapsamı belirlendikten sonra, Türk AYM’nin yargısal aktivizm içeren kararlarına yer verilecektir. ABD ve Kanada Yüksek Mahkemesi ve diğer ülke yüksek mahkemelerinin yargısal aktivizm içeren kararlarından örnekler de incelenecektir. Bölümün devamında ise, Ran Hirschl’in anayasacılığın sınırlarının nereye kadar gidebileceği ve Mark Tushnet’in neden anayasayı mahkemeden uzak tutmanın gerekli olduğu teorileri kapsamında juristokrasinin neden frenlenmesi gerektiği ele alınacaktır. Bu bölümün ana teması ise; yargısal aktivizmin, özellikle anayasaya aykırı karar alabilen çoğunluk ya da parlamentoları frenleme adına ne derece gerekli olduğu, yüksek mahkemeleri yargıçlar hükümetine giden yolda teşvik edip etmediği, aktivizm gerekli ise bunun sınırının ne olacağı, ve buna hangi kuvvetin karar vermesi gerektiği olacaktır.

Çalışmanın **“Genel Değerlendirme ve Sonuç”** başlığı altında ise yargısal denetimin gerekli olup olmadığı, gerekliyse sınırının ne olması gerektiği, ve politik sorun doktrinin bu sınırı belirlemede bir ölçüt olup olamayacağı sorgulanacaktır. Sonrasında ise yargısal aktivizm ile politik sorun doktrini arasındaki ilişki ile bir

kontrol ve denge mekanizması oluşturmanın mümkün olup olmadığı ve bu çerçevede ideal bir anayasal yargı denetimi modelinin nasıl olması gerektiği incelenecektir. Son olarak da politik sorun doktrininin Türk anayasa yargısına uyarlanıp uyarlanamayacağı ele alınacaktır.

BÖLÜM 1

ANAYASAL YARGI DENETİMİ VE POLİTİK SORUN DOKTRİNİNİN DOĞUŞU

Bu bölümde ilk olarak, anayasal yargı denetiminin modern anlamda doğduğu yer olarak kabul edilen ABD'nin ait olduğu Anglo-Saxon hukuk sisteminde *Marbury v. Madison*'dan önceki anayasal yargı denetimiyle ilgili davalar incelenecektir. İkinci olarak, *Marbury v. Madison* davası detaylı olarak ele alınacaktır. Elbette ki, *Marbury v. Madison* davasından sonra da anayasal yargı denetimi ABD hukukunda devam ederek günümüze kadar gelmiştir. Bu nedenle, *Marbury v. Madison* davasından sonra anayasal yargı denetimi ile ilgili kilometre taşı olarak nitelendirilebilecek başka davalar da vardır. Üçüncü olarak da, bu davalara bakılarak, anayasal yargı denetiminin kronolojik olarak ABD hukukunda nasıl bir seyr izlediği tespit edilmeye çalışılacaktır. Dördüncü olarak da, bir nevi anayasal yargı denetiminin haddini aşarak her konuya müdahil olmaya başlamasına tepki olarak doğmuş olan politik sorun doktrininin ortaya çıkışına zemin hazırlayan tarihi-hukuki sebepler irdelenecektir. Son olarak da, Türk anayasa hukuku doktrininde anayasal yargı denetimi özlü bir şekilde ele alınacaktır.

I) Anayasal Yargı Denetiminin Doğuşu

A) ABD Anyasa Hukukunda Marbury v. Madison Davasından Önceki Davalar

ABD hukuku, Anglo-Saxon hukuk sistemine mensup olup, hukuk normlarının temelini oradan alarak geliştirmiştir. Buna rağmen, Anglo-Saxon hukukunun doğduğu yer olan, Birleşik Krallık'da anayasal yargı denetimi bulunmamakta ve parlamentonun üstünlüğü ilkesi geçerliliğini korumaktadır. Bu kısımda; anayasal yargı denetimine öncelik eden davalar ve ABD'de neden bir anayasal yargı denetiminin doğduğu incelenecek ve sebepleri üzerinde durulacaktır. Konuya geçmeden önce şuna değinmekte yarar vardır. İngilizce konuşulan ve yazılan, aynı zamanda Anglo-Saxon hukuk (Common Law) sistemine ait ülkelerde yargısal denetim (judicial review) anayasa ya da yüksek mahkemelerin yaptığı denetim

anlamına gelmektedir. Yani anayasal yargısal denetim (constitutional judicial review) denilen tabire genelde rastlanmamaktadır. Black's Law Dictionary'de yargısal denetim (judicial review) kelimesinin anlamı şu şekilde ifade edilmektedir: İlk olarak, bir mahkemenin diğer kuvvetlerin (yasama-yürütme) uygulamalarını inceleme yetkisi, özellikle; mahkemelerin yasama ve yürütmenin uygulamalarını anayasal açıdan geçersiz kılma gücü anlamına gelmektedir. İkinci olarak, Anayasal doktrinin bu gücü sağladığı belirtilmiştir. Son olarak, bir mahkemenin, ilk derece mahkemesinin ya da idari örgütün ortaya koyduğu hadiseleri ve hukuki bulguları incelemesi, demektir.¹ Özetle; yargısal denetim ifadesinden, Türkçe'deki AYM, Danıştay veya Yargıtay'ın yüksek mahkeme olarak yaptığı denetim anlaşılmaktadır.

Treanor'un belirttiği gibi, *Marbury v. Madison* davasından önce en azından beş davada ABD'deki mahkemeler anayasal yargı denetiminde bulunmuştur. Bu davalar üç ayrı katagoride ele alınabilir. Birinci katagori; mahkemelerin ve jurilerin yetkisi ile ilgili konular, ikincisi; eyalet mahkemeleri (state courts) eyalet kanunlarını federal anayasaya aykırı bulduğu konular ve sonuncusu ise federal mahkemelerin eyalet kanunlarını anayasaya aykırı bulduğu davalardır.²

Esasında, ABD'deki bu davalardan önce, Birleşik Krallık'daki bazı davalarda mahkemeler, yazılı anayasa olmamasına rağmen, Anglo-Saxon hukukunun geleneklerine dayanarak bozma kararları vermişlerdir.³ Öncelikle bu davalara değindikten sonra, ABD'deki davaları incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Çünkü anayasal yargı denetiminin tarihsel olarak hangi aşamaları aşarak bugünlere ulaştığını görmek tezimiz açısından önem arz etmektedir. *Bonham Davası*, Anglo-Saxon hukukunda hukukun üstünlüğü (supremacy of law) ile ilgili ilk dava olarak kayıtlara geçmiştir.⁴ Davayı oluşturan olaylar silsilesi şu şekilde özetlenebilir: Kral VIII. Henry, Royal Doktorlar Koleji (Royal College of Physicans)'ne Londra'daki tıbbi uygulamalarla ilgili olarak, lisans verme ve denetleme yetkisi vermiştir. Daha sonra, bu yetki parlamento tarafından da onaylanmıştır. Royal College, bu çerçevede koyduğu kurallarla ilgili ihlaller konusunda karar verme, yaptırımlar uygulama, para

¹ Bryan A. Garner, ed., **Black's Law Dictionary**, 7. Baskı, Minnessato, ABD, 1999, s. 852.

² William Michael Treanor, *Judicial Review before Marbury*, 54 Stanford Law Review (2005).

³ Douglas E. Edlin, **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**, Ann Arbor, ABD, The University of Michigan Press, 2010, s. 8.

⁴ Ibid, s. 27. Aynı kanaatte, Hasan Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 29.

ve hapis cezaları verme yetkisine de kavuşmuştur. Kolej, topladığı para cezalarını kraliyetle eşit olarak paylaşmaktaydı. Thomas Bonham, tıp diplomasını Cambridge Üniversitesi'nden almıştı ve Royal Kolej'in lisans belgesi olmadan Londra'da doktorluk yapmaktaydı. Royal Kolej, Bonham'a para ve hapis cezası verdi. Bonham, serbest bırakıldıktan sonra, Kolej'e karşı hukuki olmayan hapis cezası iddiasıyla dava açtı. Hakim (Lord) Edward Coke, Kolej'in imtiyaz belgesi (Charter) ve parlamentonun bunu yeniden onaylayan kararını inceledikten sonra, hiçbir kimsenin kendisi ile ilgili davada karar veren konumunda (hakim) olamayacağını, bunun Anglo-Saxon hukuku prensibini ihlal anlamına geleceğini belirterek, davayı Thomas Bonham lehine sonuçlandırmıştır.

Pound, bu davada kullanılan hukukun üstünlüğü ifadesinin, günümüzde yargısal denetim anlamına geldiğini belirtmektedir.⁵ Pound'a göre hukukun üstünlüğü doktrini; mahkemelerin yetki ve güç olarak yürütme ve yasamanın işlemlerini denetleyebileceğini, şayet; bu işlemler Anglo-Saxon hukukunun temel prensiplerine aykırı ise, mahkemelerin bu işlemler hakkında bozma kararı (geçersiz kılma) da verebileceği anlamına gelir.⁶ Anglo-Saxon hukukunda, hukukun üstünlüğü doktrini, hakim Edward Coke'un Bonham davasındaki şu ifadesine dayandırılmaktadır⁷:

“Kitaplarımızdaki ifadelerde, pek çok davada, Anglo-Saxon hukukunun parlamentonun işlemlerini (yasalarını) kontrol edeceği yazmaktadır. Bazen, tamamen bu işlemleri geçersiz kılmak gerekir. Ne zaman ki parlamentonun bir işlemi, Anglo-Saxon hukukundaki bir hakka, sebebe aykırı yahut zıtsa veya yerine getirilmesi

⁵ *Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co. Rep. IO7a, 77 Eng. Rep. 638).

⁶ Edlin, *supra* 3, s. 26. Pound'un bu görüşünü; Roscoe Pound'un **The Spirit of the Common Law** (Marshall Johns Company, 1921) adlı kitabının s. 64-65, 74-75 den Douglas E. Edlin aktarıyor.

Anglo-Saxon hukuku için şunu belirtmenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Mahkemelerin önceden vermiş olduğu kararlarda, önüne benzer dava geldiğinde aynı şekilde karar vermelerine *Stare Decisis* yada *Precedent* doktrini denmektedir. Türk hukukunda İçtihatı Birleştirme Kararlarına yakın bir anlam taşımaktadır. Bu doktrin, Anglo-Saxon mahkemelerinin uygulamaları ile oluşturulmuştur. Bu doktrin; yargılama yapan, aynı zamanda istinaf mahkemelerini de bağlamaktadır. Yasamanın üstünlüğü (*Legislative Supremacy*) ise, bütün seviyedeki yargılama mahkemelerini, Lordlar Kamarası, ve Yüksek Mahkemeyi (*Supreme Court*) de bağlamaktadır. Önceki kararları takip etmek (*Stare Decis*) hukuki bir terim, Yasamanın Üstünlüğü (*Legislative Supremacy*) ise siyasi bir terimdir. *Ibid*, s. 33, 41.

⁷ *Ibid*, s. 27.

imkansızsa, Anglo-Saxon hukuku işlemi kontrol eder ve işlemin geçersiz olduğu şeklinde hüküm tesis eder.”⁸

Açıkça görülmektedir ki, Anglo-Saxon hukukunda anayasal yargı denetiminin başlangıcı olarak kabul edebileceğimiz dava, 1610 tarihli *Dr. Bonham* davasıdır. Bu tarihlerde, Birleşik Krallık monarşi ile yönetilmekte ve Parlamento hala mahkeme (court) olarak adlandırılmaktaydı. Diğer bir ifadeyle, Parlamento aynı zamanda yargı fonksiyonuna da sahipti. Fakat 1688 tarihli Glorious Revolution (Muhteşem Devrim) ile “parlamentonun üstünlüğü” ilkesi Anglo-Saxon hukukunun Birleşik Krallık uygulamasında temel bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bunda da en büyük etken olarak, Kral I. James’in hükümette çok güçlü olması gösterilmektedir.⁹ Böylece, Coke’un teorisi olan; Anglo-Saxon mahkemeleri, Kral ve Parlamentonun üstündedir, Birleşik Krallık uygulamasında geniş bir uygulama alanı bulamamıştır.

Diğer bir dava ise 1744 tarihli *Omychund v. Barker*’de Hindistan’lı olan şahitlerin kendi dinlerine (Hindu) göre verdikleri yeminli ifadelerinin, bir İngiliz mahkemesinde delil olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu ele alınmıştır. Bu davada, Lord Mansfield Anglo-Saxon hukukunun kurallarını, adalet çeşmesinden aldığını, bu nedenle Parlamentonun işlemine karşı üstünlüğü olduğunu, belirtmiştir.¹⁰ *Bonham* davasında görüldüğü gibi, Lord Mansfield, hukukun üstünlüğünü meslekdaşı hakim Coke gibi bir kez daha teyid etmiştir. Davada, savunmanın iddiası; Hinduların kendi inanç yargılarına göre, Hristiyan yemini yapamayacaklarından, bir İngiliz mahkemesinde şahit olarak kabul edilemeyecekleri üzerine kuruluydu. Savunma, ağırlıklı olarak bu iddialarını hakim Edward Coke’un meşhur görüşlerinden biri olan, “inanmayan şahit olamaz, bunun sonucu olarak Tevrat’a inanan bir Yahudi de şahit olamaz” ifadesine dayandırmıştır.¹¹ Lord Mansfield, savunmanın iddialarını reddetmiş, aynı zamanda hakim Coke’un hatalı görüşünü düzelterek insanların dini inançlarından dolayı şahitlik yapmalarının

⁸ “...It appears in our books, that in many cases, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.” Bkz. *Dr. Bonham’s Case* (1610), 8 Co. Rep. 107a, 118a, 77 Eng. Rep. 638, s. 652.

⁹ Edlin, *supra* 3, s. 54.

¹⁰ *Omychund*, 1 Atk. s. 33, 26 Eng. Rep. s. 23.

¹¹ Edward Coke bu görüşünü, **The First Institute of the Laws of England** adlı kitabında belirtmektedir.

engellenemeyeceğini, belirtmiştir.¹² Günümüzde, bir kişinin dini inançlarından dolayı mahkemede yeminli ifade vermesinin engellenmesi, anayasal demokrasinin prensiplerden olan din özgürlüğü ve eşit koruma hükümlerine aykırılık teşkil etmiş olacaktır.¹³

Daha önce belirttiğimiz gibi, ABD’de Marbury v. Madison’dan önceki davalarda eyalet mahkemelerinin (state courts) anayasal yargı denetimi yaptığını ve bu davaların bazısında anayasaya aykırı olan yasaların iptal edildiğini görmekteyiz. Bu mahkemeler, Anglo-Saxon hukuk prensiplerine dayanarak kararlarını vermişlerdir.¹⁴ Bu davaları şu şekilde sıralayabiliriz; *Paxton’s Case of the Writ of Assistance* (1761), *Ham v. M’Claws* (1789), *Bowman v. Middleton* (1792), *Lindsay v. Commissioners* (1796).¹⁵ Bunlara ek olarak, Snowsis de şu davaları zikr etmektedir: *Hayburn’s Case* (1792), *VanHorne’s Lessee v. Dorrance* (1792), *Kamper v. Hawkins* (1793), *Stidger v. Rogers* (1801).¹⁶ Bu davalardan ilki olan *Paxton’s Case* 1761 tarihli, yani 1787 tarihli olan Federal Anayasa’dan önce verilmiş bir karardır. Bu davada, hakim Coke’un Bonham davasındaki yukarıda verdiğimiz meşhur ifadesini alarak, Anglo-Saxon hukukunda mahkemelerin yargısal denetim yetkisine haiz olduğunu iddia etmiştir. James Otis’in bu savunması, ABD’de eyalet mahkemelerinde anayasal yargı denetiminin önünü açmıştır denilebilir.¹⁷ *Ham v. M’Claws* ise eyalet mahkemesinin, Anglo-Saxon hukukunun prensiplerine aykırı bularak ilk kez bir yasayı geçersiz kıldığı davadır.¹⁸ Diğer bir ifadeyle, yazılı olmayan fakat yerleşik olan anayasal normlara aykırılıktan dolayı yasa iptal edilmiştir. Anglo-Saxon hukukunda mahkemelerin teknik anlamda iptal değil, geçersiz kabul etme yani üst yasaya aykırı bulma yetkisi vardır. Yasa koyucu,

¹² *Omychund*, I Atk. s. 24, 26 Eng. Rep. s. 17.

¹³ Edlin bu ifadesini güçlendirmek için, 1932 tarihli ABD Yüksek Mahkemesi’nin şu kararına atıfta bulunmaktadır: *State of New Jersey v. Levine*. Edlin, supra 3, s. 238.

Bkz, Kasım Karagöz, **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, yayınlanmamış doktora tezi, AÜSBE, Ankara, 2004.

Ayrıca bkz, Kasım Karagöz, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İnanç Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I-2, 2006.

¹⁴ Edward Samuel Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, 9 Michigan Law Review, 1910, s. 105-20.

¹⁵ Edlin, supra 3, s. 83-86.

¹⁶ Sylvia Snowsis, **Judicial Review and the Law of the Constitution**, New Haven, YUP, 1990, s. 57-60.

¹⁷ William E. Nelson, **Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 2000, s. 36.

¹⁸ *Bowman*, I Bay 93, I S. C. 38 (1789).

mahkeme kararından sonra isterse yasayı değiştirir, isterse olduğu gibi bırakır, ya da o konuda yeni bir yasa çıkarır. 1792 tarihli *Bowman v. Middleton* davasında ise, South Carolina eyalet mahkemesi 1712 tarihli yasanın Anglo-Saxon hukuk prensiplerine aykırı olduğuna hüküm ederek davayı Middleton lehine sonuçlandırmış ve arazinin sahipliğinin Middleton'a miras yoluyla geçtiğini ve ödeme yapmamakta haklı olduğunu belirtmiştir. 1712 tarihli yasaya göre, araziler devlet zoruyla sahiplerinin elinden alınıp, başkalarına herhangi bir bedel ödemededen devrediliyordu. Middleton başlangıçta, kendi dedelerine ait olan araziye belirlenen miktar karşılığında satın almak üzere anlaşma yapmış, fakat daha sonra arazinin kendisine miras yoluyla kaldığını söyleyip istenen miktarı ödemeyi reddetmiştir. Bu davada da hakimler, *Bonham* davasındaki hakim Coke'un sözlerini kullanarak sonuca varmışlardır:

“Davacılar [1712 tarihli] yasaya dayanarak hak talep edemez. Bir kişinin mülkiyet hakkını alıp başka birine ya da üçüncü kişilere devretmek, herhangi bir tazminat ödemedi, veya jurisiz bir yargılama yapmadan hakkın tesbit edilmesi, Anglo-Saxon hukukundaki hakka (common right) ve de Magna Charta'ya aykırıdır. Bu nedenle bahsi geçen yasa, ipso facto geçersizdir. Başlangıçta, yanlış prensipler üzerine kurulmuş bu yasaya, geçen zaman süresi, bir geçerlilik kazandırmaz.”¹⁹

Hayburn's Case (1792)' de dava konusu, Kongrenin çıkarmış olduğu federal bir yasa ile federal hakimlere yargısal olmayan görevlerin yüklenmiş olmasıdır. İstinaf mahkemesi, (Circuit Court) federal yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁰ Ayrıca, kendisinden tavsiye görüşü istenilen farklı iki istinaf mahkemesi de, federal yasanın bu şekliyle uygulanması halinde anayasaya aykırı olacağını belirtmiştir. Dava, Yüksek Mahkeme'ye ulaşmadan, dava konusu ortadan kalkmıştır.²¹ Diğer bir dava olan *Hylton v. United States* (1796)'de istinaf mahkemesi

¹⁹ Bowman, 1 Bay s. 254-55, 1 S. C. S. 102. “[The] plaintiffs could claim no title under the act in question, as it was against common right, as well as against Magna Charta, to take away the freehold of one man and vest it in another, and that, too, to the prejudice of third persons, without any compensation, or even a trial by the jury of the country, to determine the right in question. That the act was, therefore, ipso facto void. That no length of time could give it validity, being originally founded on erroneous principles.”

Anglo-Saxon hukuku, İngiltere'de bazen common right (genel-ortak hak) ya da communis justitia (ortak adalet) olarak adlandırılmıştır. Edward Coke, supra note 31, kısım 213.

²⁰ 2 U. S. (2 Dall.) 409 (1792).

²¹ Treanor, supra note 2, s. 67 (circuit court decisions kısmında).

hakimleri bir federal vergi yasasının anayasaya uygun olup olmadığı konusunda ikiye ayrılmış ve bir karara varamamışlardır. Dava, Yüksek Mahkeme önüne gelince, federal yasanın Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.²² *Cooper v. Telfair* (1800) davasında ise, hakim *Chase Hayburn* davasına göndermede bulunarak, ilk defa Yüksek Mahkeme'nin bahsedilen davada, Kongre'nin yapmış olduğu yasayı Anayasaya aykırı bulduğunu, belirtmiştir.²³

1793 tarihli *Chisholm v. Georgia* davasında, Yüksek Mahkeme, 1789 tarihli Yargı Yasası (Judiciary Act of 1789)'nı anayasaya aykırı bulmuştur ve farklı eyalette oturan bir kişinin, diğer bir eyalette federal mahkemede dava açabileceğine karar vermiştir.²⁴ Bunun üzerine ABD Anayasası'ndaki XI. Değişiklik (XI. Amendment) yapılmış ve 1798 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu anayasa değişikliği ile, özel kişilerin federal mahkemelerde, diğer eyaletler aleyhine dava açması engellenmiştir. Görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme, federal bir yasanın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

1796 tarihli *Ware v. Hylton* davasında ise Yüksek Mahkeme, Virginia eyaleti yasa koyucusunun yapmış olduğu yasayı geçersiz saymıştır. Son olarak 1810 tarihli *Fletcher v. Peck* davasını belirtmek isteriz. *Marbury v. Madison* davasından yedi yıl sonra verilen bir karar olmasına rağmen, Mahkeme Başkanı Hakim Marshall, yargısal denetimi, anayasal metne dayanarak değil, Anglo-Saxon hukukunun prensiplerine dayanarak yapmıştır.²⁵ Davada, Georgia eyaletinin yapmış olduğu yasa geçersiz sayılmıştır. Edlin, hakim Marshall'ın, *Marbury v. Madison*'dan sonra *Peck* davasında bu şekilde hareket etmesinin gerekçesi olarak; anayasal metne dayanarak anayasaya aykırılık kararı vermenin geleceği henüz belli olmadığından, Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerine dayanarak Anayasaya aykırılık kararı verilmiştir, diye açıklamıştır.²⁶

Özetle; **Marbury v. Madison** davasından önce de ABD'deki eyalet, istinaf mahkemeleri, hatta ABD Yüksek Mahkemesi anayasal yargı denetiminde bulunmuştur. Mahkemeler, bu kararları verirken hakim Coke'un formüle ettiği

²² 3 U. S. (3 Dall.) 171 (1796).

²³ 4 U. S. (4 Dall.) 14 (1800).

²⁴ 2 U. S. (2 Dall.) 419 (1793).

²⁵ 10 U. S. (6 Cranch) 87, 3 L. Ed. 162 (1810).

²⁶ Edlin, *supra* 3, s. 101.

Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerine dayanmışlardır. Bu nedenle, *Bonham* davası, modern anlamda anayasal yargı denetimi için bir başlangıç olmuş, fakat parlamentonun üstünlüğü ilkesinin Glorious Revolution ile İngiltere’de yerleşmiş olması bu gelişimi sekteye uğratmış olsa da, ABD’de yeniden anayasal yargı denetimi canlandırılmıştır ve *Marbury v. Madison* davası ile de bu Anayasa’nın metnine dayandırılmıştır.

B) Marbury v. Madison Davası

ABD Anayasası, açık ve net bir şekilde Yüksek Mahkeme’ye anayasal yargı denetimi yetkisi vermemektedir.²⁷ *Marbury v. Madison* davası ile ilk defa ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) anayasanın metnine dayanarak, Anglo-Saxon hukukunun prensiplerini de kullanarak Kongre’nin çıkarmış olduğu federal yasanın hükmünü geçersiz kılmıştır. ABD’de son yıllara kadar yapılan çalışmaların öncesinde, *Marbury v. Madison* davası ile, modern anlamda anayasal yargı denetiminin başladığı kabul edilmekteydi. Oysa ki, yukarıda da incelediğimiz davalar, şunu göstermektedir: Anayasal yargı denetimi daha önce de yapılmıştı, fakat ABD Federal Anayasası’na dayanarak ilk denetim *Marbury v. Madison* davası ile başlamıştır. Davanın esasına geçmeden önce; ABD Yüksek Mahkemesi ve hakim Marshall ile ilgili bazı ön bilgiler vermek gerektiğini düşünüyoruz. Bunun nedeni de, davanın hangi şartlarda ortaya çıktığı, geliştiği ve nasıl sonuçlandığını daha net bir şekilde anlamamıza katkı sağlayacak olmasından dolayıdır.

ABD Anayasası, Madde III, Bölüm 1 (Article III, Section 1)’in ifadesiyle, ABD’de yargı gücü bir Yüksek Mahkeme (Supreme Court)’ye aittir, ve bunun altındaki mahkemeler de Kongre’nin emriyle kurulur (veya kaldırılır). Bilindiği gibi, burada kastedilen ABD’deki Yüksek Mahkeme ve altındaki değişik bölgelerde kurulmuş olan Federal İstinaf Mahkemeleri’dir.²⁸ ABD Anayasası 1787’de kabul

²⁷ Genel olarak, Amerikalı anayasa hukukçulara bu kanaattir. İstisnai olarak, anayasa metninin bu yetkiyi verdiğini savunan yazarlar da vardır. Bkz. Saikrishna B. Prakash & John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 70 University of Chicago Law Review, 2003.

ABD Anayasası’na göre eyaletlerin birbirine karşı açtığı davalar ve yabancı bir diplomatın taraf olduğu davalarda, Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi olarak görev yapar.

²⁸ ABD Anayasası, Madde III, Bölüm I: The Judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish...

edildi ve 1788 de onaylandı. Anayasa'nın kendisi bir Yüksek Mahkeme oluşturmamıştı. Kongre (Temsilciler Meclisi ve Senato) 1789 da kabul ettiği Yargı Yasası ile (Judiciary Act of 1789) Yüksek Mahkeme'yi (bir Mahkeme Başkanı ve beş hakim), ve Federal Yargı Kuvvetinin yetki alanını da oluşturmuş oldu.²⁹ Ayrıca, bu yasa ile 13 tane Federal İstinaf Mahkemesi'nde (lower federal courts-district courts olarak adlandırılmaktadırlar; bunlar da üç ayrı bölgeye ayrılmıştır, Doğu-Orta- ve Güney) kurulmuş oldu. Daha sonraki yıllarda çıkarılan Federal Yargı Yasaları (1801, 1802 ve 1891 tarihli Yargı Yasası) ile sistem günümüzde ki halini almıştır. James Madison (ABD 4. Başkanı) bu mahkemelerin, adaletin hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli olduğunu, eyalet (state) mahkemelerinin şartlanmış (tarafalı) bir şekilde karar verebileceğini belirtmiştir.³⁰

ABD Anayasası Madde III, tamamıyla Yargı Kuvveti'nden bahsetmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, ABD Anayasası açık ve net şekilde Yüksek Mahkeme'ye yargısal denetim hakkı tanımamaktadır. Fakat Federalistler, özellikle Alexander Hamilton, ABD'nin ilk Hazine Bakanı, (Secretary of the Treasury), Federal Yazılar (Federalist Papers)'dan biri olan 78 no'lu yazıda, zorunlu bir şekilde yargısal denetimin gerekli olduğunu belirtmiştir. Federal Yazılar, Hamilton, James Madison ve John Jay tarafından Publius (Romalı bir kahraman) takma adıyla yeni Anayasa'yı ve merkezi hükümeti (federal) desteklemek için yazılmış 85 makaleden oluşmaktadır.³¹ Makalelerin ana teması, cumhuriyetçi bir hükümetin özelliklerinin anayasaya göre nasıl olması gerektiği hakkındadır. Zamanla, "Federalist Yazılar," ABD Anayasası ve Hükümet modeli hakkındaki en önemli şerh kaynağı durumuna gelmiştir.³² Anti-Federalistler ise yeni Anayasa'nın Federal hükümete çok yetki verdiğini, oysa yetkilerin Devletçikler (States) de kalması gerektiğini savunuyorlardı. New York'lu bir lider olan Robert Yates'de Anti-Federalist Yazıları, Brutus takma adıyla yayınladı. Bu yazılardan birinde Yates, yargısal denetime karşı çıkıp, yargıya çok fazla güç sağlandığını ileri sürmüştür.³³

²⁹ David L. Hudson Jr., **The Handy Supreme Court Answer Book**, Detroit, Visible Ink Press, 2008, s. 1.

³⁰ Ibid, s. 3.

³¹ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Charles R. Kesler (Giriş ve Notlar), Clinton Rossiter (editör), **The Federalist Papers**, New York, Penguin Group, 1999.

³² Ibid, s. VIII-XI.

³³ Hudson, supra 29, s. 4.

Madison, 47 no'lu Federalist Yazı'da kuvvetlerden (yasama-yürütme-yargı) birine çok fazla güç verilmesinin, problemlerin oluşumuna sebebiyet vereceğini, hatta tiranlığa yol açacağını belirtmiştir ve aynı zamanda, ABD Kongresi'nin hazırladığı yasa tasarılarının, Yürütme ve hakimlerin de katılmış olduğu Düzeltme-Düzenleme Konsülü (council of revision) tarafından gözden geçirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³⁴

ABD Yüksek Mahkemesi'ne atanan ilk altı hakimden beşi, 1787 de Philadelphia'da gerçekleşen Anayasa Konvansiyonu'na katılmış kişilerdi. ABD Anayasası bu Konvansiyon'da hazırlanmıştır.³⁵ Mahkemenin ilk başkanı da, Federalist Yazılar'ın yazarlarından biri olan John Jay olmuştur. John Jay, Anayasa Konvansiyonu'na katılmamıştı. Öncesinde ise, New York Eyalet Mahkemesi (New York State Court) Başkanı olarak görev yapmıştır. John Jay, Mahkeme'ye Başkan olduktan sonra (1789-1795-6 yıl), görevini bırakarak New York Valisi olmuştur. Hudson, bu davranışı, Mahkeme'nin o günlerde popüler olmamasına bağlamaktadır. Mahkeme, 1790-1801 arası Philadelphia'da toplandı. 1801'de Washington D. C.'ye taşındı.³⁶

Hakim John Marshall, Yüksek Mahkeme Başkanı olarak, ABD Başkanı John Adams tarafından 1801'de göreve atanmış ve 1835'e kadar görevinin başında kalmıştır.³⁷ Bu döneme Marshall Mahkemesi (1801-1835) denilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı'nı, ABD Başkanı atamaktadır, hakimler kendi arasında seçim yaparak mahkeme başkanını seçmemektedir. Marshall, Mahkeme başkanı olmadan önce; Virginia Yasama Meclisi'nde, Virginia eyaleti temsilcisi olarak ABD Anayasası hazırlama Konvansiyonu'nda, ABD'nin Fransa Bakanı olarak (1797-98), ABD Temsilciler Meclisi'nde (1799-1800) ve de son olarak ABD Başkanı John Adams'ın Devlet Bakanı olarak çalışmıştır (1800-1801).³⁸

³⁴ Hamilton vd., supra note 51, No. 47: The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power among Its Different Parts (Madison), s. 298: "The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny."

Ayrıca bkz, Hudson, supra 49, s. 5.

³⁵ Hudson, supra 29, s. 41.

³⁶ Ibid, s. 41, 61.

³⁷ Ibid, s. 429.

³⁸ Detaylı bilgi için bkz, Nelson, supra 17.

Bu ön bilgiden sonra, davanın esasına geçebiliriz. *Marbury v. Madison* davasında, ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Hakim John Marshall'ın takdimiyle, Yüksek Mahkeme, Kongre'nin çıkarmış olduğu Federal Yasaların, ABD Anayasası ile uyumlu olup olmadığına yani yargısal denetim (anayasal) yapma yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Fakat gözden kaçırmamamız gereken husus da şu ki, *Marbury v. Madison* davasından önce de Yüksek Mahkeme ve bazı eyalet mahkemeleri, anayasal yargı denetiminin yapılabileceğine karar vermişlerdi. ABD Yüksek Mahkemesi, bu kararın ardından tam 54 yıl sonra, federal bir yasayı geçersiz kılmıştır.³⁹

Başkan John Adams (Federalistler, şimdiki Cumhuriyetçiler) 1800 yılındaki seçimi kaybetti. Bunun üzerine Başkan'ın görevi bırakmasına sayılı günler kala, federalist programların uygulanmasının devamı için, yeni federal hakimlik pozisyonları oluşturuldu (midnight judges, geceyarısı hakimleri). Hatta bunlardan birisi de, Yüksek Mahkeme'ye Başkan olarak atanan Devlet Bakanı John Marshall'dır ve Senato, bu atama kararını çok hızlı bir şekilde onaylamıştır.⁴⁰ Başkan John Adams'ın yardımcısı olan Demokrat Thomas Jefferson, ABD'nin yeni başkanı oldu. John Adams'ın yeni oluşturduğu 42 federal hakimlik pozisyonu ve belirlenmiş adaylardan 23 tanesinin John Marshall tarafından görevlendirmesine zaman yeterli olmamış ve Başkan Thomas Jefferson göreve başlayınca 42 olan federal hakimlik sayısını 30'a indirmiştir. Nihayetinde 30 federal hakimden 25 tanesi, Başkan John Adams'ın belirledikleri olmuştur. Göreve başlatılmayan 11 federal hakimden biri ise, William Marbury'dir.⁴¹ William Marbury, bu nedenle Başkan Thomas Jefferson'un

³⁹ Ibid, s. 1.

⁴⁰ Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Oregon, 2009, s. 135.

⁴¹ Hudson, supra 29, s. 82. Hudson, bu sayıları 45 federal hakimlik pozisyonu ve göreve başlatılmayan 17 hakimlik pozisyonu olarak belirtmektedir. Amerikan anayasa hukuku tarihçisi Urofsky ve Finkelman ise 42 ve 11 olarak belirlemektedir.

Bu meselenin orijinali aslında şu olaya dayanmaktadır. 27 Şubat, 1801'de, Başkan Adams'ın görev süresinin bitimine bir haftadan az zaman kalmasına rağmen, Columbia Bölgesinin yapısıyla ilgili yasa (the Organic Act of the District of Columbia), Kongre tarafından kabul edilmiştir. 2 Mart, 1801'de ABD Kongresi, ülkenin başkenti olarak Columbia bölgesini (District of Columbia) seçmiştir. Bölgeyi de iki bölüme ayırmıştır; Washington (bugünkü Washington D. C.) ve Alexandria (bugün Virginia eyaletine bağlı olan aynı isimli yer). Federal hakimlerden 23 tanesi Washington, 19 tanesi de Alexandria bölümü için atanacaktır. Başkan John Adams, Alexandria bölümündeki bazı hakimleri, görevinin son gününde atamıştır. Thomas Jefferson başkan olunca, federal hakimlerin atanmadığının farkına varmıştır. Başkan Jefferson, önceki başkan Adams'ın listesindeki 6 Cumhuriyetçi ve 6

Devlet Bakanı olan James Madison'ın aleyhine Yüksek Mahkeme'de dava açarak, Yüksek Mahkeme'den "writ of mandamus" yani kendisinin atanacağı Columbia bölgesi federal hakimlik pozisyonu ile ilgili önceki yönetimin almış olduğu kararın uygulanmasını istemiştir.⁴² Bu dava, hukuk tarihine *Marbury v. Madison* davası olarak geçmiştir. Bu sırada, Başkan Jefferson ve Kongre, yukarıda belirttiğimiz gibi oluşturulmuş olan yeni federal hakimlik pozisyonlarının bir kısmını kaldırdı ve Yüksek Mahkeme'nin bir sonraki toplantısını askıya aldı.⁴³ Diğer bir ifadeyle, yeni Cumhuriyetçi Jefferson Kongresi (Demokratlar), Federalist Başkan John Adams (Cumhuriyetçiler)'in 1801 tarihli Yargı Yasasının (the Judiciary Act of 1801) yerine 1802 tarihli Yargı Yasası'nı (the Judiciary Act of 1802) kabul etmiştir. Böylece 1789 tarihli Yargı Yasası dönemine dönülmüş oldu ve de 1803 tarihine kadar da Yüksek Mahkeme, 1802 tarihli Yargı Yasası'nı denetleyememiş oldu.⁴⁴ Mahkeme Başkanı olan John Marshall, Başkan Jefferson ve yönetimiyle direkt kavga etmeyip farklı bir yöntem kullanmıştır. Tushnet'in haklı olarak belirttiği gibi, esasında davanın özü: Kongre, yeni oluşturulmuş olan federal hakimlik pozisyonlarını iptal edebilir mi? Yüksek Mahkeme, bu anayasal sorunla direkt yüzleşmemek için olayı bu yönden ele almayıp farklı bir şekilde sorunun cevabını vermeye çalışmıştır.⁴⁵ Yüksek Mahkeme, *Marbury v. Madison* davası kararından 6 gün sonra, başka bir dava olan *Stuart v. Laird* davasında, Kongre'nin böyle bir yetkisi olduğunu onaylamıştır.⁴⁶ Dava konusu da, 1802 tarihli Yargı Yasası'nın Anayasa'ya uygun olup olmadığı hakkındaydı.

O zaman, *Marbury v. Madison* davasını, farklı kılan nedir?⁴⁷ William Burnham'ın ifadesiyle; Mahkeme Başkanı John Marshall, yazılı anayasanın gereği olarak, Anayasa, Madde III'de Yargı Kuvveti olduğuna göre, anayasal yargı denetimi de vardır, demiştir. Marshall bu görüşünü şu gerekçelere dayandırmıştır; Anayasa bir

Federalisti yeniden atamış, bu listeye birkaç Cumhuriyetçi daha ekleyerek onların da atamasını yapmıştır. Fakat, 11 Federalist hakimi atamamıştır. Bunlardan biri de, William Marbury'dir.

Melvin I. Urofsky, Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume I, From the Founding to 1890**, 2. Baskı, New York, Oxford University Press, 2002, s. 192.

⁴² Ibid.

⁴³ Tushnet, supra 40, s. 135.

⁴⁴ Nelson, supra 17, s. 58.

⁴⁵ Tushnet, supra 40, s. 136.

⁴⁶ *Stuart v. Laird* 5 US (1 Cranch) 299 (1803). Tushnet, ibid. Ayrıca, Nelson, supra 37, s. 67-68.

⁴⁷ Ayrıntılı tartışma için bkz, Edward Samuel Corwin, **The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays** (1914), Princeton University Press, 1914.

kanundur ve uygulanmalıdır. Anayasa'da ki En Üstün Madde Kuralı (Supremacy Clause) Anayasa'yı ülkenin en üstün Yasa'sı durumuna getirmektedir. Yargı Kuvveti'nin hakimleri Madde III'de belirtildiği üzere, önüne gelen davada hukukun (kanunun) ne olduğunu söyleme yetkisine sahiptir. Hakimler aynı konuda Yasa ve Anayasa kuralı varsa, kuralların hiyerarşisine bakmak zorundadır; bu nedenle En Üstün Madde Kuralı'nı uygulayacaklarından, haliyle bu da Anayasa'dır ve Yasa bertaraf edilmiş olunur.⁴⁸ Bilindiği üzere, *Marbury v. Madison* davasında konu, Kongre'nin çıkarmış olduğu federal Yasa hakkındaydı. Yüksek Mahkeme, 1864 yılına kadar yani 75 yıl boyunca, Kongre'nin çıkarmış olduğu sadece iki yasa (federal) geçersiz kılmıştır. 1789-1953 yani 164 yıl boyunca ise 76 tane federal yasa geçersiz kılınmıştır. 1953-1998 arası yani 46 yılda ise 76 federal yasa geçersiz kılınmıştır. Yüksek Mahkeme, eyalet yasalarını federal yasalara oranla daha çok geçersiz kılmıştır. Yüksek Mahkeme, aynı muhakeme mantığını kullanarak, 1810'daki *Fletcher v. Peck* davasında, Georgia eyaletinin çıkarmış olduğu sözleşme hukukunun yükümlülüğünü bertaraf eden yasa, Anayasa'ya aykırı bularak geçersiz kılmıştır.⁴⁹ 1789-1889 yani Mahkeme'nin ilk 100 yılında 79 eyalet yasası geçersiz kılınmıştır. 1889-1989 arası yani ikinci yüzyılda ise, 794 yani ilk yüzyılın 10 katı daha fazla eyalet yasası geçersiz kılınmıştır.⁵⁰ Bu da şunu göstermektedir; Yüksek Mahkeme, gittikçe artan oranda, özellikle eyalet yasalarını iptal etme eğilimindedir. Başka bir ifadeyle şöyle denilebilir; eyalet devletleri, ABD federalizmini aşmak için kanunlar yapmakta, fakat Yüksek Mahkeme bu kanunların uygulanışına pek geçit vermemektedir. Veya Yüksek Mahkeme, ABD'deki hukuku giderek yeknesaklaştırmaktadır.

William Marbury, 1789 tarihli Yargı Yasası'nın Yüksek Mahkeme'ye yetki verdiğini, mahkemeden bu yetkisini kullanarak, önceki başkanın belirlediği yere, yeni hükümetin kendisini atamasının sağlanmasını istemiştir. Marbury, davasını Aralık 1801'de açmıştır, fakat önceden de belirttiğimiz gibi, Kongre, çıkardığı federal Yasa ile yılda iki defa toplanan Yüksek Mahkeme'nin 1802 tarihli Haziran ve Aralık toplantılarını iptal etmiştir. Mahkeme Başkanı Marshall, geçmişte Devlet

⁴⁸ William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3. Baskı, St. Paul, West Group, 2002, s. 10.

⁴⁹ 10 U. S. 87 (1810). Ibid.

⁵⁰ Burnham, *supra* 48, s. 11.

Bakanı olarak 1801 yılında, Marbury'nin federal hakim olarak atanabilmesi için gerekli olan belgeyi imzalamış olan kişiydi. Şayet, Marbury lehine karar verirse, bunun çok ağır sonuçlar doğuracağını farkındaydı. Yeni Başkan Jefferson yani Demokratlar lehine karar verirse-dava edilen Devlet Bakanı James Madison-bu sefer kendisiyle çelişmiş olacaktı. O zaman en ideal olanı, bu davayı bir fırsat bilip Anayasal Yargı Denetimi'nin önünü açmaktı ve Mahkeme Başkanı Marshall'da bu yola başvurmuştur.⁵¹

Mahkeme Başkanı Marshall, davayı üç soruya cevap bulmak çerçevesinde örgülemiştir. Birincisi, Marbury'nin bu pozisyona (federal hakimlik) atanma hakkı var mıdır? İkincisi, şayet bu hakkı varsa, kanunlar hangi hak arama yolunu sağlamaktadır? Üçüncüsü, şayet hak arama yolu varsa, Yüksek Mahkeme, bu hak arama yolunu sağlayabilir mi? Başkan Marshall, birinci soruya olumlu cevap vermiştir. Yani federal hakimlik pozisyonu için gerekli olan prosedürler yerine getirilmiştir. Mahkeme, ikinci soruya da evet cevabı vermiştir. Mahkeme, bunu şu kelimelerle ifade etmiştir; "ABD hükümeti, kanunların hükümeti, insanların hükümeti değildir." Kimse yasaların üstünde değildir. "Zarar gördüğünü düşünen hakkını aramak için, bu ülkenin kanunlarında kendisi için hak arama hakkına (ve özgürlüğüne) sahiptir."⁵² Mahkeme, son soruya cevap verirken, 1789 tarihli Yargı Yasası, Bölüm 13'e göre kendisinin böyle bir yetkiye yani bir şeyin yapılmasını, yerine getirilmesini talep yetkisine sahip olduğunu, fakat bu kısmın, Anayasa, Madde III' e aykırı olup olmadığını sorgulamak gerektiğini belirtmiştir. Anayasa, Madde III; şayet davalar, büyükelçileri, diğer diplomatik kamu görevlilerini ve konsolosları ilgilendiriyorsa ve de taraflardan biri eyalet devleti ise Yüksek Mahkeme'yi yetkili kılmaktadır. Marshall, Yüksek Mahkeme'nin yargı yetkisinin sınırlı olduğunu ve Kongre'nin bu listeyi değiştiremeyeceğini ve listeye yeni bir writ of mandamus (mahkemeden bir şeyin yerine getirilmesini talep etme yolu) oluşturamayacağını belirtmiştir.⁵³ Sonuçta, Mahkeme, 1789 tarihli Yargı Yasası'nın, Anayasa'nın III.

⁵¹ Erwin Chemerinsky, **Constitutional Law: Principles and Policies**, 2. Baskı, New York, Aspen Publishers, 2002, s. 41.

⁵² 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803), s. 162-163.

"...government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men...the individual who considers himself injured, has a right to resort to the laws of his country for a remedy."

⁵³ Ibid, s. 174.

Maddesine aykırı olduğuna karar verip, Federal Yasa'nın bu kısmını (13. Bölüm, Madde) geçersiz kılmıştır.

Son olarak Mahkeme, bir federal yasanın, anayasaya aykırılığını tespit etme yetkisinin olup olmadığını sorgulamıştır. Ve davanın da dünya hukuk tarihine geçen en önemli kısmı da, bu olsa gerek. Mahkeme Başkanı Marshall, Mahkemenin bu yetkisini şu gerekçelere dayandırmıştır: Anayasa, hükümetin gücünü sınırlamaktadır, şayet yargısal bir denetim yoksa bu sınırlamanın da bir anlamı olmayacaktır. Yargının, yasaları uygularken bunların anayasaya uygunluğunu belirtmesi kendi yapısından kaynaklanmaktadır. Marshall'ın ifadesiyle, yargının görevi, yasanın ne olduğunu söylemektir. Mahkemeye gelen davalarda, temel haklara aykırı bir durum varsa, Mahkeme, bunların anayasaya aykırı olduğunu ilan edebilir yani geçersiz kılabilir. Hakimler yemin yaparak göreve başlıyorlar, şayet anayasal olmayan bir yasayı uygularlarsa bu yeminlerine aykırı hareket etmiş olurlar, bu nedenle anayasal yargı denetimi yapmak zorundadırlar. Son olarak da Marshall, Anayasa, Madde VI'nın Anayasayı, ülkenin En Yüksek Yasası (The Supreme Law of the Land) durumuna getirdiğini ve diğer yasaların da bu hiyerarşide ona uygun olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁴

Chemerinsky'nin de belirttiği gibi, Mahkeme Başkanı Marshall'ın politik olarak, Marbury'e hakkını vermesinin imkanı yoktu. Çünkü, ABD Başkanı Jefferson, büyük bir ihtimalle bu kararı uygulamayacaktı, hatta Federalist hakimleri (bugünkü Cumhuriyetçiler) vatana ihanet suçundan yargılatırıp, yargının Cumhuriyetçilerin (bugünkü Demokratlar) kontrolüne geçmesini sağlayacaktı. Bu nedenle, Marshall akıllıca davranıp, uzun vadede Yüksek Mahkeme'nin Yargı Kuvveti olarak güçlenmesini ve federal mahkemelerin günümüze kadar ulaşmasını sağlamıştır.⁵⁵ William Marbury, hiçbir zaman Columbia bölgesinde hakim olarak görev yapmadı, fakat güvenilir ve başarılı bir banker olarak, Washington D. C.'de yaşamına devam etmiştir.⁵⁶

Urofsky & Finkelman ve diğer ABD'li anayasa hukukçularına göre; İngiliz ve Amerikan hukukunda (Anglo-Saxon) pek sık olmasa da, mahkemelerin, yasama

⁵⁴ Ibid, s. 176, 177, 180.

⁵⁵ Chemerinsky, supra 51, s. 46.

⁵⁶ Hudson, supra 29, s. 83.

işlemlerini geçersiz kılma gücü olduğu kabul edilmiştir.⁵⁷ Hatta, bazı yazarlar ABD Anayasası'nın metninde anayasal yargı denetiminin var olduğunu belirtmektedirler.⁵⁸ John Marshall, davadaki, görüşlerini aslında Anglo-Saxon hukukunun bu esaslarına dayandırmıştır. 1803 yılında *Marbury*, toplum ve mahkemeler nazarında pek de dikkat çekmemiştir. Sebebi ise, William Marbury'nin hakkı olan federal hakimliğe atanamamış olmasıydı.⁵⁹ Fakat, zamanla Yüksek Mahkeme'nin *Marbury v. Madison* davasına sürekli olarak atıf yapması, sanki modern anayasal yargı denetiminin bu dava ile doğduğu intibasını uyandırmıştır. Oysa ki, yukarıda incelemiş olduğumuz, Anglo-Saxon hukukunun bu konudaki genel prensipleri ve ABD'deki eyalet mahkemelerinin, hatta ABD Yüksek mahkemesinin bu davadan önce vermiş olduğu karar çerçevesinde anayasal yargı denetiminin *Marbury v. Madison* davasından önce de var olduğunu söylemek yanlış olmasa gerekir.

⁵⁷ Daniel B. Rodriguez, *State Constitutionalism and the Scope of Judicial Review*, The University of Texas School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No: 176, internetten ulaşmak için; <http://ssrn.com/link/texas-public-law.html> (Mayıs 21, 2011).

Özellikle son yıllarda, Nelson Lund, Philip Hamburger gibi pek çok ABD'li anayasa hukuku akademisyenleri, ABD yani Anglo-Saxon hukukunun uygulamalarında *Marbury v. Madison* davasından önce de, mahkemelerin yasamanın işlemlerini geçersiz kılma gücünün olduğunu, *Marbury v. Madison* davasının yeni bir şey keşfetmediğini, varolan uygulamayı derli-toplu bir şekle getirip formüle ettiğini belirtmektedirler. Ayrıca bkz., Nelson Lund, *Judicial Review and Judicial Duty: The Original Understanding*, 26 Constitutional Commentary, s. 169-182, 2009.

Philip Hamburger, **Law and Judicial Duty**, Massc., Harvard University Press, 2008.

Joyce Lee Malcolm, ABD Anayasası Kurucuları (Founder)'nın da, Anglo-Saxon hukukundaki yargısal denetimi (community review) bildiklerini ve ona göre ABD Anayasası'nı yazdıklarını belirtmektedir.

Joyce Lee Malcolm, *Whatever the Judges Say It Is: The Founders and Judicial Review*, 26 Journal of Law and Politics, University of Virginia School of Law, 2010.

⁵⁸ Saikrishna B. & John C. Yoo, *The Origins of Judicial Review*, 69 University of Chicago Law Review, 2003. Yaklaşık 90 sayfalık olan makalede yazarlar bu görüşlerini üç esasa dayandırmaktadır; birincisi, Anayasanın Üstünlüğü Maddesi ve Anayasa Madde III, Bölüm 2'ye dayandırmaktadır. İkincisi, Anayasanın yapısı ve oluşturduğu sınırlı güçteki hükümet modeli de anayasal yargı denetimini desteklemektedir. Üçüncüsü, Anayasayı hazırlayıp-onaylayanların düşüncesi, Mahkeme'nin federal yasaları denetleyebileceğini kabul etmesiydi. Hatta, Philadelphia Konvansiyonu'nda Anayasa hazırlanırken, Kurucular'dan James Madison, Vali Morris, ve James Wilson, Anayasa'da yargısal denetimin olacağını kabul ederek hareket ediyorlardı, bu nedenle yasama üzerinde herhangi bir kontrol mekanizması koymamışlardı. Son olarak da, yeni cumhuriyetin ilk yıllarında (ABD), yargı ve Kongre üyeleri Anayasa'nın eyalet ve federal mahkemelere, anayasal yargı denetimi yetkisi verdiğini kabul etmişlerdi, s. 88-89, makalenin sonuç kısmında.

Larry Kramer ise, ne Kurucular, ne Anayasa, ne de *Marbury* (davası) anayasal yargı denetimi için yargıya yetki vermiştir, diyor. Larry D. Kramer, *We The Court*, 115 Harvard Law Review, 2001.

⁵⁹ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 196.

C) ABD Anayasa Hukukunda Marbury v. Madison Davası Sonrası Anayasal Yargı Denetimi İle İlgili Davalar

Bu kısımda inceleyeceğimiz davalar; *Fletcher v. Peck* (1810), *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), *Cohens v. Virginia* (1821), ve *Cooper v. Aaron* (1958)'dir. Bu davalarla birlikte, ABD Anayasa hukukunda anayasal yargı denetiminin temel çatısı oluşturulmuştur, denilebilir.

ABD Yüksek Mahkemesi, ilk defa *Fletcher v. Peck*⁶⁰ davası ile eyalet yasasını, Anayasanın sözleşme güvenliği ile ilgili (Contract Clause) hükmüne aykırı bularak geçersiz kıldı. Davayı, Yüksek Mahkeme'ye getiren olaylar zinciri şu şekilde gelişmiştir; 1789 yılında Georgia eyaleti yasama meclisi, 35 milyon acrelik alanı (150 milyon dönüm) kuzeyde yer alan çeşitli arazi firmalarına satışını onaylamıştır. Spekulatörcü arazi firmaları, eyalete olan borçlarını değersiz hisse senetleri veya tahvillerle ödemek istemişlerdir. Eyalet hükümeti ise bunu kabule yanaşmamıştır. Bu hak sahiplerinden bazıları, satışın gerçekleşmesini sağlamak için Georgia eyaleti aleyhine dava açtılar. Yüksek Mahkeme, *Chisholm v. Georgia* (1793) davası kararında, Güney Carolina eyaleti vatandaşı olan Alexander Chisholm'un başka bir eyaleti yani Georgia eyaletini dava edebileceğine karar vermiştir. Bunun üzerine Kongre, 1795 yılında, Anayasa'nın XI. Değişikliği'ni kabul etmiştir. Bu değişiklik, 1798 yılında yeterli eyalet sayısına onaylanınca yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliğe göre; kişiler eyaletler aleyhine başka bir eyalette, federal mahkemelerde dava açamaz.⁶¹ 1795 yılında, önceki gibi yine 35 milyon acrelik alanı (150 milyon dönüm, kızıldeğerilere ait olan Yazoo alanı), dört arazi firmasına, dört dönümü 1,5 cent'ten satmışlardır. Neredeyse, Georgia eyaleti yasa koyucularının tamamına yakınına, bazı resmi görevlilere, iki senatöre, bazı eyalet ve federal mahkeme hakimlerine, firmalardan hisse senetleri rüşvet olarak verilmiştir. Georgia eyaleti halkı, tepki olarak 1796 seçiminde, yasama meclisindeki temsilcilerini görevden uzaklaştırmıştır. Yeni gelen meclis de, önceki yasayı iptal etmiş ve ondan doğan taşınmaz hakları da geçersiz kılmıştır. Fakat, Ocak 1795'den 1796 yılına kadar, yani yasanın iptaline

⁶⁰ 10 U. S. (6 Cranch) 87 (1810).

⁶¹ Hudson, supra 29, s. 68. Yüksek Mahkeme, bu davadaki hükmünü, Anayasa'nın III. Maddesi'ne dayandırmıştır; ABD'nin yargı kuvveti (yetkisi) eyalet ve diğer eyaletin vatandaşları arasındaki ihtilafları da kapsar. "the judicial power of the United States shall extend to controversies between a state and citizens of another state."

kadar, bu dört firma, milyonlarca dönümlük yeri satmıştır. İyi niyetli olarak, bu yerlerden arazi satın almış olan farklı eyaletteki yatırımcılar, bu yerlerin kendilerine ait olup olmadığını kesinleştirmek istemişlerdir. Fakat, Anayasa'nın XI. Değişikliği, Georgia eyaletine karşı dava açmalarını engelliyordu. 1803 yılında, New Hampshire eyaletinden Robert Fletcher, Boston'dan John Peck aleyhine dava açmıştır. Fletcher, Peck'in kendisine ait olmayan Yazoo alanındaki araziye sattığını iddia etti ve farklı eyaletlerin vatandaşı olarak, federal mahkemede davayı açmış oldu. Fletcher ve Peck, her ikisi de New England Mississippi firmasında hisse sahibiydiler. Firma, Georgia eyaletindeki rüşvet skandalına karışmıştı. Federal İstinaf Mahkemesi, Fletcher'i haklı bulup, arazideki mülkiyet hakkını elde etmiş olduğuna karar vermiştir. Oysaki, Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerinden birisi; kimse sahip olmadığı bir şeyi devredemez. İyi niyetli üçüncü kişilere (bona fide) gelince, onlar mülkiyet hakkını kazanabilir.⁶² Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall, Georgia eyaleti yasa koyucusunun çıkarmış olduğu yeni yasayı yani eyalet yasasını, Anayasa'nın Sözleşme hükmü'ne aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Mahkeme Başkanı Marshall, yeni yasanın Fletcher gibi iyi niyetli üçüncü şahısların mülkiyet hakkını (kişiye bağlı olan-vested rights) ihlal etmiş olacağını, bu kişilerin ilk başta yapılan satıştaki yolsuzluğa katılmadığını ya da bu yönde elde herhangi bir veri olmadığını, masum olduklarını, bu nedenle hak sahibi olduklarını belirtmiştir. Davada, Peck'i (kaybeden taraf) gelecekte ABD Başkanı olacak olan John Quincy Adams savunmuştur. Fletcher'i (kazanan taraf) ise, Luther Martin savunmuştur. Martin, ABD Anayasa Konvansiyonu'nda Maryland temsilcisi olarak katılan, aynı zamanda Maryland eyaletinin ilk Adalet Bakanı olan kişidir.⁶³ Mahkeme Başkanı Marshall, eyalet yasasını Anayasaya aykırı bulurken, yasanın hem Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerine hem de ABD Anayasası'na aykırılık taşıdığını belirtmiştir.⁶⁴ Edlin, Marshall'ın bu şekilde hareket etmesini, *Marbury v. Madison* davasının yani anayasa metnine bağlı olarak anayasal yargı denetiminin geleceğinin

⁶² Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 232-233.

⁶³ Hudson, supra 29, s. 85.

⁶⁴ Douglas E. Edlin, *Judicial Review Without Constitution*, s. 35, internetten ulaşmak için; <http://ssrn.com/abstract=1124590> (Ocak 15, 2011). Ayrıca bkz., *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. , s. 136. Yazar, makalesinde, hem Marbury öncesi hem de sonrası, ABD'deki eyalet mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme'nin Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerine dayanarak anayasal yargı denetimi yaptığını belirtiyor. Benzer görüş için, Corwin, supra 47.

belirsizliğini koruduğundan dolayı, anayasal yargı denetiminin her halükarda devam etmesi gerektiği düşüncesine dayandırmıştır. *Marbury*, yazılı anayasa metnine, *Fletcher* ise yazılı olmayan anayasal geleneğe dayandırılmıştır. Edlin: Anayasal yargı denetimi, zamanla ABD hükümet modelinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğinden, Anglo-Saxon anayasal yargı denetimi prensibi unutulmaya yüz tutmuştur⁶⁵ ve Anglo-Saxon anayasa hukuku; anayasacılığın anayasa ile başlamadığı bir model olmuştur, demektir.⁶⁶

Marbury davası ile, Yüksek Mahkeme, federal bir yasanın hükmünü, *Fletcher* davası ile de bir eyalet yasasını anayasaya aykırı bulmuştur. *Marbury* davasında, anayasanın metnine ve Kurucular'ın ruhuna dayandırılan anayasal yargı denetimi, *Fletcher*'da ise, hem anayasa metnine hem de Anglo-Saxon hukukunun genel prensiplerine dayandırılmıştır.

Marbury'den sonra anayasal yargı denetimiyle ilgili olan bir dava ise; *Martin v. Hunter's Lessee*⁶⁷ (1816)'dir. Bu ve benzeri davaların ortaya çıkış sebebi, ABD'nin bağımsızlığını kazandığı yıllarda, İngiliz hükümetine sadık olanların (Loyalist-Vatansever), daha sonraki yıllarda ellerindeki arazilere eyalet hükümetlerinin el atmış olmasıdır. Bu davanın öncesinde ortaya çıkan diğer davayı da belirtmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. *Fairfax's Devise v. Hunter's Lessee* davası; Virginia eyaleti, vatansever (İngiliz) Lord Thomas Fairfax'ın evi ve arazisine el atmıştır. Lord Fairfax, vasiyet olarak malvarlığını yeğeni Denny Martin'e (İngiliz vatandaşı) bırakmıştır. Lord Fairfax, ABD bağımsızlık mücadelesi sırasında, İngiltere'ye kaçmış ve 1781'de orada ölmüştür. 1782 yılında, Virginia yasama meclisi, çıkardığı yasayla orijinal bağışları (toprak ve arazi) iptal etmiştir. Denny Fairfax'da yabancı bir kişi olarak, Virginia eyaletinde mirasçı olamaz demiştir. Bağımsızlık savaşı esnasında, böylece Lord Fairfax'ın arazileri Virginia eyaletine geçmiş oldu.⁶⁸ Eyalet görevlileri de, Lord Fairfax'a ait olan arazilerin bir kısmını yatırımcı David Hunter'a satmışlardır. Virginia eyaleti Yüksek mahkemesi, belirtilen arazilerin David Hunter'a ait olduğuna, eyaletin bu arazilere el atmasının da anayasal olduğuna karar vermiştir.

⁶⁵ Ibid, s. 35-36.

⁶⁶ Ibid, s. 39.

⁶⁷ 14 U. S. (1 Wheat) 304 (1816).

⁶⁸ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 215. Ayrıca bkz, Hudson, supra 29, s. 88.

Ardından İngiliz hükümeti ile Jay Anlaşması imzalanmıştır.⁶⁹ Jay Anlaşmasına göre, arazilerin ilk sahiplerine ait olduğu kabul edilmiş ve eyaletlerin arazileri sahiplerine geri vereceği belirtilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi ise, Virginia Eyaleti Yüksek Mahkemesi kararının geçersiz olduğunu, arazilerin Lord Fairfax'ın mirasçılara ait olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca hakim Joseph Story, İngiliz hükümeti ile yapılan Jay Anlaşması (Jay Treaty)'na göre de, vatanseverlerin malvarlığına el atmaların yasal olmadığını belirtmiştir. Mahkeme Başkanı John Marshall aynı zamanda bu arazilere (Fairfax arazileri) yatırım yapmış olduğundan ve kardeşi de davaya müdahil olduğundan davadan çekilmiştir. Bu nedenle, mahkemenin kararını hakim Marshall yerine hakim Story sunmuştur.

Virginia Yüksek Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararını kabul etmeyip, ABD Yüksek Mahkemesi'ne 1789 tarihli Yargı Yasası, madde 25 ile verilmiş olan; eyalet mahkemelerinin üst dereceli mahkemesi olarak davaları inceleme yetkisini reddetmiştir.⁷⁰ Böylece, Virginia Yüksek Mahkemesi ile ABD Yüksek Mahkemesi arasında anayasal savaş başlamış oldu. Bu esnada, Denny Fairfax ölmüş ve mirascısı da General Philip Martin davayı devam ettirmiş ve dava ABD Yüksek Mahkemesi önüne *Martin v. Hunter's Lessee* olarak 1816 yılında gelmiştir.⁷¹ Hakim Story, meşhur kararında, 1789 tarihli Yargı Yasası, madde 25'in anayasaya uygun ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin eyalet mahkemelerinin kararlarını anayasal denetimden geçirme yetkisine sahip olduğunu belirterek Virginia Yüksek Mahkemesi'nin kararını Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu karar ile ABD Yüksek Mahkemesi anayasal yargı denetimini eyalet mahkemeleri üzerinde sağlamlaştırmış ve aynı zamanda ulusal hükümetin yani Federal Devlet'in yetki alanını genişletmiştir.⁷²

*Cohens v. Virginia*⁷³ (1821) davasıyla, ABD Yüksek Mahkemesi bir kez daha, üst derece mahkemesi olarak eyalet mahkemelerinden dava kabul etme yetkisi olduğunu veya eyaletlerin yargı sistemine federal yasaları takip etmesi emrini

⁶⁹ Urofsky & Finkelman, ibid.

⁷⁰ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 216. Ayrıca, Hudson, supra 29, s. 88.

⁷¹ Ibid.

⁷² Chemerinsky, supra 51, s. 48.

⁷³ 19 U. S. 264 (1821).

verebileceğini kabul etmiştir.⁷⁴ Jacob Cohen, Cohen lotarya biletlerini Baltimore’da kendisi, Norfolk’da ise kardeşleri Philip ve Mendes Cohen satıyordu. Cohen kardeşler, ulusal lotarya bilet satma yetkisini federal hükümet ve idareden (Columbia Bölgesindeki) onay alarak yapıyorlardı.⁷⁵ Virginia eyaleti ise, kendi lotarya biletlerini desteklemek istiyordu. Virginia eyaleti, 1820 yılında çıkardığı bir yasa ile eyalet dışı lotarya biletlerinin Virginia’da satışını yasaklamıştır. Eyalet Mahkemesi, Cohen kardeşlerin ikisine yani Norfolk’da satış yapan Philip ve Mendes Cohen’e, Columbia Bölgesi lotarya bileti satışı yaptıkları için 100’er dolar ceza vermiştir. Fakat, olay Cohan kardeşlerin işlerinin devamı ve gelişimi açısından çok önemliydi. Davayı, ABD Yüksek Mahkemesi’ne götürdüler. Cohen kardeşlerin iddiası şuydu: Ulusal lotarya federal bir konuydu, eyalet bununla ilgili bir düzenleme yapma yetkisine sahip değildir. Virginia Eyaleti ise, ABD Yüksek Mahkemesi’nin üst mahkeme olarak, eyalet mahkemesinde eyalet yasalarına göre verilmiş bir ceza ile ilgili davayı karara bağlama yetkisi yoktur, iddiasında bulunmuştur.⁷⁶ Yani, Yüksek Mahkeme, eyalet mahkemelerinin vermiş olduğu kararları denetleyemez. Ayrıca, Virginia Eyaleti, Anayasanın XI. Değişikliği maddesine göre, özel kişilerin eyalet aleyhine, Yüksek Mahkeme’de dava açamayacağını da belirtmiştir.⁷⁷ Mahkeme Başkanı John Marshall’da Virginialıdır. Virginia eyaleti uzun süredir güçlü bir ulusal hükümete karşı çıkmaktadır, Yüksek Mahkeme bir kez daha bu davada vereceği kararla, federal yargının üstünlüğünü ortaya koyacaktır ve *Martin* davasında olduğu gibi, 1789 tarihli Yargı Yasası, Madde 25’e göre ABD Yüksek Mahkemesi’nin eyalet yasalarının anayasaya uygun olup olmadığını denetleme yetkisinin var olduğunu belirtecektir.⁷⁸ Davada, Başkan Marshall, *Marbury* kararında yaptığı gibi önce, Yüksek Mahkeme’nin eyalet mahkemelerinin kararlarını anayasal olarak denetleyebileceğini belirtmiş, ardından ulusal lotarya yasasının sadece Columbia bölgesi için geçerli olduğunu, eyaletlerde uygulanması için yapılmadığını belirtmiş ve son olarak da, Virginia eyaletinin Yüksek Mahkeme kararına karşı çıkabileceğini

⁷⁴ Chemerinsky, supra 51, s. 48.

⁷⁵ Hudson, supra 29, s. 93.

⁷⁶ Ibid, s. 93.

⁷⁷ Ibid, s. 94.

⁷⁸ Chemerinsky, supra 51, s. 48.

ifade etmiştir.⁷⁹ Urofsky ve Finkelman’ın haklı olarak belirttiği gibi, Virginia eyaleti teknik olarak davayı kazanmıştır, tıpkı *Marbury* davasındaki Jefferson gibi. Esasında Marshall, federal yargıyı güçlendiren kararlar vermiş, fakat bu kararlarında teknik olarak davaları açan tarafa kazandırtmış, fakat pratikte ise davalar anayasal yargı denetimine hizmet eder hale gelmiştir. Başkan Marshall, bu davada ayrıca şunu da ifade etmiştir: “Pek çok eyalette hakimler, görev ve maaş bakımından yasamanın isteğine bağlı olarak görev yapmaktadırlar.”⁸⁰ *Martin ve Cohens* davalarıyla, Yüksek Mahkeme hem kendi yetkisinin alanını genişletmiş, hem de ABD ulusal federalizminin güçlü bir hükümetle temsil edilmesine giden yolu açmıştır, denilebilir.

Son olarak, *Cooper v. Aaron*⁸¹ (1958) davası ile ABD Yüksek Mahkemesi, eyalet görevlilerinin uygulamalarının da anayasal yargı denetimine tabi olduğu kararına varmıştır. Diğer bir ifadeyle, Yüksek Mahkeme federal yasaları, eyalet yasalarını, eyalet mahkemesi kararlarını ve eyalet görevlilerinin uygulamalarını anayasal yargı denetiminden geçirme yetkisine sahip olmuştur. 1957 yılı sonbaharında, bir Federal mahkeme kararına dayanarak dokuz siyahi öğrenci, Little Rock, Arkansas eyaletindeki tamamı beyaz öğrencilerden oluşan Central Lisesi’ne kayd olmak için başvuru yapmışlardır ve lise de öğrencilerin başvurusunu kabul etmiştir. Arkansas Milli Görevlileri (Arkansas National Guard), bir nevi eyalet polisi, Arkansas Valisi Orval Faubus’un emriyle öğrencilerin okula girişini engellemiştir. Vali, Federal mahkeme kararını tanımamıştır. Vali, öğrencilerin okula giremeyeceğini, bunun öğrenciler için tehlikeli olacağını belirtmiştir. Yeni bir mahkeme kararıyla, vali görevlileri okulun önünden uzaklaştırmıştır, fakat öğrenciler tekrar okula girmek istediklerinde, bu seferde okul önündeki bir grup taşkın kalabalık bunu engellemiştir. Başkan Eisenhower, paraşütcü birliğinden 1000 askeri Little Rock’a gönderdi ve 10,000 kişilik Arizona Milli Görevlileri’ni federal görevli yaptığını ilan etti ve siyahi öğrencileri korumalarını ve okullardaki düzeni sağlamalarını emretti.⁸² Okul yılının sonunda, Başkan Eisenhower, askeri birliği geri çağırdı. Vali Faubus, 1958 eğitim yılı için okulların kapatılmasını emretmiştir.

⁷⁹ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 223.

⁸⁰ 19 U. S. , s. 386-387. “...many states the judges are dependent for office and for salary on the will of the legislature.”

⁸¹ 358 U. S. 1 (1958).

⁸² Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 790.

Arkansas eyaletinin, Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu *Brown*⁸³ kararına (okullara siyahi öğrencileri kabul etmemenin anayasal eşitliğe aykırı olduğuyla ilgili dava) da uymayacağını belirtmiştir.⁸⁴ Bunun sonucunda açılan dava, Yüksek Mahkeme'ye *Cooper v. Aaron* olarak ulaşmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi, bu dava ile bir kez daha ABD Anayasası'nı yorumlama gücüne en üst makam olarak kendisinin sahip olduğuna vurgu yapmıştır.⁸⁵ Ayrıca, Anayasa ile sadece federal hükümetin değil, eyalet görevlilerinin de bağlı olduğunu söylemiştir.⁸⁶ Mahkeme, bu davada da *Marbury*'e atıfta bulunarak, Anayasanın en üstün yasa olduğunu belirtmiştir.⁸⁷ Son olarak da, Yüksek Mahkeme, "hiçbir eyalet yasa koyucusunun ya da yargısal görevlinin desteklemek için yemin etmiş olduğu (yeminini bozmadan) Anayasaya karşı savaş açamayacağını" ifade etmiştir.⁸⁸

Özet olarak belirtmek gerekirse, genel kanaatin aksine, anayasal yargı denetimi *Marbury v. Madison* davası ile başlamamıştır. Bunun öncesinde hem eyalet mahkemeleri hem de ABD Yüksek Mahkemesi Anglo-Saxon hukukunun genel ilkelerine dayanarak, anayasal yargı denetiminde bulunmuştur. Anayasal yargı denetimi *Marbury* davasıyla da sona ermemiştir ve devam etmektedir. Peki, *Marbury* davasını meşhur kılan ne olmuştur: Yüksek Mahkeme, bir manifesto niteliğinde anayasal yargı denetimini tanımlayıp, bunu da anayasa metnine dayandırmış ve daha sonraki davalarda da, bu davaya sürekli olarak atıfta bulunduğu için *Marbury* meşhur olmuştur, denilebilir. *Marbury*'den sonra, Yüksek Mahkeme, sürekli olarak federal yargının yetki alanını genişletme eğilimine girmiş ve bu sayede Amerikan federalizmini tarif etmiş ve de onu koruma altına almıştır.

II) Politik Sorun Doktrinini Hazırlayan Sebepler

Bu kısımda, politik sorun doktrinini hazırlayan hukuki, tarihi ve ekonomik olaylara özet olarak değinilecektir. Bu yöntemi tercih etmemizin sebebi; doktrinin

⁸³ 347 U. S. 483 (1954). Bu kararı, yargısal aktivizm kısmında detaylı olarak inceleyeceğiz.

⁸⁴ Kermit L. Hall, *The Magic Mirror: Law in American History*, New York, Oxford University Press, 1989, s. 324.

⁸⁵ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 790.

⁸⁶ Ibid, s. 791.

⁸⁷ Chemerinsky, supra 51, s. 49.

⁸⁸ Hudson, supra 29, s. 286. "No state legislator or judicial officer can war against the Constitution without violating his undertaking to support it."

hangi ihtiyaçtan dolayı doğduğunu tespit edebilmektir. Ayrıca, bugün için anayasa yargısında böyle bir doktrine gerek olup olmadığına karar vermemiz açısından, bu bilgilerin katkı sağlayabileceği kanaatini taşımaktayız. Bu kısım, bir nevi ABD Yüksek Mahkemesi'nin siyasi, ekonomik, sosyal olaylar karşısında takındığı tavır ve davranışın hukuk tarihi noktasından ele alınarak, politik sorun doktrinine giden sürecin anlatılmasıdır.

1860'lı yıllara gelindiğinde, ABD'deki hukukçuların, özellikle legal formalizme inanların kanaati şuydu: Devlet piyasa şartlarına karışmamalı, kazancın dağıtılması devletin işi olmamalıdır. Piyasa kendi oluşturduğu şartlara göre yaşamalıdır. Mahkemelerde, bu yıllarda vermiş oldukları kararlarla aktif bir şekilde, liberal piyasa şartlarını korumuştur.⁸⁹ 1900'lere gelindiğinde mahkemeler, neredeyse hayatın bütün problemlerinin çözüldüğü forum merkezleri haline gelmiştir.⁹⁰ ABD eyalet yüksek mahkemelerinin 1870-1970 yani 100 yıllık süre boyunca önüne gelen davaların seyrine bakınca, şunu görmekteyiz. Bu dönemi de üç ayrı zaman diliminde ele alırsak; 1870-1900, 1905-1935 ve 1940-1970 dönemleri olarak ifade edebiliriz. Borç ve sözleşme ile ilgili davalar % 33.6, % 29.3 ve % 15.0 olarak seyretmiştir. Eşya hukuku davaları ise, % 21.4, % 15.4 ve % 10.9 seviyesindedir. Firmalar ve ortaklıkla ilgili davalar, % 2.6, % 2.4 ve % 1.4 olarak yer almıştır. Haksız fiil davaları ise, % 9.6, % 16.4 ve % 22.3 seviyesinde olmuştur. Ceza hukuku davaları, % 10.7, % 11.6 ve % 18.2 olarak gözükmemektedir. Kamu hukuku ile ilgili davalar ise, % 12.4, % 13.0 ve % 19.4 olarak karşımıza çıkmaktadır. Son olarak, aile ve malvarlığı davaları ise % 7.7, % 9.7 ve % 11.8 olarak eyalet yüksek mahkemelerinin önüne gelmiştir.⁹¹ Görülen o ki, borç ve sözleşmeler, eşya hukuku davaları azalma seyrindedir. Fakat, haksız fiil, ceza, kamu, aile ve malvarlığı davaları artış eğilimindedir. Eyalet yüksek mahkemelerine gelen davaların çokluğu, yasa koyucunun (Kongre) 1869 tarihli Yargı Yasası'nı çıkarmasına ve bu yasa ile 9 tane yeni federal istinaf mahkemesi hakimlik pozisyonu oluşturmalarına sebep olmuştur.⁹²

⁸⁹ Hall, supra 84, s. 226.

⁹⁰ Ibid, s. 227.

⁹¹ Robert A. Kagan, Bliss Cartwright, Lawrence M. Friedman and Stanton Wheeler, *The Business of State Supreme Courts, 1870-1970*, 30 Stanford Law Review, 1977, s. 133-135.

⁹² Hall, supra 84, s. 229.

İç savaştan önce, eyalet mahkemelerinin eyalet yasalarını yargısal denetime tabi tutmaları, istisnai, hatta olağanüstü bir olay olarak görülmekteydi.⁹³ Fakat, XIX. yüzyıl'ın sonlarına doğru gelindiğinde, eyalet ya da federal mahkemeler, eyalet yasalarını ekonomik sebeplere dayanarak anlamsız bir şekilde geçersiz kılabilmekteydi ve bu uygulamalar normal bir durum olarak kabul edilir hale gelmişti.⁹⁴ Mahkemeler, ekonomiyle ilgili hukuk kurallarını geçersiz kılabilmek için, “substantive due process of law” kuralını⁹⁵ yani yasa koyucunun yapmış olduğu kurallarda içerik olarak adil ve makul olması gerektiğini, ayrıca meşru ve objektif bir amaca hizmet etmesi gerektiğini savunan doktrini uygulamıştır. ABD hukukunda bu doktrin, V. ve XIV. Anayasa Değişikliği ile ortaya çıkmıştır.⁹⁶ 1870-1920 arası, istinaf mahkemesi hakimleri verdikleri kararlarla, sözleşme özgürlüğü kavramını, yani liberalizmin temel prensiplerinden olan teşebbüs özgürlüğü ve mülkiyet haklarını zirveye taşımışlardır. Sözleşme özgürlüğü kavramı, bir anlamda substantive due process kavramına sıkı sıkıya bağlı bir doktrin olarak ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle, kişi kendisi için en uygun şartlarda pazarlık yaparak, çalışmanın şartlarını belirleyecek sözleşmeyi imzalayacaktır.⁹⁷ Fakat, XIX. yüzyıl'ın sonuna doğru ortaya çıkan büyük çaptaki ekonomik gelişmeler, özel hukuk alanından çıkıp, anayasa hukukunda yetki sahibi olmaya başlayan sözleşme özgürlüğünü frenlemiştir.⁹⁸ Özetle; ABD yargısı endüstri devrimi karşısında (İç Savaş'dan 1930'lara kadar) Anglo-Saxon hukukunun sağlamış olduğu geleneksel ekonomik hakları korumak için, iki ölçüt kullanmıştır; substantive due process of law yani konulan yasanın adil-makul-gerekli ve objektif bir amaca hizmet etmesini ve sözleşme özgürlüğü doktrinlerini kullanmıştır.⁹⁹

I. ve II. Dünya Savaşı esnasında, ABD Federal hükümeti, insani-ekonomik ve milli bütün kaynakları savaş kazanmak adına kullanmıştır. 1870-1914 arası 25

⁹³ Lawrence M. Friedman, **A History of American Law**, 2. Baskı, 1985, s. 355.

⁹⁴ Hall, Morton Keller, **Affairs of State: Public Life in Late Nineteenth Century America**, 1977, s. 366'dan aktarma.

⁹⁵ Hall, William E. Nelson, **The Roots of American Bureaucracy 1830-1900**, 1982, s. 150'den aktarma. Yazar, yargının bu doktrini, yasa koyucuya karşı yargısal bir kundaklama silahı olarak kullandığını belirtmektedir.

⁹⁶ Garner, supra 1, s. 517.

⁹⁷ Hall, supra 84, s. 238.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid, s. 246.

milyondan fazla göçmen Güney-Doğu Avrupa ve Rusya'dan ABD'ye göçetmiştir. Bu göçler, ABD toplumunun çok kültürlü bir toplum olmasını daha da hızlandırmıştır. Fakat, aynı zamanda Ku Klux Klan gibi gruplar oluşmuş ve bu gruplar da göçmenleri düşman olarak görmüş-bunlar arasında zenciler-yahudiler, hatta katoliklerde yer almaktaydı- ve ABD doğumlu olan beyaz ve protestan inancına sahip insanların hakimiyetinin (white protestant supremacy) en üst şekilde devam ettirilmesini sağlamak amacıyla olmuşlardır.¹⁰⁰ Bu yıllarda, ABD toplumunda ırkçılığın doğduğunu ve toplumda yayıldığını görmekteyiz. Savaş endüstrisinden dolayı, 1915-1918 yılları arasında yarım milyona yakın zenci güneydeki topraklardan kuzeye göç ederek endüstriyel alanda iş aramışlardır.¹⁰¹ Ayrıca, ABD hükümeti, savaş yıllarında radikal grupları ve göçmen grupların sayı fazlalığını azaltmak için fiili ve hukuki baskılar uygulamıştır.¹⁰² ABD şehirlerinin etnik ve farklı kimlikler açısından çok kültürlü hale gelmesi, yasaklamalar, ekonomik krizler ceza sistemini pek çok sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır; bu sorunlarla mücadele etme (I. Dünya Savaşı'ndan II. Dünya Savaşı'na kadar) dönemi "suçu kontrol etme yılları" olarak adlandırılmıştır.¹⁰³ Bu yıllar, daha çok federal hükümetin kuvvetini genişlettiği ve güçlendirdiği, ayrıca hukuk kültürünün ırkçılık-milliyetçilik- ve milli güvenlik korkusuyla şekillendirildiği ve hukukun üstünlüğünün zedelendiği zaman dilimi olarak ABD hukuk tarihine geçmiştir.¹⁰⁴

Bu konuyla ilgili son olarak, New Deal (Yeni Anlaşma, 1930'lu yıllarda ABD'de yaşanan ekonomik krizi sona erdirmek için Başkan Franklin D. Roosevelt'in almış olduğu kararlar ve tedbirler programının bütününe verilen isim) yasaları ve sonrasında ABD Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu Anayasaya aykırılık kararları, politik sorun doktrinini hazırlayan sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Büyük ekonomik kriz (Great Depression) 1929'dan 1941'e kadar devam etmiştir.¹⁰⁵ Urofsky ve Finkelman'ın bildirdiğine göre, 1929-32 yılları

¹⁰⁰ Ibid, James A. Henretta, **America's History**, 1987, s. 730'dan aktarma.

¹⁰¹ Hall, supra 84, s. 248. Ayrıntı için bkz., Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present**, 2. Baskı, New York, OUP, 2002, s. 598-623.

¹⁰² Detay için bkz, Urofsky & Finkelman, supra 41, bölüm 26, 27 ve 33.

¹⁰³ Urofsky & Finkelman, supra 121, s. 655. Ayrıca, Hall, supra 104, s. 253.

¹⁰⁴ Hall, supra 84, s. 265.

¹⁰⁵ Ibid, s. 267. Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 663.

arasında, ABD’de sanayi üretimi kapasitesinin % 50 altına düşmüştür. Aynı dönemde, inşaat sanayi 949 milyon dolardan, 74 milyon dolara düşmüştür. O dönemde ekonominin en can alıcı noktası olan çelik üretimi, % 12 kapasite ile çalışmıştır. Ve daha kötüsü 13 milyon insan işsiz kalmış, 2 milyon insan sokaklarda yaşamaya başlamıştır. Bu insanların çoğu, restoranların arka kapısında bekleyip, yemek artıklarını alabilmek için birbirleriyle kavga eder hale gelmişlerdir. Bu ortamda 12 yıllık Cumhuriyetçilerin hakimiyetine son veren Demokrat Parti adayı Roosevelt 1932’de iktidara gelmiştir.¹⁰⁶ 4 Mart 1933’te göreve başlayan Başkan Franklin Roosevelt, seçim beyannamesi olarak hemen harekete geçeceğini belirtmiştir. Roosevelt, hem Temsilciler Meclisi hem de Senatoda çoğunluğu sağlamıştır. Başkan Roosevelt’in göreve başladığı gün, 38 eyalet, bankalarını kapatmış ve aynı gece finans merkezlerinden olan New York ve Illinois valileri de eyaletlerindeki bankaların çalışmasını durdurmuştur. Aynı gün, New York borsası da açılmamıştır.¹⁰⁷ Başkan Roosevelt, göreve geldikten iki gün sonra banka tatil günü ilan edip, ülkedeki bütün bankaların faaliyetini durdurmuş ve Kongre’ye verdiği emirle, yeni bir banka yasası hazırlatmış ve yürürlüğe koydurmuştur. Bunun ardından bankalar tekrar açılmış ve normal faaliyetlerine devam edebilmişlerdir.¹⁰⁸ Ayrıca, Başkan Roosevelt, % 3.2 oranındaki alkollü birayı serbest bırakmıştır. Bunun ekonomik krizi çözmeyeceğini, fakat ABD toplumuna olumlu bir etki yapacağını düşünerek yapmıştır.¹⁰⁹ Başkan Roosevelt ve ekibi, milli ekonomiden federal hükümetin sorumlu olduğuna ve geleneksel adalet dağıtıcı rolü oynamaları gerektiğine, bu nedenle acil federal yasalar yapılmasının elzem olduğuna inanmışlardı.¹¹⁰ Başkan Roosevelt, kendisi de bir avukat olmasına rağmen, anayasa hakkında faydacı bir politikacı tavrıyla hareket etme düşüncesinde olmuştur. Bu nedenle yasaların, çok hızlı bir şekilde hazırlanmasını, milletin büyük bir krizle karşı karşıya kaldığını, Büyük Ekonomik Krizin I. Dünya Savaşı gibi dehşet verici bir olay olduğuna inanmıştı. Savaş esnasında, Anayasa’nın ve kuralların nasıl esnetildiğini gördüğünden, önemli olanın bir an önce milletin ekonomik ihtiyaçlarının giderilmesi

¹⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz, s. 663-664.

¹⁰⁷ Ibid, s. 669-670.

¹⁰⁸ Hall, supra 84, s. 272.

¹⁰⁹ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 671.

¹¹⁰ Hall, supra 84, s. 272.

olduğunu ve hukukun da bu iş için bir araç olarak kullanılması gerektiğini düşünerek hareket etmiştir.¹¹¹ New Deal'ın ilk 100 günlük programında çok hızlı bir şekilde 15 yasa hazırlanmıştır. Bu yasaların çoğunun yasama tekniği çok zayıf olmuştur. Bu yasalar ile Federal Hükümet gücünü genişleterek, toplum hayatının hemen hemen her alanına etki etmeye başlamıştır. Birinci New Deal programı 1933 ile 1935 arası gerçekleşmiştir. Toplum, alınan önlemleri, mutlak anlamda yeterli görmemiş, ayrıca Yüksek Mahkeme, Roosevelt'in anayasal yetkilerini aştığını düşünerek, pek çok yasayı, Anayasaya aykırı bulmuştur.¹¹² Böylece, politik sorun doktrinin doğuşuna zemin hazırlanmıştır. Aşağıda belirteceğimiz davalarda, ABD Yüksek Mahkemesi, Kongre'nin yapmış olduğu ve ekonomik krizle ilgili tedbirleri içeren yasaları genelde Anayasaya aykırı bulmuştur.

Bu yasalar ve bu yasaları Anayasaya aykırı bulan davalar şunlardır: Agricultural Adjustment Act of 1933-tarımla ilgili yasa; *U. S. v. Butler* (1936), ve *Rickert Rice Mills v. Fountenot* (1936), Economy Act of 1933 (bir bendi)- *Lynch v. U. S.* (1934), National Industrial Recovery Act (bölüm üç)- *Schechter Poultry Co. v. U. S.* (1935), National Industrial Recovery Act (birinci bölümden bir hüküm)- *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935), Home Owners Loan Act of 1933 (1934 değişikliği)- *Hopkins Savings Assn. v. Cleary* (1935), Railroad Retirement Act- *Railroad Retirement Board v. Alton R. Co.* (1935), Bituminous Coal Conservation Act- *Carter v. Carter Coal Co.* (1936), Frazier-Lemke Act of 1934 (çiftçilerin iflasıyla ilgili yasa)- *Louisville Bank v. Radford* (1935)'dir.¹¹³ Hatta 27 Mayıs 1935'te aynı gün, Yüksek Mahkeme New Deal yasalarından ikisini, National Recovery Act, Frazier Lemke Act- ve Başkan'ın bağımsız komisyon üyesini görevden alma yetkisini kabul etmemiştir, *Humphrey's Executor v. U. S.* Böylece üç davanın aynı günde hükümet aleyhine sonuçlanmasından dolayı, bu gün Kara Pazartesi (Black Monday) olarak adlandırılmıştır.¹¹⁴ Mahkeme, genel olarak bu kararlarını dörde karşı beş oyla karar vermiştir. ABD hukukunda, bu gibi durumlara azınlık oyu ile karar verilmiştir, denilmektedir. Bu hakimlerden muhafazakar dördü (Cumhuriyetçi) Four Horsemen yani dört binici-atlı-süvari olarak adlandırılmıştır;

¹¹¹ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 675.

¹¹² Hall, supra 84, s. 272-3.

¹¹³ Hudson, supra 29, s. 236.

¹¹⁴ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 680.

Willis Van Devanter, James C. McReynolds, George Sutherland ve Pierce Butler. Ve bu yargıçlar, sürekli olarak New Deal Yasalarını geçersiz kılma yönünde oy kullanmışlardır. Bunlar, ABD'yi ABD yapanın sözleşme özgürlüğü olduğuna ve buna hiçbir şekilde dışarıdan müdahale edilmemesi gerektiğine inanmışlardır.¹¹⁵ Liberal hakimler ise üç kişiydi; Louis D. Brandeis, Harlan Fiske Stone ve Benjamin N. Cardozo. Geriye kalan iki hakim ise Mahkeme Başkanı Charles Evans Hughes ve Owen J. Roberts'dır. Her ikisi de 1930 yılında Başkan Hoover tarafından atanmışlardır. Roberts'a göre hukuk ve toplum statikti. Başkan Hughes ise ortada durmaktaydı. Özetle, mahkeme ikiye bölünmüş durumdaydı; liberal ve muhafazakar olarak, iki üye de sürekli olarak her iki taraf arasında gidip gelmekteydi.¹¹⁶

Yüksek Mahkeme, ABD İç Savaşı öncesinde de benzer bir krize yol açmış, fakat hiçbir zaman hem Yürütme hem de Yasamanın kabul ettiği yasama programını geçersiz kılmamıştır. Başkan Roosevelt, özellikle Kara Pazartesi sonrası "Mahkeme'ye artık dur demenin zamanı gelmiştir" şeklinde beyanlar vermeye başlamıştır.¹¹⁷ 1936 seçim çalışmalarında, Başkan Roosevelt, direkt Mahkeme'ye saldırmamış, fakat ekonomik gelişmeleri ve New Deal Programı'nın başarılarını öne çıkarmıştır. Seçimleri büyük bir başarı ile kazanan Başkan Roosevelt, bu sefer direkt Mahkeme'yi eleştirmiş ve Federal Yargı'dakilerin yetersizliklerinden dolayı iş yapamaz halde olduklarını belirtmiştir.¹¹⁸ Başkan Roosevelt, bu konuşmayı 5 Şubat 1937'de Yüksek Mahkeme ile ilgili yasa tasarısı öncesi, Kongre'de yapmıştır ve yasa tasarısında Başkan'a en fazla 6 yeni hakimi Yüksek Mahkeme'ye, diğer federal mahkemelere de 44 hakim atama yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, yasa tasarısı, 10 yıl görevde kalmış olan federal hakimlerden de yaşı 70'e ulaşanların, 6 ay geçtikten sonra istifa ya da emekli olmalarını, Başkan'ında bunların yerine yeni federal hakim atama yetkisini içermekteydi. Mahkeme'deki 6 hakimin yaşı 70'in üzerindeydi, 4 muhafazakar hakim de ortalama olarak 74'ün üzerindeydi, fakat hepsi çok sağlıklıydı. Başkan Roosevelt, sürekli olarak 5-4 kararlarını gördüğünden dolayı, problemin

¹¹⁵ Ibid, s. 664.

¹¹⁶ Ibid, s. 665-66.

¹¹⁷ Ibid, s. 678-80 ve 687.

¹¹⁸ Hall, supra 84, s. 281. "The simple fact is today...a new need for legislative action arises because the personnel of the Federal judiciary is insufficient to meet the business before them."

Mahkeme ya da Anayasa’da olmadığını, yargıçlarda olduğunu düşünmekteydi.¹¹⁹ Bu nedenle, Kongre’deki bu konuşmasından sonra bir radyo konuşmasında, Roosevelt şunu söylemiştir: “Anayasal kaderimizi, gelecekte korkan, mevcut durumdaki gerekli şeylerin yapılmasını reddeden birkaç adamın kişisel kararlarına bırakamayız.”¹²⁰ Muhafazakar Cumhuriyetçiler, yasa tasarısına çok büyük bir tepki gösterdi. Liberaller de kuvvetler ayrılığı dengesinin bozulacağından dolayı kaygı duymaya başladılar. Zaten, Mahkeme toplum nazarındaki prestijini New Deal Yasaları ile ilgili vermiş olduğu geçersizlik kararlarıyla çoktan kaybetmişti.¹²¹ 4 muhafazakar hakimin amacı da, tamamen New Deal Programını durdurmaktır. Cumhuriyetçilerin iktidarı döneminde, sadece Yüksek Mahkeme hakimleri değil, diğer federal mahkeme hakimlerinin de çoğunluk olarak Cumhuriyetçiler tarafından atanmış olduğunu görürüz. Öyle ki, 1935-36 döneminde, alt derecedeki federal mahkemelerden 1600’ün üzerinde New Deal Programı aleyhine karar çıkmıştır.¹²² Esasında yargı, tam anlamıyla cumhuriyetçi ideolojilerin esiri durumuna gelmişti. Bunu, kriz dönemlerinin tipik bir tepkisi olarak, özellikle tutucu çevrelerin ve devleti kendi tekelinde görenlerin, gelişimi yani statükonun elden gidişini, gelecek korkusuyla engellemeye çalışma duygusu ve psikolojisiyle hareket etmelerine bağlamak yanlış olmasa gerekir. 1934’ten 1936’ya kadar, ABD Yüksek Mahkemesi,

¹¹⁹ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 690-1.

¹²⁰ Ibid, s. 691. “We cannot yield our constitutional destiny to the personal judgment of a few men who, fearful of the future, would deny us the necessary means of dealing with the present.”

¹²¹ AİHM, emekli yargıcı Rıza Türmen’in Milliyet gazetesindeki köşesinde, “Roosevelt’in Saksısı” adlı 12 Temmuz, 2010 tarihli yazısında, Başkan Roosevelt’in yasa tasarısını geri çektiğini, Yüksek Mahkeme Başkanı Hughes’in mektubunun tasarıya indirilen en büyük darbe olduğunu, ve halkın büyük çoğunlukla seçtiği ABD Başkanı’nın Mahkeme’yi değiştirme çabalarını benimsememiştir, Adalet Komisyonu yasayı reddetmiştir, diyor. Evet, halktan pek çok kişi, Mahkeme’nin yapısının değiştirilmemesiyle ilgili olarak mektup ve telgrafi Mahkeme’ye göndererek Başkan’ın yasa tasarısına karşı dik durmaları gerektiğini söylemişlerdir. Oysa ki, pek çok kaynağın da belirttiği gibi, ABD’de aynı halk Mahkeme’nin çoğu kararlarından hoşnut değildir ve yasaların onaylanmasını beklemektedir. Ayrıca, Mahkeme Başkanı’nın mektubundan ziyade, daha çok Senatörlerin yapmış olduğu girişimler, tasarı üzerinde olumsuz etki doğurmuştur. Bu tasarının öncesi ve sonrasında yaşananlardan hiçbir şekilde bahsetmeden, sadece işimize gelen bilgileri okuyucuya takdim etmek ne derece etikdir. Çünkü, olayın devamında, ortada olan iki yargıç Mahkeme Başkanı Hughes ve Roberts, saf değiştirerek, liberal kanada katılmış ve arka arkaya New Deal Programı yasaları, Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmıştır. Sonrasında da, Mahkeme’ye Başkan Roosevelt, sekiz yargıç atamış, ABD’nin ilk Başkanı George Washington’dan (10 kişi atamıştı) sonra, Mahkeme’ye en çok hakim atayan başkan olmuştur. Kanaatimizce, bu ve benzeri olayları kullanarak kendi argümanlarımızı güçlendirmek normaldir. Fakat, bu tip olaylarda sadece işimize gelen yerleri ayıklayıp takdim etmek ne derece yerinde olsa gerek.

Rıza Türmen, Roosevelt’in Saksısı, 12 Temmuz, 2010, Pazartesi, internetten ulaşmak için; <http://milliyet.com.tr/Yazar.aspx?aType=YazarDetayPrint&ArticleID=1262306> (Nisan 18, 2011).

¹²² Ibid, s. 692.

kendi tarihindeki en çok Anayasaya aykırılık kararlarını verdiği dönem olmuştur.¹²³ ABD’li pek çok yazarın belirttiği gibi, Başkan’ın gerçek amacı Mahkeme’nin yapısını değiştirmekten ziyade New Deal Programı’nı uygulayacak hakimleri atayarak sorunu berteraf etmektir. ABD anayasa hukuku tarihindeki ifadesiyle, Başkan Roosevelt öncü çarpışmayı (yasa tasarısı) kaybetmiştir, fakat savaşı (yeni hakimleri atayarak) kazanmıştır.¹²⁴

Yasa tasarısının teklifinden sonra, Mahkeme’nin yapısının değiştirilmesiyle ilgili, ortada olan her iki hakim, Başkan Hughes and Roberts, 3 kişilik liberal blok tarafına geçmişlerdir ve ardından (Mart 1937 sonrası) gelen kararların çoğunda New Deal Programı Yasaları için, 5-4 ile onay çıkmıştır. ABD anayasa hukukunda bu durum, “(tam) zamanında pozisyon değiştirme” (switch in time) ve “dokuzu kurtarmak” (saves nine) diye adlandırılmıştır. Başka bir ifade ile Roosevelt’in New Deal Programlarını engelleyen muhafazakar Mahkeme (Cumhuriyetçi), Başkan’ın Mahkeme’yi değiştirme tehdit ve planına boyun eğmiş ve Başkan Hughes ve Roberts ortadaki saf tutma durumunu değiştirip liberal safa katılmışlardır.¹²⁵ Başkan Roosevelt’in yapmış olduğu yasa teklifi de, 22 Temmuz, 1937’de yani tekliften 168 gün sonra, Senato’da ki oylama da reddedilmiştir. Fakat, Kongre daha modern bir yasa ile bazı usul kurallarıyla ilgili yasayı kabul etmiş ama Roosevelt’e yeni hakim atama yani Mahkeme’nin şeklini değiştirme imkanı vermemiştir.¹²⁶ Aynı yıl, muhafazakar blokun hakimlerinden Willis Van Devender, yeni yasanın yargıçlara tanıdığı full emeklilik hakkını kullanmak için, istifa etmiştir. Başkan Roosevelt, yerine Alabama Senatörü Hugo L. Black’ı hakim olarak atamıştır. Ocak 1938’de diğer muhafazakar hakim Sutherland istifa etmiştir. Yerine Adalet Bakanı Yardımcısı, Stanley F. Reed atanmıştır. Ve o yılın sonunda liberal hakim Cardoza ölmüş, yerine Roosevelt’in arkadaşı olan Harvard Hukuk Fakültesi Profesörü Felix Frankfurter atanmıştır. Ardından Şubat 1939’da liberal hakim Louis Brandeis emekli olmuştur. Yerine, ABD Sermaye Piyasası Kurulu Başkanı, daha öncesinde Yale Hukuk Fakültesi Profesörü William O. Douglas atanmıştır. Kasım 1939’da

¹²³ Ibid, s. 693.

¹²⁴ Ibid, s. 693. Ayrıca, Hall, supra 84, s. 293. Roosevelt had lost the battle but won the war. Daha fazla detay için, Hudson, supra 29, s. 219-246

¹²⁵ Hall, supra 84, s. 282. Ayrıca, Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 693-95.

¹²⁶ Ibid, s. 695.

muhafazakar Pierce Butler ölmüş, yerine Frank Murphy-öncesinde Michigan valiliği ve adalet bakanlığı yapmıştı- atanmıştır. Şubat 1941’de ise dört atlıdan biri olan hakim McRynolds istifa etmiştir, yerine Adalet Bakanı Robert H. Jackson atanmıştır. Son olarak da Haziran 1941’de Mahkeme Başkanı Evans Hughes istifa etmiş, yerine liberal kanatta olan cumhuriyetçi Harlan Fiske Stone Mahkeme’ye başkan olarak atanmıştır. Ondan eksilen hakimlik makamlığına da, Senatör James Byrnes atanmıştır, fakat 1,5 yıl sonra Roosevelt’in II. Dünya Savaşı ile ilgili cezai kovuşturmalarda özel asistanı makamına getirildiğinden, istifa etmiştir, yerine Wiley Rutledge atanmıştır. Böylece, Başkan Roosevelt 9 hakimden 8’ini değiştirmiştir. Ortada yer alan hakimlerden Owen J. Roberts’da, Roosevelt görevi başında Nisan 1945’de öldükten sonra istifa etmiştir.¹²⁷

Ekonomik kriz ve ardından Başkan Roosevelt’in seçilmesi (1932), Yüksek Mahkeme’nin muhafazakar Cumhuriyetçi üyelerinin (Dört Atlı) etkisiyle, Başkan Roosevelt’in uygulamak istediği New Deal Programı Yasaları’nın sürekli geçersiz kılınması, Başkan’ın 1936 seçimlerini ezici çoğunlukla kazanması sonrası, Mahkeme’nin yapısının değiştirilmesiyle ilgili yasa teklifi ile ortada yer alan iki hakimin liberal bloka katılması sonucu anayasal kriz atlatılmıştır. Sonrasında, Başkan Roosevelt, ikinci ve üçüncü döneminde Mahkeme’ye tam 8 yeni üye atamıştır. Bu atanan yeni üyeler de, yargının politik sorunlara karışmaması gerektiği noktasında durmuş ve yargının kendi kendini sınırlayıp (judicial restraint), politikacıların alanına girmemesi gerektiği kanaatindeydiler. New Deal Programının başarılı olması da bunda etkili olmuş ve aynı zamanda programın başarısı, liberal hukukçuluğun da önünü açmıştır. Özellikle, Mahkeme’nin yeni üyelerinden olan, Harvard Hukuk Fakültesi Profesörü Felix Frankfurter, bu hususta teorik alt yapı hazırlamıştır. Böylece, politik sorun doktrininin zemini bu şekilde oluşmuş oldu.

III) Anayasa Yargısının Türk Hukukundaki Yeri

Anayasal yargı denetimi; anayasaya uygunluğun yargı yoluyla yapıldığı denetim şeklidir.¹²⁸ Anayasa yargısında temel amaç, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yerine getirmektir. Diğer bir ifadeyle, hukuk devletinin

¹²⁷ Urofsky & Finkelman, supra 41, s. 698-99.

¹²⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 33.

yani anayasal demokrasinin işlerliğini sağlamaktır.¹²⁹ Kaboğlu, dar anlamda kanunların anayasaya uygunluğunu, geniş anlamda ise devlet işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimini anayasa yargısı olarak adlandırmaktadır.¹³⁰ Gözler ise dar anlamdaki denetimi anayasa yargısı olarak adlandırmaktadır.¹³¹ Özetle; “anayasa yargısı, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal değil, yargısal denetimidir.¹³² Özbudun, anayasa yargısını “hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale olarak” tanımlamaktadır. Ayrıca şunu da eklemektedir: Kişi hakları yönünden, siyasi organların yapacağı denetimlerin yeterli güvenceyi sağlayamayacağından dolayı, yargısal denetim zamanla yayılma eğilimi göstermiş ve üstünlük kazanmıştır.¹³³ Anayasa yargısının üstünlüğü, “anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine”¹³⁴ dayandırılmaktadır.

Türk doktrini, anayasa yargısının ön koşulu olarak: yazılı ve katı anayasa olması şartını aramaktadır.¹³⁵ Türk hukuk doktrini, olmazsa olmaz şart, neredeyse bir tabu olarak; parlamentonun bazı işlemlerinin ve kanunlarının denetlenmemesi durumunda demokrasi ve hukuk devletinden bahsedilemeyeceği kanaatindedir.¹³⁶ Böyle bir durumda, Hollanda gibi modern bir hukuk devletinde demokrasi ve hukuk devleti ilkesinin var olmadığı sonucuna varılacaktır.¹³⁷

Anayasa yargısında iki farklı uygulama olarak, genelde kabul gören ayrıma göre, Amerikan ve Avrupa modeli vardır. Amerikan modelinde, kanunların

¹²⁹ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 5. bası, Ankara, Orion Kitabevi, 2009, s. 36.

¹³⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2007), s. 13. Kaboğlu bu tanımı, Andreas Auer, Giorgio Malinverni, ve Michel Hotellier’in dipnot 1 de geçen eserinden alarak (Kaboğlu, s. 13) yapmaktadır.

¹³¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2010, s. 396.

¹³² Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**, 1. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2010, s. 422.

¹³³ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 393-394.

¹³⁴ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2009, s. 452.

¹³⁵ Gözler, supra 132, s. 424-425. Özbudun, supra 133, s. 393.

¹³⁶ Tunç, supra 4, s. 32. Necmi Yüzbaşıoğlu’da aynı kanaattedir. Tanör & Yüzbaşıoğlu, supra 134, s. 452-457.

¹³⁷ Hollanda’da yazılı anayasa bulunmasına rağmen, anayasa yargısı bulunmamaktadır. Gözler, supra note 132, s. 428. Birleşik Krallık’da da yazılı anayasa ve anayasa yargısı bulunmamaktadır. Oysa, her iki ülkede gelişmiş ve demokratik uygulamalarıyla dünyaya örnek gösterilen ülkeler kategorisinde bulunmaktadır.

anayasaya uygunluğunun denetimi, genel mahkemeler ve ayrıca Federal Mahkemeler ve Yüksek Mahkeme tarafından yapılmaktadır. Avrupa modelinde ise denetim bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından gerçekleştirilir.¹³⁸

Türk anayasa hukuku doktrinde, a priori genel eğilim olarak, anayasa yargısının meşruiyeti kabul edilmekte ve öngörü olarak da şu iddia edilmektedir: Bu kararlar çoğunluğun görüşüne karşı olsalar bile, insan haklarını koruma adına anayasal demokrasinin meşru bir parçasıdır.¹³⁹ Buna ek olarak; demokrasinin sadece çoğunluk ve serbest seçimle oluşan temsil esasına dayanmadığı, aynı zamanda çoğulculuğu ve katılımcılığı gerektiren bir sistem olduğu, anayasanın üst norm niteliğinin korunması ve anayasaya uygunluğun etkin bir biçimde sağlanması gerektiğinden bahsedilir.¹⁴⁰ Bu fikrin de , “yorumun gerçekçi teorisi” ile tamamlanacağı belirtilmektedir (kanun; genel bir iradenin ifadesidir). Bunun bir tarafında hükümet ve parlamento çoğunluğu, diğer tarafında ise AYM ve AYM’ne başvurma yetkisine sahip olanlar yer alır. Genel irade, işte bu iki tarafın oluşturduğu bütündür. Anayasaya uygunluk da, genel iradenin oluşumu için istenen bu ikinci koşuldur.¹⁴¹ Bunlar kabul edilebilir gerekçelerdir. Bizim merak ettiğimiz, Türk AYM’nin statükoyu ve elitleri savunan kararlar değil de, vesayetçi yapının aleyhine kararlar almaya başlaması durumunda, bu yazarların aynı kanaatte olup olmayacağıdır. Türk AYM uygulamasında olduğu gibi, aşırı bir yargısal aktivizmle halka rağmen kararlar veren ve neredeyse bir yargıçlar hükümeti durumuna gelen uygulamanın nasıl kontrol edilip bir denge kurulacağı konusuna Türk anayasa doktrinde şimdiye kadar pek değinilmemiştir.¹⁴²

¹³⁸ Gözler, supra 132, s. 432 ve 438.

¹³⁹ Erdoğan, supra 129, s. 36.

¹⁴⁰ Aliefendioğlu, supra 128, s. 36.

¹⁴¹ Ibid. Benzer kanaatte olan Yüzbaşıoğlu; hukukun genel ilkelerinin anayasa yapıcı iktidarlara da bağladığını ve demokrasilerin asıl koruduğu değerlerin insan hakları olduğunu belirtir. O da, Aliefendioğlu gibi, yorumun gerçekçi teorisine sarılmaktadır. İronik olan şudur ki, bu yazarlar hiçbir şekilde Türkiye’nin realitesi olan AYM kararlarının mevcut statükoyu ve elitleri koruma eğiliminde olması ve bu yönde kararlar üretmesinden hemen hemen hiç bahsetmemekte, ayrıca insan hakları kavramının kültürden kültüre değişebileceği gerçeğini gözardı etmekte, tek tip Batı modeli insan hakları sistemini en üst norm olarak dayatma eğilimindedir. Bkz, Yüzbaşıoğlu, supra 134, s. 455-457.

¹⁴² Erdoğan bu hususu engelleyeceklerin yine yargıçların olacağı kanatindedir. Türk AYM uygulamalarında görüldüğü gibi, bu dilek bir hayalden öteye gidememektedir. Erdoğan, s. 37-38. Mümtaz Soysal, “100 Soruda Anayasanın Anlamı”nda, soru 67’yi cevaplar (Anayasaya Uygunluğun Yargısal Denetimi Ne Demektir?), Türkiye uygulamasının henüz yeni olduğunu, yargıç devleti tehlikesinin mevcut olabileceğini ve bunu da dengelemenin yolu olarak, siyasi iradenin mahkeme üyelerini seçebileceğini belirtmektedir. Her ne kadar, bunun da yargı bağımsızlığını

Anayasa yargısı, icra ettiği fonksiyondan dolayı, siyasal niteliği haizdir ve Kelsen'in de belirttiği gibi, anayasa mahkemelerinin yaptığı iş, negatif yasa koyuculuktur. Özellikle soyut norm denetimlerde, bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.¹⁴³ Yasama organının işlemini, kendisi dışında bir organ denetlemekte ve gerektiğinde iptal edebilmektedir. ABD sisteminde, demokratik meşruiyeti sağlama adına şöyle bir yöntem geliştirilmiştir: Yüksek Mahkeme'nin bütün üyeleri, Başkan'ın önerisi (yürütme) ve Senato'nun (yasamanın ikinci meclisi) onayıyla göreve gelmektedir. Böylece, siyasal irade, mahkemenin oluşumunda söz sahibi olmaktadır.¹⁴⁴ Arslan'ın belirttiği gibi, parlamentoların mahkemelere üye seçmesinin, yargıyı siyasallaştıracağı iddiasına katılmak gerçekten zordur, “zaten anayasa yargısı, doğası gereği siyasaldır” ve aksine yüksek mahkemelere parlamentoların üye seçmesi, demokratik meşruiyeti artırıcı bir etki doğuracaktır.¹⁴⁵

Özbudun, Türkiye’de, özellikle çok partili hayata geçişten sonra, anayasaya uygunluk denetiminin yokluğunun ciddi sorunlara yol açtığını, bu nedenle 1961 Anayasası ile birlikte kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine başlandığını belirtmektedir.¹⁴⁶ Özetle, Türk hukukunda anayasal yargı denetimi demokratik sistemin olmazsa olmaz şartlarından biri olarak kabul edilmektedir.

sakatlayacağına dair itirazlar yapılsa da, yargıçların kendi kendini seçmesinde yine yargıç devleti tehlikesinin meydana gelebileceğini belirtiyor. Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 5. Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınları, 1979, s. 200-202.

¹⁴³ Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 257.

¹⁴⁴ Ibid, s. 258.

¹⁴⁵ Ibid, s. 259.

¹⁴⁶ Özbudun, supra 133, s. 397.

BÖLÜM 2

POLİTİK SORUN DOKTRİNİ

Bu bölümde, ilk olarak, politik sorun doktrinin tanımı, ikinci olarak, ABD anayasa yargısında dava açabilmenin şartları incelenecektir. Bu bölümün üçüncü kısmında ise, bu şartlardan biri olan, yani anayasal dava açılmasına engel olan “Politik Sorun Doktrini” örnek davalar çerçevesinde ele alınacaktır. Dördüncü kısımda ise, bu doktrinin, ABD uygulamasında yani teori (doktrin) ve pratikte ne durumda olduğu ve uygulanabilirliği açısından gelecekte ne şekilde devam edeceği sorgulanacaktır. Beşinci kısımda ise, Türk Danıştay’ının bir zamanlar uyguladığı ve daha sonra vazgeçmiş olduğu, belki de politik sorun doktrinine en yakın duran, “Hükümet Tasarrufları” incelenecektir. Bu bölümün son kısmında ise, politik sorun doktrininin Anglo-Saxon ve Kara Avrupası ülkelerinde kendisine uygulama alanı bulup bulamadığına bakılacaktır.

I) Politik Sorun Doktrinin Tanımı ve Alanı

Politik sorun doktrinini tanımlamadan önce, birbiri ile ilgisi olan şu üç kavramı gözden geçirmek gerekir; politik sorun-political question-, yargısal sorun (hukuki sorun)-judicial question- ve yargısal sınırlama-judicial restraint-. Mahkemelerin, önüne gelen dava ve sorunları hukuki boyutta ele alıp inceleyebilmesi halinde, bu sorun yargının alanına girer.¹ Yargısal sınırlama ise; bir mahkemenin, herhangi bir konu hakkında, toplumun iyiliği noktasında, kendi kişisel görüşlerini kullanmadan, mevcut yasaları kullanarak ve önceki verilmiş mahkeme kararlarına da uygun olarak karar vermesi demektir.² Politik sorun ise, yargının önüne gelen mesele, yasama veya yürütmenin yetki alanına giriyorsa, bu konuda mahkemenin o konu ile ilgili karar verememesi demektir.³ Bilindiği üzere, politik sorun doktrini ve kavramı ABD anayasa yargısı literatüründe doğup gelişmiştir. Türk doktrininde, daha öncede belirttiğimiz gibi, bu kavrama en yakın olarak, hükümet tasarrufları tanımı durmaktadır. Gözlerin ifadesiyle; “..özellikle geçmişte, gerek Türkiye’de, gerekse

1 Bryan A. Garner, editör, **Black’s Law Dictionary**, 7. Baskı, Minnessato, ABD, West Group, 1999, s. 852.

2 Ibid.

3 Ibid, s. 1179.

başka ülkelerde, Anayasa ve kanunlarda öngörülmemiş olmasına rağmen, yargı organları, yürütme organının bazı işlemlerini denetlemeyi siyasi sebeplerle reddetmişlerdir. Yani bazı durumlarda yargı denetiminin alanı bizzat yargı organı tarafından kısıntıya uğratılmıştır. Bu duruma doktrinde, “**yargı kısıntısı**” ve yargı organının denetlemeye kendisini yetkili görmediği işlemlere de “**hükümet tasarrufları**,”⁴ denmektedir. Yani, Anglo-Saxon hukukundaki yargı sınırlaması, Türk doktrininde, yargı kısıtlaması-sınırlaması ile aynı anlama gelmektedir. Politik sorun doktrini ise, kısmi olarak hükümet tasarrufları kavramıyla örtüşmektedir. Çünkü, ABD Yüksek Mahkemesi, hem yasamanın hem de yürütmenin kararlarını denetlediğinden dolayı, politik sorun doktrinini, hükümet tasarrufları olarak nitelememiz çok zor gözükmektedir.

Bazı ABD’li hukukçular ise, politik sorun doktrini tanımını mefhum-u muhalifinden yola çıkarak yapmaktadır. Mahkemenin önüne gelen meseleyi hukuki sorun olarak kabul edip çözmekte, bunun karşısında yer alan ve çözüm üretmediği konular ise politik sorundur (non-justiciable).⁵ Fakat, haklı olarak hakim Robert Jackson’ın belirttiği gibi, “bütün anayasal yorumlar, politik sonuçlar doğurur.”⁶ Suzie Navot’un ifadesiyle, mahkemelerin önüne gelen politik sorunların çözümü noktasında, yargı kısıtlaması/sınırlaması mı yoksa hukuki açıdan (hukuki sorun olmadığından) davaya bakılamazlık doktrini mi uygulanmalıdır?⁷ Esasında bu nokta, yargısal kısıtlama/sınırlama ile politik sorun kavramını birbirinden ayırabilmek için bize bir ipucu sunmaktadır. O da, bazı konuları ister anayasa da isterse kanunlarda belirleyip, bunların politik sorun olduğunu (politik sorun doktrini) belirtmek veya bu konuları yargının uygulamalarına bırakarak, zamanla yargının kendi kendisini kısıtlamasını beklemektir (yargısal sınırlama/kısıtlama doktrini). Oysa ki, hukuk devletinde bütün herkes mümkün olduğunca kuralların ve sınırlarının net bir şekilde

4 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, 2010, s. 85.

5 William Burnham, **Introduction to the Law and Legal System of the United States**, 3. Baskı, St. Paul, West Group, 2002, s. 323.

6 Ibid, s. 323. Burnham, bu ifadeyi, Robert Jackson, **The Supreme Court in the American System**, 1955, s. 56’den aktarıyor.

7 Suzie Navot, *Political Questions in the Court: Is “Judicial Self-Restraint” A Better Alternative Than A “Non Justiciable” Approach?*, VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Rethinking the Boundaries of Constitutional Law, Workshop: Judicial Review of Politically Sensitive Questions, internetten ulaşmak için: <http://ssrn.com/abstract=1367596>, ziyaret tarihi, Şubat 15, 2011. Yazar, makalesinde yargısal sınırlamayı savunmaktadır.

belirlenmiş olmasını talep eder. Geleceğin kapalı bir kutu olmasından ziyade, belirlenmiş bir hukuki yapı ve çizgide olması arzu edilir. Oysa ki, mevcut anayasal tecrübeler göstermektedir ki, ne yasamaya ne de yargıya ve ne de yürütmeye tek başına güven duyulamaz. Yargının, yasama karşısında bireysel hakların tek savunucusu olduğu, artık tek başına kabul edilebilir bir savunma değildir. Yasama, yürütme ve yargı denilen üç kuvvetin bölünmesi ve birbirini kontrol ve denge mekanizması üzerine inşası gerekmektedir. En son tahlilde, bu üçü arasında çözülemeyen bir konu olduğunda en son sözü kim söylemelidir? Esasında, parlamenter sistemin temelinde bu sorunun cevabı yıllar öncesinden verilmiş durumdadır: Halkın temsilcisi olan parlamentolar. Başkanlık sisteminde de sorunun cevabı pek farklı değildir.

Özetle, politik sorun kavramı, mahkemelerin; anayasa veya yasalarda yasama ya da yürütmenin yetkisi alanına girer dediği konular veyahut mahkemelerin uygulamaları sonucu, sorunun hukuki olmaktan ziyade politik olduğu ve sorunun çözülmesi gereken yerin politik alan olduğu belirtilen meseleleri kapsar. Bu meseleler, mahkemelerin önüne geldiği zaman, mahkemelerin bu konuların politik olup, hukuki olmadığını belirtip esasına girmekten kaçındığı davalardır.

Esasında, politik sorun doktrinin doğuş felsefesi; Thomas Jefferson'ın anayasal teorisindeki demokrasi anlayışıdır. Demokrasiye en iyi şekilde hizmet, birbiriyle koordinasyon içinde olan seçilmiş kuvvetlerin (yasama ve yürütme) politik sorunları çözmesi ve politik olarak sorumlu olmayan (unaccountable-hesap vermeyen) federal hakimlerin politik sorunlara karışmamasıyla da bu hedefe ulaşılmış olunur.⁸

II) ABD Anayasa Yargısında Anayasal Dava Açabilmenin Şartları

Genel kural, her türlü mesele, anayasal dava konusu olabilir, ancak: “Mahkemeden tavsiye niteliğinde karar istenilememesi (prohibition against advisory opinions), ilgili kişinin davayı açmış olması (standing), bahsedilen sorunun ortaya çıkmış olması (ripeness), bahsedilen sorunun sona ermemiş olması (mootness) ve son

⁸ James R. May, Climate Change, *Constitutional Consignment, and Political Question Doctrine*, 85 Denver University Law Review (2008), s. 922. Yazar, bu ifadeleri, *U. S. Dep't of Commerce v. Montana*, 503 U. S. 442, s. 456 adlı davadan alıntı yaparak belirtiyor.

olarak ortada politik bir sorun olmaması (political question doctrine) gerekir. Bütün bu kurallar (doktrinler) ABD Anayasası'nda ya da Anayasa yazılırken Kurucu Babalar'ın ortaya koyduğu hiçbir belgede yer almamıştır ve tamamen ABD Yüksek Mahkemesi tarafından keşfedilmiş ve geliştirilmiştir.⁹ Ayrıca, ABD Kongresi, bütün bu şartlara ek olarak, ABD Anayasası, Madde III'de yazan federal mahkemelerin bakacağı davaları ve konuları alacağı kararlar sınırlandırılabilir/ama arttıramaz.¹⁰ Son olarak da, Anayasa Değişikliği, XI. madde'ye göre de, ABD federal mahkemeleri, eyalet hükümetleri aleyhine yaptırım uygulayıcı kararlar (relief) veremezler. Anayasal dava açabilmenin şartları/doktrinleri, tamamiyle ve sıkı sıkıya kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ilişkilidir. ABD anayasa yargısında, bu doktrinler yani şartlar, yargının görev alanı ve sınırlarını belirleyen ölçütler olarak kabul edilmektedir.¹¹ Bazı yazarlar ise bu doktrinleri, federal mahkemelere ulaştıran mekanizmalar (controlling access) olarak adlandırmaktadır.¹²

A) Mahkemeden Tavsiye Niteliğinde Karar İstenilememesi (Prohibition Against Advisory Opinions)

Mark Tushnet'in ifadesiyle, federal mahkemeler, hem fonksiyon hem de adalet açısından sadece dava açan kişinin konusuna baktığından dolayı, tavsiye niteliğinde kararlar veremezler. Şayet tavsiye niteliğinde karar vermiş olsalar, bu kararlar dava ile ilgisi olmayan kişilerin haklarını doğrudan ya da dolaylı şekilde etkileyecek duruma gelebilir.¹³ Buna karşılık, bazı eyalet yüksek mahkemeleri, yasama ya da yürütme tarafından henüz yasalaştırması devam eden konu hakkında anayasaya uygunluk noktasında kendilerine yöneltilen soruya cevap verme yani tavsiye niteliğinde karar verme yetkisine sahiptirler.¹⁴ Tavsiye niteliğinde karar verme

⁹ Erwin Chemerinsky, **Constitutional Law: Principles and Policies**, 2. Baskı, New York, Aspen Publishers, 2002, s. 49.

¹⁰ ABD Anayasası, Madde III.

¹¹ Chemerinsky, supra 9, s. 50.

¹² Hovard P. Fink & Mark V. Tushnet, **Federal Jurisdiction: Policy and Practice, Cases and Materials**, 2. Baskı, Charlottesville, Virginia, The Michie Company Law Publishers, 1987, s. 293-389.

¹³ Ibid, s. 293.

¹⁴ Laurence Tribe, **American Constitutional Law**, 3. Baskı, Foundation Press, 2000, s. 73. Professor Tribe, buna onay veren eyaletler olarak; Colorado, Florida, Maine, Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island ve South Dakota'yı saymaktadır. Bunlara ek olarak, Michigan, Alabama ve Delaware yani toplamda 10 eyalet de, yürütme (vali) ya da yasama organı talep ettiğinde eyalet yüksek

yetkisi, ABD Anayasa hukuku sistemine, ilk olarak 1780 tarihli Massachusetts Anayasası ile girmiştir.¹⁵

Tavsiye niteliğinde kararların faydası olduğu iddiasına karşılık, Erwin buna kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedeleneyeceği gerekçesi ile itiraz etmektedir. Federal mahkemeler Başkan ya da Kongre'ye tavsiye niteliğinde bir görüş beyan edemezler, yargının rolü, ortada gerçek bir çıkar çatışması varsa bunun hakkında karar vermektir. Diğer bir gerekçe olarak da, yargı kaynaklarının mahfuz olduğu ve pek çok şekilde tavsiye niteliğinde karar istenebileceğinden, yasa koyucu yasayı hayata geçirmeyebilir. Federal mahkemelerin ortada gerçek bir çekişme yoksa (actual dispute), anayasal yargı denetimi yapması gereksizdir. Siyasi, ekonomik açıdan gereksiz zaman ve para kaybı demektir. Tavsiye niteliğinde karar verilmesinin yasak olması, olayın teorik hukuki bir sorun olarak değil, gerçek bir dava olarak mahkemelere gelmesine sebep olur.¹⁶ Bir davanın tavsiye niteliğinde karar sayılmaması için, iki şart gereklidir. Birincisi; ortada gerçek bir dava ve birbirine muhalif davalı ve davacı olmalıdır. İkincisi; federal mahkemenin vereceği kararın, davacı hakkında azımsanmayacak derecede bazı değişiklik ve etkilere sahip olması gerekir.¹⁷

8 Temmuz, 1793 tarihinde Başkan George Washington ve Devlet Bakanı aynı zamanda hükümet sözcüsü olan Thomas Jefferson (daha sonra ABD Başkanı olacaktır) İngiltere ve Fransa arasındaki savaşta tarafsız konumda kalmakla ilgili pek

mahkemesi, konunun anayasaya uygun olup olmadığı hakkında tavsiye niteliğinde karar verebilmektedir.

Daha fazla bilgi için, M. Topf, "The Jurisprudence of the Advisory Opinion Process in Rhode Island," Roger Williams University Law Review, Sayı 2, İlkbahar 1997, s. 254-256.

Kanada anayasa hukukunda bu durum, referans soru (reference question) olarak adlandırılmaktadır. Federal hükümet ya da eyalet hükümetleri, eyalet yüksek mahkemelerine ya da Kanada Yüksek Mahkemesi'ne sorunun/yasanın anayasaya uygun olup olmadığını sorabilirler. Fakat eyalet hükümetleri, önce bu soruyu kendi eyalet yüksek mahkemelerine sorarlar, şayet cevap alamazlarsa, Kanada Yüksek Mahkemesi'ne giderler. 2003 yılında Kanada Federal Hükümeti, Kanada Yüksek Mahkemesi'ne referans soru olarak eşcinsellerin evliliği ile ilgili Parlamento'nun yasal düzenleme yapıp yapamayacağını sordu. Yüksek Mahkeme'de 2004 yılında vermiş olduğu cevapta, Parlamento'nun buna yetkisi olduğu şeklinde cevap verdi. 2005 yılında Kanada Parlamentosu, dünyada eşcinsel evliliği yasallaştıran dördüncü ülke olmuştur. 2006 yılında Senato ve Parlamento'nun onayıyla yeniden düzenlenen evlilik yasası eşcinselleri de kapsayarak yürürlüğe girmiştir.

Patrick Monahan, **Constitutional Law (Essentials of Canadian Law)**, Toronto, Irwin Law, 2006.

¹⁵ *The Advisory Opinion and the United States Supreme Court*, 5 Fordham Law Review, 1936. Ayrıca bu makaleye şu adresten ulaşılabilir: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol5/iss1/7>.

¹⁶ Chemerinsky, supra 9, s. 53-4.

¹⁷ Ibid, s. 54-5.

çok soru içeren mektubu, Mahkeme Başkanı Jay'e göndermiştir. Mektupta, Jefferson bu iki ülke arasındaki savaşın, ABD'nin yapmış olduğu uluslararası andlaşmalar ve hukuk açısından çok önemli hukuki soruları ortaya çıkardığını belirtmiştir. Şayet, Yüksek Mahkeme hakimleri bu soruları cevaplarsa, Başkanın bu hususlarda çok rahatlayacağını ve ABD için barışı tehlikeye atacak hatalardan kaçınmış olacağını ifade etmiştir. Bu sorulardan bazıları şunlardı: Her iki tarafa da ticari amaçlı olarak, kendi limanlarımızda gemi satabilir miyiz? 20 Ağustos, 1793 tarihinde Mahkeme Başkanı Jay, Mahkeme'nin Anayasa'da yazan görev sınırlarını aşmadan bu soruları cevaplayamayacağını, böyle bir tavsiyede bulundukları takdirde, kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir. Bu tarihten beri ABD anayasa yargısında federal mahkemeler, ancak ortada tarafları ve çekişmeli olan bir durum varsa davaya bakmaktadırlar.¹⁸ *United States v. Johnson* (1943), *Muskrat v. United States* (1911), *C. & S. Air Lines v. Waterman Corp.* (1948), *Sierra Club v. Morton* (1972), *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.* (1995) davalarında, Yüksek Mahkeme tekraren, tavsiye niteliğinde karar veremeyeceğini, bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyeceğini belirtmiştir.¹⁹

Netice itibariyle, ABD anayasa yargısında, federal mahkemeler “declaratory judgment” yani tespit davası yargılaması yapamaz. Bu tip davaların özü; davanın taraflarına kanun veya sözleşme ile tanınan hakları belirten yargısal kararlar olmasıdır. Daha çok yeni sayılabilecek *Calderon v. Ashmus* (1998) kararıyla, Yüksek Mahkeme ortada davalı, davacı ve çekişmeli bir hak varsa tespit kararı verebileceğini, bu davada ise böyle bir durum olmadığından tespit kararı yargılaması yapamayacağını belirtmiştir.²⁰

¹⁸ *The Advisory Opinion...*, s. 102. Ayrıca bkz., Chemerinsky, supra 9, s. 54.

¹⁹ Davaların detayı için bkz, Chemerinsky, s. 54-7. *C. & S. Air Lines v. Waterman Corp.*, 333 U. S. 103 (1948), s. 113, davasındaki ifade ile: “Judgments within the powers vested in courts by [Article III] may not lawfully be revised, overturned or refused faith and credit by another Department of Government. To revise or review an administrative decision which has only the force of a recommendation to the President would be to render an advisory opinion in its most obnoxious form.”

²⁰ 523 U. S. 740 (1998).

Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, s. 19., adlı kitabında Alman hukukuna göre federal mahkemelerin bazı konularda tavsiye niteliğinde kararlar verebildiğini belirtmektedir, aktaran Jonathan R. Siegel, *A Theory of Justiciability*, 86 Texas Law Review (2008), s. 130.

B) İlgili Kişinin Davayı Açmış Olması (Standing)

Mahkemenin önüne getirilen davayı, hak kaybına uğradığını iddia eden kişinin getirmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, standing kuralı; dava açmaya hakkı olan kişidir. Federal mahkemede dava açabilmek için, davacının mevcut uygulamanın kendisi için gerçek bir zarara sebebiyet verdiğini ve konunun yasal bir hak olarak düzenlenmiş ya da anayasa tarafından garanti altına alınmış olduğunu göstermesi gerekir.²¹ ABD Yüksek Mahkeme kararlarına göre, standing kuralı en azından dört amaca hizmet etmektedir: Yargısal denetimi sınırlayarak kuvvetler ayrılığı prensibine, ideolojik dava açılmasını engelleyerek yargılamanın verimliliğine, mahkemenin önüne gerçek bir dava getirilerek yargı kararlarının geliştirilmesine ve son olarak da, kişiler sadece kendi hakları için dava açarak hakkaniyetin gerçekleşmesine yardım etmiş olur.²²

İlgili kişinin davayı açmış olması derken, kastedilen diğer bir ifadeyle aranan şartlar ikiye ayrılmaktadır. Birinci grupta olan şartlar, Yüksek Mahkeme'nin ifadesiyle anayasada yer alan şartlardır. Ortada bir zarar ya da yakın bir gelecekte olan bir zarar olmalı. Bu zarar, davalıdan kaynaklanmış olmalı (illiyet bağı). Son olarak da, federal mahkemenin vereceği kararla zarar giderilebilir olmalı. Bu üç şart, standing kuralının yerine getirebilmesi için anayasal olarak aranan şartlardır.²³ Şartlar yakından incelenecek olursa; zarar, kişisel olarak şahsın zarar görmüş olmasını ya da çok yakın bir gelecekte zarara uğrayabilir olmasını gerektirir. Yüksek Mahkeme, *City of Los Angeles v. Lyons* (1983)'un davasında, davalının zarar gördüğünü ya da yakın bir gelecekte resmi organların uygulamasından dolayı zarar göreceğini göstermesi gerektiğini ve ayrıca da zarar ya da zarar tehlikesinin hem gerçek hem de yakın bir zamanda olması gerektiğini, varsayım ya da teoriksel olamayacağını belirtmiştir.²⁴ Zararın var olması ya da yakın bir gelecekte gerçekleşecek olması (zarar tehlikesi), Yüksek Mahkeme'nin tavsiye niteliğinde

²¹ Garner, supra 1, s. 1413.

²² Chemerinsky, supra 9, s. 60-2. Ayrıca bkz., *Allen v. Wright* (1984), *United Pub. Workers v. Mitchell* (1947), *Baker v. Carr* (1962).

²³ Burnham, supra 5, s. 320-1.

²⁴ 461 U. S. 95, s. 101-2.

“Plaintiff must show that he has sustained or is immediately in danger of sustaining some direct injury as the result of the challenged official conduct and the injury or threat of injury must be both real and immediate, not conjectural or hypothetical.”

karar vermesini de engelleyen bir şarttır.²⁵ Esasında zarar şartı, Mahkeme'nin meşhur *Marbury v. Madison* davasında da belirtilmişti. Mahkeme Başkanı Marshall, “Sivil özgürlüğün temel şartlarından birisi de, zarar gören her kişinin, yasaların kendisini korumasını talep etme hakkını içermesidir. Hükümetin en başta gelen görevlerinden birisi de bu korumaya imkan sağlamasıdır. ABD Hükümeti, insanların değil, yasaların hükümetidir.”²⁶

Sierra Club v. Morton (1972)'da Kaliforniya'daki Mineral King Vadisi'nde kayak tesisi inşa edilmesini engellemek için Sierra Kulüp dava açmıştır. Arazi, Ulusal Orman ve Ulusal Park İşletmeleri'ne (the National Forest Service and National Park Service) aittir. Yüksek Mahkeme kulüp üyelerinden hiç birinin bahsedilen yeri kullanmadığından dolayı kişisel zarara uğramadığını ya da zarar tehlikesinden bahsedemeyeceğinden dava açmaya haklarının olmadığına karar vermiştir.²⁷ Çok ilginçtir ki, daha sonraki yıllarda Mahkeme üyelerinden hakim Byron White “Sierra Kulüpte Allah'ın cezası üyelerinden biri neden gidip parkta yürüyüş yapmadı, şayet bu gerçekleşseydi dava açmaya hakları olurdu.” demiştir.²⁸

Bir sonraki yıl açılan *U. S. v. Challenging Regulatory Agency Procedures* (SCRAP) (1973) davasında, Yüksek Mahkeme, George Washington Üniversitesi'nden beş hukuk öğrencisinin oluşturduğu çevreci grubun dava açmaya hakkı olduğuna karar vermiştir. Öğrenci grubu, eyaletler arası ticaret komisyonun tren nakliyesi fiyatlarını yüzde 2.5 arttırmasının yeniden dönüştürülen maddelerin taşınma fiyatını arttıracığını, bu maddelerin çevreden daha az toplanacağını ve böylece, ormanlık alana ve çevreye daha fazla atık madde bırakılmış olacağını ifade etmekteydi. Neticede, Washington D. C. çevresindeki ormanlık alanlardan, akarsulardan ve dağlardan daha az faydalanılmış olunacaktır. Yüksek Mahkeme bu sebepleri yerinde görerek, grubun estetik ve çevresel açıdan zarar görebileceklerini kabul edip davayı açmaya hakları olduğuna karar vermiştir.²⁹ Yüksek Mahkeme,

²⁵ Chemerinsky, supra 9, s. 63.

²⁶ *Marbury v. Madison* (1803). Detaylı açıklama için bkz., Fink & Tushnet, supra 12, s. 294.

²⁷ 405 U. S. 727 (1972).

²⁸ Chemerinsky, bu anekdotu Bob Woodward & Scott Armstrong, *The Brethren* (1979), 164'ten aktarıyor.

“Why didn't the Sierra Club have one goddamn member walk through the park and then there would have been standing to sue?”

²⁹ 412 U. S. 669 (1973).

daha sonraki bazı kararlarında, örneğin *Lujan v. Defenders of Wildlife Federation* (1992), çevreci grubun dava açmaya hakkı olmadığına karar vermiştir.³⁰ ABD anayasa hukuku doktrininde, Yüksek Mahkeme'nin *Sierra* ve *Lujan* benzeri kararlarından dolayı, standing kuralını net bir prensibe bağlayamadığı, karışık mesajlar gönderdiği ve her bir davada kendi şartlarına göre hareket ettiği kanaati yaygındır.³¹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar şartının yanında, diğer iki anayasal şart illiyet bağı ve zararın yargı kararıyla telafi edilebilir olmasıdır. Yüksek Mahkeme illiyet bağının net bir şekilde kurulabilir olmasını (fairly traceable) ve federal mahkeme kararıyla düzelebilir olmasını (remedy) şart olarak aramaktadır.³² *Warth v. Seldin* (1975) davasında, bir grup alt gelir düzeyine sahip kişiler Penfield, Rochester, New York'ta değişik şekilde inşa edilecek düşük gelirli aileler için ev yapmalarına bölgedeki plan ve kadastronun engel olduğunu, anayasal haklarının engellendiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca, inşaat için izin alınırsa ev yapanlar derneğinin inşaatı yapmak istediğini belirtmişlerdir. Yüksek Mahkeme, ortada herhangi bir proje olmadığını, yeterince bir illiyet bağı oluşmadığını ve mahkeme kararıyla giderilebilecek bir zarar olmadığına hükmederek davayı reddetmiştir.³³

Allen v. Wright (1984) bir grup siyah öğrenci velisi toplu olarak (class action) dava açmışlardır. Vergi idaresinin (IRS) belli bir etnik kimliğe ait kurulmuş özel okullara vergi muafiyeti tanınmasının yasaya aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Davalılar, hükümetin bu şekilde okullarına yardım etmesinden dolayı, çocuklarının damgalanmış olduğunu ve yüz kızartıcı olduğunu (stigmatized), bu şekilde yardım yapmanın ayrımcılık olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme bu iddiaya karşılık olarak, dava açabilmek için belirtilen zararın çok soyut olduğunu (abstract)

³⁰ 504 U. S. 555 (1992).

³¹ Aynı kanaati taşıyan yazarlar için, Chmerinsky, supra 9, s. 60. Yazar, Yüksek Mahkeme'nin son 25 yılda, yeni standing kuralları çıkardığını ve eskileri değiştirdiğini, ve kuralı net bir prensibe bağlayamadığını belirtiyor.

Ayrıca bkz., Burnham, supra 5, s. 322. Burnham'da pek çok yazarın standing kuralını; prensibi olmayan, belirsiz bir metodu olan, ve davasına göre hareket edilen doktrin olarak gördüğünü ve bu nedenle eleştirdiğini belirtiyor.

³² *Allen v. Wright*, 468 U. S. 737 (1984).

³³ 422 U. S. 490 (1975). Bazı yazarlar, Mahkeme her halükarda bu izni verseydi bile, bu kişilerin ekonomik olarak o çevrede ev inşa edip yaşamasının imkansız olduğuna inandığından davanın reddedildiğini belirtmiştir.

Chemerinsky, supra 9, s. 76.

belirtmiştir. Davalıların diğer bir iddiası da, çocuklarının bu şekilde yapılan vergi muafiyetinden dolayı, diğer kişilerle birlikte eğitim almasının önü de kapatılmış olmaktadır. Velilerin diğer bir iddiası da, şayet vergi idaresi yasayı uygulayıp vergi muafiyeti tanımazsa, okullar ayrımcılık yapmayı sona erdirir ya da vergi muafiyeti olmayınca para kaybindan dolayı daha fazla para talep ederler. Bu da daha fazla beyaz (hem de siyah) öğrencinin devlet okullarına (public schools) gitmesini sağlayacaktır. Mahkeme bu iddialara karşılık, ortada bir zarar olduğunu, fakat illiyet bağı olmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Mahkeme zarara net bir şekilde bu vergi muafiyetinin sebep olduğunu söylemenin çok zor olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, vergi idaresinin vergi muafiyetini kaldırsa ve durumu eski haline getirmiş olsa bile, vergi idaresinin bu ayrımcılığa sebep olmadığını dile getirmiştir. Bu nedenle illiyet bağı kurulamaz demiştir.³⁴

Yüksek Mahkeme, illiyet bağı ve zararın giderilmesiyle ilgili kararlarından dolayı, belli bir prensip ve metodu olmadığı gerekçesiyle doktrinde çok ciddi bir şekilde eleştirilmektedir. Genel olarak yazarlar, Yüksek Mahkeme'nin illiyet bağı ve zararın giderilmesi konusunda davaları manipüle ederek her davada kendine özgü bir karar verdiği kanaatindedir.³⁵ 2007 tarihli *Massachusetts v. Enviromental Protection Agency* kararında, Yüksek Mahkeme dörde karşı beş oyla Massachusetts eyaletinin, Çevre Koruma Kurulu (Enviromental Protection Agency)'nun karbondioksit ve diğer yeşil ev gazlarının (turfanda ve sera) düzenlenmesini reddetmesini dava edebileceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme standing kuralının eyalet devletlerine uygulanması açısından özel bir durum olduğunu belirtmiştir. Kurulun yeşil ev gazlarının salınımını sınırlamaması, bahsi geçen eyalet devletinin vatandaşlarına ve doğal kaynaklarına zarar vereceği ortadadır. Sahilden deniz seviyesinin arttırılması ve Kurulun yeşil ev gazlarıyla ilgili düzenleme yapmaması gerçek ve yakın zamanlı bir tehlike olduğundan eyaletin dava açmaya hakkı vardır. Mahkeme ayrıca şunu da not etmiştir: İklim değişikliğiyle beraber oluşan zararlar çok ciddi (herkesçe) kabul edilen bir durumdur.

³⁴ 468 U. S. 737 (1984) s. 757 ve 753.

³⁵ Supra 31. Ayrıca bkz, Laurence Tribe, *Constitutional Choices*, 1985, s. 344-46. Mark Tushnet, *The New Law of Standing: A Plea for Abandonment*, 62 Cornell Law Review (1977).

Son olarak bu kısımda anayasal şartlar (zarar-illiyet ve durumun telafi edilebilirliği) yanında, Yüksek Mahkeme'nin formüle ettiği üç ihtiyati şart (prudential limitations) daha vardır. Bunlar; üçüncü kişinin dava açamaması (prohibition against third-party standing), zararın geneli etkilemesi durumu (prohibition against generalized grievances) ve son olarakta davalı, açılan davayla ilgili yasanın koruduğu alanda olmalı (plaintiff be within the zone of interests protected by the statute).³⁶

Yukarıda gördüğümüz *Warth v. Seldin* davasında Yüksek Mahkeme davalının kendisiyle ilgili haklar ve çıkarlar açısından dava açabileceğini belirtmiştir.³⁷ Fakat, Yüksek Mahkeme bazı kararlarında bu kurala istisnalar getirmiştir. Bunlardan ilki; şayet üçüncü kişinin dava açması önünde esaslı engeller varsa, davayı açan kişi de etkili bir şekilde üçüncü kişiyi temsil edebilecekse, bu durumda üçüncü kişinin açmış olduğu dava kabul edilir. *Eisenstadt v. Baird* davasında Baird evli olmayan kişilere gebeliği önleyici ürün sattığı için dava edilmiştir. Massachusett eyalet yasasına göre doktorlar ve eczacılar bu tip ürünleri sadece evli olan kişilere dağıtabiliyordu. Evli olmayan kişilere bu çeşit ürünlerin dağıtılması ağır bir suç olarak kabul ediliyordu. Baird, savunmasını evli olmayan kişilerin (üçüncü) gebeliği önleyici ürünleri alıp kullanma hakkı üzerine yapmıştır. Yüksek Mahkeme bu savunmayı kabul ederek, evet evli olmayan üçüncü kişilere karşı dava açılmıyor, fakat Massachusett eyaletinde bu kişilerin gebeliği önleyici ürünlere ulaşma hakkı engelleniyor, bu nedenle Baird'in davayı açmaya hakkı olduğuna karar vermiştir.³⁸

Üçüncü kişiler için dava açamamanın bir diğer istisnası da, davalı ve üçüncü kişi arasında yakın bir ilişkinin olduğu durumlardır. Bu durumla ilgili olan ve ABD Anayasası uygulamalarında geçerliliği devam eden *Pierce v. Society of Sisters* (1925) davasıdır. Oregon eyalet yasasına göre bütün çocuklar devlet okuluna devam etmek zorundaydı. Belli bir dini görüşe sahip olan bir okul (parochial school), bu yasanın anne ve babaların kendi çocuklarını yetiştirme hakkını elinden aldığını söylemiştir. Yüksek Mahkeme, *Society of Sisters* grubunun, okulun velilerle olan yakın

³⁶ Chemerinsky, supra 9, s. 82, 89 ve 97.

³⁷ 422 U. S., s. 499 (1975).

“...the plaintiff generally must assert his own legal rights and interests, and cannot rest his claim to relief on the legal rights or interest of third parties.”

³⁸ 405 U. S. 438 (1972).

ilişkisinden dolayı böyle bir davayı üçüncü kişiler adına açabileceğine karar vermiştir.³⁹ Üçüncü kişiler adına dava açamamanın diğer iki istisnası ise overbreadth doktrini ve dernek üyeleri adına dava açılabilmesidir (*Sierra Club v. Morton* davası). Overbreadth doktrini ile Yüksek Mahkeme, üçüncü kişiler için din, konuşma, basın, toplantı özgürlüğü lehine (1791 tarihli ABD Anayasası I. Değişiklik⁴⁰ kapsamındaki özgürlükler) dava açılabilmesini kabul etmiştir.

İhtiyati şart olarak aranan dava şartlarından ikincisi de belirtilen zararın genel olarak o meseleyle ilgili herkes için mağduriyet oluşturması durumudur. Bu halde de dava açılmayacaktır. *Warth v. Seldin* davasında mahkeme bu şartıda belirtmiştir. Belirtilen zarar genel bir mağduriyet olarak pek çok vatandaşı eşit bir şekilde etkilemesi halinde, bu durum dava açma engeli oluşturur.⁴¹ Bu şart önceden ihtiyati bir şart olarak kabul edilirken ve davalıların vergi ödeyen vatandaş sıfatı ile dava açması sağlanmış (Mahkeme Başkanı Warren dönemi), daha sonra vergi ödeyen vatandaş sıfatıyla federal mahkemede dava açılması engellenmiş (Mahkeme Başkanı Burger dönemi) ve son olarak da Yüksek Mahkeme bunun bir ihtiyati değil, bir anayasal şart olduğu kararını vermiştir (Mahkeme Başkanı Rehnquist dönemi).⁴² Bu konuda da, Yüksek Mahkeme'nin istikrarlı bir tablo çizemediği apaçık ortadadır.

İhtiyati şart olarak aranan üçüncü ve son şart da, davalının belirtilen yasa ile çıkarlarının etkilenecek olmasıdır. Davalı, ilgili yasadan fayda sağlayacak kişi

³⁹ 268 U. S., 510, 535 (1925). ABD anayasa hukukuna göre, eğitim bir temel hak değildir, eyalet devletlerine bırakılmış bir alandır. Yüksek Mahkeme, anne ve babanın kendi çocuklarının geleceğini tayin etme yani çocuk için en iyi olanı belirleme (best interest of the child) hakkına sahip olduğunu daha sonraki dönemde de verdiği kararlarla devam ettirmiştir. Bu kararların en önde gelenleri; *Prince v. Massachusetts*, 321 U. S. 158, (1944), ve *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972) olmuştur. Bu kararlardan dolayı ABD, Çocuk Hakları Konvansiyonu'nu imzalamamış dünya da ki iki devletten birisidir. Diğer ülkede Somali'dir (dini çekincelerden dolayı. Çünkü, Konvansiyon üye devletlere anne ve babadan önce çocuğun menfaati için en iyi olan (the best interest of the child) neyse onun uygulanması gerektiğini belirtiyor. Bunun da yargı kararlarıyla, insanların kendi inançlarına göre çocuklarını yetiştirmesinin önüne bir engel olarak çıkacağı su götürmez bir gerçektir. Nitekim, Konvansiyon'u uygulayan değişik ülke mahkeme kararları, çocuğun menfaatini gözetirken anne-babanın inançlarını yeri geldiğinde bir hiç hükmünde kabul eder olmuştur. Davalar ve tartışmalar için bkz., Philip Alston, ed., **The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights**, Oxford, Clarendon Press, Unicef, Florence, 1994.

⁴⁰ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." Kongre, bir din kurmak ya da dinin özgür bir şekilde yaşanmasını engelleyici, veya konuşma ve basın özgürlüğünü kısıtlayıcı, veya kişilerin barışçıl şekilde toplanma hakkını (kısıtlayıcı), ve hükümete mağduriyeti gidermesi için dilekçe yazılmasını kısıtlayıcı (engelleyici) yasa (lar) yapamaz.

⁴¹ *Warth v. Seldin*, 422 U. S. 490 (1975), s. 499.

⁴² Chemerinsky, supra 9, s. 90.

olduğunu göstermelidir. *National Credit Union Administration v. First National Bank & Trust Co.* (1998)⁴³ davasında, Yüksek Mahkeme, bankaların federal uygulama ve düzenleyici işlemlerin değiştirilmesine bağlı olarak kredi birliklerinin direkt bankalarla rekabet edecek duruma gelmesini dava edebileceğini belirtmiştir. Davalının değiştirilecek yasa ve uygulamaların direkt çıkarlarını etkileyeceğini göstermesi dava açabilmesi için yeterli sayılmıştır. Özet olarak standing kuralı yani ilgili kişinin dava açabilmesi için, Yüksek Mahkeme üç anayasal şart; zarar, illiyet bağı, yargı kararıyla durumun telafi edilebilmesi ve üç de ihtiyati şart; üçüncü kişinin dava açamaması, zararın çoğunluğu eşit şekilde etkilemesi, davalının belirtilen yasayla çıkarlarının etkilenecek olmasını, aramıştır.

C) Sorunun Ortaya Çıkmış Olması (Ripeness)

Federal mahkemelerde anayasal dava açabilmenin diğer bir şartı da, sorunun ortaya çıkmış olması, yani olgunlaşmış olması gerekmektedir. İlgili kişinin dava açması (standing) kim sorusunun cevabı, sorunun ortaya çıkmış olması da (ripeness) davanın ne zaman açılacağına cevabıdır.⁴⁴ Ripeness doktrini (davanın ne zaman açılacağı) doğmamış çekişmelere mahkemenin bakmasını engellemek amacını taşımaktadır. Diğer dava açma şartları gibi, federal yargı açısından hem zaman hem de kaynak tasarrufu sağlamaktadır.⁴⁵ *Abbott Laboratories v. Gardner* (1967) davası bu doktrinle ilgili en önemli davalardan biridir. Federal Gıda ve İlaç Kurulu (The Food and Drug Administration-FDA) yürürlüğe koyduğu bir düzenlemeyle, reçeteye yazılan ilaçların bütün etiketlerine ve basılı olan diğer materyallere grup isimlerinin eklenmesini istemiştir. Düzenlemenin ihlali halinde, hukuki ve cezai olarak yaptırımla karşı karşıya kalınacağı, düzenlemede ayrıca belirtilmiştir. Bunun üzerine, 37 ilaç firması, ABD'deki reçeteli ilaçların yüzde 90'ını karşılayan Kurulun kanuni yetkilerini aştığını iddia ederek dava açmışlardır. ABD hükümeti, herhangi bir ilaç firmasının düzenlemeden dolayı ceza almadığını, bu nedenle davanın henüz olgunlaşmadığını iddia ederek reddini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, bu iddiayı reddederek davayı kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme gerekçeli kararında, şayet

⁴³ 522 U. S. 479 (1998).

⁴⁴ Burnham, supra 5, s. 322.

⁴⁵ Chemerinsky, supra 9, s. 103.

davalılar düzenlemeyle getirilen kurala uyma yolunu seçerlerse, bir sürü yeni masrafa katlanmak zorunda kalacaklardır. Yahut, ürünleri varolan haliyle dağıtacak olsalar ciddi bir şekilde hem hukuki hem de cezai yaptırımla karşı karşıya kalacaklardır.⁴⁶ Demek ki, zarar meydana gelmese dahi zarar tehditinin olduğu durumlarda dahi, Yüksek Mahkeme davanın açılabilirliğini belirtmiştir.

Diğer bir dava olan *Steffel v. Thompson* (1974)'da davacı alışveriş merkezinde el broşürü dağıtabileceğine dair mahkemeden tespit kararı almıştır (federal mahkeme değil). İki defa gerçekleşen olayda davacı Vietnam Savaşı karşıtı broşürleri dağıtırken alışveriş merkezindeki dükkan sahipleri polisi çağırmıştır. Davacı tutuklanmamak için her iki hadisede de olay yerinden ayrılmış, fakat arkadaşları durmuş ve polis tarafından tutuklanmışlardır. Yüksek Mahkeme, dava açılabilirliğini, sorunun ortaya çıkmış olduğunu, davacının her defasında korunmuş konuşma (özgürlüğü) ile tutuklanma riski ve cezalandırılma arasında tercihe zorlanamayacağını belirtmiştir.⁴⁷ Aynı şekilde *Gardner* davasında olduğu gibi, Yüksek Mahkeme, zarar tehditini yeterli görüp sorunun ortaya çıkmış olduğunu kabul ederek davacının dava açmaya hakkı olduğuna karar vermiştir.

Adler v. Board of Education (1952), New York eyalet yasasının hükümeti güç ve şiddet kullanarak yıkmak için faaliyette bulunan organizasyonlara üye olan veya bu yönde tavsiyede bulunan (şiddet ve güçle hükmeti devirmek) öğretmenlerin devlet okullarında işine son verileceğine dair düzenlemesinden dolayı açılan bir davadır. Yüksek Mahkeme önüne gelen sorunun olgunlaşmış olduğunu belirterek davayı kabul etmiş ve yasayı da Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁴⁸

United Public Workers v. Mitchell (1947), 1940 tarihli Hatch Yasası'na göre; federal devlet işinde çalışanların siyasi kampanyada veya organizasyonda yer alması yasaklanmıştı. Davacılar bu yasaklar ile ABD Anayasası Değişiklik I. maddesinin ihlal edildiğini (bkz. dipnot 40) liste halinde katılmak istediği faaliyetleri de belirterek dava açmıştır. Yüksek Mahkeme, davacıların Mahkeme'den tavsiye niteliğinde karar istediğini, teorik tehlikenin yeterli olmadığını, politik faaliyette bulunup işini kaybeden kişiler olmadığından davanın oluşmadığını belirtip

⁴⁶ 387 U. S. 136, s. 152-3 (1967).

⁴⁷ 415 U. S. 452 (1974).

⁴⁸ 342 U. S. 485, s. 488 (1952).

reddetmiştir.⁴⁹ Sadece davacılarından birinin politik faaliyetlere katıldığından federal devlet adına çalışmış olduğu işini kaybettiğini tespit ederek, o kişinin davasını kabul etmiştir.⁵⁰ Böylece davacılarından biri olan bu kişi, zarar tehlikesinin her zaman var olduğunu ortaya koymuştur. Gerçekten, Mahkeme'nin bu tutumunu anlamak çok zor olmuştur ve bu nedenle ABD anayasa doktrininde bu karar ciddi bir şekilde eleştirilmiştir.⁵¹ Bu kararın ardından 26 yıl sonra Yüksek Mahkeme, aynı şartları taşımasına rağmen *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers* (1973) kararı ile hatasından dönmüş ve davanın olgunlaşmış olduğunu, federal devlet işinde çalışanlarında politik faaliyette bulunmaya hakkı olduğuna karar vermiştir.⁵²

Sorunun ortaya çıkmış olmasıyla ilgili klasik davalardan birisi de, *Poe v. Ullman* (1961)'dir. Dava konusu olayda; Connecticut eyaleti yasasına göre, hamileliği engelleyici ürünlerin kullanımı ve dağıtımı yasaktır. Olaydaki evli kadının tıbben hamile kalması tavsiye edilmemektedir. Doktorları yasanın uygulanmaması için dava açmıştır. Yüksek Mahkeme, davanın görülemeyeceğini, çünkü, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten beri, 80 yıldan fazla, sadece bir kişiye karşı takibat yapıldığını belirtmiştir. Ayrıca, hamileliği önleyici ürünlerin Connecticut'taki eczanelerde çok rahat bir şekilde satıldığını belirtmiştir.⁵³ Hakim Douglas ve Harlan karara karşı oy yazısı yazarak eleştiride bulunmuşlardır.⁵⁴ Estelle Griswold isimli doktor, New Haven, Connecticut'ta evli bir kadına gebeliği engelleyici ilaç yazdığı için takibata maruz kalmıştır. Açılan dava sonucunda *Griswold v. Connecticut* (1965) ile eyalet yasası Anayasaya aykırı bulunmuştur.⁵⁵

Demek ki bir özgürlükler aleyhine olan bir yasa 80 yılda bir uygulansa da, hukuk güvenliği açısından her zaman bir risk taşıyabilmektedir. Özellikle yüksek mahkemelerin verdikleri kararlarda bunu bir bahane olarak kullanmayıp, hukuk devleti prensipleri açısından hukuki güvenliği sağlama adına çok dikkatli olması

⁴⁹ 330 U. S. 75 (1947).

⁵⁰ Ibid, s. 89-90.

⁵¹ Chemerinsky, supra 9, s. 106.

⁵² 413 U. S. 548 (1973).

⁵³ 367 U. S. 497, s. 502-8 (1961).

⁵⁴ Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present**, 2. Baskı, New York, OUP, 2002, s. 838.

⁵⁵ 381 U. S. 479 (1965).

gerektiği kanaatindeyiz. Son olarak bu kısım ile ilgili şunu da not etmek gerekir, federal mahkemeden anayasal yargı denetimi isteyebilmek için, bütün idari yolların da tüketilmesi gerekir.⁵⁶

D) Sorunun Sona Ermemiş Olması (Mootness)

Anayasal yargı denetiminin gerçekleşebilmesi için yani anayasa ile ilgili dava açmanın gerekli olan şartlarından biri de çekişmeli olan konunun federal mahkemeler önüne geldiğinde sona ermemiş olması gerekir. Davanın herhangi bir safhasında sorunun sona ermiş olduğu iddia edilebilir ve federal mahkeme iddiayı kabul ederse, sorunu çözmeden meseleyi alt mahkemeye devreder, yani geldiği yere göndermiş olur.⁵⁷ Bu konuyla ilgili davaların çoğunluğu, mootness doktrinin istisnasıyla ilgilidir.⁵⁸ Bu istisnai durumlar, davacının zararları karşılanmış olsa bile davanın devam edeceği durumları kapsamaktadır.

İstisnai durumlardan ilki; davacının asıl problemi çözüldüğü halde, ikincil derecedeki zararın devam ediyor ya da edecek durumda olmasıdır (collateral consequences). *Sibron v. New York* (1968) davasında Yüksek Mahkeme “hayatın bilinen gerçeği şu ki, pek çok ceza mahkumiyeti ikincil derecede aleyhe hukuki sonuçlara sebep olmaktadır.”⁵⁹ Gerçekten ceza davaları sonucu ortaya çıkan mahkumiyetler, daha sonraki dönemde kişilerin oy hakkını kullanamamasına ya da değişik izin belgelerinin çıkmasının engellenmesine veyahut başka bir suç işlendiğinde onun cezasının artmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, davacının cezasını çekmiş olsa bile hayatının daha sonraki dönemlerinde aldığı bu cezadan dolayı karşısına çıkabilecek engelleri berteraf edebilmesi adına, Yüksek Mahkeme sorunun sona ermiş olsa bile etkisinin devam edeceğinden bahisle davayı kabul etmektedir.⁶⁰ *Super Tire Engineering Co. v. McCorkle* (1974), Yüksek Mahkeme grev sona ermiş olsa bile, federal mahkemenin vereceği kararın gelecekteki iş yönetimi (labor-management) pazarlıklarını etkileyeceğinden dolayı, davanın sona

⁵⁶ *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.*, 303 U. S. 41 (1938).

⁵⁷ *North Carolina v. Rice* (1971), 404 U. S. 244, s. 246.

⁵⁸ Chemerinsky, *supra* 9, s. 114.

⁵⁹ 392 U. S. 40, s. 55 (1968). “the obvious fact of life that most criminal convictions do in fact entail adverse collateral legal consequences.”

⁶⁰ Chemerinsky, *supra* 9, s. 115.

ermiş olduğu kabul edilemez, demiştir.⁶¹ Dava, işçiler grevdeyken eyalet yasasına göre kamu yardımı (işsizlik maaşı) alabildiğinden dolayı, işverenler tarafından açılmıştır. İşverenler, yasanın geçersiz olması için dava açmışlardır. Fakat dava federal mahkemede iken grev sona ermiştir. Buna rağmen Yüksek Mahkeme mootness (sona erme) ilkesine dayandırılarak davanın görülmemesi gerektiğine katılmamış ve davayı esastan incelemiştir.

İstisnai durumlardan ikincisi; yanlış olan durumun devam edinmesinden kaçınmak veya kurtulmak için (wrongs capable of repetition yet evading review), Yüksek Mahkeme sorun sona ermiş olsa bile davayı esastan incelemektedir. Bu istisna ile ilgili en önemli dava ABD anayasa yargısında *Roe v. Wade* (1973) olmuştur.

Norma Jane McCorvey, Dallas, Texas'ta festival ekibinde çalışan evli olmayan bir kadındır. Jane Roe 21 yaşındadır ve üçüncü kez hamile kalmıştır. Mevcut şartlar altında çocuğunu yetiştiremeyeceğinden dolayı, kürtaj yaptırmak istemektedir. Texas eyalet yasası, annenin hayatı tehlikede değilse hiç bir şekilde kürtaj yapılamayacağını belirtiyordu. Yüksek Mahkeme, 7'ye karşı 2 oyla verdiği kararda, ABD Anayasası, XIV. Değişiklik hükmüne göre; konunun kadının kişisel özgürlüğünü ilgilendirdiğini belirterek eyalet yasasını anayasaya aykırı bularak kürtajı serbest bırakmıştır.⁶² Yüksek Mahkeme bu istisnai kuralı uygulamak için iki şart aramaktadır; davacının aynı zararlar tekrar karşılaşılabileceği ihtimali ve oluşan zararın federal dava sona ermeden meydana gelmesidir. Örnek davada görüldüğü şekliyle, Jane Roe'nun tekrar hamile kalması bir ihtimal ve hamileliğin federal mahkemedeki dava bitmeden sona ereceği ortadadır.

Üçüncü istisna ise gönüllü olarak davanın durdurulmasıdır (voluntary cessation). Yüksek Mahkeme, bu tip durumlarda şayet davacı daha sonra davaya devam edecek durumdaysa gönüllü olarak davadan vazgeçmeyi kabul etmemekte ve esastan dosyayı inceleyerek davayı sonuçlandırmaktadır. *City of Erie v. Pap's A. M.* (2000), davalı belediyenin o çevrede halka açık çıplak dans işletmesinin kapatılması

⁶¹ 416 U. S. 115 (1974).

⁶² 410 U. S. 113 (1973). Ayrıca, David L. Hudson Jr., **The Handy Supreme Court Answer Book**, Detroit, Visible Ink Press, 2008, s. 324-5. İlginçtir ki, 1990'lı yılların sonuna gelindiğinde Jane Roe taraf değiştirerek Dallas, Texas'ta "Roe No More" adını verdiği kürtaj karşıtı bir organizasyon kurmuştur.

kararının iptalini istemiştir. Davalı daha sonra dans işletmesini kapatarak davanın sona erdirilmesini istemiştir. Yüksek Mahkeme, davalının bu talebini kabul etmemiştir. Çünkü, davalının çıplak dans kulübü işletmesi iznine hala sahip olduğunu, yeniden başka bir işletme açabileceğini ve yaşının 72 olmasının (davalının iddialarından birisi de yaşının 72 ve emekli olduğunu belirtmesidir) durumu değiştirmeyeceğini, hatta Mahkeme üyelerinin çoğunun bu yaşta çalıştığını belirterek davanın esasına girmiştir.⁶³

Dördüncü ve son istisnai durum ise; grup olarak açılan davalardır (class actions). Yüksek Mahkeme davacılardan herhangi birinin dahi sorunu devam ediyorsa bu durumda davanın esasına girmektedir. *Franks v. Bowman* (1976) davacı iş yerinde ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla grup davası (class action) açmıştır. Dava, Yüksek Mahkeme'ye ulaştığında davacı sorunun sona erdiğini (kendisi için) belirtmiş, fakat Yüksek Mahkeme sorunun kendisi için sona erdiğini ama aynı durumda olan kişiler için sorunun devam ettiğini belirtip davanın esasına geçmiştir.⁶⁴

Son olarakta şunu belirtmekte yarar görmekteyiz; federal mahkemede dava devam ederken şayet o konuyla ilgili davayı etkileyecek yasa değişikliği olursa, federal mahkemeler bunu mootness olarak kabul edip, davanın esasına girmeden davayı sonlandırmaktadır.⁶⁵

E) Politik Sorun Olmamalı (Political Question Doctrine)

ABD anayasa yargısında dava açabilmenin şartlarından birisi de ve yukarıda belirttiğimiz şartlardan en sonuncusu dava konusu olayın politik sorun doktrinin alanına girmemiş olmasıdır.

Politik sorun doktrinini detaylı olarak ele almadan önce, şunu da belirtmek gerekir. Bazı anayasa hukuku yazarlarına göre ABD'de Kongre'nin yargı kısıntısı yapması da dava engelleri diğer bir ifadeyle dava açabilmenin şartları arasında sayılmaktadır. ABD Anayasası, madde III'e göre Kongre istediği zaman federal mahkemelerin bakabileceği davaları ve kapsamını değiştirebilir. Ayrıca, Kongre alt dereceli federal mahkemeler de kurabilir. ABD'li bazı yazarlara göre bu kuralın

⁶³ 529 U. S. 277 (2000).

⁶⁴ 424 U. S. 747 (1976).

⁶⁵ *Kremens v. Bartley*, 431 U. S. 119 (1977), *Northeastern Florida Contractors v. Jacksonville*, 508 U. S. 656 (1993).

sebebi, kontrol ve denge mekanizmasıdır. Kurucu Babalar sınırsız olmayan bir anayasal yargı denetimi modeli istememiştir.⁶⁶

III) ABD Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini ve İlgili Davalar

Gerçekten bazı meseleler yapısı gereği siyasidir ve bunlar en iyi şekilde siyasetçilerce çözüme kavuşturulabilir, bu nedenle yargısal denetim (anayasal) için uygun değildir.⁶⁷ Fakat, daha önce de belirttiğimiz gibi, “bütün anayasal yorumlar, siyasi sonuçlar doğurur.”⁶⁸ ABD’nin önde gelen anayasa hukuku teorisyenlerinden Fink ve Tushnet, politik sorun doktrinin doğuşunu *Marbury v. Madison* (1803) davasına kadar götürmektedir: “Mahkeme’nin uzmanlık alanı; sadece bireylerin haklarıyla ilgili karar vermektir, yoksa yürütme ya da yürütmenin görevlilerinin takdir yetkisi olduğu alanlarda işlerini nasıl yaptığını sorgulamak değildir. Doğasında siyaseti ilgilendiren Anayasa ve yasalara göre yürütmeye arz edilmiş sorular/sorunlar bu Mahkemede ele alınamaz.”⁶⁹ Diğer bir anayasa hukukçusu Jesse H. Choper da politik sorun doktrininin *Marbury v. Madison* davası ile başladığını belirtmektedir.⁷⁰

Politik sorun doktrini diğer anayasal (federal) dava şartları gibi, ABD Anayasası, madde III’e bağlı ve kesinlikle eyalet mahkemelerinde uygulanamaz.⁷¹ Genel hatlarıyla bir meselenin politik sorun doktrinin alanına girebilmesi için; o konuyla

⁶⁶ Burnham, supra 5, s. 325. Ayrıca bkz, ABD Anayasası, madde III, Kısım I: “The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”

Kısım II, II. Paragraf, “...the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make. Kongre’nin Yüksek Mahkeme’nin baktığı davalara (madde III, Kısım II, I. Paragraf’ta sayılan) yapacağı düzenlemelerle istisna getirebileceğini belirtiyor. Özetle, ABD Anayasasına göre son söz, halkın temsilcileri olan ve seçimle iş başına gelmiş Kongre (Temsilciler Meclisi ve Senato)’ye aittir. Nitekim, geçmişte Yüksek Mahkeme’nin bazı kararlarını beğenmeyen Kongre bu konularla ilgili düzenleme yapıp federal mahkemelerin ve Yüksek Mahkeme’nin bu davalara bakmasını engellemiştir. Burnham, ibid.

⁶⁷ John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, **Constitutional Law**, 6. Baskı, St. Paul, Minn, West Group, 2000.

⁶⁸ Jackson, supra 6, ibid.

⁶⁹ Fink & Tushnet, supra 12, s. 239. Yüksek Mahkeme’nin *Marbury v. Madison*’daki kendi ifadesiyle; “The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive...perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.”

⁷⁰ Jesse H. Choper, *Introduction*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 1.

⁷¹ Ibid.

ilgili hukuki standartların oluşturulamaması gerekir. Ayrıca, Anayasa’da o meselenin yasama veya yürütmenin yetkisi alanına girmiş olduğu belirtilmiş olabilir.⁷² ABD anayasa hukukunda politik sorun doktrinin ne anlama geldiği açıklanırken Yüksek Mahkeme hakimi William Brennan’ın *Baker v. Carr* (1962) davasındaki ifadesine atıf yapılır. Hakim Brennan, bu davada altı meselenin politik sorun olduğunu belirtmiştir:

“Meselenin, metin olarak Anayasa’da politik branşlara bırakılmış olması (1), meselenin hukuki olarak çözümü için uygulanabilecek bir standarttan mahrum olunması (2), açık bir şekilde yargısal olmayan bir takdir yetkisi kullanamadan sorunun çözümünün imkansız olması (3), mahkemenin sorunu bağımsızca çözebilmesi için, yasama ve yürütme ile işbirliği yapmak durumunda kalması (4), politik olarak önceden karar verilmiş bir meseleye uyulmasının gerekli olması (5), sorunu çözmeye çalışmak o sorun hakkında kuvvetler arasında değişik açıklamalara (uyuşmazlıklara) sebebiyet verecek olması (6).”⁷³ Hakim Brennan’ın bu ifadeleri, ilerleyen yıllarda ABD anayasa yargısında politik sorun doktrinin tanımlayan ve açıklayan bir manifesto haline gelerek bütün anayasa hukuku kitaplarında bu doktrinle ilgili açıklamaların en başında yer bulmuştur. Politik sorun doktrininin detaylı olarak inceleyebilmek için davaların yoğunlaştığı bazı spesifik alanlar oluşmuştur ve biz de burada bir sınıflama yaparak doktrini ele almak istiyoruz.⁷⁴

A) Eyalet Devletlerinin Cumhuriyetçi Yapıda Hükümetlere Sahip Olması ve Seçim Sürecinin Yargısal Denetimi Meseleleri

⁷² Burnham, supra 5, s. 323-4.

⁷³ *Baker v. Carr*, 369 U. S. 169, s. 217 (1962).

“Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

⁷⁴ Bu kısımda, en detaylı bulduğumuz Erwin Chemerinsky’nin sınıflandırmasını takip edeceğiz. Professor Nowak ve Rotunda politik sorun doktrini ile ilgili davaların sınıflandırmasını şu şekilde yapmaktadır: Dışişleri meseleleri ve savaşa karar verme yetkisi, Anayasa değişiklikleri, cumhuriyetçi yapıda hükümet (guaranty clause), meclis soruşturması ve seçim bölgelerini bir siyasi partinin çıkarına uygun düşecek şekilde ayarlamak (political gerrymandering), ve orijinal kural bendi yani gelir getirecek bütün yasa teklifleri ilk olarak Temsilciler Meclisinde ele alınmalıdır.

ABD Anayasası, madde IV, kısım 7, garanti bendi (guaranty clause) olarak adlandırılır; “Birleşik Devletler, bu Birliğin (Union) içinde yer alan her bir devlete (eyalet) Cumhuriyetçi yapıda olan hükümet modelini garanti eder.”⁷⁵ Bu konuyla ilgili ilk mesele *Luther v. Borden* (1849) davasında ele alınmıştır. Martin Luther, Dorr adlı isyancı gruba katılmış bir kişidir. İsyancı grup politik bir hareket olarak başladı, fakat daha sonra şiddet hareketine dönüştü. Grubun amacı, Rhode Island eyaletinin geçici hükümetini devirmektir. Eyalet hükümeti, eyalette ikamet edenlerin seçme haklarını kısıma yönünde tavır ve hareketler içindeydi. 1840 yılına gelindiğinde Rhode Island eyaletinde yasama temsilciliği, kırsal alandaki azınlığın eline geçmiş durumdaydı. Örnek olarak, Jamestown’da her 180 kişiye bir yasama temsilcisi düşerken, Providence şehrinde ise her 6000 kişiye bir temsilci düşmekteydi. 1841 yılında toplanan eyalet kongresi anayasa taslağı hazırladı ve bu taslak onaylandı. Geçici hükümet bu yeni anayasadan sonra yapılacak seçimi kaybedeceğine emindi. Hükümet, yeni anayasanın yürürlüğe girmesini engelleyici yasa yaptı. Buna rağmen seçimler yapıldı. Varolan hükümet, seçimde oy kullanmanın suç olduğunu ilan etti. Her şeye rağmen Thomas Dorr başkanlığında yeni hükümet seçildi. Dorr hükümeti terkedilmiş bir dökümhanede iki gün toplantı yapar ve ardından dağılırlar. Nisan 1842’de seçim görevlisi olarak çalışmış olan Martin Luther, eyalet devleti görevlisi olan şerif Luther M. Borden tarafından tutuklanmıştır. Ayrıca, görevli Borden, Martin’in evinde yasaklanmış seçimlere katılımı ile ilgili delil araması yapmış ve bu arama esnasında eve de zarar vermiştir. Borden, yaptığı aramanın hükümetin yasal yetkisine dayandığını belirtmiştir. Martin Luther ise davada şunları ileri sürmüştür: Eyalet hükümetinin cumhuriyetçi bir yapıda olmadığını ve seçme hakkını sadece belirli bir sınıfa tanıdığını söylemiştir. Oysa ki, ABD Anayasası, madde IV, Birleşik Devletler’in her bir eyalet devletine cumhuriyetçi bir yapıda hükümet modelini garanti ettiğini belirtmiştir. Martin Luther, Yüksek Mahkeme’nin bu nedenle Borden’in yetkisi olmadan bu işleri yaptığına karar vermesini istemiştir. Ayrıca, Martin Luther Yüksek Mahkeme’den cumhuriyetçi yapıda olan alternatif Dorr hareketinin yasal hükümet olduğuna ve geçici hükümetin yetkisinin de iptal edilmesine karar vermesini istemiştir. Yüksek

⁷⁵ ABD Anayasası, madde IV, “The United States shall guarantee to every state in this Union a Republican form of government.”

Mahkeme Anayasa'daki bu hükmün uygulanmasının Kongre'nin yetkisinde olduğunu, meselenin politik sorun olduğunu ve Mahkeme'nin dışında çözülmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷⁶ Buna ek olarak Yüksek Mahkeme, şayet hükümetin anayasal olmadığına karar verirse, yapılan bütün işlemlerin geçersiz sayılmasına ve bunun da Rhode Island'da kaosa sebebiyet vereceğini belirtmiştir.⁷⁷ Yüksek Mahkeme'nin 1849 tarihli Luther v. Borden kararı hala geçerliliğini korumaktadır. Özetle; guarantee clause bir politik sorundur ve eyalet devletinin cumhuriyetçi yapıda olan bir hükümet modeline sahip olup olmadığına karar verecek olan federal mahkemeler değil, Kongre ve Başkan'dır.⁷⁸ Bu karardan 19 yıl sonrada, ABD Anayasası'na XIV. Anayasa Değişikliği (Eşitliği Koruma Bendi) eklenmiştir.

Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon (1912) davasında, Yüksek Mahkeme bu bend (Anayasa, madde IV, kısım VII) altında gelen davaların yargılamaya konu olamayacağını ve politik sorun olduğunu belirtmiştir.⁷⁹ 1902 yılında halk girişimi (voter initiative) sonucu, 1906 yılında eyalette yapılan oylama ile telefon ve telgraf firmalarına vergi yükü getirilmiştir. Davalı, Oregon eyaletince bahsedilen yasaya göre vergisini ödemeyen firmalardan biridir. Davalı firma, halk girişimiyle yapılan referandum sonucu kabul edilen yasanın cumhuriyetçi yapıdaki hükümet modeline aykırı olduğunu, bu nedenle yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verilmesini istemiştir.⁸⁰ Firmanın iddiası; cumhuriyetçi yapıdaki hükümetlerde halkın temsilcilerini seçtiği ve onlar aracılığıyla yönetildiği, oysa ki doğrudan demokrasilerde böyle olmadığı, bu durumun da cumhuriyetçi hükümet modeli için

⁷⁶ 48 U. S. 1 (1849), s. 10.

“Under this article of the constitution it rests with Congress to decide what government is the established one in a State. For as the United States guarantee to each state a republican government, Congress must necessarily decide what government is established in the State before it can determine whether it is republican or not.”

⁷⁷ Id, s. 13-14.

⁷⁸ Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Oregon, 2009, s. 151.

⁷⁹ 223 U. S. 118 (1912).

⁸⁰ Ibid, s. 137.

“...the creation by a State of a power to legislate by the initiative and referendum causes the prior lawful state government to be bereft of its lawful character...” as not a republican form of government. Ayrıca, Richard L. Hasen, *Leaving the Empty Vessel of “Republicanism” Unfilled: An Argument for the Continued Nonjusticiability of Guarantee Clause Cases*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 78.

ABD'deki halk girişimleri ve doğrudan demokrasi hakkında detaylı bilgi için bkz., Kasım Karagöz, **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

etik olmadığıdır. Yüksek Mahkeme meselenin politik ve yönetimle alakalı olduğunu, aynı zamanda Kongre'nin yetkisinde olduğunu, bu nedenle bu davaya yargı kuvvetinin bakamayacağını belirtmiştir.⁸¹

Bu başlık altında Yüksek Mahkeme'nin seçim bölgelerinin yeniden şekillendirilmesiyle ilgili kararlarınada bakmak gerekir. Bunların en önemlilerinden birisi de *Colegrove v. Green* (1946) davasıdır. Davalılar, Illinois eyalet yasasının seçim bölgelerini hakkaniyete uygun olarak belirlemediğini ileri sürmüşlerdir. Bu dava, Harvard'ın eski profesörlerinden olan, Yüksek Mahkeme hakimi Frankfurter'in, Roosevelt'in New Deal uygulamalarından sonra mahkemeyi şekillendirmesi sonucu, politik sorun doktrinini zirveye taşıdığı kararlardan birisidir.⁸² Hakim Frankfurter, kararın gerekçesinde *Luther v. Borden* davasına atıfta bulunarak, adil temsilin sağlanması görevinin Kongre'ye ait olduğunu belirtmiştir.⁸³ Hakim Frankfurter davada mahkemeleri uyararak meşhur olan şu ifadesini kullanmıştır; mahkemeler bu tür politik fundalığa girmemelidir.⁸⁴

Fakat, Yüksek Mahkeme 1962 yılında vermiş olduğu *Baker v. Carr* kararıyla seçim bölgelerinin yeniden belirlenmesi konusuna farklı bir bakış açısı getirmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu karar Yüksek Mahkeme'nin davayı kabul ettiği fakat manifesto şeklinde politik sorun doktrininin altı madde halinde açıklandığı karardır. Dava konusu olay şu şekilde gerçekleşmiştir; Charles Baker Tennessee eyaletinde Shelby bölgesinde (county) ikamet etmektedir. Eyalet hükümeti bakanlarından Joe Carr aleyhine dava açar. İddiası şudur: Tennessee anayasasına göre her 10 yılda bir yapılan federal genel nüfus sayımına göre yasama (seçim) bölgelerinin yeniden oluşturulması gerektiğini belirtir. Oysa ki 1901 yılından beri eyalette bu yönde hiç bir çalışma yapılmamıştır. Charles Baker, eyaletin şehir alanına ait bölgelerden birinde yaşamaktadır. Nüfusun geçmişe göre büyük çoğunluğunun artık şehirlerde yaşadığını belirtir. Bu yeni duruma göre eyaletin düzenleme yapmadığı için, Anayasa Değişikliği, XIV. maddenin (eşitliği koruma bendi) ihlal edildiğini söyler. Baker, ilk derece mahkemesinden gelecek seçimlerin yapılmasının yasaklanması ve daha büyük yapılacak seçimlerde de seçim bölgelerinin yeniden

⁸¹ Tushnet, supra 79, s. 151.

⁸² Hasen, supra 80, s. 78.

⁸³ Urofsky & Finkelman, supra 54, s. 843-4.

⁸⁴ 328 U. S. 549 (1946), s. 556, "courts ought not to enter this political thicket."

düzenlenmesi konusunda karar çıkarttırır. Fakat, bölge mahkemesi seçim bölgelerinin yeniden düzenlenmesinin politik bir sorun olduğunu ve kararın uygulanamayacağını söyleyip davayı reddetmiştir. Dava, Yüksek Mahkeme'nin önüne gelince, Mahkeme garanti bendine göre (Anayasa, madde IV, kısım 7) bu davalar mahkemece yargısal denetimin yapılamayacağı konular olsa bile, Anayasanın XIV. Değişikliği, eşitliği koruma hükmüne göre davaya bakabileceğini belirtmiştir. Mahkemenin görüşünü yazan hakim Brennan politik sorun doktrinin altı maddelik ölçütünü yazarken bunlardan birinin de hukuki olarak bulunabilir ve uygulanabilir standartların olmayışdır, diye ifade etmiştir.⁸⁵ Sonra da şunu eklemiştir: Eşitliği koruma hükmünün çok iyi geliştirilmiş ve bilinen standartlarının, hukuki olarak saklanabilir (gizlenebilir) deposu garanti hükmü (bendi) olamaz.⁸⁶ Hakim Brennan, garanti hükmünün arkasına saklanarak, seçim bölgelerinin yeniden belirlenmesindeki eşitsizlik uygulamalarından kaçılmayacağını belirtmiş ve Anayasanın XIV. Değişikliği hükmünü kullanarak garanti hükmünün suistimal edilmesini böylece berteraf etmiştir.⁸⁷ Politik sorun doktrini yanlısı olan hakim Frankfurter, Mahkeme'nin prestijinin tehlikeye atıldığını bu alanın politikanın alanı olduğunu belirtmişlerdir. Meselenin çözümünün toplumun vicdanından yani onun temsilcilerinden gelmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Diğer karşı oy yazısında hakim Harlan daha da ileri giderek Anayasada eyalet devletlerinin akılcı olmayan şekilde davranmasını engelleyen bir hükmün olmadığını, o çevrede yaşayan insanların yaşam ve çıkarlarına uygun olan herhangi bir seçim bölgesi sistemini eyalet devletlerinin belirleyebileceğini belirtmiştir.⁸⁸ Bu karardan sonra, pek çok eyalet devleti gönüllü olarak seçim bölgelerini temsili adalete göre yeniden düzenlemiştir.

⁸⁵ *Baker v. Carr*, supra 73.

⁸⁶ Ibid, s. 223, 226.

⁸⁷ Burada şu noktaya dikkat etmek lazım; garanti bendi (hükmüne) göre federal mahkemelerin önüne gelen sorunlar politik sorun doktrinin alanına girmektedir. Fakat, seçim bölgelerinin yeniden belirlenmesinde temsilde adaletsizlik varsa, Yüksek Mahkeme bunu eşitliğin korunması hükmüne dayanarak politik sorun olmadığını belirtip davaya bakabilmektedir. Türk doktrininde bu ayrımı gözden kaçırmış gibi gözükmektedir. Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHF Dergisi, Cilt 25, Sayı 3, 1968, s. 95-6.

Yüksek Mahkeme, bu kararıyla Luther v. Borden kararının hükmünü kaldırmamıştır. Bu durum bu husustaki kanaatimizin yerinde olduğunu gösteriyor olsa gerek.

Chemerinsky, supra note 9, s. 135.

⁸⁸ Urofsky & Finkelman, supra note 54, s. 847.

Ayrıca pek çok eyalette eyalet ve federal mahkemelerde dava açarak kararın uygulanması için eyalet yasa koyucuları üzerinde baskılar oluşturulmuştur.⁸⁹

Baker v. Carr kararından sonraki kararlarda da, Yüksek Mahkeme sorunun çözümü için hakim Harlan'ın ileri sürdüğü bütün standartları reddederek “bir kişi, bir oy” (one person, one vote) formülünü kabul etmiştir.⁹⁰ Aynı mahkeme, 1964 tarihli *Reynolds v. Sims* kararında garanti hükmü altındaki davaların hukuken açık bir standardı olmadığı için mahkemede ele alınamayacağına tekrar hükmetmiştir.⁹¹ Tekrar belirtmekte fayda görüyoruz; Yüksek Mahkeme garanti hükmü altındaki davaları politik sorun olarak görmektedir, ancak ortada temsili adaleti zedeleyen bir durum varsa bunu Anayasanın XIV. Değişikliğine aykırı bularak ele almaktadır.

Yüksek Mahkeme, seçim bölgelerinin bir siyasi partinin menfaatine uygun düşecek şekilde ayarlamının (gerrymandering) “eşitliği koruma hükmü” ne göre anayasal yargı denetimine tabi olacağına karar vermiştir. Mahkeme bu konudaki görüşünü *Davis v. Bandemer*⁹² ile altıya karşı üç oyla verdiği kararda açık ve net bir şekilde ortaya koymuştur. Davacı, cumhuriyetçilerin yasama çoğunluğunun elinde bulundurduğu Indiana eyaletinde yasa koyucunun cumhuriyetçi temsilci sayısını arttırmak için seçim bölgelerini partizanlık yaparak cumhuriyetçi parti lehine oluşturduğunu belirtmiştir. Seçim bölgeleri belirlenirken, yasa koyucu (state legislature) çok dikkatli davranıp etnik köken ayrımcılığı yapmadan ve bir kişi, bir oy kuralına da dikkat ederek hareket etmiştir. Fakat, yasa koyucu bölgeleri belirlerken demokrat seçmenleri bir yere, cumhuriyetçi seçmenleri de ayrı bir yerde toplayacak şekilde hareket etmiştir. Bunun neticesinde, eyalet seçimlerinde oyun çoğunu demokratlar almıştır, fakat meclisteki temsilci sayısında azınlıkta kalmışlardır. Davacı bu durumun eşitliği koruma hükmünün ihlali olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme, davacıyı haklı bularak anayasal yargı denetimi yapılabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, “ırka/etnik kimliğe dayalı seçim

⁸⁹ Id, ve s. 848.

⁹⁰ Id, ve 849. Hakim Harlan, seçim bölgeleri belirlenirken tarih, ekonomi, coğrafik özellik, dağınık şekilde yerleşim alanlarının eşit şekilde temsili, iki meclisli yasama teorileri, şehir-kırsal kesim dengesi, çoğunluk oylarına öncelik tanınması...gibi şartlara riayet edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, haziran 1964'te seçim bölgeleriyle ilgili verdiği altı karardada tek bir kişi, tek oy formülünü getirmiştir. Davalar, Alabama, Colorado, New York, Maryland, Virginia ve Delaware eyaletlerinden gelmiştir. Hakim Harlan bu altı davadada karşı oy kullanmıştır. Id, ve 848.

⁹¹ *Reynolds v. Sims*, 377 U. S. 533 (1964), s. 568.

⁹² 478 U. S. 109 (1986). Daha fazla detay ve tartışma için bkz, Nowak & Rotunda, supra 67, s. 130-1.

bölgelerinin partizanca oluşturulmasının tesbiti için geliştirilen standartlarla (mahkemenin uyguladığı), bu davada politik mülahazalara dayanılarak oluşturulan seçim bölgeleri standartları için hüküm vermenin de aynı şekilde gerçekleşebileceğini belirtmiştir.⁹³ Yüksek Mahkeme davada, davacının anayasal ihlalle ilgili delili sunamadığını belirterek aleyhe karar vererek Indiana eyaleti seçim bölgeleri uygulamasını anayasaya uygun bulmuştur. Fakat, bu tür meselelerin (gerrymandering) siyasi/politik mülahazalarla partizanca duygulardan dolayı oluşturulan seçim bölgelerinin “eşitliği koruma hükmüne” göre anayasal yargı denetimine tabi olacağı kararını vermiştir.⁹⁴ Yakın tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme çok ilginç bir dava ile, *Davis v. Bandemer* kararını iptal ettiğini belirtmiştir. *Vieth v. Jubelirer* (2004) davasında beşe karşı dört oy ile Yüksek Mahkeme partizanca duygularla oluşturulan seçim bölgeleri meselesinin (gerrymandering) hukuki olarak cevaplanamayacak bir sorun olduğunu ve hukuki olarak bu sorunları çözebilecek standartların (no judicially manageable standards) olmadığını ifade etmiştir.⁹⁵

Bu diğer önemli konu da siyasi partilerin seçim sürecinde faaliyetlerinin anayasal yargı denetimine tabi olması ve politik sorun doktrini ile ilgisi olacaktır. Yüksek Mahkeme kararlarında, federal yargının politik partilerdeki ırkçı ayrımcıları engelleyeceğini söylemiştir.⁹⁶ Fakat, politik partilerle ilgili diğer meselelerde, özellikle kimlerin temsilci olabileceği konularında, Yüksek Mahkeme politik sorun doktrini olduğunu kabul edip davaları reddetmiştir. *O'Brien v. Brown* davasında Yüksek Mahkeme, alt dereceli mahkeme kararına bağlı kalarak, Demokrat Parti'nin milli kongresine çok az zaman kaldığını (dava kongreden üç gün önce Yüksek Mahkeme'ye gelmiştir) karar vermek için orijinali siyasi olan bu konularda bu kadar zamanın yeterli olmadığına karar vermiştir.⁹⁷ Diğer bir dava olan *Cousins v.*

⁹³ Ibid, s. 125.

“the standards that we set forth here for adjudicating this political gerrymandering claim are less manageable than the standards that have been developed for racial gerrymandering claims.”

⁹⁴ Ibid, s. 143.

⁹⁵ 541 U. S. 267 (2004).

“...Bandemer is incapable of principled application. We would therefore overrule that case, and decline to adjudicate these political gerrymandering claims.”

⁹⁶ *Smith v. Allwright*, 321 U. S. 649 (1944), ve *Terry v. Adams*, 345 U. S. 461 (1953) kararları.

⁹⁷ 409 U. S. 1 (1972).

Wigoda’da Yüksek Mahkeme, eyalet mahkemelerinin politik partilerin milli kongrelere temsilci seçimine karışmaması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸

Bush v. Gore (2000)⁹⁹ davası seçimlerle ilgili verilmiş en önemli kararlardan biri olarak ABD anayasa hukuku tarihine geçmiştir. Texas eyalet valisi George W. Bush ve Başkan yardımcısı Al Gore 2000 seçimlerinde başkanlık için yarışmışlardır. Seçimde oylar sayıldıktan sonra her ikisi de eşit duruma gelmiştir. Florida eyaletinde (eyalet valisi George Bush’un kardeşidir) ise oyların sayımı devam etmektedir ve bu eyaleti kazanan ABD’nin başkanı olacaktır. Oyların sayımından sonra az bir sayıyla Bush kazanmıştır. Otomatik makine ile tekrar sayım yapıldığında yine Bush kazanmıştır, fakat aradaki oy farkı daha da azalmıştır. Al Gore’un hukukçuları Florida’daki mahkemeden dört yerde oyların elle sayılmasını talep etmiştir. Pek çok kişinin Al Gore’a oy attığını fakat seçmen pusulasını düzgün bir şekilde işaretleyemediğini iddia etmiştir. Gerçekten de özellikle yaşlı insanların bu makinelerde oy kullanırken güçlü bir şekilde kağıda bastırmadıkları zaman oyun kime gittiği belli olmamakta ve geçersiz sayılmaktaydı. Bush’un hukukçuları da yeniden sayımın durdurulmasını ve Bush’un seçimin galibi olduğunun ilan edilmesini istemiştir. Florida yüksek mahkemesi dörde karşı üç oy ile elle yeniden sayımın devam etmesi yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ise beşe karşı dört oy ile bu kararı bozmuştur. Böylece seçimin galibi George W. Bush olmuştur. Mahkeme kararında hakkaniyeti sağlamak için oyların elle yeniden sayılmasında eşitliği koruma problemleri olduğunu söylemiştir. Şöyle ki; eyalet mahkemesi yeniden sayımın bütün eyalet çapında küçük bir usul güvenliği sağlayarak yapılmasını istemiştir. Şayet bir mahkeme eyalet çapında haksızlığı giderici bir uygulama emrediyorsa, eşit muamelenin temel kuralları garanti edilmiş ve hakkaniyet (duyguları) açısından ortada tatminkar bir durum oluşturulmuş olmalıdır. Çoğunluğun kararına katılan üç hakim (Mahkeme başkanı Rehnquist, Scalia ve Thomas) ayrıca Florida Yüksek Mahkemesi kararının geçersiz olduğunu, çünkü Anayasa, madde II’nin seçim meselelerinde bütün yetkiyi eyalet yasamasına verdiğini, eyalet mahkemelerinin buna yetkili olmadığını ifade etmişlerdir.¹⁰⁰

⁹⁸ 419 U. S. 477 (1975).

⁹⁹ 531 U. S. 1046 (2000).

¹⁰⁰ Hudson, supra 62, s. 405.

Pek çok hukukçu Yüksek Mahkeme'nin bu davada yanlış karar verdiğini, problemin çözümünün politik kurumlara bırakılması gerektiği şeklindeki kanaatini belirtmiştir.¹⁰¹ Bazı akademisyenler, *Dredd Scott v. Sandford Slavery* (1857), Yüksek Mahkeme'nin köleliği savunduğu ve İç Savaş'a giden süreci hızlandıran kararı'den sonra Mahkeme'nin verdiği en kötü kararın bu olduğunu iddia etmiştir.¹⁰² 13 Ocak, 2001 tarihinde New York Times gazetesine 544 hukuk profesörü tam sayfa ilan vererek, Mahkeme'nin hukuk mahkemesinin hakimleri gibi değil, bir siyasi (partinin) partizanları gibi hareket ettiğini ifade etmişlerdir.¹⁰³ Kanaatimizce, davayı ve Mahkeme'nin kararını en iyi şekilde açıklamış olan karşı oy yazısıyla hakim John Paul Stevens olmuştur. Hakim Stevens; "bu yılki başkanlık seçimini kesin olarak kazananın kimliğini asla bilemeyeceğiz, fakat kaybedenin kimliği çok açık bir şekilde ortadadır. Milletin inancı odur ki, bir hakim hukukun üstünlüğünün tarafsız koruyucusudur."¹⁰⁴

Sonuç olarak; cumhuriyetçi yapıda eyalet hükümeti modeli politik sorun doktrini alanına girmektedir. Partizanca duygularla oluşturulmuş seçim bölgelerinin belirlenmesi eşitliği koruma hükmüne (Anayasa, XIV Değişiklik) göre anayasal yargı denetimine tabidir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin 2004 tarihli *Vieth v. Jubelirer* kararıyla, bu konuda tekrardan politik sorun doktrini kavramı içine alınmıştır. Ama, *Bush v. Gore* davası ise ABD Yüksek Mahkemesi için Dred Scott davası gibi düzeltilmesi gereken bir karar olarak ortada durmaktadır.

B) Dış Politika Meseleleri

ABD anayasa hukukunda genel olarak doktrinde bütün yazarlarca politik sorun doktrinin var olması gerektiği alanlardan biri ve belki de merkezi dış politika

¹⁰¹ Louis Fisher, *Bush v. Gore: Too Political?*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 199.

¹⁰² Ibid, s. 200.

¹⁰³ The New York Times, January 13, 2001, A7, aktaran Louis Fisher, ibid. Gerçekten de Mahkeme hakimlerinin çoğunluğu Cumhuriyetçiler tarafından atanmış durumdaydı.

¹⁰⁴ Hudson, supra 62, s. 405.

konularıdır şeklinde bir kanaat olduğundan bahsetmek abartı olmasa gerekir.¹⁰⁵ Dış politika meseleleriyle ilgili konuların anayasa yargısı denetimi dışında olduğu pek çok defa Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlarda ortaya konmuştur.¹⁰⁶ *Oetjen v. Central Leather Co.* (1918) davasının ilk satırlarında Yüksek Mahkeme, “dış politika konularının uygulamaları, Anayasa tarafından yürütme ve yasamaya (yönetimin siyasi kanatları) bırakılmıştır ve bu yetki kullanılırken yapılan uygulamaların yerindeliği konusunda yargısal bir talep ya da karara konu olamazlar.”¹⁰⁷ Ayrıca, *United States v. Belmont* (1937) kararıyla Yüksek Mahkeme, yabancı hükümetlerin tanınmasının politik sorun olduğunu tekrar onaylamıştır.¹⁰⁸ Bu kararlar; Sovyetler Birliği’nin tanınması ve diplomatik ilişki kurulması konusundaki yetkinin Başkan’a ait olduğunu onaylamıştır.

Goldwater v. Carter davasında Yüksek Mahkeme’ye Kongre’nin onayı olmadan Başkan’ın bir anlaşmayı iptal etme yetkisi olup olmadığı sorulmuştur.¹⁰⁹ Çin Cumhuriyeti (şimdiki Tayvan devleti) ile ABD arasında 1955 yılında savunma anlaşması imzalanmıştır ve ABD Senatosu tarafından onaylanmıştır. Çin Halk Cumhuriyeti ile yapılan tanıma görüşmelerindeki pazarlığın sonucu olarak Başkan Carter 1978’in aralık ayında Çin Halk Cumhuriyeti’ni tanıdıklarını, Tayvan’ı tanıma kararını iptal ettiğini duyurmuştur. Bir hafta sonra da, ABD yetkilileri 1955’te imzalanmış olan ve 1980’in Ocak 1’inde sona erecek savunma anlaşmasının da iptal edildiğini Tayvan’lı yetkililere bildirmişlerdir.¹¹⁰ Senatör Barry Goldwater dava açarak şu iddiada bulunmuştur: Anayasa’ya göre Senato’nun anlaşmalar yapılırken müdahil olduğu gibi, anlaşmaların iptalinde de müdahil olması gerekir. Yüksek

¹⁰⁵ Tushnet, supra 78, s. 149, 150.

Ayrıca, Thomas M. Franck, **Political Questions/ Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?**, New Jersey, Princeton University Press, 1992, s. 7, 110.

Yazar, kitabında şiddetle ABD Yüksek Mahkemesi’ni eleştiriyor ve dış politika konularıyla ilgili davalarda mahkemenin davaların esasına girip, politik sorun doktrinini kullanarak davayı reddetmemesi gerektiğini ve bu hususta da hiçbir şekilde politik sorun doktrinini tanımayan Alman AYM kararlarının örnek alınması gerektiğini Kitabın 7. bölümü tamamen Alman AYM’nin dış politika konularıyla ilgili vermiş olduğu dava kararlarına ayrılmış durumdadır.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ 246 U. S. 297, s. 298.

“The conduct of our foreign relations is committed by the Constitution to the executive and legislative -- the political -- departments of the government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision.”

¹⁰⁸ 301 U. S. 324 (1937).

¹⁰⁹ 444 U. S. 996 (1976).

¹¹⁰ Chemerinsky, supra 9, s. 1002.

Mahkeme'nin görüşünü yazan hakim William Rehnquist; "davada, davacıların sorduğu basit soru politiktir ve bu nedenle yargılama yapılamaz, çünkü Başkan'ın dış politikayla ilgili yetkilerinin kullanılmasıyla ilgilidir. Senato veya Kongre, Başkan'ın bu uygulamasını etkisiz duruma getirme yetkisine sahiptir."¹¹¹ Ayrıca bu karardan çıkan sonuçlardan birisi de, yabancı devletlerin tanınıp tanınmaması meselesi de politik sorundur ve anayasal yargı denetiminin alanına girmez. Böylelikle, Yüksek Mahkeme politik çalığa girmemiştir; Senato ve Kongre'nin Başkan'ın kararını değiştirme gücü varken, Mahkeme olaya müdahil olunmasına gerek olmadığı kanaatindedir. Karşı oy yazısında ise Mahkeme'nin politik sorunlara bakamayacağı, fakat burada yetkiyi kullananın yetkili olup olmadığını inceleyebileceği iddia edilmiştir.

Bu konudaki diğer önemli bir dava ise *Commercial Trust Co. v. Miller* (1923)'dir. Kongre'nin deklarasyonu ABD, I. Dünya Savaşı'nı kendi açısından sona erdirmiştir. Bu deklarasyonun ilanıyla Düşman ile Ticaret Yapma Yasası (Trading with the Enemy Act) uygulanamaz duruma gelmiştir. Kongre, Başkan'ın onayı ile ilan ettiği bu deklarasyonla Almanya ile savaşı sona erdirip barış dönemini başlatmıştır.¹¹² Fakat savaş sona erdiği halde, savaş döneminin yasası olan Düşman ile Ticaret Yapma yasasını Alien Prize Custodian uygulamak istemiştir. Yüksek Mahkeme, savaşın sona erdiğinin ve yasanın ne kadar yürürlükte kalacağının kararını vermenin Kongre'ye ait bir yetki olduğunu (yasama yetkisi), sorunun hukuki olmadığını belirtmiştir.¹¹³

Vietnam Savaşı esnasında federal mahkemelerde pek çok dava açılmıştır. Kongre'nin onayı olmadan savaş ilan edildiğini, bu yüzden bunun anayasaya uygun olmadığı iddia edilmiştir. Federal mahkemeler bu davalarda verdikleri kararlarda,

¹¹¹ 444 U. S. 996, s. 1003.

"...basic question presented by the petitioners in this case is "political" and therefore nonjusticiable because it involves the authority of the president in the conduct of our country's foreign relations and the extent to which the Senate or the Congress is authorized to negate the action of the President."

¹¹² 262 U. S. 51 (1923).

¹¹³ Ibid, s. 57.

"How long this act should remain in force in view of the consequence of the War, is a legislative, not a judicial question..."

Yüksek Mahkeme'nin savaş ve benzeri durumlarla ilgili davaların detaylı olarak incelenmesini görmek için, Nada Mourtada-Sabbah & John W. Fox, Two Centuries of Changing Political Questions in Cultural Context, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 89-125.

Başkanın savaş yetkisini kullandığını ve konunun politik sorun olduğunu defaetle belirtmişlerdir.¹¹⁴

Yakın tarihli bir dava olan *Japan Whaling Association v. Cetacean Society* (1986)'de Yüksek Mahkeme ilginç bir karara imza atmıştır: Balinaların avlanmasıyla ilgili Başkan'ın Japonya ile yaptığı anlaşmanın bu konudaki iki federal yasa ile uyumlu olup olmadığı Mahkeme'ye sorulmuştur. Yüksek Mahkeme, davanın dış politika ile alakası olmasına rağmen konunun politik sorun olmadığını, burada mevzu bahis edilen olayın yasaların yorumlanmasıyla alakalı olduğunu söylemiştir.¹¹⁵

Bu kısım ile ilgili inceleyeceğimiz son dava ise *Kucinich v. Bush* (2002)'dur.¹¹⁶ 11 Eylül 2001 olayından sonra, ABD Başkanı George W. Bush 1972 tarihli Rusya ile yapılmış silahsızlanmayla ilgili ABM Anlaşması (ABM Treaty)'nı olağanüstü olaylardan dolayı Anlaşma'nın II. maddesine dayanarak altı ay öncesinden Rusya'ya bildirip sona erdirdiğini belirtmiştir. Temsilciler Meclisi'nden 32 temsilci, Başkan'ın Kongre'nin onayı olmadan anlaşmayı sona erdiremeyeceğini iddia ederek dava açmıştır. Bölge federal mahkemesinden hakim Bates, davada *Baker v. Carr* davasının 5 nolu maddesini kullanarak, “politik olarak karar verilmiş bir meseleye uyulup uyulmayacağına sorgulanmasına gerek olmaması”, politik sorun olduğunu söyleyip davaya bakmaktan kaçınmıştır.¹¹⁷ Adler, bu davayı incelediği makalenin sonunda özeleştiri olarak şu soruyu sormaktadır: Bu konularda federal mahkemelerin böyle hareket etmesi anayasacılığa ya da milletin çıkarlarına hizmet etmemektedir ve eğer Başkan Birleşmiş Milletler Anlaşması gibi hayati derece önemi olan anlaşmaları sona erdirirse bunun bedelini kim ödeyecektir?¹¹⁸ Kanaatimizce, bu noktada sorulması gereken soru şu olsa gerek; gerçekten Başkan yada herhangi bir başbakan bu kadar ileri gidebilir mi? Veyahut gerçekten uluslararası alanda

¹¹⁴ Dava örnekleri için bkz., Chmerinsky, supra 9, s. 140. Ayrıca detaylı bilgi için, Urofsky & Finkelman, supra 54, s. 855-57.

¹¹⁵ 478 U. S. 221 (1986).

¹¹⁶ 236 F. Supp. Id 1 (2002).

¹¹⁷ Ibid, s. 16.

Davanın incelenmesi ve detayı hakkında daha fazla bilgi için, David Gray Adler, *Termination of the ABM Treaty and the Political Question Doctrine: Judicial Succor of Presidential Power*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 231-42.

¹¹⁸ Ibid, s. 242.

Birleşmiş Milletler yada benzeri anlaşmalardan vazgeçmek yada askıya almak gerekirse yürütme organının buna yetkisi olduğu kanaatindeyiz.

C) Kongre'nin Kendi Yönetimiyle İlgili Meseleler

Kongre'nin işleyişi ve üyeleriyle ilgili davalar federal mahkemelerin önüne geldiğinde, genel olarak bu davaların politik sorun doktrini kavramı içinde yer aldığına karar verilmiştir. Fakat, bazen az da olsa federal mahkemeler davanın esasına girmiştir. Bu konuyla ilgili en önemli dava *Powell v. McCormack* (1969)'dır.¹¹⁹ Adam Clayton Powell, Harlem, New York eyaleti seçmenlerince 90. Kongre'de görev almak üzere Temsilciler Meclisine seçilmiştir. Temsilciler Meclisi'ne seçilebilmenin anayasal koşullarını (yaş, vatandaşlık, ve ikamet-ABD Anayasası, madde I, kısım II) taşıdığıda tespit edilmiştir. Fakat, Meclis alt komisyonlarından birisi, Powell'in sahte seyahat belgeleri sunarak Kongre'yi kandırdığını ve ayrıca eşine devlet fonundan yasal olmayan ödemeler yaptığını bulmuştur. Bu nedenle, Temsilciler Meclisi, 1967 yılındaki Kongre'nin 90. döneminde Powell'in temsilci olarak görev yapmasını reddetmiştir. Powell ve 13 seçmeni dava açarak, düzgün yapılmış bir seçim sonucunda ve anayasadaki seçilmek için gerekli olan bütün şartlarıda taşıdığını, buna rağmen göreve başlamasının reddedilmesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Powell 1968 seçiminde yeniden seçilmiş ve 1969 yılında göreve başlamıştır. Yüksek Mahkeme, sorunun sona erdiği iddiasını (mootness) reddetmiş, Powell'in görev yaptırılmadığı zamandaki ekonomik kaybını talep ettiğini belirterek sorunun devam ettiğini ifade etmiş ve davayı esastan incelemiştir. Yüksek Mahkeme, Anayasa, madde I, kısım 5'e göre; Kongre'nin yani Temsilciler Meclisi veya Senato'nun kendi üyelerinin hangi şartlarda seçileceğini belirlemede otorite olduğunu ve ayrıca üçte iki oy çokluğuyla üyelikten atabileceğini (expel) belirtmiştir. Bu davada ise Temsilciler Meclisi, Powell'i 307'ye karşı 116 oyla üyelikten atmamış (expelled), üye olarak Meclis'te oturmasını engellemiştir (excluded).¹²⁰ Davalılar, dava konusunun politik sorun olduğunu, Yüksek Mahkeme ise Kongre'nin sadece seçilen kişinin Anayasa, madde I, kısım 5'te sayılan şartları taşıyıp taşımadığına bakabileceğini ve bu nedenle

¹¹⁹ 395 U. S. 486 (1969).

¹²⁰ Ibid, s. 506-512.

davanın incelenebilir olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme insanların kendi yasa koyucularını seçebilmesine izin verilmesinin önemi üzerinde durmuştur.¹²¹ Davalıların iddialarından birisi de Mahkeme'nin diğer kuvvetin (yasama) alanına girmemelidir. Mahkeme bu iddiaya karşılık, “bizim hükümet sistemimizde federal mahkemeler, yeri geldiğinde diğer kuvvet(ler)in verdiği belgeye bakarak Anayasa'yı yorumlar. Bunu yapmazsak, anayasal sorumluluğumuzdan kaçınmış oluruz” demiştir.¹²² Özetle; Yüksek Mahkeme Anayasa'da belirtilen şartların dışında başka bir sebepten dolayı, üyeliğin Kongre tarafından sona erdirilemeyeceğini, bunun aksine hareket etmenin insanların kendi temsilcilerini seçme hakkından yoksun bırakacağını belirtmiştir. Şunu da not etmek gerekir ki, dava Yüksek Mahkeme'ye gelmeden önce alt dereceli federal mahkeme (circuit court) önüne geldiğinde politik sorun doktrini sebebiyle reddedilmiştir.¹²³

Bu meseleyle ilgili önemli davalardan biriside *United States v. Munoz-Flores* (1990)'dir.¹²⁴ Almanya vatandaşı olan Munoz-Flores, 1985 Haziran'ında ABD'ne kanunsuz bir şekilde giren yabancılara yardım etmekten dolayı, yetkili makamlarca aleyhine suçlama yapılmıştır. Ardından suçlamaları kabul etmiş; yataklık ve suça teşvik etmekten ayrı ayrı federal yasaya göre kabahatli kabul edilip (misdemeanour, cezası bir yıldan az olan suçlar), sulh hakmince şartlı tahliye edilmiş ve ayrıca her bir kabahat için 25 \$'lık özel değerlendirme cezası verilmiştir. Davacı Munoz-Flores, para cezasıyla ilgili yasanın Senato tarafından kabul edildiğini bu durumun Anayasa, madde I, kısım 7/1' deki Orjinal Hükme (Origination Clause) aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu hükme göre; “Bütün gelir getiren yasalar ilk olarak Temsilciler Meclisi'nde ele alınır, fakat Senato bunu başka yasalarla aynen veya değişikliklerle birlikte teklif edebilir.”¹²⁵ Davacı, yasanın ilk olarak Senato'da ele alındığını belirtmiş, bu nedenle Anayasanın ilgili hükmüne aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Sulh hakimi ve ardından bölge mahkemesi tarafından bu iddiası yerinde görülmemiştir. Temyiz mahkemesi (Ninth Circuit) önüne gelen davada, politik sorun olmadığını, yasanın gelir getirici olduğunu ve ilk olarak Senato'da ele alınmasının

¹²¹ Ibid, s. 548-9.

¹²² Ibid, s. 549.

¹²³ Urofsky & Finkelman, supra 54, s. 864.

¹²⁴ 495 U. S. 385 (1990).

¹²⁵ ABD Anayasası, madde I, kısım 7/1: “All bills for raising revenues shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other bills.”

Anayasa'nın Orjinal Hükümüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Davayı, Yüksek Mahkeme'ye götüren hükümet, temyiz mahkemesinin olayda politik sorun olduğunu göremediğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararda; davada politik sorun olmadığını, davayı esastan inceleyeceğini, fakat bahsi geçen yasanın da gelir getirici bir yasa olmadığını, bu nedenle yasanın Anayasa'nın Orjinal Hüküm kuralına aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.¹²⁶ Gerçekten de yasanın ilgili hükmü incelendiği zaman, dosya başı alınan 25 dolarlık değerlendirme parasının gelirden daha çok, sembolik bir değer taşıdığı gözükmemektedir. Bu davada da görüldüğü gibi, yasanın anayasaya uygunluğunun yorumlanması meselesi ile politik sorun doktrini farklı şeylerdir. Özetle; Yüksek Mahkeme, Kongre'nin kendi yönetimiyle ilgi meseleleri politik sorun olarak görmektedir.

D) Anayasa Değişikliklerinin Onaylanması Süreciyle İlgili Meseleler

ABD Anayasası, madde V, Anayasa değişikliklerinin nasıl yapılacağını usulünü gösterir:

“Kongre, ne zaman ki her iki meclisin üçte iki çoğunluğu gerekli görürse, anayasa değişiklikleri teklifinde bulunabilir, veya devletlerin (eyalet) yasama organlarının üçte ikisinin başvurusu üzerine değişiklikleri görüşmek üzere bir konvansiyon (meclisi) oluşturabilir. Her iki durumda da bu değişiklik, Kongre'nin belirleyeceği esaslara göre devletlerin yasama organlarının dörtte üçü tarafından veya bu devletlerde oluşturulmuş oluşan konvansiyonların (anayasa) dörtte üçü tarafından onaylandığı takdirde, anayasanın diğer hükümleri gibi her bakımdan ve her şekilde aynı geçerliliğe sahiptir;...”¹²⁷

Bugüne kadar ABD Anayasası'na yirmi yedi değişiklik eklenmiştir. İlk 10 değişiklik 15 Aralık 1791'de yani Anayasa'nın yapılışından iki yıl gibi kısa bir süre sonra yapılmıştır. Bu değişiklikler Haklar Beyannamesi olarak da bilinir. Bu ilk on

¹²⁶ Supra 124, s. 401.

¹²⁷ “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress;...”

değişiklik; ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, din özgürlüğü, ve ceza davalarında sanıkların jüri tarafından yargılanmaları gibi hakları garanti altına almışlardır. Çok ilginçtir ki; bunlardan sonuncusu, XVII. Değişiklik'in onama süreci 200 yıldan fazla sürmüş, 1873'te teklif edilmiş, nihayet 38. eyalet devleti olarak Michigan tarafından kabul edilmesiyle 1992'de yürürlüğe girmiştir.¹²⁸ Bu prosedürün ihlal edildiği tek bir durum olmuştur, o da XIV. Anayasa Değişikliği'dir. İç Savaş'tan sonra (savaşın sebebi köleliğin kaldırılması) Kongre her türlü başta ırk/etnik ayrımcılığı kaldırma adına XIV. Anayasa Değişikliği'ni kabul ediyor. Fakat güneydeki ve sınırdaki yeterli sayıda eyalet devleti bu değişikliği reddediyor. Bunun üzerine Kongre, Yeniden Yapılandırma Yasası (Reconstruction Act)'nı çıkarıyor. Savaşta karşı tarafta yer alan isyancı devletlerden, bu Değişikliği onaylamayanların Birleşik Devletler birliğine yeniden dahil olamayacağını belirtiyor. Böylece güney eyalet devletleri XIV. Anayasa Değişikliği'ni onaylıyor. Fakat, daha önceden onaylamayı yapmış iki eyalet devleti onamalarını iptal ettiklerini ilan ediyorlar. Kongre, bu iptalleri kaale almadan Değişikliği, 28 Temmuz 1868'de yürürlüğe sokuyor.¹²⁹

Bu konuyla ilgili en önemli dava *Coleman v. Miller* (1939)'dır.¹³⁰ Bu kararla; çok açık ve net bir şekilde Yüksek Mahkeme, anayasa değişiklikleriyle ilgili bütün sürecin Kongre'nin yetkisinde olduğunu ve anayasal yargı denetimine tabi tutulamayacağını belirtmiştir.¹³¹

Söz konusu davada, davacılar Kansas eyaletinin bahsi geçen anayasa değişikliğini önce reddettiğini daha sonra onayladığını, ayrıca onaylayanın makul bir zaman dilimi içinde gerçekleşmemiş olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davacılar, anayasa değişikliği teklifleri için, önce ister onaylama isterse red verilmiş olsun, eyalet devletinin bu kararını değiştiremeyeceğini iddia etmişlerdir. Yüksek Mahkeme, bunun politik sorun olduğunu ve anayasa değişikliği sürecinin tamamen Kongre'nin kontrol ve yetkisinde olduğunu belirtmiştir.¹³² Davacıların diğer iddiasıda teklifin yapıldığı tarihten Kansas eyaletinin onaylama yaptığı tarihe 13 yılın

¹²⁸ Chmerinsky, supra 9, s. 15.

¹²⁹ Geniş bilgi ve tartışmalar için bkz, Melvin I. Urofsky, Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume I, From the Founding to 1890**, 2. Baskı, New York, Oxford University Press, 2002.

¹³⁰ 307 U. S. 433.

¹³¹ Ibid, s. 459.

¹³² Ibid, s. 450.

geçtiğini belirtip, teklifin yürürlükte olmadığıdır. Oysa ki, Yüksek Mahkeme *Dillon v. Gloss* (1921)¹³³ kararıyla Kongre'nin anayasa değişikliklerinin onaylanması için makul bir süre koyabileceğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, Kongre'nin bu hususta genel bir zaman kuralı inşa etmediğini söylemiştir. Geçmişte bazı değişikliklerin onaylanması için (XVIII, XX, XXI, ve XXII. Değişiklikler) Kongre'nin, yedi yıl süre koyduğunu belirtmiştir. Fakat burada bahsedilen (Child Labor Amendment) değişiklik için Kongre bir süre belirlememiştir. Bu davaya gelene kadar, değişikliklerin onanması için geçen ortalama zaman dilimi üç yıl altı ay yirmi beş gündür. İlk on Anayasa Değişikliği bu hesaplama dahil değildir.¹³⁴ Yüksek Mahkeme, zaman dilimi konulacaksa da bunu belirleyecek olanın Kongre olduğunu ve mahkemelerin bu hususta denetleme yapamayacağını ifade etmiştir.¹³⁵

Bu meseleyle ilgili önemli diğer bir dava *Hollingsworth v. Virginia* (1789), XI. Anayasa Değişikliği ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme, Başkan'ın Anayasa Değişikliklerinin teklifi veya kabul edilmesiyle ilgili hiç bir fonksiyonunun olmadığını ve Başkan'ın, Kongre tarafından kabul edilmiş Anayasa Değişikliklerini veto edemeyeceğini söylemiştir.¹³⁶ *Hawke v. Smith* (1920) davasında Yüksek Mahkeme, XVIII. Anayasa Değişikliği ile ilgili olarak eyalet hükümetinin anayasa değişikliği tekliflerinin (federal) onaylanmasının eyalette referanduma sunulmasını Anayasa'nın V. maddesine aykırı bularak geçersiz kılmıştır.¹³⁷ Çünkü, Anayasa'nın ilgili maddesi oluşturulan Konvansiyon ya da eyalet yasa koyucularının onayıyla anayasa değişikliklerinin yürürlüğe gireceğini belirtiyor. *United States v. Sprague* (1931)'de Yüksek Mahkeme, Kongre'nin X. Anayasa Değişikliği ile yetkisinin sınırlandırılmadığını; XVIII. Anayasa Değişikliğini Kongre'nin Konvansiyon yerine yasama organlarınca onaylanmasını isteyebileceğini ifade etmiştir.¹³⁸

Bu kısım ile ilgili olarak şunu da not etmek gerekir: Eyalet devletlerinin üçte ikisi yani 34 devlet anayasal konvansiyon çağrısında bulunursa, Kongre, anayasa

¹³³ 256 U. S. 368 (1921).

¹³⁴ *Coleman v. Miller*, 307 U. S. 433 (1939), s. 453. Bu ve benzeri davalar politik sorun doktrinin yükselişe geçtiği kararlardır. Bölüm I'de politik sorun doktrinin hazırlayan sebepleri ele alırken bahsettiğimiz gibi, Başkan Roosevelt Mahkeme'yi şekillendirdikten sonra bu kararlar verilmeye başlanmıştır.

¹³⁵ *Ibid*, s. 454.

¹³⁶ 3 U. S. (3 Dall.) 378 (1798).

¹³⁷ 253 U. S. 221 (1920).

¹³⁸ 282 U. S. 716 (1931).

değişikliğini görüşmek üzere bu konvansiyonu oluşturur. Konvansiyon'un teklifleri şayet eyalet devletlerinin dörtte üçü yani 38 devlet tarafından onaylanırsa Anayasa Değişikliği yürürlüğe girmiş olur. ABD anayasa hukuku tarihinde şimdiye kadar anayasa değişikliği için konvansiyon oluşturulmamıştır. Sadece 1980 yılında Başkan Reagan döneminde federal bütçe açık verince, Reagan yan destek (supply-side) teorisine göre; acil olarak vergi indirimine gidilmesi gerektiğini, bunun da ekonomiyi düzelterek ve yeterince vergi geliri sağlayarak başkanlık süresinin sonuna doğru federal bütçenin dengeleneceğini iddia etmiştir. Fakat, ikinci başkanlık döneminin başında federal bütçe daha fazla açık vermiştir. Başkan Reagan, Kongre'yi eleştirerek etkili olmayan ülke içi programları devam ettirdiğini söylemiştir. Kongre ise Başkan'ın vergi arttırımına gitmediğini ya da savunma bütçesini kısmadığını ifade ederek karşılık vermiştir. Kamuoyu federal bütçe açığı için değişik çözüm önerileri sunmuştur. Bunlardan biri de 32 eyalet devleti teklifleriyle birlikte "denge bütçesi anayasa değişikliği" için Anayasal Konvansiyon çağrısında bulunmuştur. Fakat bu sayı 34 eyalet devleti sayısına ulaşamadığı için Konvansiyon gerçekleşmemiştir.¹³⁹ Son söz olarak; Anayasa Değişiklikleri ve onama süreciyle ilgili meseleler politik bir meseledir ve yetki Kongre'ye aittir.

E) Kuvvetler Arasındaki Dengeye Aşırı Müdahale Meseleleri

Gilligan v. Morgan (1973)¹⁴⁰ kararında Yüksek Mahkeme, hükümetin Ohio eyaleti milli muhafızlarının eğitimini yeterli seviyede sağlayamadığı sebebiyle dava edilemeyeceğini belirtmiştir. Dava konusu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: 4 Mayıs 1970 tarihinde Kent State Üniversitesi'nde öğrenciler Vietnam savaşını protesto eden gösteri düzenliyorlar. Eyalet valisi, milli muhafızları kamu düzenini sağlaması ve kamuya ait binaların zarar görmesini engellemesi için çağırıyor. Milli muhafızların üniversiteye gelmesi öğrencilerin özgür konuşma ve toplantı hakkını ihlal ediyor. Ayrıca bazı öğrencilerin ölümüne ve bazılarının yaralanmasına sebep oluyor. Davacı öğrenciler aynı zamanda diğer öğrenciler adına da, bu muhafızların yeterince

¹³⁹ Yürütme ve Yasama arasındaki federal bütçeyi kontrol tartışması ve detay için bkz., Urofsky & Finkelman, supra note 54, s. 1006. Günümüzde de (Temmuz-Ağustos 2011) aynı tartışma yani federal bütçe açığının engellenmesi konusunda Başkan Barack Obama ve Senato arasında gerçekleşmiştir. Nihayetinde Senato, Başkan Obama'nın kararını onaylamıştır.

¹⁴⁰ 413 U. S. 1.

eğitimli olmadıklarından, orantısız şekilde öldürebilecek şekilde güç kullandıklarından bahisle bölge mahkemesinde dava açıyorlar. İlk derece mahkemeden ihtiyati tedbir olarak; gelecekte valinin sivil itaatsizlik olaylarında milli muhafızları çağırmasını ve milli muhafızların şeflerinin de öğrenci haklarını ihlal edici durumlara müdahale etmesini sınırlayıcı karar almayı başarıyorlar. Bölge mahkemesi oluşan zararı giderici yolun hangisi olduğu belirtilmediğinden bahisle davayı reddediyor. Temyiz mahkemesi de bu red kararını onaylamıştır. Yüksek Mahkeme’ye dava ulaştığında, davacı öğrenciler üniversiteden ayrılmış durumdadırlar. Artık, görevliler de aynı görevde olmadığından milli muhafızlar üzerinde yetkisi kalmamıştır. Muhafızlar içinde “gücün kullanımı” ile ilgili yeni kurallar kabul edilmiştir ve sivil itaatsizlik durumunda muhafızların nasıl davranmasıyla ilgili olarak da eğitimleri değiştirilmiştir. Yüksek Mahkeme, davanın politik sorun olduğunu ifade edip reddetmiştir. Gerekçeli kararında Mahkeme, şayet bu davada yargısal denetime (anayasal) izin verirsek, açık ve net bir şekilde diğer kolluk kuvvetlerinin (eyaletlerin) usul ve kurallarını, uygulamalarını inceleyip yargısal olarak bir değerlendirmeye tabi tutmak zorundayız. Bölge mahkemesinin böyle bir şeye kalkışarak sorumluluk alması, hakimın bu hususta teknik olarak yeterli olmadığından uygun olmayacağı apaçık ortadadır. Mahkeme, ayrıca böyle bir kararın alınması durumunda mahkemenin, Ohio eyaleti milli muhafızlarının yönetimini izlemesini ve faaliyetlerinin kontrolünü de yapmasını gerektireceğini ifade etmiştir.¹⁴¹ Yüksek Mahkeme, “davada yargılanabilir bir durum yoktur, davacıların aldığı ihtiyati tedbir kararı, devam eden bir yargısal denetim gerektirmekte ve milli muhafızların eğitimi, silahı, yönetmeliklerinde daimi olarak yargının gözetimi altında olmasını istemektedir. Oysaki bu kritik alanlar, Anayasa, madde I, kısım, 8, hüküm 16’ya göre hükümetin yasama ve yürütme organlarına ait bir görevdir,” diye belirtmiştir.¹⁴² Özetle, mahkemeler kuvvetler arasındaki dengeye dikkat edip, dengeyi bozabilecek kararlardan kaçınmalıdırlar.

¹⁴¹ Ibid, s. 2, 8.

“No justiciable controversy is presented in this case, as the relief sought by respondents, requiring initial judicial review and continuing judicial surveillance over the training, weaponry, and standing orders of the National Guard, embraces critical areas of responsibility vested by the Constitution, see Art. I, § 8, cl. 16, in the Legislative and Executive Branches of the Government.”

¹⁴² Ibid, s. 2.

Benzeri davalarda da alt dereceli federal mahkemeler, özellikle yürütmenin takdir yetkisini kullanırken yapmış olduğu uygulamaları politik sorun kavramı içinde değerlendirip davaları reddetmeye devam etmişlerdir.¹⁴³

F) Meclis Soruşturması (Impeachment) ve Görevden Uzaklaştırma Meseleleri

Walter Nixon federal mahkemede hakim (Southern District of Mississippi, Federal Bölge mahkemesi) olarak görev yapmaktadır. Tahkikat jürisi önünde yalan yemin beyanından dolayı federal suç işlemiş olduğuna karar verilmiştir. Temsilciler Meclisi, Nixon hakkında meclis soruşturması başlatmış ve ardından Nixon'ın görevi kötüye kullandığı kararına vararak iddianamesini hazırlayıp Senato'ya dosyasını takdim etmiştir. Nixon hapse atıldığı halde görevinden istifa etmemiş ve maaşını almaya devam etmiştir. Senato tüzüğüne göre bir komisyon kurulmuştur ve komisyon önünde Nixon delillerini takdim edip kendisini savunmuştur. Komisyon Nixon'un mahkum edilip görevden alınması şeklinde raporunu hazırlayıp Senato'da oylamaya sunmuştur. Senato, oylama sonucunda Nixon'u mahkum edip görevindende azl etmiştir.¹⁴⁴

Nixon, Senato'nun bu şekilde prosedür takip ederek kendisini mahkum edip görevden almasının Anayasa, madde I'e¹⁴⁵ aykırı olduğunu, davanın Senato tarafından direkt görülmesi gerektiğini iddia etmiştir. Senato ise, Nixon'a verdiği cevapta; Anayasa'ya göre bütün meclis araştırmalarının (impeachment; üst düzey devlet memurlarının yargılanması) ve bunlarla ilgili kuralların oluşturulmasında tek yetkilinin Senato olduğunu bildirmiştir. Bu olaydada hakim Nixon'a kendi delillerini ortaya koyup kendisini savunma hakkı verilmiştir. Yüksek Mahkeme *Nixon v. United States* (1993)'de oy birliğiyle; Senato'nun bu hususta tek yetkili makam olduğu ve meselenin tamamen politik sorun içerdiği şeklinde kararını vermiştir.¹⁴⁶ Mahkeme verdiği kararda özellikle şunun üzerine vurgu yapmıştır: Anayasayı hazırlayanlar yargı üzerindeki yasamanın tek kontrol mekanizması olarak impeachmenti görmüştür

¹⁴³ Örnek dava olarak, *United States v. Mandel*, 914 F. 2ed 1215 (9th Cir. 1990).

¹⁴⁴ *Nixon v. United States*, 506 U. S. 224 (1993).

¹⁴⁵ ABD Anayasası, madde I, kısım 3, bölüm 6: "The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments..."

¹⁴⁶ *Nixon v. United States*, 506 U. S. 224 (1993).

ve şayet buna yargısal müdahale olursa, o zaman bu bağımsız kontrol mekanizmasının altı oyulmuş olur.¹⁴⁷

Chemerinsky, *Nixon v. United States* kararının bu konudaki soruların hepsini cevaplamadığını ifade ettikten sonra şu eleştiriyi yapmaktadır: Şayet Başkan, anayasal yetkileri içinde kalıp bir uygulamada bulunur ve buna rağmen Senato impeachment yaparak Başkanı mahkum ederse, bu süreci kim kontrol edecek. Ya da Senato, Başkan'ın komisyon kararıyla mahkum edildiğine karar verirse veyahut üçte iki oy çokluğundan daha az bir oyla Başkan mahkum edilirse bütün bu uygulamalar nasıl kontrol edilecek. Chemerinsky bu soruları sorduktan sonra cevap olarak şunu söylemektedir; Kesinlikle belirttiğimiz hadiselerin bu şekilde gerçekleşmesi imkan dahilinde değildir, ama gerçekleşirse de, Mahkeme impeachmenti anayasaya aykırı bulmayacaktır.¹⁴⁸ Görüldüğü gibi, doktrin ve uygulamada ABD anayasa hukukunda son sözün Kongre'de yani halkın seçtiği insanlarda olduğunu belirtmektedir.

IV) ABD Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrinin Geleceği

Anayasaları ilgilendiren bütün yorumlarının politik sonuçlar doğuracağı öngörüsünü bir gerçek olarak kabul edip yola çıkacak olursak; anayasayı ilgilendiren hemen hemen her davada mutlaka bir politik sorun olacağı ortadadır. Fakat, bu sefer de anayasa yargıcının hiç bir davaya bakmaması gerekecektir. Bu da bizi gücünü sınırlatmak istemeyen siyasi iktidarların sonu gelmez arzularının tatmini konusunda bir figüran haline getirebilir. Bu nedenle; anayasa yargısı alanında fertlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına tabiatı gereği politikayla içiçe geçmiş olsa bile anayasa yargısının bu davalara bakması gerekecektir. O zaman da yasama ve yürütmeyi sınırlayan yargı aynı şekilde kendisini sınırsız bir güç kabul ederse ona kim dur diyecektir. Bu kısımda, yukarıda tasnif ettiğimiz ABD anayasa yargısındaki politik sorun doktrini davaları ışığında ABD'li anayasa hukukçularının bu hususla ilgili görüşleri belirtilerek, günümüzde ABD'de politik sorun doktrininin yeri ve geleceği tespit edilecektir.

¹⁴⁷ Ibid, s. 233-4.

¹⁴⁸ Chemerinsky, supra 9, s. 147.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki: *Marbury v. Madison* davası ile ABD anayasa hukukunda anayasal yargı denetimi yapılırken yargıcın olayda hukuki ve politik sorun tesbitine gitmesi gerektiği, şayet politik sorun varsa bunun çözümünü yasama ya da yürütme kuvvetine bırakması gerektiği bir içtihat olarak ortaya çıkmıştır.¹⁴⁹ Barkow, hakim Marshall'ın politik sorunu çok iyi bir şekilde *Marbury v. Madison* davasında tarif ettiğini ifade etmektedir: “Konuları politika olan ve milleti ilgilendirip, kişisel hakları ilgilendirmeyen ve Anayasada o alandaki takdir yetkisi politik güçlere bırakılmış olan meselelerdir. Mahkemenin görevi, sadece kişisel haklarla ilgili karar vermek, yoksa yürütme ya da yürütmenin görevlilerinin takdir yetkisinde olan görevlerini nasıl yapacaklarıyla ilgili karar vermek değildir.” (*Marbury v. Madison*, 1803, s. 166 ve 170).¹⁵⁰ Barkow, hakim Marshall'ın yargının hukukun ne olduğunu söyleme yetkisi olduğunu, fakat aynı zamanda bu yetkinin sadece yargıda olmadığını çok iyi farkında olan biridir, diye belirtmektedir.¹⁵¹ Barkow, ayrıca hakim Marshall'ın bu davada haklı olarak şu uyarıyı yaptığını ifade etmektedir: Anayasa ile ilgili her soruya yargı kuvveti el atacak olursa, bu sefer yasama faaliyetiyle ilgili her türlü tartışma ve karara karışmış olur. Bu da yasamanın sonu olur ve diğer kuvvetlerin her biri yargı tarafından yutulmuş olur.”¹⁵²

Başkan Roosevelt'in ikinci ve üçüncü döneminde özellikle Mahkeme'yi atadığı hakimlerle şekillendirdikten sonra 1930'un ortaları ve 1940'lı yılların başlarında verilen kararlarla politik sorun doktrini zirveye çıkmıştır. Daha sonra *Baker v. Carr* (1962) davasıyla politik sorun doktrini bir manifesto şeklinde hakim Brennan tarafından özetlenmiştir ve ardından gelen federal mahkeme kararlarında sürekli olarak bu davaya atıf yapılır olmuştur.

ABD'nin önde gelen anayasa hukukçularından Erwin Chmerinsky politik sorun doktrinine ihtiyaç olmadığını ve Anayasa'yı nihai olarak yorumlayanın her zaman

¹⁴⁹ *Baker v. Carr*, supra 73. Ayrıca bkz., Philip Weinberg, “Political Questions”: An Invasive Species Infecting the Courts, internetten ulaşmak için; <http://ssrn.com/abstract=1138667> (Mart 18, 2011). Aynı kanaatte olan diğer bir anayasa hukuçusu, Choper, supra 70, s. 1.

¹⁵⁰ Rachel E. Barkow, *The Rise and Fall of the Political Question Doctrine*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 25.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

yargı olması gerektiği kanaatindedir.¹⁵³ Bu görüşünü yargının özellikle federal mahkemelerin Anayasa'nın yapısını ve anayasal değerleri çoğunluğun baskısından koruyabilecek en iyi kurumlar olduğu için, düşüncesine dayandırmaktadır.¹⁵⁴ Chemerinsky ayrıca şunu da not etmektedir: Anayasanın yorumu ve gelişimi için yargının karar alma metodunun politikacılara göre daha çok tercihe şayan olduğunu ve yargının her biri kişiyi ve davayı ayrı ayrı dinlediğini, politikadaki gibi yardımlaşarak birbirini tutmanın olmayacağını iddia etmektedir.¹⁵⁵

Tushnet politik sorunu iki ayrı şekilde cevaplandırmaktadır: Anayasal sorunun doğru cevabını kim verecektir ve Anayasa siyasi kuvvete Anayasa'yı nihai olarak yorumlama yetkisini vermektedir mi? Bu sorulara cevap olarak Kongre ya da Başkan'ın bu yetkilere sahip olduğunu belirtiyor.¹⁵⁶

Choper anayasal yorumların siyasi kuvvetçe yapılması için dört kriter önermektedir: Anayasanın metin olarak bu yetkiyi açıkça siyasilere tanımış olması, anayasal sistemin etkin şekilde korunması için yargısal denetimin gereksiz olması, bazı meselelerle ilgili uygun hukuki formüllerin bulunup geliştirilememesi ve sonuncu olarak da, anayasa sonucu oluşan zararlar geneldir ve herkesi etkiler bu nedenle bu dört kriterin içine giren konular politik sorun kapsamındadır.¹⁵⁷ Choper son olarak şunu önemle not etmemizi istemektedir: Yargının temel rolü (nü tespit) için politik sorun doktrinini gözden uzak tutmamamız gerekir. Bu doktrin hem yargısal denetimin gücünü sınırlamak hem de dengelemek açısından çok önemlidir, der.¹⁵⁸

Persily ise ne zaman ki bir mahkeme kararı yasa ya da hükümet faaliyetinin anayasaya aykırı olduğunu söyleyerek, halkın oylarıyla seçilmiş bir kuvvetin çalışmasını iptal ederse, kesinlikle yargı politik bir faaliyette bulunmaktadır. Persily,

¹⁵³ Erwin Chemerinsky, *Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine?*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 181.

¹⁵⁴ Ibid, s. 197.

¹⁵⁵ Ibid, s. 186-90.

¹⁵⁶ Mark Tushnet, *Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 51.

¹⁵⁷ Choper, *supra* 70, s. 9-10.

¹⁵⁸ Ibid, s. 21.

Vieth v. Jubelirer kararında olduğu gibi, karar hakim Frankfurter'in görüşlerini tekrar etmiştir, hukuki meseleyi çözecek bir standart geliştirilemiyorsa bu alan politik çalıktır ve yargının o alana girmemesi gerekir.¹⁵⁹

Diğer bir yazar Siegel ise seçim ve yasa yapım süreçlerinin yargı tarafından hukuki sorun olarak algılanması gerektiğini ve bu süreçlerin politik sorun olarak görülüp ele alınmaması gerektiğini iddia etmektedir.¹⁶⁰

Hasen, garanti hükmü (cumhuriyetçi yapıda hükümet modelini garanti eden Anayasa hükmü) için şunları belirtmektedir: 1789' larda anayasaya garanti hükmü koymak, federal hükümete eyalet devletlerine ordu gönderme yetkisi verip bu devletlerin monarşiye dönüşmesini ya da iç savaşa düşmesini engellemek adına doğru bir kuraldı. Fakat XXI. yüzyılda garanti hükmünü yargısal denetim içine almanın faydaları olacaktır; azınlık ve güçsüz olan grupların hakları korunacaktır, federal hükümetin eyalet hükümetleri üzerinde baskı kurmasına da artık gerek kalmayacaktır.¹⁶¹

Weinberg, politik sorun doktrininin çevre ve özellikle iklim değişikliğiyle ilgili meselelerde oluşan zararların telafi edilmesine engel olduğunu, esasında federal mahkemelerin konuları geniş bir perspektiften ele alarak bu alanlara girmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶² James May ise federal mahkemelerin iklim değişikliği ile ilgili davaların anayasanın metnine göre politik sorun olduğunu ve bu hususta hukuki bir standart geliştiremeyeceklerini, ayrıca politikaları belirlemenin seçilmiş organlara ait olması şeklindeki kararlarını eleştirmekte ve federal mahkemelerin politik sorun doktriniyi yanlış anlayarak doğru uygulamadığını iddia etmektedir. Anayasanın iklim değişikliği meselelerinde Kongre ya da yürütmeyi yetkili olarak görmediğini belirtmektedir. Politik sorun doktrini mahkemelerin iklim

¹⁵⁹ Nathaniel Persily, *Political Questions and Political Cases: The Evolving Justifications for Judicial Involvement in Politics*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 219, 223.

¹⁶⁰ Jonathan R. Siegel, *Political Questions and Political Remedies*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 243-68.

¹⁶¹ Hasen, *supra* 80, s. 88.

¹⁶² Weinberg, *supra* 149.

değişikliği konularına girmelerini engellememeli demektedir.¹⁶³ O da Weinberg gibi federal Anglo-SBaxon hukukunun iklim değişikliği konularında oluşan zararların karşılanmasını engellediğini, mahkemelerin bir an önce bu engeli kırıp bu alana girmesi gerektiğini söylemektedir.¹⁶⁴

Pushaw'da pek çok akademisyen gibi *Bush v. Gore* davasında Mahkeme'nin politik sorun var deyip dava hakkında karar vermeyeceğini zannederek, karar sonrası büyük bir hayal kırıklığına uğradığını belirtmiştir.¹⁶⁵ Pushaw, *Baker* davasıyla Mahkeme'nin politik sorunun var olup olmadığını tamamen yargının takdirine bıraktığını ve kesinlikle *Bush v. Gore* davasının politik sorun olduğunu ve Mahkeme'nin *Baker* kararına atıfta bulunarak bunu belirtmesi gerektiğini iddia etmiştir.¹⁶⁶ Başka bir makalesinde Pushaw, modern politik sorun doktrininin teori ve uygulamada hukuki tutarlılığı engellediğini, mahkemelerin dahe ilkeli ve tutarlı, etkin kararlara ulaşmak için artık kesin olmayan, “aksi ispat edilebilen karine” (rebuttable presumption) modelini uygulaması gerektiğini söylüyor.¹⁶⁷ *Baker* kararını yorumlarken de hakim Brennan'ın politik sorun doktrinini altı maddelik bir yapıya kavuşturduğunu, her bir davanın ayrı ayrı olarak ele alınması modelini getirdiğini, doktrini federalizme değil kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığını belirtiyor. Uzun vadede de *Baker* kararının olumsuz etki doğurduğunu, mahkemenin artık yeri geldiğinde kararlarında kendisini anayasa metni ve yapısı, politik teori, tarih ve önceki içtihadlarından ayırık tutmak istediğinde bunu yapabilmesi gerektiğini iddia etmektedir.¹⁶⁸ Pushaw son olarak da Anayasa'nın iki alanda çok net olarak politik sorun var dediğini bunların da; Başkan'ın yasayı onaylaması ya da veto etmesi ve impeachment meselelerinde de yargısal yetkinin tamamen Kongre'ye ait olmasıdır.¹⁶⁹ Suzie Navot ise yargının kendi kendisini sınırlamasının (judicial self-

¹⁶³ James R. May, *Climate Change, Constitutional Consignment, and the Political Question Doctrine*, 85 Denver University Law Review (2008), s. 919.

¹⁶⁴ Ibid, s. 958-9.

¹⁶⁵ Robert J. Pushaw, *The Presidential Election Dispute, The Political Question Doctrine, and the Fourteenth Amendment: A Reply to Professors Krent and Shane*, 29 Florida State University Law Review (2000).

¹⁶⁶ Ibid, 613 ve 603-05.

¹⁶⁷ Robert J. Pushaw, Jr., *Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist “Rebuttable Presumption”* Analysis, 80 North Carolina Law Review (2002), s. 1165.

¹⁶⁸ Ibid, 1166.

¹⁶⁹ Ibid, 1197.

restraint), politik sorun doktrininin uygulamasından daha iyi bir alternatif olduğu önerisini getirmektedir.¹⁷⁰

Cochran politik sorunu kısaca seçilmemiş hakimlerin dava konusuna dokunmaması olarak tarif ettikten sonra,¹⁷¹ hükümetlerin savaşa kendilerinin değil, Kongre kararıyla girmesi gerekir. Şayet bu gerçekleşmemişse, yargısal denetimin bu hususta çözüm üretemeyeceğini ve yargıyı kullanmanın etkili bir yol olmadığını ifade etmektedir. Akademik dünyanın bu kararların anayasaya aykırılığı konusunu dillendirmek yerine meseleyi politik sorun doktrinine havale etmesini ve böylece hükümetin politik gücün kaynağı ile birlikteliği ve bağlılığı devam edecektir.¹⁷²

Yüksek Mahkeme ve federal mahkeme kararlarında sıklıkla belirtildiği gibi, özellikle sosyal konularda örneğin vergilerin az ya da çok olması noktasında spesifik olarak bir şey söylememektedir.¹⁷³ Bir federal mahkeme kararında ise Anayasa'nın hükümete çiftçilere yardım etmesi veya yardım etmemesi noktasında hiç bir şey söylemediğini, yani sosyal devlet (social welfare) sorumluluğu yüklemeyi belirtmiştir.¹⁷⁴

Ayrıca, devletin yapısı ve şeklinin nasıl olacağı Anayasa'ya göre Kongre'nin yetkisindedir. Mahkeme, Kongre'nin adalet bakanlığında bağımsız bir danışman çalıştırabileceği kararını onaylamıştır.¹⁷⁵

Görüldüğü üzere ABD anayasa yargısı veya doktrininde politik sorun doktrininin kabulü ve uygulamasıyla ilgili ortak bir kanaat olduğunu söylemek zordur. Fakat doktrin ve mahkemelerin en azından bazı alanlarda politik sorun doktrini olduğunu kabul etme eğiliminde oldukları gözlenmektedir. Nihayetinde federal yargı ve kararlarıyla ilgili değişiklik yapma yetkisinin Kongre'de olduğu noktasında bir tereddüt yaşanmamaktadır. Bu da yasama yani halkın temsilcilerinin kuvvetlerin birbirini kontrol ve dengeleme noktası açısından yargıyı

¹⁷⁰ Navot, supra 7.

¹⁷¹ Matthew Jordan Cochran, *Justifying Political Question in War: the Natural Source, Substance, and Scope of Political Power*, internetten ulaşmak için, <http://ssrn.com/abstract=1350983> (Nisan 20, 2011), s. 2.

¹⁷² Ibid, s. 16-7.

¹⁷³ *Youngberg v. Romeo*, 457 U. S. 307, (1982), s. 317.

¹⁷⁴ *Schroder v. Bush*, 263 F.3d 1169, s. 1171 (10th Cir. 2001), s. 1171.

¹⁷⁵ *Morrison v. Olson*, 487 U. S. 654, (1988), s. 659-60 (1988).

dengeleyebilecekleri tek yol olarak gözükmektedir. Özetle, son söz halkın seçtiklerine aittir.

V) Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları

Türk hukukunda politik sorun doktrinin anayasa hukukundan daha ziyade idare hukuku alanında olduğu ve bunun da 1961 Anayasası'ndan sonrada uygulamasının kalmadığı kanaati vardır.¹⁷⁶ Bazı yazarlar ise buna karşı çıkarak, Türkiye'de hükümet tasarrufları kategorisine giren bazı idari işlemlerin olduğu düşüncesindedir.¹⁷⁷ Aynı yazar, hükümet tasarrufunu “adli veya idari hiçbir mahkeme tarafından denetlenemeyen idari makamlar tarafından yapılan işlemler olarak” tanımlamaktadır.¹⁷⁸ Giritli ise hükümet tasarrufunu, “icra organının (idarenin) meydana getirdiği hukuki veya fiili bir takım tasarruflardır” şeklinde ifade etmektedir.¹⁷⁹ Giritli, hükümet tasarrufu doktrininin sadece yabancıların sınırdışı edilmesi alanında kullanılması gerektiğini, bu doktrinin “eski mutlakiyet devirlerinin Hikmet-i hükümet (Raison d’Etat) telakkisinin bir bakiyesinden, hortlamasından başka bir şey değildir” şeklinde tarif ederek, idare organına tanınmak istenen serbestliğin takdir yetkisi kurumuyla sağlanabileceğini belirtmektedir.¹⁸⁰ Ayrıca, doktrinde Fransa ve Türkiye'deki hükümet tasarrufu deyiminin Anglo-Saxon hukuku ailesine ait ülkelerdeki devlet tasarrufu (act of state), siyasi meseleler (political questions) kavramına karşılık geldiği belirtilmektedir.¹⁸¹ Diğer bir yazar ise politik sorun doktrini deyiminin acts of state (devlet tasarrufu) kavramına karşılık geldiğini ve 1924 Anayasası sistemi altında var olduğunu belirtmektedir.¹⁸² Bu ifadelerden

¹⁷⁶ A. Şeref Gözübüyük & Turgut Tan, **İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, TurhanK, 2008, s. 47.

Ayrıca bkz, Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, s. 74-7.

¹⁷⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku, Cilt I**, 2. Baskı, Bursa, EkinY, 2009, s. 653.

¹⁷⁸ Ibid, s. 646. Yazar, bu tanımlı Fransız hukukundaki kaynaklardan alıntıyla yapmaktadır.

¹⁷⁹ İsmet Giritli, **Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1958, s. IV.

¹⁸⁰ Ibid, s. v. Yazar ve hocası Sıddık Sami Onar'ın bu dönemde DP ve iktidarını eleştirme noktasında her türlü fırsatı kullandıklarını ve bir akademisyen çalışmasına uygun düşmeyecek şekilde bu talihsiz ifadeleri kullandığı kanaatindeyiz.

Detaylı bilgi için bkz, Ali Fuad Başgil, **27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri: Görüp Yaşadıklarım, İstanbul**, YağmurY, 2. Baskı, 2006, Fransızca aslından çeviren Cemal Aydın.

¹⁸¹ Gözübüyük & Tan, supra 176, s. 40.

¹⁸² Ergun Özbudun, *Judicial Review of Political Questions in Turkey*, internetten ulaşmak için; <http://canlaw.rutgers.edu/statecon/workshopgreece07/workshop5/ozbudun.pdf> (Mayıs 15, 2011). Bu

yola çıkarak şu sonuca ulaşılabilir: Türk hukukunda idari davaların nihai mahkemesi Danıştay olduğu için politik sorun meselesi sadece idare hukukuna hasredilmiş ve hükümet tasarrufu olarak adlandırılmıştır. Anglo-Saxon hukukunda ise Yüksek mahkemeler hem anayasal hem de idari veya bütün alandaki davaların en yüksek mercii olduğu için politik sorun doktrini bu alanlarda da gözükmüştür. Yüksek mahkemelerin kendilerini sınırlayıp, konunun siyasi olduğuna inanıp girmedikleri alanlar politik sorun doktrini olarak ifade edilmiştir. Bu alanda sadece idare hukuku alanı olmamış, diğer alanlarda olmuştur, özellikle de anayasa hukuku.

Türk hukukunda ilk olarak hükümet tasarrufu; Kurtuluş Savaşı'na katılanların rütbelerinin yükseltilmesiyle ilgili 24 Kanunsani 1340 tarihli (Şubat 1924) ve 400 sayılı kanunun uygulanması nedeniyle ortaya çıkmıştır. O zamanki adıyla Devlet Şurası (Danıştay)'na başvuran bir kısım kişiler terfi alamadıklarını ve mağdur olduklarını ileri sürmüşlerdir. Bu terfiler ilgili kişinin hizmet ettiği komutanlıktan veya heyet-i milliye ya da hükümet dairesinden yapılan araştırmayla gerçekleşiyordu. TBMM, 1 Aralık 1928 tarihli ve 457 sayılı kararında komutan veya heyetlerin kararının takdiri bir yetki olduğunu yargı denetimi dışında olduğunu kabul ederek Türk hukukunda ilk defa hükümet tasarrufu uygulamasını başlatmıştır.¹⁸³ Diğer benzeri bir mesele de, 1934 tarihli ve 2515 sayılı kanunla idari yargıya başvuru yolunun kapatılmasıdır. Sicilinden dolayı emekliye sevk edilen bazı subaylar Devlet Şurası'nda diğer memurlar gibi dava açmaya başlamışlardı. Bu davaları engellemek amacıyla 2515 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Devlet Şurası bu subayların sicilini görmek istemiştir ve yapılanında bir idari işlem olduğunu düşünmüştür. Milli Savunma Bakanlığı durumu askeri disipline aykırı görmekteydi. Mesele yine TBMM önüne gelmiştir. TBMM, dört askeri üyeden oluşan bir komisyonun (encümen) askerlerin her türlü özlük işleriyle ilgili son karar merci olduğunu, bu komisyon kararları aleyhine sadece TBMM'ye başvuru yapılabileceğini ifade etmiştir.¹⁸⁴ Tarihe not düşmek adına; günümüzde de aynı eğilim Yüksek Askeri Şura kararlarıyla aynı şekilde devam ettirilme eğilimindedir. Fakat, birileri sürekli olarak sistemi kendi adına revize ederek devamını sağlamaktadır.

kısa metin, Özbudun'un Yunanistan'da düzenlenen VII. Anayasa Kongresi'nde sunmuş olduğu bildiridir.

¹⁸³ Giritli, supra 179, s. 74-5.

¹⁸⁴ Ibid, s. 75.

Aslında yukarıdaki her iki durum yasama kısıntısı olarak da adlandırılabilir. İlgi çekici diğer bir hükümet tasarrufu alanı ise 11 Kasım 1942 tarihli ve 4305 sayılı Varlık Vergisi hakkındaki Kanun'un 13. maddesinin son fıkrası da, on ikinci maddede yazılı karar ve işlemler kesin olup bunlara karşı idari ve adli yargıda dava açılmaz diyerek başka bir yasama kısıntısı (hükümet tasarrufu) alanı oluşturmuştur.¹⁸⁵ Bu uygulamada da görüldüğü gibi, o dönemde idare yani hükümetin yargıca denetlenemez işlemleri yasayla bile oluşturulmuş olsa dahi yasama kısıntısı yerine hükümet tasarrufu olarak adlandırılmıştır.

1961 Anayasası'na kadar olan dönemde, Danıştay özellikle "Mukabele Bilmişil, İskan İşleri, Vatandaşlık İşleri ve Yabancıların Sınırdışı Edilmeleri" ile ilgili kararları içtihatlarıyla hükümet tasarrufu olarak saymıştır.¹⁸⁶ Fakat daha sonraki kararlarında Danıştay, vatandaşlık işleriyle ilgili kararları hükümet tasarrufu kategorisinden çıkararak davaları kabul etmiştir.¹⁸⁷

1961 Anayasası ile getirilen "idarenin hiç bir eylem ve işlemi hiç bir halde yargı mercilerinin denetiminin dışında bırakılamaz" hükmü ile Türk hukukunda hükümet tasarrufları kategorisinin kalktığı iddia edilmiştir. 1971 Anayasa değişikliğiyle bu hüküm, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" haline getirilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar 1961 Anayasası döneminde de hükümet tasarrufları kategorisinin şu alanlarda devam ettiği kanaatindedir; bakanlar kurulunun sıkıyönetim ilanı kararı, bakanlar kurulu kararıyla yürürlüğe giren yıllık programlar ve KHK.¹⁸⁸ Buna karşılık, 1979 tarihli bir Danıştay kararında, Cumhurbaşkanının kontenjan senatörü ataması işlemine karşı açılan davayı reddederek işlemi hükümet tasarrufu olarak kabul etmiştir.¹⁸⁹

Günümüzde doktrin, hemen hemen hiç bir şekilde Türk hukukunda hükümet tasarrufu kategorisi olmadığı kanaatindedir. Bunun yerine davanın kabul edilip, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde davaların karara bağlanması önerilmektedir.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Ibid, s. 81.

¹⁸⁶ Gözübüyük & Tan, supra 176, s. 43-6. Sayılan bu dört kategori ve örnek davalar için ayrıca, Giritli, supra 179, s. 88-117. Giritli, sadece yabancıların sınırdışı edilmeleriyle ilgili konular hükümet tasarrufu kategorisi altında devam edebilir diyor, s. 117.

¹⁸⁷ Gözübüyük & Tan, supra 176, s. 44-5.

¹⁸⁸ Ibid, s. 46.

¹⁸⁹ Ibid, s. 46-7. Karar için bkz, Danıştay, 12. D; 16.2.1979, E. 979/547-K. 979/575. İdari Yargı Dergisi, sayı 8, 53.

¹⁹⁰ Ibid, s. 47.

Gözler ise bu görüşe karşı çıkmakta ve Türk hukukunda aşağıdaki işlemlerin hükümet tasarrufu kategorisinde olduğunu belirtmektedir;¹⁹¹

a) Bakanlar Kurulunun Oluşumuna İlişkin İşlemler:

- (1) Cumhurbaşkanının Başbakanı ataması ve istifasını kabul etmesi, Anayasa m. 109/2, 104-b/1 (1),
- (2) Cumhurbaşkanının Başbakanın teklifi üzerine bakanları ataması ve görevlerine son vermesi, 109/3, 104-b/2,
- (3) Cumhurbaşkanının gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırması, 104-b/3.

b) Yürütme Organının Yasama Organı İle Olan İlişkileri Çerçevesinde Yaptığı İşlemler:

- (1) Bakanlar Kurulu listesinin tam olarak TBMM'ye sunulması, 110/1,
- (2) Bakanlar Kurulu programının mecliste okunması işlemi, 110/2,
- (3) Bakanlar Kurulu kurulurken meclisten güven oyu istenmesi işlemi, 110/2,
- (4) Görev sırasında Başbakanın gerekli görmesi üzerine, Bakanlar Kurulunda görüşükten sonra, TBMM'den güven istemesi işlemi, 111/1,
- (5) TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanınca yenilenmesi kararı, 116,
- (6) Bakanlar Kurulu'nun TBMM'ye kanun tasarısı sunması, 88,
- (7) Kanunların Cumhurbaşkanınca yayınlanması, 89,
- (8) Kanunların bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye Cumhurbaşkanı tarafından gönderilmesi kararı, 89,
- (9) TBMM'nin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan doğruya veya Bakanlar Kurulunun istemi üzerine toplantıya çağırılması kararı, 93/2.

c) Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliği Sürecinde Yaptığı İşlemler:

- (1) Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliğini onaylayıp Resmi Gazetede yayımlaması işlemi, 175,
- (2) Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliğini bir kez daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme işlemi, 175,
- (3) Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliğini halk oylamasına sunma kararı, 175.

¹⁹¹ Vereceğimiz liste aynen Gözler'in kitabından aktarılmıştır.
Gözler, supra 177, s. 653-5.

d) Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açması İşlemi:

- Cumhurbaşkanının kanunların, KHK'lerin, TBMM İçtüzüğü'nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma işlemi, 104, 148.

(e) Yürütme Organının Başka Devletlerle Olan İlişkileri Çerçevesinde Yaptığı İşlemler:

- (1) Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanı dışındaki kişilere uluslararası anlaşmaların görüşmesini yapma ve akdetme için yetki belgesi verilmesine dair Bakanlar Kurulu Kararı,
- (2) Uluslararası anlaşmaların Cumhurbaşkanı, Başbakan, Dışişleri Bakanı ve yetki belgesine sahip temsilci tarafından görüşülmesi, parafe edilmesi veya imzalanması,
- (3) İmzalanmış bir uluslararası anlaşmanın uygun bulunması için TBMM'ye sunulması veya sunulmaması kararı,
- (4) TBMM'ce onaylanması uygun bulunan uluslararası anlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması veya onaylanmaması işlemi,
- (5) Onaylanması için kanunla uygun bulunmasına gerekli olmayan uluslararası anlaşmalar hakkında Bakanlar Kurulu hakkında alınan "anlaşmanın onaylanmasının kabul edilmesi veya edilmemesi" yolundaki Bakanlar Kurulu kararnamesi,
- (6) Bakanlar Kurulu kararnamesi ile onaylanması kabul edilen uluslararası anlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması işlemi,
- (7) Uluslararası anlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazetede yayımlanması veya yayımlanmaması işlemi,
- (8) Bir uluslararası anlaşmaya uyulması veya uyulmaması hakkında karar alınması,
- (9) Bir uluslararası anlaşmanın askıya alınması,
- (10) Bir uluslararası anlaşmanın feshedilmesi,
- (11) Diplomatik koruma işlemleri,
- (12) Bir uyuşmazlığı Adalet Divanına sunma veya sunmama kararı,
- (13) Bir uluslararası kuruluşa katılma yolunda talepte bulunma veya bulunmama, bu yolda görüşmeler yapma ve anlaşmalar akdetme,

- (14) Bir uluslararası örgüt (örneğin NATO) içinde sahip olunan bir hakkın şu ya da bu yönde kullanılmasına ilişkin kararlar,¹⁹²
- (15) Bir uluslararası kuruluşta Türk temsilcinin kullandığı oy,
- (16) Uluslararası kuruluşlardaki üyeliklere aday gösterme,
- (17) Cumhurbaşkanının yabancı devletlere Türk devletinin temsilcilerini gönderme kararı, 104,
- (18) Cumhurbaşkanının Türkiye Cumhuriyetine gönderilmiş yabancı temsilcileri kabul etmesi, 104,
- (19) Bir yabancı ülke temsilcisinin istenmeyen kişi (persona non grata) ilan edilmesi,
- (20) TBMM tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanının TSK'nın kullanılmasına karar vermesi, 92/2,
- (21) TBMM'nin savaş ilan etme yetkisini Bakanlar Kuruluna vermesi durumunda Bakanlar Kurulunun savaş ilan etmesi veya etmemesi,
- (22) TBMM'nin yabancı ülkelere asker gönderilmesi için Bakanlar Kuruluna yetki vermesi durumunda Bakanlar Kurulunun yabancı ülkelere asker göndermesi veya göndermemesi yolunda aldığı kararlar,
- (23) Bir yabancı devlete karşı ambargo uygulanması veya uygulanmaması kararı alınması,
- (24) Bir yabancı devlete karşı misillemede bulunulması veya bulunulmaması kararı,
- (25) Savaş halinde savaşın yürütülmesiyle ilgili eylem ve işlemler.

Gözler, saydığı bu işlemlerin sınırlı olmadığını, bu çerçevede başka işlemler de olabileceğini, bunların idari işlem olmadıklarını, hükümet tasarrufu olduklarını, bu nedenle idari yargıda denetlenemeyecekleri kanaatindedir. Bu işlemlere karşı

¹⁹² Gözler'in listesinde iki defa sehven 13 rakamı kullanılmıştır. Gözler, supra 177, s. 654.

dava açılmasının sebebinin de pozitif hukuk kuralına değil, idari işlem niteliğinden mahrum olmalarına bağlamaktadır.¹⁹³

Yukarıda sayılan işlemlerin bir kısmı kanaatimizce hükümet tasarrufu kategorisine yani politik sorun doktrinine girmemektedir. Ayrıca Gözler, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere karşı dava açılmasını (125/2), YAŞ (125/2) ve HSYK (159/4) kararlarının, uyarma ve kınama, disiplin cezalarının, sıkıyönetim komutanı işlemlerinin (1402 sayılı kanun, ek m. 3) hükümet tasarrufu olmadığını, bunların birer idari işlem olduğu kanaatindedir.¹⁹⁴ Gözden kaçırılmamalıdır ki; 12 Eylül 2010 Anayasa Değişikliği ile bu maddelerin bir kısmı değiştirilmiş, bir kısmı da hükümsüz hale gelmiştir. Örneğin, YAŞ kararlarıyla ilgili olarak Anayasaya şu cümle eklenmiştir; “Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır” (Ek cümle: 12/9/2010-5982/11 md.). Aynı Anayasa Değişikliği ile HSYK kararlarıyla ilgili olarak şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır; “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” Diğer bir değişiklik de uyarma ve kınama, disiplin cezalarıyla ilgili olmuştur; “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.”

Özbudun ise Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri, YAŞ ve HSYK kararlarını, uyarma, kınama ve disiplin işlemlerini (2010 Anayasa Değişikliği referandumundan sonra denetlenebilmektedir), ve parlamento kararlarını Türk hukukunda politik sorun doktrinine örnek olarak göstermektedir. Fakat parlamento İçtüzüğü’nün bir parlamento kararı olmasına rağmen, Anayasa hükmü gereği AYM’nce denetlenebildiğini ifade ediyor. Şayet parlamento kararı bir norm meydana getiriyor ve kişiler için haklar ve sorumluluklar inşa ediyorsa AYM bunu da denetliyor. Son olarak Özbudun, sıkıyönetim ya da olağanüstü hal dönemlerinde yapılan KHK’lerin anayasal yargı denetimi dışında kalmasını politik sorun doktrini çerçevesinde görmekte ve en kötü insan hakları ihlallerinin bu dönemlerde gerçekleşebildiğini not etmektedir.¹⁹⁵

¹⁹³ Ibid, s. 655.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Özbudun, supra 182.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda yasama kısıntısı ile hükümet tasarrufları kavramı iç içe geçmiş bulunmaktadır. Oysa ki, ortada yargı denetimini kısıtlayıcı bir hükmün (yasama kısıntısı) olup olmamasından daha ziyade, anayasa ya da yüksek mahkemelerin önlerine gelen davadan meselenin hukuki değil politik olduğunu belirtip kendilerini sarfı nazar etmeleri hükümet tasarrufları yani politik sorun doktrini kavramı içinde değerlendirilmesi gerekir.

VI) Diğer Ülkelerde Politik Sorun Doktrini

A) Anglo-Saxon Ülkelerindeki Uygulama

Burada İsrail ve Kanada örneğini kısa bir şekilde inceleyeceğiz. Genel olarak İsrailli hakimler politik sorun doktrinini kabul etmemekte ve İsrail Yüksek Mahkemesi çok ciddi bir şekilde yargısal aktivizmde bulunmaktadır. Navot, İsrail Yüksek Mahkemesi kendisini toplum ve politika meselelerinde son sözü söyleyen makam olarak görmektedir deyip bunu örnek davalarla gösteriyor. Yüksek Mahkeme'nin bir önceki başkanı olan Barak'ın şu cümlelerini bize aktarıyor: "Amerikan doktrini olan politik sorun genelde problemlidir, çünkü hukuki temelleri sağlam değildir ve çoğunlukla mantıklı olmayan sebeplere dayanmaktadır."¹⁹⁶

Ayrıca Ressler Davası'nda Barak'ın, "her bir yasa ister siyasi isterse politikanın uygulanmasını tespit etmek için olsun, hukuk dünyasının içindedir ve hukuki bir kuralın kapsama alanındadır,"¹⁹⁷ dediğini aktarıyor.

İsrail Yüksek Mahkemesi parlamento içtüzüğünün yargısal denetimini idare hukukundaki yargısal denetim ile aynı görmektedir. Bunu anayasal demokrasi, kuvvetler ayrılığı temel prensibine, hukukun üstünlüğüne ve eşitliğe, sonuçta diğer üstün otoriteler yargısal denetime tabi olduğu gibi parlamentonun (Knesset) faaliyetleri de yargısal denetime tabidir,¹⁹⁸ görüşüne dayandırıyor. Navot, pratikte parlamento çalışmalarında hukuk ve politikanın ayrılmasının mümkün olmadığını

¹⁹⁶ Navot, supra 7, s.7.

"the American concerning political questions is particularly problematic. Its legal foundations are shaky and it is largely based on irrational reasons."

¹⁹⁷ Ibid, s. 8. *Ressler v. Minister of Defense*, 35 P. D. ,1981.

"Every act, whether political or a matter of determining policy, is contained within the world of law, and is subject to a legal norm."

¹⁹⁸ Ibid, s. 18.

iddia ederek, İsrail Yüksek Mahkemesinin politik sorun doktrinine itibar etmemesi gerektiğini belirtiyor.¹⁹⁹

Professor Sossin, Kanada anayasa hukukunda politik sorun doktrininin varolduğunu, fakat açıkça ifade edilmediğini belirtmektedir.²⁰⁰ Yasama süreciyle ilgili konular, anayasal konvansiyonlar ile ilgili meseleler, parlamento özerkliği ve crown prerogatives konuları (İngiltere Kraliçesi'nin ayrıcalıkları), hükümet içi ilişkiler, sosyal ve ekonomik haklarla ilgili konular, uluslararası anlaşmaların yürürlüğe konulması politik sorun doktrini alanına girmektedir.²⁰¹

Sossin, *United States v. Burn* davasında politik sorun doktrini için bir kriter veya formül geliştirilmemiş olmasını eleştirmiştir.²⁰² Bu dava politik sorun doktrini alanındaki en önemli davalardan biri olarak nitelendiriliyor. Kanada Adalet Bakanı aleyhine açılan davada, ABD'ye iade edilecek iki cinayet şüphelisi için şayet suçlu bulunurlarsa ABD'den idam edilmeyeceklerine dair garanti alınması isteniyor. Kanada Adalet Bakanı bu talebi reddediyor. Kanada Yüksek Mahkemesi dava sonunda, Kanada'da yanlışlıkla idam edilen masum insanlardan örnek vererek idam cezalarının demokrasilerde özellikle Batı demokrasilerinde kalkma eğiliminde olduğunu da belirterek şüphelilerin idam edilme riski olduğundan dolayı iade edilmemelerine karar verilmeli, diyor. Mahkeme kararında ayrıca şunu da not ediyor; Şayet aynı dava ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelseydi, kesinlikle politik sorun doktrininden dolayı reddedilirdi.²⁰³ Son olarak Sossin, "Ümit ederim ki, Kanada Yüksek Mahkemesi hakimleri *Bush v. Gore* ve *Secession Reference* gibi kararların meşru olduğunu düşünecek kararlara imza atmazlar,"²⁰⁴ diyor.

B) Kara Avrupası Ülkelerindeki Uygulama

¹⁹⁹ Ibid, s. 19.

²⁰⁰ D. Geoffrey Cowper & Lorne Sossin, *Does Canada Need A Political Questions Doctrine*, 16 Supreme Court Law Review (2d), 2002, s. 351. Ayrıca bkz, The Constitutional Law Group, ed., **Canadian Constitutional Law**, 3. Baskı, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2003.

²⁰¹ Ibid, s. 351-2.

²⁰² *United States v. Burn*, [2001] 1 S. C. R. 283.

²⁰³ Ibid, s. 335.

²⁰⁴ Sossin, supra 200, s. 372.

Bu kısımda da Almanya, Fransa ve İspanya örneklerini kısaca ele alacağız. Hukukun üstünlüğü (rule of law) modern Avrupa’da hukukun politikaya üstünlüğü anlamına gelmektedir. Politika hukukun dışında kalmaz. Almanya çok ciddi bir hukukun üstünlüğü (Rechtsstaat) anlayışına sahiptir ve bu da Temel Yasa (Basic Law), Alman Anayasası, madde 20.3’ten doğar (yürütme ve yargı yasama ile bağlıdır. Yasamada Anayasa ile bağlıdır). Professor Regensburg hukukun üstünlüğü anlayışının yargısal denetimle (anayasal) çok yakın bir ilişkisi olduğunu belirtiyor. Yargısal denetim, hukukun üstünlüğünün mutlak ayrılmaz bir parçasıdır. Yazar görüşünün devamında şunları eklemektedir: Alman Temel Yasası, madde 19.4’e göre devletin uygulamalarına karşı kişi özgürlüğünü etkili bir yargısal denetimle (anayasal) garanti etmek, en yüksek öneme sahip temel haktır.²⁰⁵ Ayrıca, Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) ABD Yüksek Mahkemesi gibi değil, sadece anayasa yargısı konusuna odaklanmıştır.²⁰⁶ Tekrar aynı soruyu sormak istiyoruz, anayasal yargı denetimi olmayan İngiltere, Hollanda ve Finlandiya (dünyada hayat standartı olarak ilk 10’da olan ülkelerden) hukukun üstünlüğünden mahrum durumda mıdır?

Alman hukuku anlayışında yasa yapmak politikanın hukuka transfer edilmesidir.²⁰⁷ Alman hukukundaki çok ciddi bir hukukun üstünlüğü anlayışından dolayı politik sorun doktrini, Alman anayasa hukukunda yoktur, fakat eyalet devletinin takdir yetkisini kullandığı durumlarda, Alman Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla eyalet hükümetinin takdir yetkisi (discretionary margins) olduğunu kabul etmiştir.²⁰⁸ Ayrıca Federal Anayasa Mahkemesi yasama organının da takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Bu yetkinin yürütmenin idari konularından daha geniş olduğunu, fakat federal hükümet ya da diğer politik organların kendi

²⁰⁵ Rainer Arnold Regensburg, *Political Questions and Constitutional Review: The German Perspective*, VII. Uluslararası Anayasa Kongresi, Atina, internetten ulaşmak için; <http://www.enelsyn.gr/en/workshops> (Mayıs 1, 2010), s. 1.

²⁰⁶ Eleonara Mesquita Ceia, *The Applicability of the Political Question Doctrine in the Foreign Affairs Field: Should International Treaties Be Regarded As Non-Justiciable Acts?*, VII. Uluslararası Anayasa Kongresi, Atina, internetten ulaşmak için; <http://www.enelsyn.gr/papers/w5paper%20by%20Eleonara%20Mesquita%20Ceia.pdf> (Mayıs 1, 2010), s. 19.

²⁰⁷ Regensburg, supra 205, s. 2.

²⁰⁸ Ibid, s. 4.

yönetimiyle ilgili meselelerden daha dar olduğunu belirtmiştir.²⁰⁹ Bunun dışında, dış politika (ilişkiler) ve güvenlik uygulamalarında da Mahkeme, Federal hükümetin bu yetkiye sahip olduğunu, sınırının da açıkça keyfilik (evident arbitrariness) olduğunu belirtmiştir.²¹⁰ Alman hukukunda uluslararası anlaşmalar Alman anayasa normları üstünde değildir. Yerleri, yasalar ile anayasa arasındadır. Sonuçta, uluslararası anlaşmalar, Alman Temel Yasası'na aykırı olamaz. Bu nedenle anayasal yargı denetimine tabidirler.²¹¹ Alman Anayasa Mahkemesi pek çok kararında uluslararası anlaşmaların anayasal yargı denetimine tabi olduğunu tekrar etmiştir. Fakat zamanla bu anlaşmalarla ilgili olarak, anlaşmanın imzalandığı uluslararası şartları nazara alarak karar vermeye başlamıştır.²¹² Anayasa Mahkemeleri dış politikaların yerine getirilmesinde yürütmenin takdir yetkisi olduğunu kabul etmelidir. Yargının bu imkanı tanımaması uluslararası alanda hükümetleri küçük düşürebilir ve de devletin durumunu belirsizleştirebilir. Buna rağmen mahkemeler anayasal demokrasinin prensipleri altında hükümetlerin gücünü sınırlamalıdır, bu uluslararası alan olsa bile. Fakat aynı anda dış politikanın özel şartlarını gözönüne alarak ulusal anayasa hukukunun şartları uluslararası ilişkilerin özellikleri arasında denge kurmalıdır.²¹³

Diğer bir ifadeyle; Alman hukukunda politik sorun doktrini yoktur, fakat yargı girmek istemediği konulara politik organların takdir yetkisi var diyerek uzak durmaktadır. Takdir yetkisi olaydaki gerçektir, hukuki konu değildir. Sınırı da temel hakların zorba bir şekilde ihlal edilmesidir. Alman Anayasa Mahkemesi takdir yetkisi konularına ortada açıkça keyfilik (evident arbitrariness) ya da akıl dışılık (irrationality) varsa müdahale etmektedir. Bu da yargının kendi kendini sınırlaması (judicial self-restraint) metoduna benzemektedir. Genel olarak Alman Anayasa Mahkemesi kararları toplum ve politikadaki karşıt görüşlülere ortak bir noktada buluşturmak şeklinde tezahür etmektedir.²¹⁴

Ceia, anayasal yargıda politik sorun doktrinine gerek olmadığını, yargının kendini sınırlayarak bu problemleri aşabileceğini iddia ediyor. Ayrıca, anayasal yargı denetiminin her anayasal demokraside kişisel hakların devlet organlarınca ihlal

²⁰⁹ Ibid, s. 5.

²¹⁰ Ibid, s. 6.

²¹¹ Ceia, supra 206, s. 19.

²¹² Ibid, s. 5.

²¹³ Ibid, s. 25.

²¹⁴ Regensburg, supra 205, s. 7.

edilmesine karşı kilit görev gören bir mekanizma olduğunu belirtiyor.²¹⁵ Peki ya yargı kişisel hakları ve özgürlükleri sınırlayan bir duruma gelmişse, bu sefer bizi hangi organ kurtaracaktır? Aynı yazar, “Alman Anayasa Mahkemesi, politik süreçle karışmaz, fakat politik kararlara ulusal anayasa prensiplerine göre rehberlik eder, yönlendirir. Politik faaliyetlerin yargıyı kontrol etmesinden daha çok, politik faaliyetler yargı eliyle anayasallaştırılmış olunur.”²¹⁶ Örnek olarak, 1984 tarihli kararında Mahkemenin, ABD füzelerinin Almanya’ya yerleştirilmesi hususunda, sorunun politik olduğunu, fakat yürütme yani hükümetin Bundesrat’tan (yasamadan) Anayasa’ya göre yetki alması gerektiğini, mevcut olayda da bunu yapmadığından bahisle anayasal süreç görüşü altında Mahkemenin davayı karara bağladığını belirtiyor. Daha önce belirttiğimiz gibi bu konu ve benzerlerinde ABD Yüksek Mahkemesi sorunu politik kabul edip yürütmeyi haklı bulup davaları reddetmiştir. Ceia, son olarak uluslararası anlaşmalarla ilgili olarak iç hukukta bir sorun ortaya çıkarsa bu konu hakkında karar vermenin yürütmeye değil, yargıya ait olması gerektiğini belirtiyor.²¹⁷

Fransa’da genel olarak hükümet işlemlerine (acts of government) Anayasa Konseyi (Counsil d’Etat, 1958’de kurulmuştur) yargısal bağımsızlık tanımıştır.²¹⁸ Ceia’nın iddiasına göre: Fransız Anayasa Konseyi yargısal değil politik bir organdır. Üyeleri hakimler değildir. Fransa’da yargının kuvvetlerden biri olduğu fikri pek kabul edilmez. Yasamanın üstünlüğü yargının üstünde olduğu içselleştirilmiştir. Dış işleri konusunda yürütmenin kararları, yargısal denetime tabi değildir.²¹⁹ Avril, mevcut demokrasilerde en önemli problemlerden birisinin politik hayatın yargısallaştırılması olduğunu belirtiyor.²²⁰

Gözler, politik sorun doktrini (hükümet tasarrufları) Fransa’da adli ya da idari hiç bir mahkeme tarafından denetlenemeyen idari makamlarca yapılan işlemler olarak tanımlıyor.²²¹

²¹⁵ Ceia, supra 206, s. 15.

²¹⁶ Ibid, s. 19.

²¹⁷ Ibid, s. 24.

²¹⁸ Pierre Avril, *Political Questions in France*, in **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 171.

²¹⁹ Ceia, supra 206, s. 12-3.

²²⁰ Avril, supra 218, s. 179.

²²¹ Gözler, supra 177, s. 646.

Gözler, Fransa’da hükümet tasarrufları uygulamasını üç döneme ayırıyor: 1875’e kadar olan dönem, siyasi saik teorisi, işlemin siyasi amacı olup olmadığına bakılıyordu (1822 tarihli Laffitte kararı; Maliye Bakanının Bonapart ailesine ilişkin bir işlemi siyasi konu olduğu gerekçesiyle reddetmesi). 1875’ten sonra, Fransız Danıştayı siyasi saik teorisini reddetmiş (1875 tarihli Prince Napoleon kararı; bakanlık kararını, Savaş Bakanının siyasi mesele olduğunu belirtmesine rağmen hükümet tasarrufu olarak görmemiş ve denetlemiştir). Genelde, Fransa’da hükümet tasarrufundan dolayı devlete karşı dava açılmaz, fakat 1966 tarihli *Compaigne generale d’energie radio-electrique* davasıyla Fransız Danıştayı, uluslararası anlaşmadan doğan zararlara karşı kamu külfetleri karşısında eşitlik esasına dayanarak dava açılabilirliğini kabul etmiştir.²²² Gözler, hükümet tasarruflarının idari işlem olmadığını, bu nedenle idari yargı tarafından denetlenemeyeceğini, esasında bu işlemlerin incelenmesinin yerine göre anayasa ve uluslararası hukukun alanına gireceğini söylüyor.²²³ Gözler, çok iddialı bir şekilde günümüzde Fransa’da hükümet tasarrufunu açıklayan herhangi bir teori yoktur, iddiasındadır. Fransız Danıştayı her davayı ayrı ayrı ele alıp karar vermektedir, diyor.²²⁴ Ayrıca Gözler, Fransa’daki hükümet tasarruflarını iki kategoride topluyor; iç alanda ve uluslararası alanda hükümet tasarrufları. Gözler bu kategoride saydıklarını, Türk hukukunda öngördüğü hükümet tasarrufları sınıfına aktararak özdeşleştirmiş olduğu kanaatindeyiz.²²⁵ Türk doktrinindeki diğer bir görüş ise, Fransız Danıştayının ayrılabilir işlem uygulaması ve Anayasa Konseyinin de hükümet tasarrufu sayılan bazı işlemleri kendi görev alanında görmesiyle Fransa’da hükümet tasarrufları kategorisinin kaybolmaya başladığını ya da en azından çok daraldığını belirtmektedir.²²⁶

İspanya Anayasa Mahkemesi Kelsen modelinden esinlenen Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri formatında kurulmuştur.²²⁷ Anayasa Mahkemesinin ilk ciddi davası (15/1982, STC, Nisan 23, 1982 (No. 15) vicdani retçi olan bir kişiye askerlik servisi yerine sivil bir işte çalışma imkanı verilmediğinden, askerlik yapmama

²²² Ibid, s. 652.

²²³ Ibid, s. 653.

²²⁴ Ibid, s. 647.

²²⁵ Ibid, s. 646-53.

²²⁶ Gözübüyük & Tan, *supra* 176, s. 42-3.

²²⁷ Enrique Guillen Lopez, *Judicial Review in Spain: The Constitutional Court*, 41 Loyola Los Angeles Law Review, 2008, s. 532.

hakkını tanıyan karardır. Mahkeme gerekçeli kararında, anayasanın tanıdığı bir hak, yasamanın bu hususta düzenleme yapmayıp gecikmesinden dolayı zayi edilemez.²²⁸ ABD Yüksek Mahkemesi gibi İspanyol Anayasa Mahkemesi problemleri olan meselelerden kaçamaz. Bazen kararlarını geciktirerek Mahkeme problemleri konulardan kaçmaya çalışmıştır. Fakat, İspanyol Anayasa Mahkemesinin çok aktif olmasından dolayı, bazı yazarlar sadece hukuki konulara bakmalı, taraflar arasındaki çekişmelere bakması engellenmelidir, diyor.²²⁹ İspanyol Anayasa Mahkemesi, Avrupa modeli bir yargısal denetime sahiptir, yani Anayasa Mahkemesi, normal mahkemelerden ayrı bir şekilde çalışmaktadır. İspanyol Anayasa Mahkemesi kararlarının, özellikle İspanya federal sistemi (aksine, Türk Anayasa hukuku literatüründe İspanya Bölgesel Devlet olarak ifade edilmektedir) üzerinde çok büyük etkisi olmaktadır. Şu an Mahkemenin önündeki en büyük kriz ise özerk yönetimlerin statüsü (Status of Autonomy) hakkında vereceği kararlardır. Lopez, Mahkemenin bu kararlarında politik dengelere dikkat ederek İspanya Anayasası ve demokratik sistemini koruyarak kritik anayasal rolünü devam ettirebileceği kanaatindedir.²³⁰ Özetle, İspanyol Anayasa Mahkemesi politik sorun doktrini görmezden gelerek, politik sorun olan davalarda kararları geciktirerek hareket etme yolunu seçmiş gözükmektedir. Fakat önündeki en büyük problem olan özerk yönetimlerin statüsü ve uygulamaları hakkında nasıl bir yol izleyeceği, belki de bu verilecek kararlar sayesinde İspanya anayasa hukuku politik sorun doktrini ile karşılaşmış olacaktır. Görünen odur ki, bu tartışmalı konu nihayetinde bu bölgelerin belki de İspanya'dan barışçıl bir şekilde ayrılmasına kadar varabilecektir. Bu nedenle, Mahkemenin bu konuların cevabını geciktirmekten daha ziyade politik organlara bırakması yerinde olur, kanaatini taşımaktayız.

VII) Sonuç

Bu bölümde ilk olarak politik sorun doktrininin tanımını ele aldık. Ardından da ABD anayasa yargısında anayasal dava açabilmenin şartlarını, diğer bir ifadeyle dava engelleri olarak; Yüksek Mahkeme'den tavsiye niteliğinde karar istenilememesi,

²²⁸ Ibid, 541-2.

²²⁹ Ibid, s. 560-1.

²³⁰ Ibid, s. 562.

ilgili kişinin davayı açmış olması, sorunun ortaya çıkmış ve sona ermemiş olması ve son olarak da ortada politik sorun olmaması gerektiğini inceledik. Sonraki kısımda ise, ABD anayasa yargısında politik sorun doktrininin ilgili davaları ele alarak politik sorun doktrinin kapsadığı alanları belirledik. Bu alanları; eyalet devletlerinin cumhuriyetçi yapıda hükümetlere sahip olması ve seçim sürecinin denetlenmesi meseleleri, dış politika konuları, Kongre'nin kendi yönetimiyle ilgili meseleler, Anayasa Değişikliklerinin onaylanma süreçleri, kuvvetler arasındaki dengeye aşırı müdahale konuları, Meclis soruşturması ve görevden uzaklaştırma konuları olarak tasnif ettik.

Devam eden kısımda, ABD anayasa yargısında politik sorun doktrininin geleceğini sorguladık. Bir sonraki kısımda ise, Türk hukukunda hükümet tasarrufları kavramını inceledik. Bu bölümün son kısmında ise diğer ülkelerde politik sorun doktrini başlığı altında, Anglo-Saxon hukuku ailesine ait olan gruptan İsrail ve Kanada, Kara Avrupası ülkeleri grubundan ise Almanya, Fransa ve İspanya uygulamasını kısaca inceledik. Burada ise politik sorun doktrini çerçevesinde anayasal yargı denetimiyle ilgili olarak diğer ülke doktrinlerinin genel eğilimi belirlenmeye çalışılacaktır.

Öncelikle şunu belirtmek lazım; dava görülemezlik teorisi (non-justiciability) anayasal demokraside kuvvetlerin ayrılığı prensibinden kaynaklanmaktadır. Gavison, demokrasilerin anayasa yargı denetimi olmadan da yaşayabileceğini belirtmektedir.²³¹ Bazı yazarlar ise şu can alıcı soruyu sormaktadır: Yargısal denetim (anayasal) demokrasiyi destekliyor mu, yoksa çoğunluğun aleyhine bir kurum olduğundan dolayı anti-demokratik mi?²³² Bazıları ise, Yüksek mahkemelerin karar verirken ırki ve dini değerleri uygulamasını talep etmektedir: İsrail Yüksek Mahkemesi'nin yaptığı anayasal yargı denetiminde genellikle kişi haklarıyla ilgili davalarda, Yahudi değerlerini gözardı edildiği kanaatindedir. Yahudi değerleri ise düşmanın dahi olsa her insanın onurunun korunmasını ister ve bu insan hakkının adalet düşüncesi çerçevesinde savaş icra edilirken bile uygulanmasını ister. Aynı yazar, anayasal yargı denetimi hukukun üstünlüğü ve kişi haklarını desteklemelidir,

²³¹ Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted Democracies*, 33 Israel Law Review, 1999, s. 236.

²³² Ralph Ruebner, *Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel- A Comparative Perspective*, 31 The Georgia Journal of International and Comparative Law, 2003, s. 493.

aksi takdirde demokrasi düşmanları ve teröristlerin bu savaşı kazanacağını iddia etmektedir. Son olarak da Ruebner şu saptamayı yapıyor; demokrasi terör ile savaşırken hukuk hep susuyor.²³³

İskandinav ülkeleri olan Danimarka, Norveç, İsveç, Finlandiya ve İzlanda, ne Kara Avrupası ne de Anglo-Saxon hukuk sistemine aittir, fakat özel hukuk Roma, Almanya ve Fransız hukukundan etkilenmiştir.²³⁴ Bu ülkelerin hiç birinde anayasa mahkemesi yoktur, Yüksek mahkemeler temyiz mahkemesi gibi çalışmaktadır. İzlanda'da temyiz mahkemesi de yoktur. Fakat, Norveç Yüksek Mahkemesi insan hakları alanında aktif kararlar alabilmektedir. Son olarak, Finlandiya'da parlamentonun çıkardığı yasa denetlenmemektedir.²³⁵

Peki Avrupa ve Amerikan modeli anayasa yargısına sahip olmak yargısal denetimde bir farklılık oluşturur mu? Hans Kelsen, 1920 Avusturya Anayasası'nın kurucu babasıdır. Onun sistemi 1948 İtalyan ve 1949 Alman Anayasa Mahkemelerinin oluşumunu da etkilemiştir. Avusturya modeli anayasal yargı denetimi ilerleyen yıllarda Alman uygulaması ve tecrübesiyle modifiye edilmiş ve pek çok Batı Avrupa ve Latin Amerika devletlerini etkilemiştir. Amerikan sistemi yerine Avusturya modelinin Avrupa'da tercih edilmesinin sebebi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'da yapılan anayasal reformların yapısından dolayıdır. Avrupai anayasal yargı denetimi spesifik bir kuvvetler ayrılığı ve kıta Avrupası hukukun üstünlüğü modeli olarak ortaya çıkmıştır. Bu model parlamentoların üstünlüğü ve onların yasama faaliyeti olan yasayı öne çıkarır. Kara Avrupası hukuk sistemine (civil law) sahip ülkelerde ise yasal düzenleme zorunludur ve hakimlerin Anglo-Saxon hukukunda olduğu gibi yasa yapma faaliyeti yoktur. Hakimler inançlı bir şekilde yasayı uygular, ona karşı gelmez. Hakimlerin aktifliği kamu düzeni hiyerarşisindeki yerleri gerçeği ile sınırlanır. Bu hiyerarşi ise alt mahkemeden üst mahkemeye profesyonel yeterlilik ve kıdeme göre atanmalarıyla sağlanır. Anayasal

²³³ Ibid.

²³⁴ Per Henrik Lindblom, *The Role of the Supreme Courts in Scandinavia*, 39 Stockholm Institute for Scandianvian Law, 2000, s. 325-6.

²³⁵ Ibid, s. 329.

yargı denetimi yarı bir yasama faaliyetidir, bu nedenle esaslı bir şekilde normal yargı faaliyetinden ayrı tutulur.²³⁶

ABD Yüksek Mahkemesi hakimi Antonin Scalia, “teoride, ABD’de hakimler yasa yapar. Teoride, Fransa’da hakimler yasa yapmaz. Ama, Fransa ve ABD’de uygulama, teoriden biraz farklıdır.²³⁷ Başka bir yazar ise, anayasal yargı denetiminin, parlamentoların üstünlüğüne karşı yapıldığını ve bu denetimi, bu üstünlüğü inkar edenler tarafından gerçekleştirildiğini ifade ediyor.²³⁸

Fransa’da III. ve IV. Cumhuriyet döneminde parlamentonun üstünlüğü kabul edilmiş ve anayasal yargı denetimi yoktur. Politik bir yapıdan oluşturulan Anayasa Konseyi 1959’dan sonra devreye girerek parlamento kararlarını denetlemeye başlamıştır ve ardından Avrupa Birliği hukuku altında yargısal denetim devam etmektedir.²³⁹ Bir kısım yazarlar, Fransızlara göre özgürlükleri sadece seçimle iş başına gelmiş bir parlamento garanti edebilir, diye ifade ediyor. Pek çok Fransız hukukçusu, yargıçların gücüyle yasaların anayasaya uygun olup olmadığının tespiti demokrasi için potansiyel bir tehlikedir, diyor. Fransızların yargısal denetime karşı çıkması, parlamenter demokrasi için bir korkudur. Bazı Fransız hukukçularda çoğunluk ya da azınlığın yargısal denetimi kullanarak parlamentonun yasama gücüne alabora edebileceğini ve bunda politikada kaosa neden olabileceğini belirtiyor.²⁴⁰ Fransa uygulamasında; parlamentoda azınlık olan gruplar son çare olarak anayasa mahkemelerine gitmektedirler ve son 20 yılda Fransa’daki bütün önemli yasalarda parlamentodaki azınlık grupları Anayasa Konseyi’ne başvuru yapmışlardır.²⁴¹

Anayasal yargı denetimi yoğunlaştırılmış ülkelerde örneğin İtalya ve Almanya’da ilk derece mahkemeleri yasaların anayasaya uygun olup olmadığına karar verememektedirler. Bu nedenle bu sistemlerde normal yargılama süreci

²³⁶ Herbert Hausmaninger, *Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia*, 12 Tulane European and Civil Law Forum, 1997, s. 25-27.

²³⁷ Antonin Scalia, **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997, s. 12.

²³⁸ **Comparative Constitutional Review: Cases and Materials**, ed. Michael Louis Corrado, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004, s. 1.

²³⁹ Ibid, s. XVI.

²⁴⁰ Louis M. Aucoin, *Judicial Review in France: Access of the Individual under French and European Law in the Aftermath of France’s Rejection of Bicentennial Reform*, 15 Boston College International & Comparative Law Review, 1992, s. 443, 446, 448.

²⁴¹ David Robertson, **The Judge As Political Theorist: Contemporary Constitutional Review**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2010, s. 13.

sonunda anayasa mahkemesine ulaşılmaktadır.²⁴² ABD, Avustralya, Hollanda ve Almanya anayasa yargısında zarar şartı aranmaktadır.²⁴³ Şunu da eklemek gerekir ki anayasa yargı denetiminin yoğun olduğu militan demokrasilerde, devlet kendi değer yargılarını tehdit eden sisteme karşı toleranslı davranmamaktadır. Federal Hükümetin talebiyle ilk olarak 1956'da Almanya'da Anayasa Mahkemesi Komünist Parti'yi kapatmıştır.²⁴⁴ 2002 tarihinde Federal Anayasa Mahkemesi Yeni Nazi Siyasi Partisi (Neo-Nazi National Political Party)'nin kapanmasıyla ilgili olarak karar aşamasındayken, parti liderliğinin çoğunun Alman gizli servisine manipüle edildiğini öğrenince davayı düşürüyor. Anayasa Mahkemesi, Federal Hükümet'in Yeni Nazi Siyasi Partisi'nde % 15 ten fazla gizli serviste çalışan yok demesine rağmen, bu kararı veriyor.²⁴⁵ Doğu ve Merkezi Avrupa Anayasa mahkemeleri genelde Batı Avrupa özellikle Almanya Anayasa Mahkemesi modelinden etkilenmiştir.²⁴⁶

Newman ve pek çok Kanadalı yazarın ittifakla belirttiği gibi; 1982 tarihli Anayasal Haklar Bildirgesi (Canadian Charter of Rights and Freedoms)'nin kabulünden sonra, Kanada Yüksek Mahkemesi her davada arabulucu ve çözüm önerici olarak aktif bir şekilde yer almıştır. Ayrıca eyalet temyiz mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme'nin tavsiye niteliğinde görüşleriyle de federal ve eyalet hükümetlerine yol gösterici konumunda hareket etmektedir.²⁴⁷ Kanadalı anayasa hukukçusu Peter W. Hogg'un anayasal yargı denetimi ve sonrasına çözüm olarak geliştirdiği "Dialogue" (diyalog) terimine göre yargı ve yasama karşılıklı olarak birbirini etkileme süreci yaşar. Mahkemeler yasayı Kanada Anayasasına aykırı bulsa bile, ulusal politikanın belirlenmesinde son söz mahkemelere ait değildir. Bu teorinin ortaya konulmasından sonra, pek çok Kanadalı Yüksek Mahkeme hakimi bu terimi

²⁴² Richard S. Kay, *Standing to Raise Constitutional Issues: A Comparative Analysis*, in **Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives**, ed. Richard S. Kay, Brüksel, Bruylant P, 2005, s. 6.

²⁴³ Ibid, s. 4.

²⁴⁴ Robertson, supra 238, s. 71.

²⁴⁵ Ibid, s. 72.

²⁴⁶ Wojciech Sadurski, *Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?*, 42 Israel Law Review, 2009, s. 500. İnternette ulaşmak için; <http://ssrn.com/abstract=1545271> (Mayıs 3, 2010).

²⁴⁷ Warren J. Newman, , *Standing to Raise Constitutional Issues in Canada* in *Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives*, ed. Richard S. Kay, Brüksel, Bruylant P, 2005, s. 176.

kararlarında kullanmıştır. Daha sonraki yazılarında Hogg, diyalog terimini “Kanada Yüksek Mahkemesi pek çok kararında yasamanın konuya çözüm bulması için bilerek boşluk bırakmıştır ve genellikle yasama bu boşluğu cevap vererek doldurmuştur” durumlarını açıklamak için kullandığını belirtmiştir.²⁴⁸

Esasında anayasal yargı denetimi; hükümetin faaliyetlerini (yasa yapmak, idari kararlar almak, yargısal hükümler vermek) anayasal kurallara aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kılmaktır.²⁴⁹ Avrupa’da Amerikan tarzı politik sorun doktrini formal bir şekilde yoktur, fakat anayasa mahkemeleri doktriner formüller geliştirerek aynı şeyi yapmışlardır. Bu formüller, mahkemelerin bu sorunlardan kaçmasına ve sebebi ne olursa olsun soruların cevaplanmamasını tercih etmelerini sağlamıştır.²⁵⁰ Kanaatimizce; anayasal demokrasilerde politik sorun doktrinine ihtiyaç vardır. Demokrasilerde son söz halkın seçtiklerine ait olmalıdır. Şayet halkın seçtikleri azınlık konumunda olan görüş ve gruplara baskı uygulama noktasına gelmişse yada çoğunluk azınlığa kendi hayat felsefesini ve görüşlerini dikte ettirme yolunu seçmişse, en azından yüksek mahkemelerin bu noktada harekete geçebileceğini kabul edebiliriz.

²⁴⁸ Ibid, s. 149-50.

Ayrıca detay için bkz, Peter W. Hogg, & Alison Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights Isn't a Bad Thing after All)*, 35 Osgoode Hall Law Journal, 1997.

²⁴⁹ Alec Stone Sweet, **Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe**, Oxford, NY, Oxford University Press, 2000, s. 21.

²⁵⁰ Ibid, s. 90.

BÖLÜM 3

POLİTİK SORUN DOKTRİNİ VE YARGISAL AKTİVİZM

Bu bölümde ilk olarak yargısal aktivizmin tanımı ve kapsamı incelenecektir. Ardından, Türk AYM, ABD ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yargısal aktivizm içeren kararları ele alınacaktır. Bu alt bölümleri takip eden kısımda ise diğer ülkelerden göze çarpan yargısal aktivizm kararlarına bakılacaktır. Bu kısmın ardından ise Ran Hirschl'in juristokrasiye giden yol ve anayasacılığın sınırlarının ne ve nasıl olması gerektiğiyle ilgili görüşleri bu konuyla ilgili makalelerini topladığı kitabından incelenecektir. Sonraki kısımda ise, Mark Tushnet'in anayasacılıkta çığır açan ve anayasacılığın temel değerlerinden biri olarak kabul edilen Yüksek Mahkemelerin ve Anayasa Mahkemelerinin varlığını sorgulayan “mahkemeyi anayasadan uzak tutmanın yolları” adlı teorisi sorgulanacaktır. Bu bölümün sonuç kısmında ise yargısal aktivizm, politik sorun, juristokrasi ve demokratik meşruiyet kavramlarının birbiriyle ilişkisi bağlamında nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Politik sorun doktrini yüksek mahkemelerin kararlarıyla, anayasalar veya yasalarla belirlenmiş ve siyasete ayrılmış yargının girmemesi gereken alanlar olarak ifade edilmektedir. Oysa ki, yargısal sınırlamada yargının girmemesi gereken alanı sadece ve sadece yargının kendisi tayin etmektedir. Davanın tarafı olan kurum aynı zamanda kendi davasının yargıci konumundadır. Bunun da her zaman şu tehlikeyi beraberinde getirdiği iddia edilmektedir: Bir kişi ya da kurum kendi davasında yargıci veya hakim olursa vereceği karar ne kadar adil olabilir? Bu durum anayasacılığın demokratik meşruiyetinin sorgulanmasına yol açmakta ve yargıçlar hükümete giden yolu açtığına dair çok ciddi anlamda eleştirilere sebep olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki; karşılaştırmalı anayasa hukuku çerçevesinde konunun ele alınabilmesi için, farklı ülkelerdeki anayasa ve yüksek mahkeme kararlarının incelenmesi gerekmektedir. Bu yöntemi izlerken hukuki kurumlar ve normların belli bir sosyal, siyasal ve kültürel çevrenin şartlarına göre şekillendiği ve bunlardan soyutlama yaparak yorum yapmanın çokta doğru olamayacağı gerçeğinden hareket

edilmesi gerektiğinin farkındayız.¹ Görünen o ki, yeni anayasal demokrasiler, eski ve daha sağlam olan anayasal demokrasiye sahip ülkelerden anayasal normları ve kurumları alarak kendi sistemlerine adapte etmeye çalışmaktadırlar.² İlginçtir ki, modern dünyanın en eski anayasal demokrasisine sahip olan ABD bile artık karşılaştırmalı anayasa hukuku gelişmelerinden faydalanarak bunları Yüksek Mahkeme kararlarında kullanabilmektedir.³ Esasında anayasa hukukunda farklı sistem ve uygulamalardan faydalanılıp faydalanılamayacağı ideolojik açıdan hukukun yapısı ve fonksiyonuna bağlanan sonuçla direkt bağlantılı olsa gerek. Bazılarına göre; bütün toplumların karşılaştığı hukuki problemler genel itibariyle aynıdır, bu nedenle çözümleride temelde evrenseldir.⁴ Oysaki karşı görüşte olanların hukuki problemler bir toplumun tarihi ve kültürüyle sıkı bir şekilde bağlantılı olduğunu, bu nedenle, bir toplumdaki anayasal tecrübelerin diğer toplumların kültürüyle örtüşmeyebileceğini belirtmektedirler. Bu görüş daha çok Montesquieu'nun kanaatine dayanmaktadır: “Her milletin politik ve medeni yasaları...onu yapan insanlara uygun olmalıdır, bu nedenle bir milletin yasaları diğer millete uygun olmayacaktır.”⁵ Bu iki uç görüş arasında orta yol olarak ifade edilebilecek görüş ise; farklı toplumların hukuki problemleri aynıdır, fakat çözümleri toplumun yapısına bağlı olarak farklıdır.⁶ Bu görüşe göre, karşılaştırmalı anayasa hukukunun faydası, farklı sistemler veya toplumların birbirinden farklılıklarının (kültürel veya ideolojik) sorunların çözümünde ne gibi bir etkiye bulunduğunu ortaya

¹ Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó & Susanne Baer, **Comparative Constitutionalism: Cases and Materials**, St. Paul, MN, Thomson West, 2003, s. 3.

² Ibid, s. 6. Bu çerçevede özellikle Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin Anglo-Saxon mahkeme kararlarından sık sık faydalanarak atıfta bulunduğu görülmektedir. Daha fazla bilgi için bkz., Margaret A. Burnham, *Cultivating a Seedling Charter: South Africa's Court Grows Its Constitution*, 3 Mich. J. Race & L., s. 44 (1997).

³ Detay için bkz., Bruce A. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 Vanderbilt Law Review, (1997), s. 771. Gerçi bazı konularda, örneğin ulusal hükümetin ABD federalizmindeki sınırlarıyla ilgili davada ABD Yüksek Mahkemesi yabancı anayasal tecrübelerin sorunun çözümüne faydalı olamayacağını ifade etmiştir. Bkz.: *Printz v. United States* (1997), 521 U. S. 898.

⁴ David M. Beatty, **Constitutional Law in Theory and Practice**, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

⁵ Charles de Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, s. 8. “the political and civil laws of each nation...should be so appropriate to the people for whom they are made that it is very unlikely that the laws of one nation can suit another.”

⁶ Bkz. Mary Ann Glendon, *Rights in the Twentieth-Century Constitutions*, 59 University Chicago Law Review, 1992, s. 519. Ayrıca bkz., Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozzo & Colin P. Bicker, **Comparative Legal Traditions in a Nutshell**, St. Paul, MN, Thomson West, 2008.

koyarak, diğ er sisteme hukuki sorunlarını    zmede yardımcı olmasıdır.⁷ Bu noktadan hareketle, biz de farklı sistemlerde ortaya konulan      mlerin Türk anayasa yargısına uyarlanıp uyarlanamayacağını,    yet böyle bir uyarlama yapılacaksa bununda hangi çerçevede yapılması gerektiğini belirteceğiz. Diğ er bir ifadeyle, Anglo-Saxon hukuk sistemi ya da federalizm olan bir ülkenin kurum ve kuralları bizim sistemimize hiç bir şekilde uymaz tarzında en ba ından konulan çekincelere katılmamaktayız. Biliyoruz ki, bu topraklarda 1922'ye yani bundan 89 yıl öncesine kadar bugünkü anlamıyla olmasa da federal yapılı bir devlete benzer bir yapıdan bahsetmek mümkündü. Bu anlamda Kara Avrupası uygulaması olan Alman ya da Fransız uygulamalarının ülkemizin milli bünyesine ne derece uyumlu olduğu da ortadadır.

  u nokta da gözden uzak tutulmamalıdır; bir ülkenin anayasası ile o ülkenin milli kimliği arasındaki ilişkinin derecesi de önem arz etmektedir. Örneğın ABD Anayasası'nın milli kimliği çok ciddi bir şekilde yansıttığı ve taşıdığı iddia edilirken, Hindistan Anayasası'nın ise milli kimlikten arındırılmış bir şekilde olduğu belirtilmektedir.⁸ Bizim anayasalarımızda hazırlanış ve devamındaki değişiklikler açısından Belçika, Fransa ve Almanya etkisinde olduğundan bahisle, milletimizin kimliğini oluşturan ana unsurları ne derece taşıdığı ya da taşıyabileceği noktasında ciddi sorunlarla karşı karşıya bulunduğunu iddia etmek çok da zor olmasa gerekir. Anayasalar ile milli kimlik arasındaki ilişki güçlü ise, yabancı hukuklardan alınan normlar ve kurumlar çok kolay bir şekilde adapte edilemeyecektir. Fakat aradaki ilişki zayıfsa yabancı normların ve kurumların geçişi ve uygulaması milli kimliğe yakınlığı derecesinde uyum sürecinin daha kolay olacağı kanaatindeyiz.

I) Yargısal Aktivizmin Tanımı, Kapsamı

Craig Green, ilk olarak yargısal aktivizm (judicial activism) teriminin Arthur Schlesinger tarafından 1947 yılında kullanılmaya ba landığını ve Schlesinger'in yargısal aktivizmin iyi ya da kötü olduğu hususunda hiç bir beyanda bulunmadığını

⁷ Dorsen vd., supra 1, s. 8.

⁸ Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 Yale Law Journal, (1999), s. 1225.

ifade etmektedir.⁹ Oysa günümüzde yargısal aktivizm daha çok “kamu uygulamalarıyla ilgili olarak yargısal karar verirken hakimlerin başka faktörler yanında kendi kişisel görüşlerini katarak karar vermeleri şeklinde cereyan etmektedir. Bu görüşü takip edenler genelde anayasa ihlallerini bulma ve önceki kararları tanımama eğilimindedir,” şeklinde anlaşılmaktadır.¹⁰ Posner’in ifadesiyle; şayet mahkeme bir uyuşmazlığı çözerken yeni bir kural ortaya koyar veyahut eski kuralı yeniden düzenlerse bu hukuk yaratılmasıdır. Hakimler yargısal aktivizm yaptıkları suçlaması karşısında kendilerini savunurken, hukuk yaratmadıklarını sadece hukuk kuralını uyguladıklarını söylerler. ABD hukuk sisteminde doğru olan şudur ki, hakimler hukuk yaratmamalıdır. Genelde de yasa koyucunun yaptığı gibi yasa yaratmazlar. Fakat gerçek şu ki; hakimler sadece hukuku bulup uygulamamakta, hukuk da yapmaktadırlar.¹¹

Başka bir yazarsa, William P. Marshall, yargısal aktivizmin tek bir tanımının zor olduğunu ve yedi şekilde karşımıza çıkabileceğini belirtmektedir:

- 1) Çoğunluk görüşüne karşı gelen aktivizm (counter-majoritarian activism): Mahkemelerin seçimle iş başına gelen organların (yasama ve yürütme) verdikleri kararlara uyma konusunda gönülsüz davranmaları,
- 2) İlk hazırlanıştaki anlayışa karşı gelen aktivizm (non-originalist activism): Metni hazırlayanların asıl niyetine veya orjinal metnin kendisine karşı çıkmak,
- 3) İçtihadil aktivizm (precedential activism): Mahkemelerin önceki emsal ya da içtihad kararlarına uymaması,
- 4) Yetki veya görevle ilgili aktivizm (jurisdictional activism): Mahkemelerin kendi görevleriyle ilgili yargısal sınırlara uymaması,
- 5) Yargısal yaratma (judicial creativity): Anayasa doktrininde yeni teoriler ve haklar yaratılması,

⁹ Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 Emory Law Journal (2009), s. 1200. Aynı yönde bilgilendirme için bkz., Ece Göztepe, *Muhakeme Etmek Ya Da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin “367 Kararı” İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi*, in **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II: Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 347.

¹⁰ Bryan A. Garner, editör, **Black’s Law Dictionary**, 7. Baskı, Minnessato, ABD, West Group, 1999, s. 850.

¹¹ Richard A. Posner, **The Federal Courts: Crisis and Reform**, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985, s. 3.

- 6) Haksızlık veya zararın giderilmesiyle ilgili aktivizm (remedial activism): Yargı yetkisini kullanarak mahkemelerce yasama ve yürütmeye haksızlık ve zararı giderici görevler yüklenilmesi,
- 7) Partizan aktivizm (partisan activism): Yargı yetkisini kullanarak açık ve net bir şekilde partizanca (tarafli ve ideolojik) amaçların gerçekleşmesini sağlayacak kararlar verilmesi.¹²

Bu listeye baktığımızda bazılarının kabul edilebilir, bazılarının ise kabul edilemez yargısal aktivizm içeren kararlar olduğu iddia edilebilir. Tabi ki asıl soru şudur: Kime göre ve hangi ölçülere göre listede sıralanan yargısal aktivizm çeşitlerinin iyi ya da kötü olduğuna karar verilecektir? Örneğin çoğunluğun görüşüne karşı gelen bir yargısal aktivizm kararı (1 nolu ihtimal), büyük bir ihtimalle azınlık tarafından olumlu bulunacaktır. Anayasanın metni ve ilk hazırlanıştaki anlayışa ya da içtihad kararlarına karşı gelen bir karar da (2 ve 3 nolu ihtimal) pozitivist hukukçular tarafından hoş karşılanmayacaktır. Mahkemelerin kendi görevleriyle ilgili sınırları aşması veya yeni teori ve haklar ortaya koymasının (4 ve 5 nolu ihtimal) gelenekçi anlayışta olanlarca alkışlanmayacağı ortadadır. Fakat haksızlık ve zararı giderici yargısal kararlar (6 nolu ihtimal) büyük bir olasılıkla genel bir kabul görebilir. Ama son ihtimal dahilinde olan partizan aktivizmse çoğunluk tarafından büyük bir eleştiriye maruz kalabilir. Gerçi aynı kanaatte olan çoğunluk ya da azınlık böyle bir kararı olumlu bulabilir. Bu nedenle yargısal aktivizmin iyi ya da kötü olduğu hususunda bir karara varabilmek zor gözükmektedir. Bu kaygıdan hareketle olsa gerek, doktrinde bazı yazarlar yargısal aktivizmin iyi veya kötü olması hususunda çekimser kalmakta ve her bir kararı ayrı ayrı ele alarak inceleyip sonuca varmanın daha sağlıklı olacağı kanaatindedirler.

Bazı yazarlar ise, yargısal aktivizmin devletin gücünü sınırlama ve kişisel özgürlükleri korumayla ilgili bir ilişkisi olmadığını, aksine yargının rolünün o kültürde belirlenmiş olan standartları aştığı anda kullanılan bir deyim olduğunu ifade etmektedir.¹³ Yargısal aktivizmin, yargının görev ve yetkisi dışında kontrol

¹² William P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, 73 University of Colorado Law Review, (2002), s. 103-4.

¹³ Green, *supra* 9, s. 1199.

edilmeyen gücün kötüye kullanılması şeklinde tanımlanması gerektiğini belirtmektedirler.¹⁴

Kanadalı hukukçu Kent Roach ise, yargısal denetimin demokratik olduğunu, demokrasilerin çoğunlukçu değil, çoğulcu olması gerektiğini, Kanada örneğinde ise Yüksek Mahkeme'nin belirttiği gibi Kanada'nın asli değerlerinin sadece demokrasiye dayanmadığı, federalizm, azınlık hakları ve hukukun üstünlüğünde bu değerler dizesinde yer aldığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Roach yargısal denetime (anayasal) çizilen çerçeve yapıya göre yargısal aktivizmin değerlendirilmesi gerektiğini, yoksa yargısal aktivizmle ilgili eleştiri ve yorumların eksik kalacağını iddia etmektedir.¹⁵

Pek çok anayasa teorisyeni yüksek mahkeme kararlarının anayasa konusunda son sözü söyleme yetkisi olduğuna, bunun da gerektiğinde yargısal aktivizme sebebiyet verebileceğine inanmaktadır. Ayrıca, bu teorisyenler anayasanın anlamı konusunda yasamanın son sözü söylemesini kabul etmemekte ve yasama organlarının yüksek mahkeme kararlarını askıya alarak etkisiz kılmasını (legislative override) seçimle iş başına gelen insanların anayasayı ihlal etmelerine yol açacağını söylemektedirler.¹⁶ Genelde, Türk anayasa yargısında da bu ve buna benzer iddialar ciddi bir şekilde sıklıkla ifade edilmektedir. Doktrinde, aksini iddia etmek ise pek kabul edilmemektedir. Oysa ki, anayasa doktrininde pek çok yazar anayasal yargı denetiminin alternatifi olarak yasamanın üstünlüğünü (legislative supremacy) ileri sürmektedirler. Bunun da yargısal aktivizm sorununu ortadan kaldıracağını belirtmektedirler.¹⁷ Aynı yazarlar; yasamanın mahkeme kararlarını etkisiz kılma veya askıya alma yetkisi olsa bile yargısal denetimin sınırlanmış bir şekilde devam edeceğini belirtmektedirler.¹⁸

¹⁴ Ibid, s. 1122.

¹⁵ Kent Roach, *The Myths of Judicial Activism*, 14 Supreme Court Law Review, (2001), s. 324-30.

¹⁶ Kenneth Ward, *Legislative Primacy: A Neglected Alternative to Judicial Supremacy*, s. 4, internetten ulaşmak için; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899607 (Mayıs 22, 2011).

¹⁷ Bu yazarlardan biri olan Mark Tushnet'e göre şayet ABD Anayasası değiştirilir ve anayasal yargı denetimi kaldırılırsa, yani Yüksek Mahkeme'nin yürütme ve yasamanın kararlarını sorgulaması yasaklanırsa, yargısal aktivizm sorunu çözümlenmiş olur. Bu bölümün ileriki kısımlarında bu yazarlardan en önde geleni, belki de en önemlisi sayılan Harvard hukuk fakültesi profesörü Mark Tushnet'in "anayasayı mahkemeden uzak tutmak" isimli teorisi ele alınarak bu konu detaylıca incelenecektir.

¹⁸ Ward, supra 16, ibid.

Daha uç noktada yer alan bir görüş ise Larry Kramer tarafından dile getirilmiştir: Ne yargı ne de yasamanın üstünlüğü olmalı, anayasa yorumunda son söz halkın kendisinde olmalı, aracı ya da temsilcilerinde değil.¹⁹ Ward, bu kadar ileri gitmeye gerek olmadığını, yasamanın yargının kararlarını etkisiz kılma gücü ve yetkisi olsa bile bunun yasamaya anayasa konusunda son sözü söyleme yetkisi sağlamayacağını, sadece geçici süre politik arenada etkisinin olacağını ileri sürmektedir.²⁰ Fakat son tahlilde Kramer, XX. yüzyılın sonuna gelindiğinde şu iki şartın bir arada olduğu durumlarda yargısal aktivizmin yapılabileceğini belirtmektedir: Faşizmin yükselmesiyle, mevcut hükümete karşı güvensizliğin açık bir şekilde ortaya çıktığı durumlar ve aşırı seviyede partizanca sürtüşmelerin olduğu anda istikrarı koruma ihtiyacının gerekli olduğu haller.²¹

Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice) önceki hakimlerinden olan Pieter Kooijmans ise yargısal aktivizmi mefhum-u muhalifinden yola çıkarak yargısal sınırlamanın zıddıdır diye tarif etmektedir.²² Ayrıca, Kooijmans kendisinin ne yargısal aktivizm ne de yargısal sınırlamayı savunduğunu, aksine Uluslararası Adalet Divanı'nın vereceği kararlarda proactive approach (ileriye etkili-yönelik yaklaşım) sergilemesini istemektedir. Bunu da davada ileride oluşabilecek problemleri önceden görerek gerekli önlemlerin alınması şeklinde tarif etmektedir.

Bu kısımda son olarak Robert Justin Lipkin'in yargısal aktivizm ve yargısal denetimle ilgili görüşlerine yer vermenin konuyu anlama bakımından faydası olacağı kanaatindeyiz.²³ Lipkin gizli bir aristokrasinin ABD milletini şekillendirdiğini iddia etmektedir. Bunun da yasa koyucunun üzerinde olan seçimle iş başına gelmemiş, hesap vermeyen hayat boyu görevde kalma garantisi olan hakimler eliyle gerçekleştirildiğini ileri sürüyor. Bu yargısal aristokrasinin verdiği kararların

¹⁹ Larry Kramer, **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, New York, OUP, 2004, s. 58 ve 250-1.

Kramer bu teklifi ileri sürerken, ABD Anayasası'ndaki Değişiklik sürecinin (Anayasa Madde V) bu anayasal reformu imkansız kılacağına farkındadır. Fakat görüşünün popüler anayasacılığı sona erdirebileceğinin de farkındadır. Kramer'in reform çağrısı seçilmişlerle yargı ajanlarının arasındaki ihtilafı çözmeye yöneliktir.

²⁰ Ward, supra 16, s. 5.

²¹ Kramer, supra 19, s. 234-36.

²² He Judge Pieter Kooijmans, *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy*, 56 International and Comparative Law Quarterly, (2007), s. 742 ve 753.

²³ Robert Justin Lipkin, *What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review?*, 14 Widener Law Review, (2008), s. 1-51.

seçilmişler hatta seçmenlerin tercihinin üzerinde olduğu, bu durumun da pek çok Amerikalı tarafından bilinmediğini savunuyor. Yargısal aristokratların kandırmacalarından birisi de; kendi kendini yönetmenin faydalarının seçkinlerce oluşturulan hükümete transfer edilmesi gerektiğidir. Bu kandırmacanın adı; yargının üstünlüğü olarak tanıtılmaktadır. Bugün itibarıyla Amerikan anayasacılığı buna inandırılmış yani yargısal anayasacılık ve bütün anayasacılık bununla ilgilidir.²⁴ Ayrıca Lipkin, Amerikan anayasal tarihi boyunca sınırı olmayan yargının cumhuriyetçi demokrasiyi tehdit ettiğini ileri sürmektedir.²⁵ Yazar haklı olarak şu soruyu sormaktadır: Neden Yüksek Mahkeme Hakimleri Anayasa'nın anlamı hakkında son söz söylemek hakkına sahip olmalıdır?²⁶ Buna ek olarak da şayet Yüksek Mahkeme seçim politikalarının sınırını çizebiliyorsa, o zaman Yüksek Mahkeme'nin sınırını kim ve ne çezecektir? Bu sorunun cevabı da kontrol edeni kimin kontrol edeceğidir.²⁷ Lipkin, şayet Anayasa'nın anlamı ve yorumu hakkında Yüksek Mahkeme son sözü söylerse anayasal yargı denetiminin yargısal aktivizm haline geleceğini söylüyor.²⁸

Lipkin, seçimle iş başına gelenlerin toplumsal meselelerle ilgili yasa yapmakla sorumlu kişiler olduğunu ve elbetteki bu yasaların Anayasa'da belirtilen sınırlara göre yapılması gerektiğini ifade ediyor. Bu sınırların aşıp aşılmadığını kontrol edecek bir mekanizmanın gerekli olduğunu, bunun da seçimle iş başına gelmemiş ve bağımsız olan yargı olduğunun ileri sürüldüğünü belirttikten sonra, bu düşüncenin yargısal aktivizmin ana temasını oluşturduğunu söylüyor.²⁹

²⁴ Ibid, s. 2. Ayrıca yazar, anayasa yorum metodolojisinde metne bağlılık, hükmün ilk konuluş amacına uygunluk, temsil ve onu sağlamlaştırma, anayasal sistemin yapısına uygunluk, önceki kararlara uygunluk, tarihi tecrübelerle uygunluk ve faydacılık yöntemlerinin olduğunu, hiç bir yöntemin diğer yöntemle üstün olmadığını belirtmektedir.

²⁵ Ibid, s. 5.

²⁶ Ibid, s. 4.

²⁷ Ibid, s. 5. Bu soruya cevap olarak Lipkin, politik kurumların sınırını çezecek olanın, Başkan, Kongre, mahkemeler, eyaletler, seçmenler veya bunların bir kısmının katılımıyla oluşturulabilecek bir yöntemin tercih edilebileceğini belirtmektedir. Fakat Lipkin, son tahlilde hesap verebilir konumda olan bir anayasal aktörün olması Anayasal bütünlüğün sağlanması ve cumhuriyetçi demokrasi için gereklidir, demektedir. Bu durumda mahkemelere bu yetkinin verilmesinin cumhuriyetçi demokraside egemenliğin kullanıcısı olan seçmenlerin engellenmesine neden olacağını ifade etmektedir.

²⁸ Ibid, s. 6. Lipkin, mevcut anayasa teorisine göre, ABD'de seçmenin Anayasa'nın anlamını belirlemede son söz yetkisine sahip olduğunu, burada Anayasa Madde V'i (Anayasa Değişikliği Prosedürü) uygulayarak gerçekleştirebileceğini söylemektedir.

²⁹ Ibid, s. 10. Burada Lipkin haklı bir şekilde şu soruyu sormaktadır: Yasa yapıcılara kendi hazırladıkları yasalarla ilgili yani kendi davalarında hakim olarak güvenilemez. Peki, hakimlerce

Lipkin, yargısal aktivizmin savunulmasında en güçlü gerekçelerden birinin “yargının kişisel hakları en üst düzeyde koruyan kurum olduğunun iddia edilmesi” olduğunu belirtmektedir. Bu kültürün ABD anayasacılığında *Brown v. Board of Education* (1954) tarihli karardan kaynaklandığını ifade etmektedir.³⁰ Oysa, Yüksek Mahkemenin *Dredd Scott v. Sandford* (1857) kararı, Amerikan İç Savaş’ına giden sürecin en büyük sebebi olup 500.000’den fazla Amerikalının hayatını kaybetmesine neden olmuştur.³¹ Aynı Yüksek Mahkeme, *Korematsu v. United States* (1944) kararıyla da, II. Dünya Savaşı sırasında, Başkan Roosevelt’in askeri emriyle 110, 000 Japon asıllıyı, bunların 70,000’i ABD vatandaşı olmasına rağmen, hapsedmesine onay vermiştir. Bu kişilerden hiç biri daha önce hainlik, casusluk, sabotaj ya da savaş zamanıyla ilgili suça karışmamıştır. Lipkin, bu nedenle Yüksek Mahkeme’nin etnik azınlıkların haklarını koruyan bir yer olamayacağı kanaatindedir.³² Lipkin, bu iddialarında hiç de haksız değildir. 11 Eylül 2001 olaylarından sonra ABD Yüksek Mahkemesi bir kez daha aynı hatalara düşerek etnik azınlıkların süresiz bir şekilde Guatanoma Bay üssünde avukatları ve yakınlarıyla görüştürülmeden tabi hakim ilkesine aykırı olarak askeri mahkemelerde yargılanmalarına göz yumarak Bush yönetiminin askeri kararlarını onaylamıştır. Ne zaman ki kriz dönemi atlatılmıştır, o zaman Yüksek Mahkeme kişi hak ve özgürlüklerini koruyan kararlar vermeye başlamıştır. Oysaki hukukun üstünlüğünün en çok lazım olduğu anlar kriz, savaş veya olağanüstü dönemlerin yaşandığı anlardır.

Lipkin, Yüksek Mahkeme’nin kürtaja izin veren kararını hatırlatarak, kürtajın bir canlıyı öldürmek olduğuna inanıyorsanız bu karar doğacak bir insanın hayatına son vermektir. Yazar şunu da eklemektedir; neredeyse her davada birinin hakkı korunurken öbürünün hakkına zarar verilmektedir. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme’nin kişi hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olduğu iddiası kabul edilebilir değildir.³³

oluşturulmuş olan Amerikan anayasacılığıyla ilgili meselelerde kendi davasının hakimi olan hakimlere nasıl güvenilebilir? Ibid, s. 14.

³⁰ Ibid, s. 19. 347 U. S. 483 (1954). Bu kararla Yüksek Mahkeme devlet okullarında zenci ve beyaz ayırımına son verip birlikte eğitim alabilmelerinin yolunu açmıştır.

³¹ Ibid, s. 20.

³² Ibid, s. 22.

³³ Ibid, s. 23.

Son söz olarak Lipkin, cumhuriyetçi demokraside “hesap verebilirlik” kuralı olduğunu (accountability), yargısal denetimin doğru ve gerekli olduğunu, bu denetimin seçmenlere ve seçilenlere ikinci bir şans tanıyarak hatadan dönme imkanı sağladığını, ayrıca yargısal denetimin tartışma ve demokratik diyalog için zemin hazırladığını, fakat son sözün seçmenlere ait olması gerektiğini belirtmektedir.³⁴ Diğer bir ifadeyle Lipkin, yargısal denetimin gerekli ve doğru olduğunu, fakat yargısal aktivizmin yanlış olduğunu, anayasanın anlamı ve yorumu hakkında da son sözün seçmene ait olduğunu ifade ediyor. Herhalde bunun çözümü de çok ciddi anlamda meydana gelen anayasal davalar ve tartışmalarla ilgili olarak referanduma gitmek olsa gerek.

Görüldüğü gibi, doktrinde yargısal aktivizmin tanımı konusunda bir görüş birliği olmamakla birlikte, yargısal aktivizm tanımı daha çok hakimlerin verdikleri kararlarda hukukun kendilerine tanıdığı sınırın dışına çıkmaları şeklinde ifade edilmektedir. Bu hususta can alıcı ifadelerden birisi de halihazırda ABD Yüksek Mahkeme Başkanı olan Roberts’a ait olsa gerek: “Hakimler kendi rollerinin sınırlı olduğunu daima akıllarında tutmaları (farkında olmaları) gerekir. Toplumda gördükleri problemleri çözmek gibi bir rolleri yoktur, fakat önlerine gelen davalarda hukukun üstünlüğüne göre karar vermeleri gerekir.”³⁵ Bilindiği gibi, liberal demokrasileri diktatörlüklerden ayıran en önemli özellik, siyasi gücü elinde bulunduranların sorgulanabilir ve hesap verebilir konumda olmasıdır. Hakim Barak’ın dediği gibi, özellikle kriz dönemlerinde anayasal yargının görevi; hukukun üstünlüğünü ve kişisel özgürlükleri korumaktır.³⁶ En azından bu çerçevede yargısal aktivizmin olabileceği savunulabilir. Son tahlilde, yargısal denetimin gerekli

³⁴ Ibid, s. 46-51.

³⁵ Hakim Roberts’ın Senato Yargı Komitesi’nin kendisine yönelttiği (göreve gelmeden önce) soruya verdiği cevap. internetten ulaşmak için; Judge Roberts’s response to the Senate Judiciary Committee Questionnaire, http://www.cff.org/htdocs/legislative_issues/federal_issues/hot_issues_in_congress/supreme_court_watch/roberts-judiciary-questionnaire.htm (Nisan 20, 2010).

³⁶ Amos N. Guiora & Erin M. Page, *Going Toe to Toe: President Barak’s and Chief Justice Rehnquist’s Theories of Judicial Activism*, 29 Hastings International & Comparative Law Review, (2005), s. 52. Makalede yazar İsrail ve ABD Yüksek Mahkemelerinin terörle mücadele çerçevesinde verdikleri kararları karşılaştırmakta ve ABD Yüksek Mahkemesi’nin kriz dönemlerinde yürütmeden yana tavır aldığını ve kişisel özgürlükleri koruma konusunda zayıf kaldığını, oysa İsrail Yüksek Mahkemesi Başkanı Barak’ın teröristlerin kural tanımadığını, fakat liberal demokrasilerin bu noktada onlardan ayrıldığını ve demokrasinin hukukun üstünlüğüne bağlı kalmasından dolayı bir eli arkada bağlı olarak terörle mücadele etmesi gerektiğini belirtmektedir.

olduğunu, fakat yargısal aktivizmin gereksiz olduğunu, ciddi anlamdaki anayasal tartışmalarda son sözün seçmene ait olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu seferde, yargısal aktivizmin sınırının ne olacağı ve bunu hangi organın belirleyeceği sorunu karşımıza çıkacaktır. Bu nedenle, yargısal aktivizme hiç girilmemesi en güzel tercih olarak gözükmektedir.

II) Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm

Türk AYM'nin yargısal aktivizmle ilgili pek çok kararı olmakla birlikte, biz bu kısımda sadece çok önemli olup karşılaştırmalı anayasa hukukunda kullanabileceğimiz kararlara yer vereceğiz.³⁷ Öncelikle şunu not etmekte fayda olsa gerek: Özbudun'un belirttiği gibi, 1982 Anayasası, yargısal aktivizme yol açabilecek pek çok içeriği geniş ve tanımlanması imkansız kavram ve hüküm (toplumun huzuru, milli dayanışma, adalet, Atatürk milliyetçiliği, laik devlet, sosyal devlet, Türk milli menfaatleri...vb.) içermektedir.³⁸ Türk AYM'nin bu aktivist tutumu yeni değildir, mahkeme kurulduğundan beri sistematik bir şekilde bu tutumunu devam ettirmiştir.³⁹

Türk AYM'nin yargısal aktivizmde bulunduğu belli başlı alanlar şunlar olmuştur: Anayasa Değişikliklerinin Esas Açısından Denetlenmesi, Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Yetkisinin İçtihatla Kabulü, Cumhurbaşkanlığı Seçimindeki Karar Yetersayısının Aynı Zamanda Toplantı Yetersayısı Olarak Kabulü Konusundaki İçtihadı, Kanun Hükmünde Kararname Yetkisi İle İlgili Yeni Koşulların Eklenmesi, Yabancılar Gayrimenkul Satışı, Özelleştirme, Seçim Sistemi İle İlgili İçtihadı, Emeklilik Yaşının Düzenlenmesi ve Sosyal Güvenlik Reformu, Rektör Atama Konusu, Özelleştirme Konusu, Siyasi Partilerin Kapatılmasıyla İlgili Kararlar, ve Laiklik, Din ve Vicdan Özgürlüğü konusundaki kararlar.⁴⁰

Biz burada önemli gördüğümüz ve karşılaştırmalı anayasa hukukunda sık olarak karşılaşılabildiğimiz “Anayasa Değişikliklerinin Esas Açısından Denetlenmesi,

³⁷ Türk anayasa hukuku doktrininde bu konunun etraflıca ele alındığı bir çalışma olarak, bkz.: Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

³⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi*, 62-3 AÜSBFD, (2007), Yavuz Sabuncu'ya Armağan, s. 259.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Bu sıralama Profesör Yusuf Ş. Hakyemez'in kitabından alınmıştır. Bkz., Hakyemez, supra 37, s. 7-9.

Özelleştirme, Siyasi Partilerin Kapatılmasıyla İlgili İçtihatlar, Laiklik- Din ve Vicdan Özgürlüğü” alanındaki Türk AYM kararlarını özlü bir şekilde ele alarak inceleyeceğiz.

A) Anayasa Değişikliklerinin Esas Açısından Denetlenmesi

Bu konu esasında anayasaların meşruluğu ve asli-tali kurucu iktidar meselesini de gündeme getirmektedir. Çünkü, anayasaları hazırlayan-değiştiren kuvvet ve yapılar son tahlilde halk tarafından seçimle iş başına gelmiş kadrolar olmalıdır. Şahsi kanaatimiz, asli kurucu iktidar daima halktır ve tali kurucu iktidar da halk oyuyla göreve gelen seçilmişlerdir. Kesinlikle anayasayı hazırlayanlar hele darbeyle iş başına gelip de bu işe kalkışanlar hiçbir şekilde ne asli ne de tali kurucu iktidardır. Anayasal demokrasilerde meşruiyetin tek kaynağı vardır: O da seçimlerdir. Bu nedenle asli-tali kurucu iktidar tartışmasının abesle iştigal olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca bir önceki kuşağın bir sonraki kuşakların hayat ve tercihleri hakkında kalıcı bir tasarrufu olamayacağı kanaatindeyiz. Sonraki kuşaklar önceki kuşakların tercihiine saygı duyup mevcut hukuki düzenlemeleri devam ettirmek isterse, bu da istisnai bir durum olarak kabul edilebilir.⁴¹ Bilindiği gibi, Türk anayasal sisteminde anayasayı değiştirme yetkisi TBMM’ye aittir. Anayasaları değiştirme yetkisi de meşruiyetin kaynaklarından birisidir.⁴² Genelde kabul edilen görüşe göre, Türk anayasa hukukunda 1982 Anayasası’nın ilk dört maddesi dışındaki hükümler, madde 175’deki usule uymak şartıyla değiştirilebilir.⁴³

⁴¹ Bu nedenle Osman Can’ın asli-tali kurucu iktidar hakkındaki görüşlerine katılmamaktayız. Bkz. Osman Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu, 62-3 AÜSBFD, (2007), Yavuz Sabuncu’ya Armağan, s. 105-112. Can’ın aksi kanaatte olan yazarlar için bkz.: Kramer, supra note 19. Meşruiyetin kaynağını seçimlerden almayan ve darbeyle göreve gelenleri kurucu iktidar addetmek ve aynı meşruiyeti seçimle göreve gelen parlamentolara tanımamak ne kadar yerinde olsa gerek.

⁴² Can, ibid, s. 136.

⁴³ T. C. Anayasası, Madde 175:

Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin denetimiyle ilgili ilk verdiği karar 16 Haziran 1970 tarihli'dir.⁴⁴ Bu davanın iptal konusu: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11. geçici maddesinin kaldırılması hakkındaki 6/11/1969 günlü ve 1188 sayılı Kanunun, Anayasa'nın 156. maddesi delaletiyle Anayasa metnine dahil bulunan başlangıç kısmındaki temel görüş ve ilkelerle 8. ve 155. maddelerine aykırı bulunduğu öne sürülerek iptaline karar verilmesi isteminden ibarettir." şeklinde Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir. Mahkeme bu kararında esas açısından bir denetim yapmamış, şekli açıdan denetim yaparak anayasa değişikliğine ilişkin teklifin, TBM'de birinci görüşme sırasında madde oylamalarında üçte iki çoğunluk aranması koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. İlginç olan şu ki, Mahkeme geleceğe yönelik olarak esas açısından anayasa değişikliklerini denetleyebileceği yönünde karara not düşmüştür:

"1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.)

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, "Cumhuriyet" sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan "Cumhuriyet" sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir...Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoymasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

Halkoymasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır.

⁴⁴ E. S.: 1970/1, K. S.: 1970/31, K. T.: 16/06/1970. Türk hukukunda mahkeme kararlarının bu şekilde ifade edilmesinin hem öğreti hem de uygulamada zorluğa sebebiyet verdiği kanaatindeyiz. Oysa davaların davalı ve davacı ismiyle ve karar tarihiyle birlikte kayda geçmesinin hem öğreti hem de uygulama açısından daha yararlı olacağını düşünmekteyiz. Örneğin, incelemekte olduğumuz bu davanın: *İşçi Partisi v. TBMM* (1970) şeklinde kayda geçmesi hatırlanması açısından kolaylık sağlayacaktır.

Dava metnine ulaşmak için; <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=26&lang=0>, (Mayıs 20, 2011). 1967-1971 yılları arasındaki iptal itiraz kararları kısmına bakınız.

olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir.”

Böylece Türk Anayasa Mahkemesi militan demokrasiye giden yolu açmış, seçilmişlerin değil, atanmışların çerçevesini çizip belirlemiş olduğu anayasa metninin çerçevesinde Cumhuriyet ve ilkeleri ile ilgili bir değişiklik yapılamayacağını belirtmiştir. Peki bu ilkelerin neler olduğuna kim karar verecektir. Elbette ki, Anayasa Mahkemesi bu hususta son sözü söyleyecektir. Kararın içeriğine bakıldığı zaman, özgürlüklerin bekçisi olması gereken Mahkeme'nin çok daha farklı bir role büründüğünü görmekteyiz. O da:

“1950 de seçim yoluyla işbaşına gelen DP. iktidarı, kısa zamanda millî kurtuluş savaşı Türkiye'sinin tarihi ile çelişmeye başlamıştır. İnsafla hareket etmiş olmak için, bu ters düşüşün CHP iktidarında başladığını ifade etmek gerekir. Amerikan emperyalizmiyle bağımsızlığımızı, egemenlik haklarımızı zedeleyen ilk anlaşmaların 1947 de, yani CHP iktidarında imzalandığı bilinen bir gerçektir. Yabancı sermaye ile kara irticaya ilk tavizler de, keza CHP devrinde başlamıştır. Fakat DP iktidarı bu ilk adımları tam bir ihanet çizgisine götürmüş, sonunda Anayasayı, hukuku açıkça çiğneyen ve meşruluğunu yitirmiş bir iktidar durumuna düşmüştür. Burada durmak gerek, zira bu nokta, hukukun çiğnenmesinden, yeni bir hukuk düzeninin doğuşunu belirleyen noktadır. Bu akla kara gibi, hayatla ölüm gibi, red ve inkâr ifade eden durumların birinden diğerine geçişi, fakat diğerinden birine dönüşü olmiyan bir yoldur. DP iktidarı tarihî gelişmemize öylesine ters düşmüştür ki, gelişimin devamını sağlamak, ancak iktidarın zor kullanılarak devrilmesiyle mümkün olabilmıştır. Milletçe direnişin ifadesi sayılan 27 Mayıs hareketi, zorlu çıkışı hukukun yeniden itibar kazanması şeklinde meşruluğunu bu ters düşüşten almıştır. 27 Mayıs hareketinin meşruluğu DP iktidarının gayrimeşruluğu esasına dayanır. DP iktidarının gayrimeşruluğu ise, soyut bir kavram değil, somut bir kavramdır. DP iktidarının gayrimeşru olması demek, Celâl Bayar ve arkadaşlarının 10 yıllık icraatlarıyla gayrimeşru, yani hukuk dışı düşmeleri demektir. Celâl Bayar ve arkadaşlarına siyasi haklarını iade etmekle, bunlar 27 Mayıs'ın gayrimeşruluğunu hukuken talep edecek duruma getirilmiş olurlar. Böylece 27 Mayıs'ın tezgâha konup gözden geçirilmesi, yani meşruluğunun tartışma konusu yapılması hukuken imkân dahiline girer. Birbirini nefyeden durumlardan nefy ve tebyit edilen meşruluk kazanınca, kaçınılmaz olarak meşru olan gayrı-meşruluğa itelenir.”

Görüldüğü üzere AYM, tamamen yargısal aktivizmde bulunmuştur. Hatta yargısal aktivizmin çok daha ötesine geçerek askeri darbeyi meşrulaştırma gayreti içine girildiği, Mahkeme üyelerinin kendilerini oraya getirenlere diyet ödeme peşinde koştuklarını görmekteyiz. Ayrıca, Mahkeme'nin bu kararlar siyaset mühendisliği yaptığını da belirtmek gerekir.⁴⁵ Esasında AYM'nin bu tavrını çokta garip karşılanmaması gerektiğini düşünüyöruz. Çünkü, 2007 yılında bile bir anayasa

⁴⁵ Olması gereken ise anayasa mahkemelerinin kurulması yasamaya karşı özgürlükleri koruma amacı taşımalıdır. Ve bu mahkemeler özgürlüklere ilişkin normların oluşturulmasını sağlamalıdır. Bkz., İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, 5. Baskı, Afa Yayınları, 1999, s. 109.

hukuku profesörü 27 Mayıs askeri darbesini hala meşru gösterme gayreti içinde ise,⁴⁶ yıllar öncesinde hala darbenin sıcak günlerinin yaşandığı bir dönemde Mahkeme'nin militarist etki altında olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

13 Nisan 1971 tarihli başka bir kararında Anayasa Mahkemesi esas yönünden anayasa değişikliklerini denetleyebileceğini tekrarlamıştır: “...Anayasa Mahkemesinin, 147. madde ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanarak Anayasa'yı çoğunluğun egemenliğine karşı koruyabilmesi, Anayasa'nın özellikle başlangıç kısmı, 2.,4. ve 8. maddeleri hükümlerine uygundur. Şu duruma göre Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa Mahkemesini uygunluk denetimine tabi olmayacağı yolundaki görüşün anayasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.”⁴⁷

1961 Anayasası m. 147/f.1; “Anayasa Mahkemesi kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler.” demektedir. Bu kararın ardından bir tepki olarak 1961 Anayasası, m. 147 ilgili hükmü şu şekilde değiştirilmiştir; “Anayasa Mahkemesi kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.”⁴⁸

Bu Anayasa değişikliğine rağmen Anayasa Mahkemesi, “1975, 1976, ve 1977 yıllarında dört Anayasa değişikliğini daha iptal” ederken Cumhuriyet ilkesinin

⁴⁶ Cem Eroğul, 2007 *Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler*, 62-3 AÜSBFD, (2007), Yavuz Sabuncu'ya Armağan, s. 179. Profesör Cem Eroğul'un kendi ifadesiyle hukukun ideolojiye kurban verildiği klasik bir Türkiye jeneriği: “Bir alanın araçları öteki alanda sonuç almak için kullanılırsa, sonuçta kaybeden toplum olur. Tüze herkes için gereklidir. Siyasal amaçlarla kullanıldı mı, tüzeyi saygı biter. Türkiye böyle kötü deneyimleri daha önce de yaşamıştır. Örneğin, 27 Mayıs, bence gerekli, dahası kaçınılmaz bir eylemdi.” İnanılması zor ama, bu satırları yazan AÜSBF'nde bir anayasa hukuku hocasıdır.

Oysa ki: “Anayasa ve yasalar yoruma muhtaç metinlerdir. Yorum ise esasen siyasal bir faaliyettir. Anayasa yargısındaki yorum açısından bu özellikle geçerlidir, çünkü anayasa hukuksal olduğu kadar, hatta ondan da fazla, siyasal bir metindir.” Bkz., Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s. 32. Bu ve buna benzer aynı görüş için bkz., Dorsen vd., supra note 1.

Velev ki anayasacılık siyasi bir faaliyet olarak kabul edilmemiş olsa bile, seçimle iş başına gelmiş bir iktidar, seçimleri vaktinde yenilememe ihtimali dışında, ancak seçimle veya anayasanın belirlediği çerçeve ile iktidardan uzaklaştırılabilir.

⁴⁷ E. S.: 1970/41, K. S.: 1971/37, K. T.: 13/04/1971. Bu davada bir önceki dava gibi yine İşçi Partisi tarafından açılmıştır. Dava metni için bkz., supra note 44, id.

⁴⁸ Madde metni için bkz.; <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (Mayıs 27, 2010).

Ayrıca detaylı bir eleştiri için bkz., Ergun Özbudun, supra 38, s. 260.

değişmezliği kuralını hem maddi hukuk normu hem de şekil kuralı olarak anlaşılması gerektiğini iddia etmiştir.”⁴⁹

Hakyemez, bu durumu “...esastan değil, esasın biçim yönünden incelenmesi gibi dolaylı ama sonuçta yine açıkça bir esas denetimi” yapıldığı şeklinde tarif etmiştir.⁵⁰

Bu kararlara bir tepki olarak 1982 Anayasası, Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetlenebileceğini ve şekil denetiminde hangi noktaları kapsayacağını belirtmiştir. 1982 Anayasası, m. 148/f.1, 2.: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.”⁵¹

Anayasa Mahkemesi 1987 ve 2007 tarihinde verdiği kararlarında 1970’li yıllarda verdiği aktivist kararlarından vazgeçmiş gibi gözükmekteydi.⁵² Fakat, Anayasa’nın bu açık hükümlerine rağmen Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında Türbanla ilgili vermiş olduğu kararında Anayasa’nın 10. ve 42. maddeleriyle ilgili yapılan Anayasa değişikliğini esas açısından denetleyerek iptal etmiştir.⁵³ Mahkeme bu kararında Anayasa’da değiştirilmesi teklif edilemeyecek kuralların bulunduğunu, bu nedenle TBMM’nin bu kurallarla ilgili anayasa değişikliğinde bulunamayacağını, böyle bir yetkisi olmadığını, teklif edilen anayasa değişikliğinde, madde 2’deki Cumhuriyetin niteliklerine aykırı olduğunu belirten Mahkeme, bu değişikliği madde 4’deki değiştirme yasağı kapsamı içinde sayarak esas yönünden iptal etmiştir.

Bu kararın ardından özellikle muhafazakar ve liberal kesimlerde Mahkeme’nin meşruiyetinin sorgulanmasıyla ilgili pek çok eleştiri yazısı yer almıştır.⁵⁴ Esasında laikliğin korunmasıyla, kişilerin türban takması arasında kurulan ilişkinin hangi mantıksal temele dayandırıldığını anlamak hayli zor gözükmektedir. Mahkeme’nin

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Hakyemez, supra 37, s. 72.

⁵¹ Anayasa maddeleri için bkz.; <http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm> (Eylül 12, 2010).

⁵² Hakyemez, supra 37, s. 76-7.

⁵³ E. S.: 2008/16, K. S.: 2008/116, K. T.: 5/06/2008 (Eylül 12, 2010).

⁵⁴ Örnek olarak bkz., Ergun Özbudun, *Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi*, Zaman, 08/05/2008, aktaran Hakyemez, supra 37, s. 82.

mantığıyla düşünecek olursak, İran’da var olan başörtüsü takmama yasağı da mevcut sistemi koruma adına gerekli ve haklı gözükmektedir. Çünkü kendisi gibi düşünmeyen ve yaşamayana hayat hakkı tanımayan bir zihniyetin adı ne olursa olsun, siyaset bilimindeki yeri otokratik rejim olarak sayılmaktadır. Görünen o ki, Fransa ve Türkiye gibi ülkeler militan laikliğin, İran ve Arabistan gibi ülkelerde, dini tutuculuğun temsilcisi olarak gözükmektedir. Son tahlilde ise, bu ülkelerin tamamında, özgürlükler ve insan hakları açısından mevcut sistemin yapısına uymayanlar sistemin dışına itilmekte ve cezalandırılmaktadır. Ülkelerin gelişmişlik düzeyi hangi seviyede olursa olsun, özgürlükler açısından sonucun değişmeyeceği ortadadır.

Arslan’ın da belirttiği gibi, insan haklarının korunması anayasa mahkemelerinin meşruluk temelini oluşturmaktadır.⁵⁵ Başka bir yazar ise, haklı olarak darbe ürünü olan Türk AYM’nin demokratik meşruiyetinin olmadığını, bu nedenle daima toplumsal taleplerin karşısında olduğunu belirtmektedir.⁵⁶ Gerçekten, Türk AYM’si bu ve benzeri kararlarıyla insan haklarını korumaktan hayli uzaklaşarak, kendi meşruiyetinin temelini sarsılmasına neden olmakta ve haklı olarak asli iktidarın temsilcisi olan tali iktidarın (her ne kadar bu ayrıma katılmasak da) yetkisini gaspettiği eleştirisine haklılık kazandırdığı kanaatindeyiz. Asıl belirtilmesi gereken nokta ise, anayasa değişiklikleri esastan denetlenirse, anayasaların değişen hayat ve dünya şartları karşısında nasıl değiştirileceği sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu da şu anlama gelecektir: Türkiye’de anayasa yapımı ve değişikliği ancak hukuka aykırı ve meşru olmayan bir yolla yapılabilir. O zaman halk ya da başka birileri mevcut düzeni yıkarak anayasa yapabilir ya da değiştirebilir. Bunun hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyen anarşi ve kaosu teşvik eden bir anlayış olduğu apaçık ortadadır. Anayasa Mahkemesi vereceği kararlarda asli iktidarın halk olduğunu, onun temsilcisinin Parlamento olduğunu ve seçimle iş başına gelen Parlamantonun çoğunluğu sağlamak kaydıyla usulüne uygun olarak anayasayı değiştirebileceğini kabul etmelidir. Anayasa Mahkemesi’nin görevi çoğunluğun taleplerini ezmek ve

⁵⁵ Arslan, supra 46, s. 241.

⁵⁶ Osman Can, **Darbe Yargısının Sonu: Karargah Yargısından Halkın Yargısına**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2010, s. 122.

yasaklamak değil, azınlığın haklarını korumak olmalıdır. Azınlığın haklarını koruma adına çoğunluğun haklarının gaspedildiği bir anayasa yargısı kabul edilemez.

B) Özelleştirme

Karşılaştırmalı anayasa yargısında belki de en çok yargısal aktivizmin karşılaşıldığı alanların başında özelleştirme konularının geldiğini belirtmek gerekir. Genel olarak, Anglo-Saxon hukuk sistemine mensup ülkelerin yüksek mahkemeleri bu alanlara girmemekte, bu alanların yasama ve yürütmeye ayrılmış olduğunu belirtmektedirler. Bunun aksine, Kara Avrupası hukuk sistemine ait ülkelerde ise yüksek mahkemeler bu konularda yargısal aktivizmde bulunmaktadırlar. Türk AYM'si de bu mahkemelerden birisi olmuştur.

Özelleştirme, modern liberal devletin şartlarından biri olarak 1980 sonrası Türkiye'de de uygulama alanı bulmuştur.⁵⁷ Türkiye'deki özelleştirme süreci ve uygulamalarına karşı yargının göstermiş olduğu süreç dikkat çekici boyutlardadır.⁵⁸ Türk AYM'nin bu husustaki en dikkat çekici kararı, 1994 tarihli'dir.⁵⁹ Bu karar, Hakyemez tarafından Mahkeme'nin özelleştirmeyle ilgili temel görüşlerinin en açık bir şekilde ortaya konulduğu karar olarak tanımlanmıştır.⁶⁰ Dava anayasa hukukçusu ve o dönemde mecliste milletvekili olan Mümtaz Soysal, Nami Çağan ve 89 milletvekili tarafından 27 Kasım 1994'te yürürlüğe giren 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun iptali için açılmıştır. Mahkeme, yürürlüğünün durdurulması talebini reddetmiştir.⁶¹ AYM, kararın giriş kısmında, uzun bir şekilde KHK'lerin Türk anayasa hukukundaki yerini izah ettikten sonra, Anayasa ve Özelleştirme (C başlığı)

⁵⁷ Murat Yanık, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında (Doğrultusunda) Özelleştirme Yüksek Kurulu*, 72 E-Akademi (Şubat 2008), <http://www.e-akademi.org/makaleler/myanik-3.htm> , parag. 1 (Ocak 25, 2011). Danıştay'ın uygulamalarında da sıklıkla kullandığı kamu yararı gibi kavramlar özelleştirme kararlarında sık olarak karşımıza çıkmaktadır. Danıştay kararlarındaki kamu yararının kullanım alanları için bkz, Cemil Kaya, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.

⁵⁸ Ibid, parag. 3.

⁵⁹ E. S.: 1994/49, K. S.: 1994/45-2, K. T.: 7/7/1994 (Eylül 12, 2010). AYM Kararlarından alıntı yapılırken gerçekten uygulamada zorluk yaşanmaktadır. Oysa bazı Yüksek Mahkeme kararlarında olduğu gibi, örneğin Kanada Yüksek Mahkemesi, kararlar yazılırken her bir paragraf numaralandırılırsa bunun alıntıları ve referansları kolaylaştırarak büyük bir fayda sağlayacağı ortadadır.

⁶⁰ Hakyemez, supra 37, s. 139.

⁶¹ Bu kararda da görüldüğü gibi dava açanların, Türk AYM'nden yürürlüğün durdurulması talebini istemek adiyattan bir uygulama haline gelmiştir.

altında, Anayasa m. 46'nın kamulaştırma, m. 47'nin devletleştirmeye yer verdiğini, fakat Anayasa'nın özelleştirme konusunda özel bir düzenleme öngörmediğini belirtmektedir. İlginç bir şekilde, AYM, bunun Anayasa'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, yasaklandığı anlamına gelmediğini ifade etmiştir.

Mahkeme, özelleştirmenin, devletleştirmenin tersi bir işlem olduğunu söyleyerek, devletleştirmeye yetkili organın, “devletsizleştirmeye” (özelleştirmeye) de yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir. AYM'nin ifadeleriyle belirtecek olursak; “Anayasa'da özelleştirme konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemesine karşın devletleştirmeye ilişkin 47. maddeden, özelleştirme için de kimi ilkeler çıkarılabilir. Çünkü, devletleştirme, özelleştirmenin tersi bir işlemdir. Bu nedenle, devletleştirmeye yetkili organın özelleştirme konusunda da yetkili olduğunun kabulü gerekir. Nitekim öğretide, devletleştirme yapmaya yetkili olan organın ‘devletsizleştirme’ye de yetki sayılması gerektiği görüşü çoğunluktadır. Anayasa'nın devletleştirmeye ilişkin 47. maddesinde "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.”⁶²

Ayrıca AYM: “Özelleştirme Anayasa'da yasaklanmadığına göre yasama organı, yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasa'nın 11. maddesi gereğince Anayasa'nın ilkelerine ve kurallarına bağlı kalarak, yasayla belirleyebilir. Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır. Özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organının olurluğunu öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz. Çünkü, yasama organı özelleştirilecek KİT için anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere çerçeve yasaya ayırık biçimde özelleştirme koşullarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.”⁶³

Bu noktaya kadar her şey normal gözükse de, altı çizili olan yer dikkatlice okunduğunda, AYM'nin esasında iyi niyetle hareket etmediği, aksine seçimle iş başına gelen hükümetlerin neredeyse her uygulamasını yasayla düzenlemesini

⁶² Ibid, supra 59, aynı karar.

⁶³ Ibid, Yanık, supra 57, parg. 11, doktrinde Yanık ve M. Erdoğan haklı olarak bu durumu eleştirmekte, böyle bir düşüncenin de anayasal dayanaklarının olmadığını iddia etmektedir. Ayrıca bkz., Mustafa Erdoğan, **Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1995, s. 215, aktaran Yanık.

isteyen AYM hep son sözü söyleme arzusunda olduğunu göstermektedir. Bu kararı daha da ilginç kılan, AYM'nin kamu mülkiyetini özel mülkiyete benzetmesi olmuştur:

“Özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. Nitekim mülkiyet hakkını kişiler yönünden güvenceye alan 35. maddenin birinci fıkrası yanında, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki bu hakkın ancak yasayla sınırlanabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olmayacağı hususları kamu mülkiyetini de kapsamaktadır. Kamu mülkiyeti için de geçerli olan bu güvence gözardı edilemez. Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılamaz. Yasa'nın 2. maddesinin (A) bendinin (a), (b), (c), (d), (e) altbendleriyle öngörülen kamu varlıklarının, satış, kiralama, işletme hakkının devredilmesi, üzerlerinde mülkiyetin gayri aynî haklar kurulması ve işin gereğine uygun diğer sözleşmelerle devredilmesi biçiminde özelleştirilmesi olgusu kamu mülkiyeti yönünden sınırlamalar getirmekte; satılarak özelleştirmede ise sınırlamanın ötesinde kamu mülkiyeti sona ermektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 35. ve 91. maddeleri gereğince özelleştirmeye ilişkin düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Özelleştirme uygulamalarının KHK'lerle düzenlenmesini öngören 3987 sayılı Yasa, Anayasa'nın 35., 91. maddelerine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.”⁶⁴

Gerçi Başkanvekili Güven Dinçer'in iptal kararının gerekçesinde yer alan ve karşı olduğu bölümde ifade ettiği gibi ve doktrinde de bu durum haklı olarak eleştirilmiştir:

“Mülkiyeti, anayasal bir hak olarak belirleyen ve güvence altına alan Anayasa'nın 35. maddesi "Kişinin hak ve ödevleri" bölümünde yer almıştır. Bu kural bu bölümde yer alan diğer kurallar gibi kişileri devlete karşı korumak için konulmuştur. Bu kuralın Devletin vatandaşlara karşı kullanabileceği yetkilerin sınırlarını belirleyen bir kural olmaktan çıkarılıp devletin de istifade edeceği bir hak olarak yorumlanması mümkün değildir. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası KHK ile düzenlenemeyecek olanları saymıştır. Buna göre mülkiyet konusu ile ilgili olan düzenlemeler mutlaka kanunla yapılmalıdır. Vatandaşların mülkiyet konusundaki hakları ile devletin yetkileri kanun konusudur. Devletin mülk sahibi olması veya genel ifadesiyle "kamu malları", devletin hakları (?) ile değil görev ve yetkileri ile ilgili bir alandır.”⁶⁵

Anayasalar ve anayasacılık kişileri zorba devlete karşı korumak için vardır. Yoksa, devleti kişilere karşı korumak için değildir. Türk AYM'nin bu kararıyla, tavrını bir kez daha vesayetçilikten yana koymuş olduğu gözlenmektedir.⁶⁶ Son

⁶⁴ Ibid, aynı karar.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Bir dönem AYM'si Başkanvekilliği görevinde de bulunmuş olan Yılmaz Aliefendioğlu'nun AYM kararları ve statükonun devam etmesi şeklindeki yorumları için bkz.:Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı”, in **Hukuk Devleti**, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yayınları, 1998, s. 147-67. Yazar, Türk AYM' nin insan hakları kararlarıyla hukuk devletini gerçekleştireceğini belirtmesine rağmen, Mahkeme'nin bunu gerçekleştirmemesini görmezlikten gelmektedir.

Bu noktada O. Can'ın “Militarizm, AYM'si olmaksızın yaşama geçemezdi” ifadesine hak vermemek mümkün değil gibi gözüküyor. Bkz., Osman Can, supra 56, s. 114.

olarak bu kararlar ilgili olarak şunları belirtmekte de fayda mülhaza ediyoruz. AYM bu kararında, ayrıca özelleştirme ve ülkenin bağımsızlığı, yabancılara gayrimenkul satışında karşılıklılık ilkesinin aranması konularını inceleyerek, Anayasa'nın başlangıç kısmını ölçü norm olarak kabul edip siyasetçilerin karar vermesi gereken konularda yasama ve yürütmenin yerine geçerek hukuki denetim yapmaktan daha çok yerindelik denetimi yaparak yargısal aktivizmde bulunmuştur.⁶⁷

Fakat AYM, 2005 ve 2006 tarihli kararlarında özelleştirmelerle ilgili katı ve tutucu içtihadlarından vazgeçtiği sinyallerini vermiştir.⁶⁸ Kararda iptali istenen 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 22. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa'nın 2, 10, ve 11. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Mahkeme, iptal talebini reddetmiştir. Diğer bir kararda yine AYM, Özelleştirme Kanunu'nda yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurarak iptalini isteyen Danıştay 10. Dairesi'nin talebine 2006 tarihinde olumsuz yanıt vermiştir.⁶⁹ Ama AYM 2005 tarihli (28/12/2005), fakat RG'de neredeyse bir yıl sonra yayınlanan (16/11/2006) başka bir kararında Özelleştirme Yüksek Kurulu'na ihaleler sonrası, yani işlemin özel hukuk sahasına geçmesinden sonra, özelleştirme şartlarını (ihale ve sözleşme) değiştirme yetkisi veren kanun değişikliğini iptal etmiştir.⁷⁰

Özetle, AYM'nin yerleşik içtihadlarına göre, özelleştirmelerle ilgili olan yasalarda temel kurallar ve kriterler belirlenmeli ve Yürütme organına yetkisi ve sınırları belirlenmiş şekilde yetki devri yapılmalıdır. Aksi halde bu durum, yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen Anayasa, m. 7'ye aykırılık teşkil edecektir.⁷¹ Özbudun ise, özelleştirme konusunu AYM ile siyasal elitlerin çatıştığı alanlardan biri

⁶⁷ Detay için bkz., Hakyemez, supra 37, s. 141-46.

AYM, E. S.: 1996/66, K. S.: 1997/7, K. T.: 31/01/1997 olan kararında, Özelleştirme Kanunu'nda yapılan değişikliğin iptali için itiraz yoluna başvuran Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin talebini yerinde görerek düzenlemeyi iptal etmiştir.

⁶⁸ E. S.: 2005/110, K. S.: 2005/111, K. T.: 29/12/2005.

⁶⁹ E. S.: 2002/47, K. S.: 2006/1, K. T.: 05/01/2006. İlginçtir ki, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Aralık 2007 tarihli kararında on dört karşı on beş oyla Petkim'in bir kısmının özelleştirilmesinin üstün kamu yararı olmadığı gerekçesiyle yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun YD: 2007/939, itiraz nolu kararı, aktaran Yanık, supra note 56.

Çok açıktır ki, Danıştay idarenin yerine geçerek yerindelik kararı vermiştir. Üstün kamu yararı gibi içeriği ve tanımı izafi olan kavramların doldurulup şekillendirilmesi idarenin, yargının görevi değildir.

⁷⁰ E. S.: 2003/87, K. S.: 2005/110, K. T.: 16/11/2006. Kararın eleştirisi için bkz., Yanık, supra note 57, par. 15-8, 51-55.

⁷¹ Yanık, supra 57, par. 58.

olarak nitelemektedir.⁷² Yasama ve Yürütme'nin kanun yapma ve düzenleme tekniği kesinlikle eleştirilebilir. Fakat, Yargının Yasama ve Yürütme yerine geçerek bu şekilde kararlar vermesi kabul edilemez. Ayrıca görünen o ki, AYM'nin bu anlayış ile hareket etmesi çağın çok gerisinde kaldığı izlenimini uyandırmaktadır. Modern dünyada özellikle ekonomik alanda hızlı hareket etmesi gereken hükümetlerle çalışılması gerektiği gün gibi ortada iken ve son ekonomik krizler (2008'den beri dünya da devam eden) de bu iddiayı ispatlar nitelikte iken AYM'nin legal formalizm kalıpları arasına sıkışıp klasik yöntemlerle anayasa yargısında yorum yapmasını anlamak gerçekten zor görünmektedir.

C) Siyasi Partilerin Kapatılmasıyla İlgili İçtihatlar

Bu kısımda modern demokrasilerin olmazsa olmaz şartı olan siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili AYM kararları incelenecektir.⁷³ Türk AYM'si kurulduğundan bugüne kadar önüne gelen siyasi partilerin kapatılması davalarında çoğunlukla kapatma yönünde karar vermiştir.⁷⁴ Arslan'ın da belirttiği gibi, Türk AYM'si siyasal özgürlükler konusunda hak-eksenli yaklaşım yerine ideoloji-eksenli bir yaklaşımı benimseyerek kendi meşruiyetine zarar vermektedir.⁷⁵ Gerçekten, anayasaların sürekliliği meşru olup olmalarına bağlı olmakta ve bir siyasal sistemde doğru ve adil olarak tanındığı takdirde meşruluk kazanmaktadır.⁷⁶ Türk AYM'si siyasi partileri kapatırken genelde üç gerekçe kullanmıştır; bunlar aynı zamanda Anayasa'da yer verilen üç başlık altında sayılabilecek siyasi parti yasaklarıdır: Devletin ülkesi ve bölünmez bütünlüğü ilkesi, laik devlet ve demokratik devlet ilkeleri.⁷⁷ Özcan ve Yanık ise AYM'nin parti kapatma davalarında esas aldığı ölçütleri detaylı olarak şu şekilde sınıflandırmışlardır: İnsan haklarına aykırılık, demokratik cumhuriyet ilkesine aykırılık, eşitlik ilkesine aykırılık, hukuk devleti ilkesine aykırılık, laik

⁷² Özbudun, supra 38, s. 263.

⁷³ Esasında bu konuda Türk Anayasa hukuku literatüründe bir monografi çalışması bulunmaktadır. Bkz. Hüseyin Özcan & Murat Yanık, **Siyasi Partiler Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2011. Yazarlar, Türkiye'deki siyasi partiler hukukunun en önemli sorunlarını siyasi partilerin kapatılması ve siyasi partilerdeki parti içi demokrasinin olmayışına bağlamaktadırlar.

⁷⁴ Hakyemez, supra note 37, s. 314.

⁷⁵ Arslan, supra note 46, s. 53.

⁷⁶ Ibid, s. 43-4.

⁷⁷ Bkz., Hakyemez, supra 37, s. 320.

devlet ilkesine aykırılık ve devletin ülkesi ve milletin bölünmez bütünlüğünün ve bağımsızlığının korunması ilkesine aykırılık.”⁷⁸

AYM 1971 tarihli kararında,⁷⁹ Türkiye İşçi Partisi’nin gerçekleştirdiği kongrede Doğu sorununu Kürt halkı sorunu biçiminde dile getirmesi ve anayasal vatandaşlık dışında başka taleplerin dile getirilmesinden dolayı devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesini ihlal ettiği bahsiyle kapatma kararı vermiştir. Mahkeme, ayrıca Siyasi Partiler Kanununda yer alan ülkede milli, dini veya dil farklılığına dayanan azınlık oluşturma yasağına da aykırı hareket edildiğini kapatma gerekçesinde kullanmıştır. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi (tamamen siyasi, ideolojik ve felsefi olan), Türkiye Emekçi Partisi,⁸⁰ Sosyalist Parti,⁸¹ Halkın Emek Partisi,⁸² Özgürlük ve Demokrasi Partisi,⁸³ Sosyalist Türkiye Partisi,⁸⁴ Demokrasi Partisi,⁸⁵ Sosyalist Birlik Partisi,⁸⁶ Demokrasi ve Değişim Partisi,⁸⁷ Emek Partisi,⁸⁸ Demokratik Kitle Partisi,⁸⁹ Halkın Demokrasi Partisi⁹⁰ kapatma kararlarında kapatma gerekçesi olarak kullanılmıştır. Bu kararların çoğunda AYM, partilerin gelişmiş demokrasilerde normal olarak görülen ana dilde eğitim hakkı talebini dahi kapatılma gerekçelerinde farklı bir kültür ve dili koruyarak ulusal azınlıklar oluşturma ulusal bütünlüğün bozulmasına sebebiyet vereceğinden bahisle sürekli olarak kullanmıştır.

AYM laiklik ilkesini kapatma gerekçesi olarak Milli Nizam Partisi,⁹¹ Huzur Partisi,⁹² Özgürlük ve Demokrasi Partisi,⁹³ Refah Partisi,⁹⁴ Fazilet Partisi⁹⁵ ve Adalet

⁷⁸ Özcan & Yanık, supra 73, s. 167-86.

⁷⁹ E. S.: 1971/3, K. S.: 1971/3, K. T.: 20/07/1971. Türkiye İşçi Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁰ E. S.: 1979/1, K. S.: 1980/1, K. T.: 08/05/1980. Türkiye Emekçi Partisi Kapatılma Kararı.

⁸¹ E. S.: 1991/2, K. S.: 1992/1, K. T.: 10/07/1992. Sosyalist Parti Kapatma Kararı.

⁸² E. S.: 1992/1, K. S.: 1993/1, K. T.: 14/07/1993. Halkın Emek Partisi Kapatma Kararı.

⁸³ E. S.: 1993/1, K. S.: 1993/2, K. T.: 23/11/1993. Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁴ E. S.: 1993/2, K. S.: 1993/3, K. T.: 30/11/1993. Sosyalist Türkiye Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁵ E. S.: 1993/3, K. S.: 1994/2, K. T.: 16/06/1994. Demokrasi Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁶ E. S.: 1993/4, K. S.: 1995/1, K. T.: 19/07/1995. Sosyalist Birlik Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁷ E. S.: 1995/1, K. S.: 1996/1, K. T.: 19/03/1996. Demokrasi ve Değişim Partisi Kapatma Kararı.

⁸⁸ E. S.: 1996/1, K. S.: 1997/1, K. T.: 14/02/1997. Emek Partisi Kapatılma Kararı.

⁸⁹ E. S.: 1997/2, K. S.: 1999/1, K. T.: 26/02/1999. Demokratik Kitle Partisi Kapatılma Kararı.

⁹⁰ E. S.: 1999/1, K. S.: 2003/1, K. T.: 13/03/2003. Halkın Demokrasi Partisi Kapatılma Kararı.

⁹¹ E. S.: 1971/1, K. S.: 1971/1, K. T.: 20/05/1971. Milli Nizam Partisi Kapatılma Kararı.

⁹² E. S.: 1983/2, K. S.: 1983/2, K. T.: 25/10/1983. Huzur Partisi Kapatılma Kararı.

⁹³ E. S.: 1993/1, K. S.: 1993/2, K. T.: 23/11/1993. Özgürlük ve Demokrasi Partisi Kapatılma Kararı.

⁹⁴ E. S.: 1997/1, K. S.: 1998/1, K. T.: 16/01/1998. Refah Partisi Kapatılma Kararı.

⁹⁵ E. S.: 1999/2, K. S.: 2001/2, K. T.: 22/06/2001. Fazilet Partisi Kapatılma Kararı.

ve Kalkınma Partisi⁹⁶ (devlet yardımından yoksun bırakma) kararlarında dikkat çekici bir şekilde kullanmıştır. Özcan ve Yanık; AYM'nin laiklik açısından militan demokrasi anlayışında olduğunu ve siyasi partilerin “a) laiklik ilkesinin korunması ve ve halifeliğin istenmemesi, b) laik devlet düzeninin korunması, c) dini gösteri yasağı, d) Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içindeki yerinin korunması, e) Atatürk'e saygı ve Atatürk ilke ve inkılaplarının korunması” yasaklara aykırı davranmalarından dolayı her halükarda kapatma yaptırımına maruz kalabileceklerini, AYM'nin laiklik ilkesinin korunması adına özgürlüklerin feda edilebileceği kanaatinde olduğunu ifade etmektedirler.⁹⁷

Son olarak AYM kapatma gerekçelerinde demokratik devlet ilkelerine aykırılığı da kullanmıştır. Bu anlamda örnek olarak Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin sırf adında komünist ifadesi olmasından dolayı, Siyasi Partiler Kanununun 96. maddesindeki yasağa aykırılıktan kapatılması gösterilebilir.⁹⁸ Mahkeme, toplumda sınıflar oluşturacak bir yönetim şeklini demokratik devlet ilkesine aykırı bulmuştur.

AYM'nin parti kapatma kararlarına karşı siyasi partilerin kayıtsız kalması düşünülemezdi. Bu çerçevede, 1986 yılında Siyasi Partiler Kanununda yapılan değişikliği (3270 Sayılı Kanunla) AYM, Refah Partisi davasında önce iptal etmiş, ardından iptal hükmüne dayanarak Refah Partisi'nin kapatılması kararını vermiştir.⁹⁹ Bu iptal kararından sonra yine aynı şekilde 1999 tarihinde çıkarılan 4495 sayılı Kanunla, Siyasi Partiler Kanununun 101 ve 103. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. AYM'si bu seferde önce 103. maddeyi iptal etmiş, ardından Fazilet Partisi'ni kapatma kararını vermiştir.¹⁰⁰ 2001 yılında yapılan Anayasa Değişikliği¹⁰¹ ile iptal

⁹⁶ E. S.: 2008/1, K. S.: 2008/2, K. T.: 30/07/2008. Adalet ve Kalkınma Partisi Kararı, devlet yardımından yoksun bırakma. Bu dava aslında iktidardaki bir partinin kapatılması amacıyla açılan ilk dava olma özelliğine de sahiptir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, davayı “Davalı Partinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği savıyla Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası, 69. maddesinin altıncı fıkrası ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 103. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temelli kapatılmasına karar verilmesi istemi” ile açmıştır.

⁹⁷ Özcan & Yanık, supra note 73, s. 181.

⁹⁸ E. S.: 1990/1, K. S.: 1991/1, K. T.: 16/07/1991. Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kapatılma Kararı, aktaran, Hakyemez, supra 37, s. 325.

⁹⁹ Özbudun, supra note 38, s. 262.

¹⁰⁰ Ibid. Bu kararın tahlili için Özbudun, Merih Öden'in, **Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, adlı kitabının 79-84. sayfalarını tavsiye etmekte ve Özbudun şunu da eklemektedir: “Öden, isabetli olarak, bu kararın “mücadeleci demokrasi” anlayışına uygun düştüğünü belirtmektedir. Bkz. Özbudun, s. 263.

edilen 103. maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 69. maddesine eklenmiş, ayrıca Anayasanın 149. maddesinde değişiklik yapılarak parti kapatma davalarında kararın salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla alınması hükmü getirilmiştir.¹⁰² Fakat buna rağmen AYM parti kapatma kararlarını vermeye devam etmiştir. Bu çerçevede Halkın Demokrasi Partisi (2003 tarihinde), ve Demokratik Toplum Partisi (2009 tarihinde) örnek olarak verilebilir.¹⁰³ İktidar partisinin de 2008 yılında kapatılmaktan

Esasında Özbudun'u İngilizce özellikle yurtdışında yapmış olduğu yayınlardan takip edenler onun bu konularla ilgili görüşlerine çokta yabancı olmasalar gerek. Örneğin, Ergun Özbudun'un orijinali İngilizce basılmış bulunan, daha sonra Türkçe'ye, **Çağdaş Türk Politikası: Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller**, çev. Ali Resul Usul, 2. Baskı, İstanbul, Doğan Kitap, 2007, adıyla çevrilmiş olan kitabındaki şu satırları okuyunca çok da sürpriz olmasalar gerek: "Ayrıca, demokrasinin pekişmesine yönelik iki yeni tehdidin -siyasal İslam'ın ve Kürt milliyetçiliğinin yükselişleri- sivil toplumun dinamiklerinden çıktığı gözönünde tutulmaktadır. Bu iki tehdit Türk devletinin temel özelliklerinin bir kısmına, yani onun laik, ulusal ve bölünmez doğasına yöneliktir.. Bu iki konuda elit uyuşması muhtemel gözüküyor, çünkü böyle bir uyuşma Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana olan Türk devletinin tabiatının temelden yeniden tanımını gerektirmektedir.", s. 16.

"1980'ler ve 1990'larda, Türk demokrasisi iki yeni tehditle karşılaştı: Ekseriyetle Refah Partisi tarafından temsil edilen siyasal İslam'ın yükselişi (4. bölüme bakınız) ve Kürt milliyetçiliğinin ya da en azından Kürtlerin kültürel tanınma taleplerinin artışı. Bir anlamda, bu iki tehdit sivil toplumdaki kaynaklanmakta ve devlet elitlerinin ideolojisini, yani Atatürkçülüğü ve onların hakim konumlarını tehdit etmektedir..Diamond'un doğru bir şekilde söylediği gibi 'Bir grup devleti..ya da hukukun üstünlüğünü ve demokratik devletin otoritesini reddettiği oranda, bu grup hiç de sivil toplumun bir unsuru değildir, aksine o grup demokratik özlemlere çok zarar verebilir.' Bu ifade PKK ve onunla yakın ilişkileri olan örgütler için kesinlikle doğrudur, RP'ye yakın bir çok grup için de doğru olabilir", s. 127.

"Mümkün olan bir uzlaşmaya gelince, bireysel temelde belirli kültürel hakların tanınması imkan içindeyse de, federal ve bölgesel projeler muhtemel bir çözüm arayışının dışında tutulmalıdır. Çünkü bunlar Türk devletinin birliğine aykırı düşmektedir.", s. 131.

Bu görüşler, AYM'nin kararlarındaki gerekçelere esas teşkil eden düşüncelerden çok da uzak olmasa gerek. Bizim anlayamadığımız, Refah Partisini demokrasinin pekişmesi konusunda tehdit olarak gören Özbudun'un Refah Partisi takipçisi olan AKP'yi tehdit olarak görmemesi çok ilginçtir. Bu ve benzeri görüşlerin daha çok ABD'de Senatör McCarthy döneminin McCarthizm olarak adlandırılan ve insanların farklı düşünce ve fikirlerinden dolayı avlandığı dönemlerde Cumhuriyetçiler tarafından kullanıldığı gözlemlenmiştir. Bkz. Michal R. Belknap, **Cold War, Political Justice: The Smith Act, The Communist Party, and American Civil Liberties**, Connecticut, Greenwood Press, 1977. Ayrıca bkz., Richard M. Fried, **The McCarthy Era in Perspective: Nightmare in Red**, New York, OUP, 1990.

Görünen o ki, hukukçularımız daha çok legal pozitivizmin etkisi altında kendisi gibi düşünmeyenleri koruma gibi bir görevlerinin olduğunun farkında değiller izlenimini uyandırmaktadırlar.

¹⁰¹ Can, 2001 Anayasa Değişikliği öncesi ve sonrası ile ilgili olarak şunu not etmektedir: "2001 anayasa değişikliği ile siyasi parti kapatılması zorlaştırılacakken, AYM'si gazetelere ilan vererek topluma devletin kendini koruma imkanının elinden alındığını, bunun çok tehlikeli olduğunu demokrasinin kendisini koruması gerektiğini, partilerin kapatılmasının zorlaştırılmasının bu imkanı ortadan kaldıracığı, AYM'nin takdirine güven duyulması gerektiğini ifade ediyor. Bunun üzerine düzenlemeden geri adım atılıyor. Devamındaki gelişmelerde siyasi parti kapatma kararı salt çoğunluktan 3/5 çoğunluğuna çıkarılıyor. Ayrıca odak kavramı da anayasada tanımlanıyor. Son olarak da kapatmadan önce devlet yardımından yoksunluk yaptırımının yeterli olduğu durumlarda kapatılamayacağı belirtiliyor." Bkz., Can, supra 56, s. 123-4.

¹⁰² Özbudun, supra 38, s. 263.

¹⁰³ Türk AYM'nin parti kapatmalarıyla ilgili olan İngilizce literatürde neredeyse Türkçe kaynaklara yakın bir şekilde konu ilgi ile takip edilmektedir. Bkz., Dicle Koğacioğlu, *Progress, Unity, and*

kılıpayı kurtulduğuna da bu listeye eklemek gerekir. Son olarak ise 2010 Anayasa değişikliği ile AYM'nin siyasi parti kapatma yönünde karar verebilmesi üçte iki çoğunluk oyu koşuluna bağlanmıştır.

Kanaatimizce, Türk AYM siyasi parti kapatma davalarında statükoyu korumadan ziyade, özgürlüklerden yana tavır alabilseydi, bugün itibariyle Türk demokrasisinin mevcut durumu çok daha farklı olabilirdi. Her türlü düşüncenin serbestçe ve korkusuzca savunulabildiği ortamlar demokrasilerde, sivil toplumun hukuki yapıya bürünmüş hali olan siyasi partiler aracılığıyla sağlanabilmektedir. Siyasi parti kapatma davalarında AYM şiddet içermeyen parti yapılanmalarına izin verebilseydi, ülkemiz partiler mezarlığı haline gelmekten kurtulmuş olurdu.¹⁰⁴

Democracy: Dissolving Political Parties in Turkey, 38-3 Law & Society Review, (2004), s. 433-62. Yusuf Şevki Hakyemez & Birol Akgün, *Limitations on the Freedom of Political Parties in Turkey and the Jurisdiction of the European Court of Human Rights*, 7-2 Mediterranean Politics, (2002), s. 54-78. Ceren Belge, *Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey*, 40-3 Law & Society Review, (2006), s. 653-92. Zühtü Arslan, *Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court*, 11-1 Critical Middle Eastern Studies, (2002), s. 9-25. Dicle Koğacioğlu, *Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: Judicial Delimitation of the Political Domain*, 18-1 International Sociology, (2003), s. 258-76. Ran Hirschl, *Constitutional Court vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 Texas Law Review, (2003-2004), s. 1819-60.

¹⁰⁴ Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu günden bugüne kapatılan siyasi partilerin listesine baktığımızda partiler mezarlığı tabiri abartı olmasa gerek:

1924

1) Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası (3 Haziran 1925) (Bakanlar Kurulu Kararı)

1946

2) Çiftçi ve Köylü Partisi (24 Nisan 1946) (Mudanya Sulh Ceza Hakimliği Kararı), 3) İslam Koruma Partisi (12 Eylül 1946) (Askeri Mahkeme Kararı), 4) Türkiye Sosyalist Partisi 16 Aralık 1946) (Askeri Mahkeme Kararı),

5) Türkiye Sosyalist Emekçi Köylü Partisi (16 Aralık 1946) (Askeri Mahkeme Kararı)

1952

6) Türkiye Sosyalist Partisi (17 Haziran 1952) (Askeri Mahkeme Kararı), 7) İslam Demokrat Partisi (20 Ekim 1952) (Eminönü 2. Sulh Ceza Mahkemesi Kararı)

1954

8) Millet Partisi (27 Ocak 1954) (Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi Kararı)

1957

9) Vatan Partisi (30 Ocak 1957) (İstanbul Sulh Ceza Hakimliği Kararı)

1960

10) Demokrat Parti (29 Eylül 1960) (Askeri Mahkeme Kararı)

1966

11) Türkiye İşçi Çiftçi Partisi (22 Eylül 1966) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 12) Cumhuriyetçi Parti (23 Eylül 1966) (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Kararı), 13) Kemalist Gençlik Partisi (30 Kasım 1966) (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Kararı)

1968

14) İşçi Çiftçi Partisi (15 Ekim 1968) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1971

15) Milli Nizam Partisi (20 Mayıs 1971) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 16) Türkiye İleri Ülkü Partisi (24 Haziran 1971) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 17) Türkiye İşçi Partisi (20 Temmuz 1971)

Listede 56 tane parti yer almaktadır. 88 yıllık Cumhuriyet tarihimize her iki yıldan

(Anayasa Mahkemesi Kararı), 18) Büyük Anadolu Partisi (19 Aralık 1971) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1980

19) Türkiye Emekçi Partisi (8 Mayıs 1980) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1981

20) Adalet Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 21) Cumhuriyet Halk Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 22) Cumhuriyetçi Güven Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

23) Demokrat Parti (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 24) Hür Demokratlar Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 25) Hürriyetçi Millet Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

26) Millet Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 27) Milli Selamet Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 28) Milliyetçi Hareket Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

29) Sosyalist Parti (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 30) Sosyalist Vatan Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 31) Türkiye Birlik Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

32) Türkiye İşçi Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 33) Türkiye İşçi Köylü Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı), 34) Türkiye Sosyalist İşçi Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

35) Türkiye Ulusal Kadınlar Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

36) Vatan Partisi (16 Ekim 1981) (Askeri Mahkeme Kararı)

1983

37) Büyük Türkiye Partisi (26 Temmuz 1983) (Milli Güvenlik Kurulu Kararı), 38) Huzur Partisi (25 Ekim 1983) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1991

39) Türkiye Birleşik Komünist Partisi (16 Temmuz 1991) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 40) Halk Partisi (24 Eylül 1991) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1992

41) Sosyalist Parti (10 Temmuz 1992) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1993

42) Halkın Emek Partisi (14 Temmuz 1993) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 43) Özgürlük ve Demokrasi Partisi (23 Kasım 1993) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 44) Sosyalist Türkiye Partisi (30 Kasım 1993) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1994

45) Yeşiller Partisi (10 Şubat 1994) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 46) Sosyalist Birlik Partisi (7 Haziran 1994) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 47) Demokrasi Partisi (16 Haziran 1994) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

48) Demokrat Parti (13 Eylül 1994) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1996

49) Demokrasi ve Değişim Partisi (19 Mart 1996) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1997

50) Emek Partisi (14 Şubat 1997) (Anayasa Mahkemesi Kararı), 51) Diriliş Partisi (18 Şubat 1997) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

1998

52) Refah Partisi (16 Ocak 1998) (Anayasa Mahkemesi Kararı), **1999**

53) Demokratik Kitle Partisi (29 Şubat 1999) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

2001

54) Fazilet Partisi (22 Haziran 2001) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

2003

55) Halkın Demokrasi Partisi (13 Mart 2003) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

2009

56) Demokratik Toplum Partisi (11 Aralık 2009) (Anayasa Mahkemesi Kararı)

Bkz., Türkiye Cumhuriyeti'nde Kapatılan Siyasi Partiler,

http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye_Cumhuriyeti%27nde_kapat%C4%B1lan_siyasi_partiler (Haziran 25, 2011).

daha az bir sürede sürekli olarak siyasi parti kapatılmasına şahit olunmuştur. Doktrinde, AYM'nin (1961 sonrası) bu kadar çok siyasi parti kapatma kararı vermesinin demokrasiyi koruma refleksinden kaynaklanmadığı, aksine statükonun devamı için bu kararlar verildiği kanaati hakimdir.¹⁰⁵ Belki de AYM açık ve yakın tehlike “clear and present danger” kriterini bu davalara uygulamış olsaydı, daha özgürlükçü ve demokrasimizi ileri götürebilecek ortamlara zemin hazırlamış olurdu.

D) Laiklik, Din ve Vicdan Özgürlüğü

Modern demokrasilerde din özgürlüğü temel haklardan biridir. Bugünlerde ise, en azından bazı kişilerde, din kaynaklı radikalizmden dolayı ya da öyle olduğuna inandırıldığımızdan dolayı, şayet dini gruplara ya da dinlere daha fazla özgürlük tanınırsa, demokrasilerin sona ereceğine dair inanç oluşmuş durumdadır. Paul M. Taylor gibi pek çok Batılı hukukçu akademisyende 11 Eylül’de ABD’de meydana gelen terör saldırılarından dolayı, din düşmanlığı ve özellikle İslam inancına karşı güvensizlik ve Müslümanlara karşı korku art (tırıl) mıştır.¹⁰⁶ İlginçtir ki; modern demokratik devletlerin bazılarında laiklik konusunda tutuculuk oluşmuş ve laiklik bir din gibi takdim edilmeye başlanmıştır. Kanaatimiz o ki; katı bir laiklik uygulaması, esasında modern demokrasilerin meşruiyet zeminini zayıflatmakta ve demokrasilere zarar vermektedir.¹⁰⁷ James Massey’in ifadesiyle; “Dini özgürlük, bütün özgürlüklerin koruyucusu ve temel şartıdır. Bunun ötesinde, dini bir inanca sahip olmayanlar bile, demokrasiye inancı varsa bu gerçeği kabul etmektedirler.”¹⁰⁸ Malesef, günümüz dünyasında yanlış kabüllerden biri de “farklı fikirlerin”

¹⁰⁵ Dicle Kogacioglu, , *Progress, Unity, and Democracy: Dissolving Political Parties in Turkey*, 38-3 Law & Society Review, (2004), s. 435, 459.

Ayrıca bkz. Hakyemez, supra note 37.

¹⁰⁶ Paul M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, New York, CUP, 2005, s. ix.

¹⁰⁷ Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011. Kitabın orijinali, *Secularism and State Policies Toward Religion*, adı altında 2009 yılında Cambridge University Press tarafından basılmıştır.

Kuru, kitabında “dine toleranslı “pasif laiklik” (ABD) ve dini kamusal alandan dışlayan “dışlayıcı laiklik” (Türkiye ve Fransa) karşılaştırmasını yapıyor. Laiklikle ilgili politikaların belirlenmesinde ideolojik koşulların tarihi şartlar altında ortaya çıkıp şekillendiğini belirtiyor.

¹⁰⁸ James Massey, *Minorities and Religious Freedom in a Democracy*, New Delhi, Manohar Publishers, 2003, s. 9. Massey, kitabında Hinsistan’daki azınlıklar ve haklarını incelemektedir.

“Religious freedom is the condition and guardian of all other freedoms, furthermore, even individuals without any religious convictions, but who have faith in democracy, acknowledge this relationship.”

topluluklar arasında dini çekişmelere sebep olduğu inancıdır. Oysa, gerçek şu ki, bu tip kavgalar ve çekişmeler “tolerans ve anlayış (tahammül etme)” kültürünün yokluğundan kaynaklanmaktadır.¹⁰⁹

1982 Anayasası m. 24, din ve vicdan hürriyeti, m. 25, düşünce ve kanaat hürriyeti, m. 26, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir.¹¹⁰ 2001 Anayasa Değişikliği ile Anayasa m. 13’e laik devletin gereklerinin (?) hakların sınırlandırmasında bir ölçüt olarak kabul edilmesi,¹¹¹ Mahkeme’nin katı yorum içeren laiklik anlayışına destek olmuştur. Çünkü, son tahlilde laikliliğin ne anlama geldiğini ve laik Cumhuriyetin gereklerinin neler olduğunu bize söyleyebilecek tek yetkili mercii AYM olduğuna göre, bu çerçevede hakların sınırlandırması her daim AYM’nin vereceği karara bağlıdır. İlk bakışta, özgürlükler için bir güvence gibi gözükse de, şimdiye kadarki uygulamalarında özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi adına sınıfta kalmış olan Mahkeme’nin bu güveni sağlaması çok zor gözükmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, AYM özellikle laiklik ilkesini muhafazakar partileri (Refah, Fazilet ve AKP) kapatmak için gerekçelerinde sıklıkla kullanmıştır.

Mahkeme’nin bu husustaki kararlarından özellikle başörtüsüyle ilgili olarak 1989 ve 2008 tarihli kararları çok dikkat çekici olmuş ve laiklikle ilgili yargısal aktivizmin bariz örneklerinden birini oluşturmuştur.¹¹² AYM bu kararlarında,

¹⁰⁹ Ibid, s. 10. John Rex, dini gözüken çatışmaların her zaman dinden kaynaklanmadığını, hatta çoğu zaman etnik, siyasi çatışma ya da milliyetçilikten kaynaklandığını ifade etmektedir. Bkz., John Rex, *Ethnic Minorities in the Modern Nation State: Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration* (London, McMillan Press, 1996), s. 200.

¹¹⁰ **Din ve Vicdan Hürriyeti**

Madde 24- Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.-14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.-Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. -Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.-Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

¹¹¹ Mustafa Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, 4. Baskı, Ankara, LiberteY, 2003, s. 178.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

Madde 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

¹¹² E. S.: 1989/1, K. S. :1989/2, K. T.: 07/03/1989., E. S.: 2008/1, K. S.: 2008/2, K. T.: 30/07/2008. Adalet ve Kalkınma Partisi Kararı, devlet yardımından yoksun bırakma.

başörtüsüyle ilgili düzenlemeleri laiklik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. İlginçtir ki, AYM yeri geldiğinde özelleştirme kararlarında olduğu gibi bir ekonomist, yeri geldiğinde siyasi parti kapatma kararlarında siyaset bilimci ve yeri geldiğinde laiklik kararlarında bir din uzmanı ya da sosyolog gibi tesbitlerde bulunup karar verebilmiştir. Oysa ki, Yüksek Mahkeme ne bir din uzmanı, ne de bir sosyologdur.

Örnek olarak, 1989 tarihli başörtüsü kararındaki şu ifadeler Mahkeme'nin Auguste Comte ve Emile Durkheim'i aratmayacak şekilde sosyolojiye hakim olduğu izlenimini vermektedir:

“Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir. Dinî, çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır. Sosyal ve dinsel değerlere, geleneklere saygı ayrı, başörtüsü için çıkan yasayı dinsel inançlara dayandırmak ayrıdır. Toplumun ahlâk kuralları ve gelenekleriyle yön verdiği içtenlikli uygulamaları, yükseköğretim kurumlarında dinsel gereklere bağlamak dinsel özgürlüğü saptırmaktır. Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istendiğine inanma hakkıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir.”

AYM'nin iptal ettiği yasa metni (3511 Sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 2547 Sayılı Yasa'ya eklenen Ek madde 16) bu davada: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir,” hükmü olmuştur. Davanın içeriğine bakıldığında Mahkeme'nin kararı belli bir hayat modelinin dayatılması şeklinde kaleme alındığı çok açık ve net olarak görülmektedir. Mahkeme kararındaki mantıkla çözümleme yapacak olursak, İran'da kadınların kamusal alanda başörtüsü olmadan dolaşmasının yasak olması “belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır” bu bakış açısıyla ele alındığında doğru gözükmemektedir. Oysa ki, bütün yasakçı zihniyetler otoriter ve totaliter devlet modelini temsil etmektedir. Türkiye'nin de imzalamış olduğu uluslararası andlaşmalara göre, devletin vatandaşlarına “indoctrination” yapması yani belli bir

ideoloji ve hayat tarzını empoze etmesi yasaktır.¹¹³ Esasında, laiklik uygulamaları, din karşıtlığı şeklinde bir siyasetin ortaya konulmasını gerektirmez, şayet böyle bir uygulama temel politika olarak kabul edilirse, bu da laikliğin özüne terstir.¹¹⁴ Arslan bu kararlar ile ilgili haklı olarak şu tesbitte bulunmaktadır: “Anayasa Mahkemesi’nin 1989 tarihli kararına göre laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir. Hak ve özgürlüklerin nihai sınırı da bu ilkedir.”¹¹⁵

Türk AYM’nin bu alt kısmın girişinde de örnek olarak verdiğimiz yargısal aktivizm içeren kararları, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü koruma kaygısı taşımamakta, daha çok mevcut düzenin korunması ve vesayetçi yapının devam etmesini amaçlamaktadır.¹¹⁶ Bu durumda Türk AYM kararları ile, “anayasa mahkemelerinin müdahaleciliğinin yeni demokrasilerdeki ulusal parlamentoların otorite ve meşruluğunun kurumsallaşmasını baltalama tehlikesi de vardır,”¹¹⁷ pozisyonuna gelmiş ya da en azından yaklaşmış olmaktadır. Belge’nin ifadesiyle; AYM güçlü yani bağımsız olmasına rağmen insan haklarının gelişip yerleşmesi açısından başarılı bir sınav verememiştir.¹¹⁸ Oysa ki, modern anayasal demokrasilerde kamu hukuku (anayasa) anlayışı, devletin korunup kollanmasından uzaklaşmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında korunması noktasına gelmiştir.¹¹⁹ Turhan, Türkiye gerçeği ile ilgili olarak şu tespitlerde bulunmaktadır: “Türkiye’de yargı, asker ve sivil bürokratlar gibi kendisine siyaset

¹¹³ Indoctrination konusunda daha detaylı bilgi için bkz., Sylvie Langlaude, “*Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR*” 55 ICLQ (2006), s. 929. Yazar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de ki başörtüsü yasağı konusu ile ilgili vermiş olduğu *Leyla Şahin v. Turkey* ve 8. sınıfı bitirmeden çocukların Kur’an kurslarına gönderilmemesi yasağı ile ilgili olan *Çiftçi v. Turkey* kararlarını eleştirmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu yanlışlara son vermediğini ve indoctrination yasağını çiğnediğini ifade etmektedir.

¹¹⁴ Erdoğan, supra note 111, s. 153. Paralel görüş için bkz., Ran Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 Texas Law Review, (2003-2004), s. 1819-1860. Yazar, makalesinde Mısır, İsrail ve Türkiye Yüksek Mahkemelerinin din ve vicdan özgürlüğü bağlamında verdikleri kararları karşılaştırmalı hukuk metodolojisini kullanarak incelemektedir.

¹¹⁵ Arslan, supra 46, s. 244.

¹¹⁶ Türk AYM’nin yargısal aktivizm dolu kararlarının detaylı bir şekilde eleştirisi için bkz., Hakyemez, supra 37, s. 348-70.

¹¹⁷ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Mahkemeleri Önemli midir?*, 54-3 AÜSBFD, 2005, s. 3. Erdoğan bu ifadeleri Stephen Holmes’in “*Back to the Drawing Board*” 2-1 East European Constitutional Review (1993), s. 21-5 adlı makalesinden aktarıyor.

¹¹⁸ Ceren Belge, Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey, 40-3 Law & Society Review, (2006), s. 653-92.

¹¹⁹ Mehmet Turhan, *Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*, 62-3 AÜSBFD, (2007), Yavuz Sabuncu’ya Armağan, s. 380.

üzerinde vesayetçi bir rol biçmiştir ve yargı kendini devletin sahipleri arasında görmektedir...Türkiye’de demokratikleşme iradesi güçlü değildir ve ne yazık ki bu güçsüzlüğü yaratanlar arasında verdiği kararlarla (örneğin siyasi partilerin kapatılmaları gibi) yargı organı da yer almaktadır. Sanırım önce masaya yatırmamız ve çözüm bulmamız gereken temel sorun da yargının bu durumudur.”¹²⁰ Bu durumun düzelebilmesi için de Turhan bizim de bazı çekincelerle katıldığımız şu öneride bulunmaktadır: “Mahkemeler bireyin hak ve özgürlüklerine öncelik veren hak temelli bir yorum yöntemini benimsemesi durumunda çözüm kolaylaşacaktır. Bunun gerçekleşmesi ise liberal bir hukuk anlayışının toplumda egemen olmasını gerektirir.”¹²¹

Türk AYM’nin ne kadar çok yargısal aktivizmde bulunduğunu göstermesi açısından 1984-1999 yılları arasında ana muhalet partisinin önüne getirdiği davaların % 68.5’ini, Parlamento’nun beşte birinin açtığı davaların % 37,5’ini, ve Cumhurbaşkanı’nın getirdiği davaların % 85.7’sinde iptal kararı vererek, Avrupa’daki en yüksek iptal kararı veren yüksek mahkeme rekoruna sahip olmuştur.¹²² Her halükarda Türk AYM’nin bu denli aşırı yargısal aktivist durumunu Kemal Gözler’in (Yetki Kanunları ve kanun hükmünde kararnameler için ülkemizde uygulama ile ilgili söyledikleri) ifadeleri aslında özetler niteliktedir:

“Anayasa hukuku doktrini ve Anayasa Mahkemesi vaktini ve emeğini Anayasanın açık hükümlerini geçersiz kılmak veya Anayasaya Anayasada olmayan hükümler ilave etmeye çalışmakla kaybetmemelidir. Anayasadaki bir hükmü geçersiz kılmanın veya Anayasa Anayasada olmayan hükümler eklemenin hukuken mümkün bir yolu yoktur. Bu yolda ileri sürülebilecek tüm argümanlar, tüm fikir cambazlıkları mantiken çürütülebilir niteliktedir. Akıl ve muhakeme gücü kullanılarak Anayasanın bir normu ne geçersiz kılınabilir, ne de Anayasaya Anayasada olmayan yeni bir norm eklenebilir. Hukuk normu koymak veya hukuk normlarını ilga etmek akıl ve muhakeme sorunu değil, irade ve iktidar sorunudur. Bir demokraside ise bu iradeye ve iktidara anayasa hukukçuları ve Anayasa Mahkemesi

¹²⁰ Ibid, s. 403.

¹²¹ Ibid.

¹²² Yasushi Hazama, *Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey*, 34-3 Developing Economies, (1996), s. 325. Yazar haklı olarak, Türk AYM kararlarının istatistiksel olarak ciddi manada ele alınıp tasnif edilmediğinden şikayetçi olmaktadır.

üyeleri değil, halk ve halkın seçilmiş temsilcileri sahiptir. Anayasa hukukçularının ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin yoksun oldukları şey, akıl ve muhakeme değil, bu irade ve iktidardır. Bu hususun anlaşıldığı gün, Türk anayasa hukuku doktrini de, Anayasa Mahkemesi kararları da düzelecektir.”¹²³

III) ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm

Bu bölümde ABD anayasa hukuku literatüründe ciddi bir şekilde eleştiri almış olan aktivizm içeren şu kararlar incelenecektir: *Dredd Scott v. Sandford* (1857), *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), *Koromatsu v. U. S.* (1944), *Brown v. Board of Education* (1954), *Dennis v. United States* (1951), *Bailey v. Richardson* (1951), *Yates v. U.S.* (1957), *Brandenburg v. Ohio* (1969), *Lawrence v. Texas* (2003), *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life Inc* (2007), *Crawford v. Marion County Election Board* (2008), *Pierce v. Society of Sisters* (1925) ve *Wisconsin v. Yoder* (1972). Bölüm 2’de Politik sorun doktrini altında incelemiş olduğumuz; *Roe v. Wade* (1973) ve *Bush v. Gore* (2001) davası burada tekrar olmaması açısından incelenmeyecektir. Görülecektir ki bu kararların kimisi özgürlüklerin önünü açan, kimisi ise kapatan kararlar olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yargısal aktivizm hem pozitif hem de negatif anlamda kullanılabilecek bir kavram olarak karşımıza çıkmış olmaktadır.

İlk inceleyeceğimiz; *Dredd Scott v. Sandford* (1857) davasıdır. Bu dava, ABD anayasa hukuk tarihinde *Bush v. Gore* davası ortaya çıkana kadar en çok eleştirilen ve Yüksek Mahkeme’nin prestijini sarsan dava olarak kabul edilmiştir.¹²⁴ Kölelik kurumu, 1850’li yıllara gelindiğinde ulusal politikanın merkezinde yer almaktaydı ve çok ciddi bir şekilde tartışmalara sebep olmaktaydı. Güney devletleri köleliği korumak adına 1850 yılında yeni bir Uzlaşma (The Compromise of 1850) ile 1820 Missouri Uzlaşması’nı etkisiz hale getirmişlerdir. 1820 Uzlaşması, Kuzey’de yer alan devletlerde köleliği yasaklamıştı. 1850 Uzlaşması ile köle sahipleri, Kuzey’e

¹²³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınları, 2001, s. 752-3.

¹²⁴ 60 U. S. (19 How.) 393 (1856). Bkz., Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman, *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume I, From the Founding to 1890*, 2. Baskı, New York, OUP, 2002, s. 153.

kaçan kölelerini geri getirme hakkını elde etmiştir.¹²⁵ Güney için yasal koruma yeterli değildi, anayasal koruma zırhına da gereksinim duymaktaydılar. Bu dava ile ona da kavuşmuşlardır.¹²⁶ Yüksek Mahkeme Başkanı hakim Roger Taney, 1820 Missouri Uzlaşması'nın Anayasa'ya aykırı olduğunu, Kongre'nin bir vatandaşın köleye sahip olmasını yasaklayamayacağını, Anayasa'nın Kuzey çizgisindeki devletlere bu hakkı garanti etmediğini ifade etmiştir. Kölelerin eşya olduğunu, vatandaşlık hakkı olmadığını söylemiştir.¹²⁷

Dava özetle şu şekilde gelişmiştir; Dred Scott, sahibiyle birlikte Missouri'den (köleliğin serbest olduğu Güney devletlerinden biri) Minnesota bölgesine taşınmışlardır. 1820 Missouri Uzlaşması ile Minnesota'da kölelik yasaklanmış durumdaydı. Köle Scott daha sonra burada evlendi ve çocukları oldu. Daha sonra Dred ve ailesi, sahibiyle tekrar Missouri'ye geri dönmüştür. Sahibi (John Emerson) öldükten sonra, köle Scott'ın yeni sahibi Ermorson'un dul eşi olmuştur. Scott dava açarak, kendisinin özgür bir devlette daha önce yaşadığı için özgürlüğüne kavuşmuş olduğunu iddia etmiştir. 1850 yılında Missouri'dek jüri Scott'ın özgür bir devlet (köleliği yasaklamış eyalet) ve bölgede yaşadığı için (daha önce) özgür bir insan olduğuna karar vermiştir. 1852 yılında ise ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelen, *Scott v. Emerson* (1852) davasında “bir kez özgür olan, her zaman özgür olmuştur” (once free always free) kavramını reddederek Scott'ın Illinois ya da Wisconsin'de (köleliğin yasak olduğu) yaşamış olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, Missouri yasalarının geçerli olacağı, bu nedenle köleliğinin devam ettiğine karar vermiştir. 1850'de yeniden evlenen bayan Emerson, köle Scott'ın sahipliğini kendi erkek kardeşine transfer etmiştir. Bunun üzerine 1854 yılında Scott yeniden dava açarak özgürlüğüne kavuşmak istemiştir. 1857 yılında ABD Yüksek Mahkemesi ikiye karşı yedi oy çokluğuyla verdiği kararında; Scott'ın hiç bir zaman özgür olmadığını ve vatandaş da sayılamayacağını, 1820 Missouri Uzlaşması'nı çıkarmaya Kongre'nin yetkili olmadığını, yani köleliği yasaklayamayacağını belirtmiştir. Bu kararın ardından, sürekli olarak hukuk mücadelesinde Scott'a yardımcı olan Taylor Blow

¹²⁵Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis**, Hart Publishing, Oregon, 2009, s. 22.

1820 Missouri Uzlaşması hakkında daha fazla bilgi için bkz., Urofsky & Finkelman, ibid, s. 340-3.

¹²⁶ Tushnet, ibid.

¹²⁷ 60 U. S. (19 How.) 393 (1856).

onu sahibinden satın alarak özgürlüğüne kavuşturmuştur. Özgürlüğüne kavuştuktan iki buçuk yıl sonra da ölmüştür.¹²⁸

Kararda ilginç olan noktalardan biri de şu olmuştur. Yüksek Mahkeme, Taney, ABD Bağımsızlık Deklarasyonu'nu yazan Kurucu Babaların, Deklarasyon'un köle olan Afrikalı siyalara uygulanamayacağı (hak vermeyeceği) düşüncesinde olduklarını söylemiştir.¹²⁹ Karara karşı oy vermiş olan hakim Curtis, kararın ardından Mahkeme'den istifa etmiştir. Aynı yıl, ABD Başkanı James Buchanan, ABD halkından Mahkeme'nin kararını kabul etmesini talep etmiştir. Halkın buna yanıtı olumsuz olmuştur. 1860 yılındaki Başkanlık seçiminde dört aday yarışmıştır. Kölelik karşıtı olan Cumhuriyetçi Abraham Lincoln % 40'ın altında ve köleliğin serbest olduğu eyaletlerden (devletlerden) hiç birini kazanamamasına rağmen seçimin galibi olmuştur.¹³⁰ Pek çok anayasa hukuku tarihçisi, *Dred v. Scott* kararının ABD İç Savaşı'nı tetikleyen en önemli faktörlerden biri olduğunu ifade etmektedir.¹³¹

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme'nin yargısal aktivizmde bulunup yasamanın alanını gasp etmesi, Amerikan tarihinin en acı kayıpların, neredeyse yarım milyon insanın öldüğü olayların ateşini yakması hiçte küçümsenmeyecek bir olay değildir. Yüksek mahkemeler azınlıkları çoğunluğun tahakkümünden koruduğu sürece belli bir demokratik meşruiyet kazanabilirler. Yoksa statükonun devamını sağlayan kararlar vererek bu hedefe ulaşmaları çok zor gözükmektedir. Elbette ki, yüksek mahkemeler verdikleri kararlarla toplumun her kesimini memnun etmeleri mümkün değildir. Fakat, en azından haksızlığa uğrayan ve eşitlik peşinde koşan grup ve insanları koruyarak bir nebze de olsa meşruiyet kazanabilirler.

West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943) davasında,¹³² Yüksek Mahkeme 1940 tarihli *Minersville School District v. Gobitis*, adlı kendi kararını geçersiz kılmıştır. *Minersville* kararında, kamuya ait okullarda çocukların

¹²⁸ Urofsky & Finkelman, supra 124, s. 389-94.

¹²⁹ Bu bölümde yukarıda Türkçe'ye çevirdiğimiz ifadelerin, mümkün oldukça İngilizce'lerini dipnotlarda vermeye çalışacağız.

"It is too clear for dispute, that the enslaved African race were not intended to be included, and formed no part of the people who framed and adopted this declaration."

¹³⁰ Tushnet, supra 125, s. 22.

¹³¹ Urofsky & Finkelman, supra 124, s. 394-99. Ayrıca bkz., Kermit L. Hall, **The Magic Mirror: Law in American History**, New York, OUP, 1989, s. 142-3. David L. Hudson Jr., **The Handy Supreme Court Answer Book**, Detroit, Visible Ink Press, 2008, s. 102.

¹³² 319 U. S. 624 (1943).

bayrağı selamlamak zorunda olduğuna dair Pennsylvania Selamlama Yasası'nın Anayasa'ya aykırı olmadığına dair karar verilmiştir. *West Virginia* davasının gelişimi şöyle gerçekleşmiştir. Yehova Şahidi olan Gobitis'in iki çocuğu Yehova inancında İncil'e göre çizili-basılı görüntü ve şekillere ibadet edilemeyeceğinden bahisle okulda ABD bayrağını selamlamayı reddettikleri için, yerel okul idaresi tarafından okuldan atılmışlardır. Ailenin ekonomik durumu iyi olmadığından, çocuklarını özel okula da gönderememişlerdir. Bu nedenle aile, eyaletin zorunlu eğitim yasasını ihlal etmiş duruma gelmiştir. Devamındaki davalarda da Yüksek Mahkeme benzer kararlar verince, Yehova Şahidi inancına ait olan kişilerin çocukları korku içinde kalmış, hatta kimi yerlerde fiziksel tacize uğramışlardır. Yahova Şahidi inancına sahip pek çok ailelerin çocukları kamuya ait okullardan atılmıştır. Nihayet 1943 tarihli *Barnette* davasında hakim Robert Jackson, Mahkeme'nin geliştirmiş olduğu açık ve yakın tehlike testini davaya uygulayarak, Yahova Şahitlerinin bayrağı selamlamamasının hiç kimseye zarar vermediğini, diğer insanların haklarını ihlal etmediğini, kamu düzeni ya da eyalet için bir tehlike arz etmediğini belirterek, bu özgürlüğün "Konuşmama Hakkı" kavramı altında değerlendirileceğini, bu nedenle eyaletin yaptığı uygulamada haksız olduğuna karar vermiştir.¹³³ Davadaki ilgili yasa, kamuya ait okullarda öğrencilerin bayrağı selamlamasını zorunlu kılıyordu. Şayet öğrenciler, bayrağı selamlamayı reddederse, okul görevlileri bu durumu başkaldırı, itaatsizlik olarak değerlendirip, öğrencilerin okulla ilişkisini kesebiliyorlardı. Ayrıca, ilgili yasa öğrencinin velisinin ceza almasını, hatta hapse atılabileceğini belirtiyordu. Yehova Şahitleri, *Barnette* davasında, bayrağı selamlamaya zorlanmalarının, Anayasa'nın I. Değişikliği ilkesine (din ve konuşma özgürlüğünü koruyan) aykırı olduğunu iddia ederek davayı açmışlardır. Mahkeme'nin kararıyla, hükümetin (devletin) insanları vatensever olmaya zorlayamayacağı ifade edilmiştir. İlginçtir ki Mahkeme, kararını ABD'de bayrağa saygı günü olan Haziran 14 (1943) tarihinde vermiştir.¹³⁴

¹³³ Erwin Chemerinsky, **Constitutional Law: Principles and Policies**, 2. Baskı, New York, Aspen Publishers, 2002, s. 939. Detay için ayrıca bkz., Melvin I. Urofsky & Paul Finkelman, **A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present**, 2. Baskı, New York, OUP, 2002, s. 722-4.

¹³⁴ Hudson, *supra* 131, s. 256-7.

Esasında, Mahkeme'nin üç yıl sonra kararından dönerek böyle bir karar vermesinde, belki de o dönemde Hitler'in Avrupa'da Yahudilere karşı başlatmış olduğu kırımın etkisi olabilir. Oradaki acıları gören hakimler, ABD'de böyle bir şeyin ileride olmasına karşı engel olmak istemiş olabilirler. Ayrıca, nihayetinde, Yahova Şahitleri de, Hristiyanlık inancına sahip bir topluluk olduğuna göre, onlara karşı bu kadar katı davranılmaması gerektiği düşüncesi Mahkeme üzerinde etkili olmuş olabilir. Tabi ki bütün bunlar bir tahminden öteye geçmemektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, yüksek mahkemelerin önemi daha çok kriz dönemlerinde hak ve adalet dağıtabilme noktasında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin bu kararı, insan haklarını ve azınlık gruplarının inancını koruma adına pozitif bir yargısal aktivizm faaliyeti olarak görülebilir.

İkinci Dünya Savaşı, yani kriz döneminin önemli davalarından birisi de *Koromatsu v. U. S.* (1944)'dir. Bu dava ile birlikte şu davaları da belirtmekte fayda var: *Hirabayashi v. U. S.* (1943) ve *Ex parte Endo* (1944). *Hirabayashi* davasında,¹³⁵ Yüksek Mahkeme, sokağa çıkma yasağı cezasının sadece Japonlara uygulanmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Japon asıllı olan Gordon Hirabayashi, Washington Üniversitesi'nde çalışmaktadır. Hirabayashi, Japonlar hakkında çıkarılmış bulunan akşam 8 pm ve sabah 6 am arası sokağa çıkmama, evinde durma ve belirlenen yerde yaşama yasağına uymayıp, ve bunu da askeri tahliye etme merkezine bildirmediğinden dolayı tutuklanmıştır. Mahkeme hakimi Harlan Fiske Stone karar yazısında, Japonların 7 Aralık 1941'de Pearl Harbor (İnci Koyu)'a saldırmasından sonra, Kongre'nin bu olağanüstü dönemde bu şekilde etnik kimlik ayrımına göre karar alıp, askeri makamların da bunu uygulamasının anayasal olduğunu ifade etmiştir. Hirabayashi, askeri komutanın sadece Japon kökenlilere karşı böyle bir yaptırım uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmişse de, hakim Stone; ABD'nin Japonlar tarafından tehdit edildiğini, bu nedenle bu uygulamanın (sokağa çıkmama yasağı) Japonlara karşı yapılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını söylemiştir. Ayrıca, kararda savaş zamanında bu şekilde emirlerin alınıp uygulanmasının Başkan ve Kongre'nin yetkisinde olduğu yer almıştır. Fakat karşı oy

¹³⁵ 320 U. S. 81 (1943).

yazısında hakim Frank Murphy, Mahkeme kararını “ırkçılığın çirkin çukuruna düşme”¹³⁶ olarak tanımlamıştır.

Koramatsu davasında¹³⁷ yine Yüksek Mahkeme, Japonlara karşı alınan önlemin hapis etmenin, etnik-ırk esasına dayansa da Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme Japonların evlerinden başka yerlere taşınıp tahliye edilmesinin de Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, hükümetin ulusal güvenliği tehdit eden çok ciddi bir risk olduğu şeklindeki savunmasını haklı görmüştür. Yüksek Mahkeme, savaş zamanı olduğunu ve bu tip zorlukların savaşın bir parçası olduğunu söylemeyi de ihmal etmemiştir. Mahkeme’nin bir kaç Japonun vatansever olmadığını ileri sürerek, ortada bu tehditle ilgili hiç bir delil ve emare olmadan ve hiç bir ayırım yapmadan bütün Japonların tahliye edilmesini kabul etmesi gerçekten anlaşılması çok zor bir karar olsa gerek. Fred Koramatsu, savunma sanayii ile ilgili bir fabrikada çalışan Japon asıllı bir kişidir. Tahliye emri (internment orders) geldiğinde yaşadığı yerden taşınıp, adını değiştirmiş, hatta plastik ameliyat bile olmuştur. Buna rağmen, askeri emirlere karşı geldiği iddiasıyla yargılanmış ve ceza olarak Topaz, Utah’a nakledilmiştir.

Mahkeme, *Koramatsu* kararını verdiği gün, *Ex parte Endo* kararını da vermiştir. Aslında davayı açan ve davaya katılan Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği’nin amacı, tahliye programının tamamını iptal ettirmektir. Mahkeme ise, Mitsuye Endo adlı Japon asıllı kişinin vatanseverliğinin apaçık ortada olduğu, Başkanlık emirlerinin vatansever Japon asıllı Amerikan vatandaşlarına uygulanacağına dair açık bir yetki içermediği, bu nedenle vatansever Endo’nun tutuklanamayacağını söylemiştir. Fakat, Japon asıllı Amerikalıların tahliye ve sokağa çıkma yasağının Anayasa’ya aykırı olduğunu söylememiştir.¹³⁸

Esasında bu üç karar ortak olarak ele alındığında, ABD Yüksek Mahkemesi’nin savaş zamanlarında farklı inanç ve ırklara nasıl davrandığının örneklerini sergilemektedir. Mahkeme, 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra önüne gelen davalarda aynı hatalara tekrar düşmüştür. Bu üç karar da yargısal aktivizmin negatif örneklerinden sayılabilir. Çünkü, ABD Anayasası ve uygulamaları ırk ayrımcılığına

¹³⁶ “fall (ing) into the ugly abyssy of racism.” Bkz. Hudson, supra note 131, s. 253-4.

¹³⁷ 323 U. S. 214 (1944).

¹³⁸ 323 U. S. 283 (1944).

dayanarak yapılan yasaların geçerli olamayacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkemelerin çoğulcu demokrasinin olmazsa olmazı olan farklı grup ve düşünceleri özellikle zor zamanlarda koruyarak hukukun üstünlüğü ve hukuk devletini koruması gerektiği ortadadır. Ayrıca, bu tarz bir davranışın, yüksek mahkemelerin meşruiyetlerini de sağlamlaştırmasına zemin hazırlayabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Brown v. Board of Education (1954)¹³⁹ ile Yüksek Mahkeme, ABD’de siyahların aynı yerde beyazlarla eğitim alabileceğinin önünü açmıştır. Bu davadan çok daha öncesi *Plessy v. Ferguson* (1896)’da¹⁴⁰ Yüksek Mahkeme, 1890 tarihli Louisiana Yasasının tren işletmeciliği yapan firmaların siyah ve beyazlara aynı eşitlikte, fakat ayrı ayrı yer tahsis etmesini emreden hükmünü Anayasaya aykırı bulmamıştır. Esasında bu davada negatif özelliğe sahip bir yargısal aktivizm kararıdır. Mahkeme bu kararında “ayrı, fakat eşit” (seperate, but equal) doktrinini geliştirmiştir. Homer Plessy, 78 yaşında bir siyahi yolcu olarak beyazlara ayrılan kompartımanda yolculuk yapmak istemiş ve uyarıya rağmen orayı terk etmediği için tutuklanmıştır. Mahkeme kararında, yasanın, Anayasa Değişikliği, XIV. Madde, eşitliği koruma hükmünü ihlal etmediğini, çünkü yasanın ayrı fakat eşit özellikte imkan sağladığını belirtmiştir. Davada sadece hakim John Marshall Harlan karşı oy kullanarak, Mahkeme’nin kararının *Dred Scott* davası gibi pek çok zararlara sebebiyet verebileceği uyarısını yapmıştır.¹⁴¹

Brown v. Board of Education davası kamuya ait okullarda siyah ve beyazların ayrı sınıflarda ya da okulların sadece siyah ya da sadece beyaz öğrencilere eğitim vermesinin, Anayasa’nın eşitliği koruyucu hükmüne aykırı olduğunu ifade etmiştir. Dava, Kansas, Delaware, South Caroline ve Virginia eyaletlerindeki siyah ve beyazlara ayrı eğitim sunan kamu okulları aleyhine açılmıştı. Mahkeme kararında, ayrı fakat eşit doktrininin eğitimde yeri olmadığına karar vermiştir. Davada ismi geçen Linda Brown Topeka, Kansas’ta bir ilkokul öğrencisiydi. Davayı birlikte açan on üç aileden biri de Brownlar’ın ailesiydi.¹⁴² Bu karar, pek çok yazar tarafından ABD anayasa tarihindeki en etkili pozitif yargısal aktivist karar olarak görülmüştür.

¹³⁹ 347 U. S. 483 (1954).

¹⁴⁰ 163 U. S. 537 (1896).

¹⁴¹ Hudson, supra 131, s. 150.

¹⁴² Ibid, s. 282-3.

Kararın sonrasında, Güney'deki devletlerden itirazlar gelmiştir. Fakat zaman içerisinde de uygulamayla birlikte sorun aşılmıştır. Kenneth L. Karst'ın ifadesiyle; *Brown*, Yüksek Mahkeme'nin XX. yüzyıldaki en önemli kararıdır. Bugün bakıldığında, okul ve ırkların ayrılması hakkında bir karardan daha fazlasını ifade etmektedir. *Brown*, Anayasa'nın yasaklamış olduğu kast sistemin, hakkındaki en yetkili karardır.¹⁴³ Davada Mahkeme Başkanı olarak yer almış ve kararı okumuş olan Earl Warren, ABD anayasa hukuku tarihinde en aktivist kararları veren hakim olarak tarihe geçmiştir.¹⁴⁴ Bugün için herhalde azıcık hukuk nosyonu olan ve hukukun üstünlüğüne ve adalete inanan, etnik-ırk kimliği ayrımlarını reddeden kişiler, *Brown* gibi yargısal aktivizm içeren bir karara hayır demeyeceklerdir.

Dennis v. United States (1951), *Bailey v. Richardson* (1951), ve *Yates v. U.S.* (1957) kararları McCarthy dönemi davaları olarak karşımıza çıkmaktadır. *Dennis v. United States* (1951)¹⁴⁵ davasında 1940 tarihli Smith Yasasına (federal) dayanılarak verilen cezaları Yüksek Mahkeme onaylamış ve Yasayı da, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Smith Yasası, Birleşik Devletler'in fiziki güç kullanılarak yıkılmasının anlatılıp ifade edilmesini kişiler açısından yasaklayan bir Yasaydı. Mahkeme, bu davada “açık ve yakın tehlike” kriterini kullanmıştır. İlgili Yasa, 20 yıla kadar hapis cezası öngörmekteydi. Eugene Dennis ve on bir Amerikan Komünist Partisi üyesi, Smith Yasasını ihlalden ceza almışlardır. Davalılar, Anayasa Değişikliği, madde I'e dayanarak konuşma özgürlüklerinin sınırlanamayacağını iddia etmişlerdir. Mahkeme ise, Hükümetin kuvvet ve şiddet ile sona erdirilmesinin, kesinlikle konuşma özgürlüğünün sınırlanması için yeterli bir sebep olduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, Mahkeme'nin önceki hakimlerinden Holmes ve Brandeis'in tavsiye ettiği “açık ve yakın tehlike” testini uyarlayarak bu davada kullanmıştır.¹⁴⁶ Pek çok hukukçu ve sivil özgürlüklerin savunucu gruplar, Dennis ve arkadaşları, harekete geçmelerinden değil, fikirlerinden dolayı cezalandırılmıştır diyerek davayı eleştirmişlerdir. Bu kişiler, Stalin, Marx, Engels ve Lenin'in kitaplarını öğrettikleri

¹⁴³ Kenneth L. Karst, **Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution** (1989)'dan aktaran, Urofsky & Finkelman, supra 133, s. 785.

¹⁴⁴ Mark Tushnet, ed., **The Warren Court in Historical and Political Perspective**, Charlottesville & London, University Press of Virginia, 1993.

¹⁴⁵ 341 U. S. 494 (1951).

¹⁴⁶ Hall, supra 131, s. 314.

için uzun yıllar hapis cezasına çarptırılmışlardır.¹⁴⁷ Bu dava ile, Komünist Parti neredeyse tamamen sona erdirilmiştir ve Anayasa Değişikliği, madde I ise, konuşma özgürlüğü, büyük bir darbe almıştır.¹⁴⁸ Son tahlilde, davalılar konuşma ve kitap okumaktan başka bir faaliyette bulunmamış, hatta günümüzde bu kitaplar bazı üniversitelerde ders kitabı olarak da okutulmaktadır.

Bailey v. Richardson (1951) davasında,¹⁴⁹ Yüksek Mahkeme, dörde dört kararında, Washington D. C. Temyiz Mahkemesi'nin Hükümetin çalışanlarını politik ya da inançlarından dolayı işten atabileceğini belirten kararını onaylamıştır. Başka bir ifadeyle, Yüksek Mahkeme, McCarthy döneminin ekonomik yaptırımlarına onay vermiştir. Böylece, FBI ya da Kongre Araştırma Komitesi insanları şüpheli olarak belirledikten sonra, geriye sadece bunların işten atılması kalıyordu. Bu planın içinde Harvard'dan Hollywood'a kadar pek çok kuruluş yer alarak çalışanların işine son vermiştir.¹⁵⁰

Nihayet, *Yates v. U.S.* (1957) davasında¹⁵¹ Mahkeme, bire karşı altı oyla, Smith Yasasını dar yorumlayıp, pek çok Komünist Parti üyesinin almış olduğu cezanın Anayasa'ya uygun olmadığına karar vermiştir. Belknap'a göre bu karardan sonra artık kimse komplo teorisi kurularak cezalandırılamayacaktır. Böylece, Smith Yasası, komünist karşıtlığı görevini tamamlamıştır.¹⁵² *Noto v. U.S.* (1961)¹⁵³ ile de Mahkeme, yeterli delil olmadığı gerekçesiyle Smith Yasası'ndan dolayı verilen ceza kararını iptal etmiştir. Son olarakta, *Brandenburg v. Ohio* (1969) davasıyla,¹⁵⁴ Yüksek Mahkeme, her türlü fikri ve hangi seviyede olursa olsun radikalizmi yasaklayan bütün yasaları, konuşma özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir. McCarthy döneminde Yüksek Mahkeme sırf komplo teorileri ile delilsiz bir şekilde pek çok insanın hayatının kararmasına seyirci kalmıştır. Bir kez daha söylemek gerekir ki, mahkemelerin asıl ve en önemli görevi kriz dönemlerinde ortaya

¹⁴⁷ Chemirinsky, supra 133, s. 961.

¹⁴⁸ Belknap, supra note 100, s. 145.

¹⁴⁹ 341 U. S. 918 (1951).

¹⁵⁰ Ellen Schrecker, **Many Are The Crimes: McCarthyism in America**, New York, Little, Brown Company, 1998, s. 281-2, ve xv. Schrecker'in kitabı, McCarthy dönemindeki insan hakları ihlalleriyle ilgili yazılmış en detaylı bilgiler içeren bir kaç kitaptan biri olarak anılmaktadır.

¹⁵¹ 354 U. S. 298 (1957).

¹⁵² Belknap, supra 100, s. 272.

¹⁵³ 367 U. S. 290 (1961).

¹⁵⁴ 395 U. S. 444 (1969).

çıkılmaktadır. Malesef, ABD Yüksek Mahkemesi'nin kriz dönemlerinde pek başarılı bir sınav verdiği söylenemez. McCarthy döneminin kararları da yargısal aktivizmin negatif örnekleri arasında tarihteki yerini almıştır. Oysa, o dönemin davalıları olan komünistleri komplo teorisi, FBI ve devletin elinden kurtarabilecek tek mekanizma Yüksek Mahkeme olabilirdi.

Lawrence v. Texas (2003)¹⁵⁵ davasında Yüksek Mahkeme, Texas Anti-sodomy (homosexual karşıtı) Yasasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Yasa, aynı cinsten iki kişinin ilişkisini “sodomy” (homosexuality) olarak adlandırıp ceza öngörmekteydi. Polis silahın karıştığı bir ihbar üzerine, John Geddes Lawrence'ın evine gider. Silah bulamaz, fakat Lawrence'ı Thron Garner adlı adamla cinsel ilişkideyken yakalar ve Anti-sodomy Yasası'na göre işlem yapar. Lawrence ve Garner, Yasa'nın usul kurallarını ihlal ederek, onların özel hayat ve özgürlük haklarına zarar verdiği iddiasıyla dava açarlar ve Mahkeme'den *Bowers v. Hardwick* (1986) içtihadını değiştirmesini talep ederler. *Bowers* davasında Yüksek Mahkeme, Georgia eyaletinin sodomy ile ilgili yasasının Anayasaya aykırı olmadığına karar vermişti. İlginç bir şekilde, Mahkeme *Bowers* kararını iptal ettiğini ve Texas Anti-sodomy Yasasının Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararı kaleme alan hakim Anthony Kennedy'nin ifadesiyle; *Bowers* kararı verildiği zaman doğru değildi, bugün de doğru değildir. Artık, o kararın bir içtihad kararı olarak kabul edilmesine gerek yoktur. Ayrıca hakim Kennedy, devletin iki yetişkin insanın ortak iradeleriyle özel hayatlarında gerçekleştirmiş olduğu bir şeyi düzenlemeye hukuki yetkisi olmadığı ifadesini de kullanmıştır.¹⁵⁶ Karşı oy yazısında hakim Antonin Scalia, çoğunluk kararını verenleri “kültür savaşında taraf olmakla” itham etmiştir. Scalia, çoğunluk kararına katılanları, eyaletin (Texas) eşcinsellik hakkındaki moral değerlerini sorguladığını (oysa Mahkeme'nin buna hakkı olmadığını) söyleyerek eleştirmiştir.

Çok klasik bir yargısal aktivizm içeren karar, fakat pozitif mi yoksa negatif mi olduğu, ancak kişilerin inançlarına bağlı olarak cevaplandırılabilir bir sorudur. Kanaatimizce, hakim Scalia'nın karşı oy yazısında belirtildiği gibi, bir eyaletin

¹⁵⁵ 539 U. S. 558 (2003).

¹⁵⁶ “*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled...The petitioners are entitled to respect for their private lives... ”The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime.”

eşcinsellik hakkındaki moral değerleri görmemezlikten gelinmiş ve kültür savaşında Mahkeme taraf tutmuştur. Oysa ki azınlık korunurken, çoğunluğun değer yargılarına zarar verilmemelidir.

Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life Inc (2007),¹⁵⁷ Yüksek Mahkeme bağımsız sivil toplum kuruluşlarının (STK) (independent advocacy groups), Anayasa Değişikliği, madde I çerçevesinde spesifik olarak bir adayı belirtmeden, fakat adayı destekleyici reklam dağıtımını yapabileceğine onay vermiştir. Normalde, federal seçimlerde, sivil toplum kuruluşları direkt olarak bir adayı destekleyemezler. Bu kararın öncesinde 1985 tarihli kararında Yüksek Mahkeme, federal seçim çalışmalarında adayları harcama yaparak destekleyenlerin, bağımsız sivil toplum kuruluşlarının harcamasıyla ortak bir kordinasyon kurarak beraber çalışamayacağına karar vermişti.¹⁵⁸ Oysa, pek çok ABD’li siyaset bilimcinin belirttiği gibi, Mahkeme’nin 1985 tarihli kararına rağmen, bağımsız sivil toplum kuruluşları kendi fikirlerine yakın gördükleri adaylara danışmadan bile destekleyici kampanya faaliyetlerinde bulunuyorlardı.¹⁵⁹ Bu nedenle, Mahkeme’nin 2007 tarihli kararını olumlu görüp, politik hayatın gerçeklerine daha yakın olduğu ifade edilebilir.

Crawford v. Marion County Election Board (2008)¹⁶⁰ kararıyla da Yüksek Mahkeme, Birleşik Devletler’deki seçimlerde en sıkı kimlik uygulaması yasasına sahip olan Indiana eyalet yasasını onaylamıştır. Tushnet, eldeki verilere bakıldığında XIX. yüzyıl dışında, ABD’de seçimlerde hile yapıldığı gözlemlenmemiştir, iddiasındadır.¹⁶¹ Bu noktada Tushnet’e katılmamaktayız ve Yüksek Mahkeme’nin *Bush v. Gore* davasında Floridada meydana gelen olayları unutmadığı ve bu nedenle Indiana Yasasına onay verip, Anayasaya aykırı bulmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak, ABD Yüksek Mahkemesi’nin çocukların eğitimi hakkında verdiği iki karara değinmek istiyoruz. Bu iki karardan dolayı, ABD, Somali’den sonra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Konvansiyonu’na imza atmamış tek ülkedir. Bilindiği üzere, ABD anayasa hukukunda, eğitim eyaletlerin yetkisi ve

¹⁵⁷ 127 SCt 2652 (2007).

¹⁵⁸ *Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee*, 470 U. S. 480 (1985).

¹⁵⁹ Tushnet, supra 125, s. 66-7.

¹⁶⁰ 128 SCt 1610 (2008).

¹⁶¹ Bkz., Tushnet, supra 125, s. 59.

kontrolündedir. Bu davalardan ilki, *Pierce v. Society of Sisters* (1925)¹⁶² kısaca *Pierce* adıyla anılan davadır. Yüksek Mahkeme, Oregon eyaletinin zorunlu kamu okulunda eğitim yasasını Anayasaya aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Mahkeme, anne ve babanın ya da çocuğun kanuni temsilcilerinin onu yetiştirme ve eğitme konusunda özgür olduğunu, yani devletin (eyaletin) illa da kamu okullarında okutacaksın gibi bir zorlamada bulunamayacağını ifade etmiştir. Diğerisi ise kısaca *Yoder* adıyla bilinen *Wisconsin v. Yoder* (1972)¹⁶³ davasıdır. Wisconsin eyaleti, eyaletin zorunlu olarak okula devam etme yasasını ihlalden dolayı Amish dinine (eski Hristiyanlık geleneklerine bağlı ve 300 yıl önce Almanya'dan kaçarak ABD'ye yerleşmiş ve teknolojik hiç bir alet kullanmayan grup) mensup kişileri mahkum etmiştir. Yüksek Mahkeme, Amish grubu üyelerinin çocuklarını, orta üçten sonra okuldan alabileceklerini, bunun engellenemeyeceğini, ilgili yasa ise çocukların kamuya ya da özel okula, on altı yaşına kadar devam etmelerinin zorunlu olduğunu belirttiğinden Anayasaya aykırı bulunup geçersiz kılınmıştır. Dava incelendiğinde, Amish grubunun çocuklarını modern dünyanın değerlerine göre değil de, kendi inançlarının değer yargılarına göre yetiştirmek arzusunda olduklarından dolayı bu şekilde davrandıkları görülmektedir.

Marshall'ın belirttiği gibi, yargısal aktivizmin en tehlikelisi, partizanca ve tarafgirlik içeren kararlardır.¹⁶⁴ Zorn'un ABD Yüksek Mahkemesi'nin kararlarını istatistiksel olarak ele alıp inceleyen çalışmasında vardığı sonuç, son elli yılda Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar hem liberallerin hem de muhafazakarların dünya görüşüne hizmet etmiştir.¹⁶⁵ Kanaatimizce, bu da şunu göstermektedir: Yüksek Mahkeme mümkün olduğunca ve genel itibarıyla çoğunluğun yani o dönemde iktidarda olan partinin kanaat ve düşüncelerine yakın karar vermeye çalışmıştır. Elbette ki, bu kararların istisnası olan durumlar da mevcuttur. Örneğin, Yüksek Mahkeme'nin 2003 tarihli *Lawrence v. Texas*, eşcinsellik davasında iktidarda olan Cumhuriyetçi Başkan George W. Bush'dur. Ya da Yüksek Mahkeme, zorda kalacağını düşündüğü durumlarda, meselenin politik sorun olduğunu belirtip

¹⁶² 268 U. S. 510 (1925).

¹⁶³ 406 U. S. 205 (1972).

¹⁶⁴ Marshall, *supra* 12, s. 140.

¹⁶⁵ Christopher Zorn, *Ideological Extremism, Public Preferences, and Federal Judicial Review in the U. S. Supreme Court*, version 2.1 Working Paper, <http://ssrn.com/abstract=987872> (May 15, 2011).

davaya bakmaktan kaçınmıştır. ABD anayasa yargısında, daha önceki bölümlerde belirttiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme yasaların, Anayasaya aykırılığını tespit etme kararları vermektedir; yasaları iptal etme kararı değil. Mevcut iktidar ya o yasayı aynen muhafaza edebilir ya da yenisini de yapabilir. Buna hiç bir engel bulunmamaktadır. Bu şekilde, seçilmişler beğenmedikleri yargısal aktivizm içeren kararları, toplumsal konjenktürde müsaitse, Kongre’de yeni bir düzenlemeyle bertaraf edebilmektedir, tabi ki bu yolda çok istisnai olarak kullanılmıştır.

Toplumun elitlerinin genel olarak Yüksek Mahkeme’den beklentisi, elitlerin çıkarını koruması, bu nedenle de Anayasa’nın yorumunda son sözün Yüksek Mahkeme’ye ait olması gerektiği yönündedir.¹⁶⁶ Fakat, Mahkeme, *Brown* davasında olduğu gibi, siyahlara eşit eğitimin önünü açarak, bu elitlerle ters düşebilmektedir. Bu da, bu durumun istisnasına örnek olarak gösterilebilir. Fakat, en nihayetinde ABD anayasa yargısında en aktivist karar dahi, Anayasa Değişikliği ile bertaraf edilebilir. Bu da, son sözün Mahkeme’ye değil, halka ya da diğer bir ifadeyle halkın seçtiklerine ait olduğunu göstermektedir.

IV) Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Yargısal Aktivizm

Kanada Yüksek Mahkemesi’nin yargısal aktivizm içeren kararlarına geçmeden önce Kanada’nın anayasal yapısı hakkında öz de olsa kısa bir bilgilendirme yapmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Kanada’lı anayasa hukukçuları, Kanada anayasal sisteminin dört esasa dayandığını belirtmektedirler: Demokrasiye dayanan parlamentoculuk (parliamentary democracy), federalizm, kişi ve grup hakları (individual and group rights), ve yerli hakları (Aboriginal rights). Demokrasiye dayanan parlamentoculuktan anlaşılan ise; yasaların seçimle iş başına gelen yasama organı tarafından yapılmasıdır. Federalizmden anlaşılan, milli meselelerin federal hükümetin, yerel meselelerin de eyalet hükümetleri yetkisinde olmasıdır. Kişi ve grup hakları ise, kişilerin hem fert olarak hem de spesifik yaşadıkları gruptan dolayı haklarının olmasıdır. Örneğin, kişi olarak demokratik bir hükümete sahip olma hakkı vardır. Son olarak da, Kanada’da yaşayan ve Avrupalılardan önce gelmiş, şu an

¹⁶⁶ Matthew J. Franck, **Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. The Sovereignty of the People**, Kansas, University Press of Kansas, 1996.

nüfusları 1 milyonun üzerinde olan yerli halklara anayasal belgelerde tanınmış haklardır.¹⁶⁷

Kanada anayasa hukukunun kaynakları, öncelikle hakimler tarafından Birleşik Krallık'ta oluşturulan ve ardından Kanada'da oluşumu devam eden Anglo-Saxon hukukudur. Kanada Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Canada, SCC), 1985 yılındaki bir federal yasayla kurulmuştur. Kanada anayasa hukukunun yazılı olan en önemli anayasal kaynakları ise Konvansiyonlardır (Conventions). Bu Konvansiyonlara örnek olarak, Birleşik Krallık'ın Fransızların kolonisi olan Quebec eyaletini işgalinden sonra Krallık'ın ilan etmiş olduğu 1763 tarihli Krallık'a it Beyanname (The Royal Proclamation of 1763); hala günümüzde yerli hakların hakkının (Aboriginal Rights) korunması için anayasal bir belge olarak önemini korumaktadır. 1774 tarihli Quebec Andlaşması (Yasası) (Quebec Act) ise İngiliz Parlamantosunca kabul edilmiş ve Quebec eyaletinde Fransız hukukunun (Civil Law) uygulanmasının devamına izin vermiştir. Diğer önemli, hatta en önemli denilebilecek anayasal belge ise 1867 tarihli, İngiliz Kuzey Amerika Andlaşması (The British North America Act). Bu anayasal belge, 1982'den sonra Anayasa Andlaşması (Constitutional Act) olarak isimlendirilmiştir. 1867 tarihli bu belge ile New Brunswick, Nova Scotia ve Canada (Ontario ve Quebec eyaletlerinden oluşan) olarak federal birlik sağlanmıştır. 1931 yılında İngiliz Westminster Yasası (The British Statue of Westminster) ile resmi olarak, Kanada'nın İngiliz kolonisi olması sona ermiştir. Bu tarihten sonra, hiç bir İngiliz yasası, Kanada'nın onayı olmadan Kanada'da uygulanamaz hale geldi. 1949 yılına kadar, Yüksek Mahkeme davaları, diğer Birleşik Krallık kolonilerinde olduğu gibi, temyiz için Londra'daki The Judicial Committee of the Privy Council'in* (İstinaf Mahkemesi) önüne gitmekteydi.¹⁶⁸

1960'lı yılların başında, özellikle Quebec eyaletinden ve Kanada'nın her yerinden gelen baskılarla anayasal reform talepleri artmaya başlamıştı. İngiliz Kuzey Amerik Andlaşması'nın değişmesi gerektiği bu taleplerin merkezinde yer

¹⁶⁷ The Constitutional Law Group, editörs, **Canadian Constitutional Law**, 3. Baskı, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2003, s. 4.

* Müstemleke (koloni olan), kilise, müsadere ve konsolosluk mahkemelerinin verdikleri kararlara bakan istinaf mahkemesi. Bkz., Pars Tuğlacı, **İngilizce-Türkçe İktisadi, Ticari, Hukuki Terimler Sözlüğü**, Altıncı Baskı, İstanbul, ABC K, 1996, s. 394.

¹⁶⁸ The Constitutional Law Group, supra 167, s. 5-6.

almaktaydı. Bunların başında; “federal ve eyalet hükümetlerinin yetkilerinin yeniden düzenlenmesi, Senato’nun yeniden dizayn edilmesi ve daha çok yerel temsil gücünün olduğu bir yapının oluşturulması, Kanada Yüksek Mahkemesi’ne (SCC) anayasal statü kazandırılması, kişi hakları için anayasal koruma sağlanması ve yerli halkların haklarının anayasal olarak tanınması” gelmekteydi. Nihayet, 1982 yılında Anayasa Yasası (The Constitutional Act) diğer bir ifadeyle Kanada Anayasası (The Canadian Charter of Rights and Freedoms), 17 Nisan 1982’de kabul edilmiştir. Anayasa, kısım 52 (Kanada Anayasası maddelerine atıf yapılırken madde yerine kısım tabiri kullanıldığı için bizde bu ifadeyi tercih ettik), Anayasa’nın Kanada’nın en yüksek yasası olduğunu (the supreme law of Canada) ilan etmiştir.¹⁶⁹

Quebec eyaleti, geleneksel taleplerinin karşılanmadığı gerekçesiyle, bu değişikliklere itiraz etmiştir. Bunun üzerine 1987 yılında Kanada Başbakanı ve eyaletlerin başbakanlarının (premier) anlaşmaya vardığı Meech Lake Accord belgesi düzenlenmiştir. Belge, Quebec eyaletinin farklı bir toplumu olduğunu, Kanada’nın iki dilli bir ülke olduğunu ve federal harcamalar üzerinde kontrol, göçmenlik konularında federal ve eyalet hükümetlerinin anlaşmalar yapmasını içermektedir. 1990 yılında eyaletlerin desteği olmadığından bu uzlaşma sona ermiştir. Haliyle, bu duruma Quebec’liler sert tepki gösterdi. Nihayet, 1992 yılında The Charlottetown Accord üzerinde anlaşma sağlandı. Bu belge daha çok, Senato’nun yeniden seçimini, kuvvetlerin dağılımını ve yerlilerin hakları hakkında hükümler içermektedir. 1992 yılında yapılan milli bir referandumda büyük çoğunluk bu pakete hayır deyince Quebec bir kez daha hayal kırıklığına uğramış oldu.¹⁷⁰ 30 Ekim, 1995 yılında Quebec eyaletinde yapılan seçimde, Quebec eyaletinin Kanada’dan ayrılıp bağımsız bir devlet olması için referandum yapılmıştır. Oylama sonucu % 49.42 evet, % 50.58 ise hayır çıkmıştır. Fakat, referandum, Kanada Yüksek Mahkemesi önüne götürülmüştür.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ibid, s. 6-7. Kanada Haklar ve Özgürlükler Bildirgesi (Kanada Anayasası)’nin Kanada anayasal demokrasisi üzerindeki etkileri için, ayrıca bkz., Andrew Petter, **The Politics of the Charter: The Illusive Promise of Constitutional Rights**, Toronto, UTP, 2010.

¹⁷⁰ Ibid, s. 7-8.

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., P. Russel & B. Ryder, **Ratifying a Postreferendum Agreement on Quebec Sovereignty**, Toronto, C. D. Howe Institute, 1997. Yazarlar, bir eyaletin Kanada devletinden ayrılabilmesi için, pek çok anayasal değişikliğin gerektiğini iddia etmektedirler.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yargısal aktivizm içeren ve dikkat çeken şu kararları özet olarak incelenecektir: *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989], *Reference re Secession of Quebec* [1998], *R v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985], *Chaoulli v. Quebec* [2005], *Egan v. Canada* [1995], *Ford v. Quebec* [1988], *R v. Sharpe* [2001] *Thomson Newspapers Co. v. Canada* [1998], *Vriend v. Alberta* [1998], *Adler v. Ontario* [1996]. Son olarak da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Kanada aleyhine vermiş olduğu *Waldman v. Canada* (1999) kararı ele alınacaktır.

Andrews v. Law Society of British Columbia [1989] Kararı,¹⁷² Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1982 Kanada Anayasası, kısım 15'deki eşitlik hakları-eşitlik (equality rights) ile ilgili ilk davadır. Andrews, British Columbia eyaletinde göçmen statüsünde yaşayan Birleşik Krallık vatandaşlığına sahip bir kişidir. Eyalet barosuna kayıtlı olma şartlarından biri de Kanada vatandaşlığına sahip olmaktır. The Law Society of British Columbia (Baro) Andrews'in başvurusunu reddederek, eyalette avukatlık yapmasına engel olmuştur. Andrews, vatandaşlık dışında bütün şartları taşıdığını, baroya kaydedilmemesinin, Anayasanın 15. kısmında (section) yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu nedenle bu hükmün geçersiz olmasını talep etmiştir. British Columbia Yüksek Mahkemesi, bu talebi geri çevirmiştir. British Columbia Temyiz Mahkemesi (The Court of Appeal) ise Andrews'i haklı bulmuştur. Nihayet, dava Kanada Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi de Andrews'i haklı bularak, The Barristers and Solicitors Act (Avukatlık Yasası), kısım 42'nin Kanada vatandaşlığı şartını aramasının, Anayasanın eşitlik hükmüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Karşı oy yazısında, hakim McIntyre ve Lamer ise bu sınırlamanın makul olduğunu (reasonable limit) ifade etmişlerdir.

Kanada nüfusunun neredeyse yarıya yakını göçmen olduğuna göre ve özellikle, Almanya, Rusya gibi ülkeler de çifte vatandaşlığı kabul etmediğinden Mahkeme'nin

¹⁷² 1 SCR 143; 56 DLR (4th) 1. Kanada Anayasası ile ilgili maddeler yerine orjinal metinde kısım (section) ifadesi geçtiği için bu deyim tercih edilmiştir.

Kanada Anayasası, kısım 15 (1), Eşitlik Hakları başlığı altında, her bireyin; hukuk önünde ve altında eşit olduğunu, herhangi bir ayrımcılığa uğramadan eşit korunma ve eşit faydalanma haklarına sahip olduğunu, özellikle ayrımcılık; ırk, millet, etnik kimlik, renk, din, cinsiyet, yaş, akıl ya da fiziksel engellilikten olmaması gerekir.

"15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."

bu şekilde karar vermesi, çok kültürlü toplumun yararına gözükmektedir; her ne kadar Birleşik Krallık çifte vatandaşlığı yasaklamamış olsa bile. Bu nedenle, bu karara pozitif bir karar olarak bakılabilir.

Reference re Secession of Quebec [1998] Kararında,¹⁷³ Kanada Hükümeti Yüksek Mahkeme'den tavsiye kararı olarak (advisory opinion) üç soruya cevap vermesini talep etmiştir. Birincisi, Kanada Anayasası'na göre milli Yasama organı, Quebec eyaleti yasama organı ya da hükümeti, tek taraflı olarak Quebec'in Kanada'dan ayrılışını sağlayabilir mi? İkincisi, uluslararası hukuk, milli Yasama organı, Quebec yasama organı ya da hükümetine, tek taraflı olarak Kanada'dan ayrılma hakkını veriyor mu? Bu anlamda uluslararası hukukta self-determinasyon (kendi geleceğini belirleme) hakkı var mı, varsa milli Yasama organı, Quebec yasama organı ya da hükümetine tek taraflı olarak Kanada'dan ayrılma hakkını sağlar mı? Son soru ise, bu konuda, şayet uluslararası hukuk ve iç hukuk çatışırsa; tek taraflı ayrılma hakkı konusunda, hangi hukuka öncelik tanınacaktır.¹⁷⁴

Mahkeme, birinci ve ikinci sorunun cevabı olarak, Anglo-Saxon hukukunun ruhuna uygun biçimde, öncelikle Anayasa'nın yazılı veya yazılı olmayan kuralları olduğunu ifade etmiştir. Ardından, Kanada'yı oluşturan Konfederasyon birlikteliğinin başlangıcına giderek, bu birleşmenin nasıl ve hangi şartlarda oluştuğunu ortaya koymuştur. Sonra da, Kanada anayasacılığının dayandığı dört temeli açıklamıştır: Federalizm, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve azınlıkların korunması. Mahkeme, bu prensipleri davaya uygulayarak, tek taraflı bir ayrılma kararının Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmiştir. Quebec halkının apaçık bir şekilde Kanada'dan ayrılmayı ifade etmesi, bu taleple birlikte Birliği oluşturan diğer taraflarla (eyaletlerin) anayasal değişiklik için pazarlık yapılarak sonuca varılabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, uluslararası hukukun Quebec'deki duruma

¹⁷³ 2 SCR 217; 161 DLR (4th) 385.

¹⁷⁴ 1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

uygulanamayacağını ve uluslararası hukukun yasal olarak böyle bir ayrılma hakkı da vermediğini ifade etmiştir. Mahkeme, self-determinasyon hakkının, ancak diğer eyaletlerle yani Birliği oluşturan yapıdaki devletlerle pazarlıklar yapılarak anlaşmaya varılması sonucunda kullanılabileceğini belirtmiştir. Öte yandan bu hakkın kullanılırken, devletlerin toprak bütünlüğünü zedelenmeden uygulanabileceğini not etmiştir. Mahkeme, uluslararası hukukta, ancak koloni olarak ya da yabancıların işgali altında kalmış ise bir devletin ayrılma hakkı olacağını kabul etmiştir. Yoksa, varolan ulusal bir devlette, kendi kaderini tayin etme hakkını uzun bir süredir kullanan bir grubun, tek taraflı olarak ayrılmaya hakkı olamayacağını söylemiştir. Mahkeme, son 50 yılın 40 yılında, Kanada devletinin başbakanlarının Quebec’li olduğunu da not etmiştir. Son olarak Yüksek Mahkeme, referandumdan apaçık bir çoğunluk çıkması şartıyla, Quebec eyaletinin ayrılmak için pazarlıklara başlayabileceğini söylemiştir. Yoksa, tek taraflı olarak ayrılma hakkına sahip olamayacağını ifade etmiştir. Bu çerçevede, uluslararası hukuk ile Kanada iç hukukunun aynı olduğunu, çatışma olmadığını, bu nedenle üçüncü soruyu cevaplamanın gereksiz olduğu kanaatine varmıştır.¹⁷⁵

Kararı, Quebec hükümeti olumlu karşılamıştır. Demek ki, referandumdan net olarak çoğunlukla evet cevabı çıkarsa, diğer eyaletler ve Quebec’in ayrılmanın şartlarını konuşmak için pazarlıklara başlaması gerekecektir. Bunun da, tek taraflı bağımsızlık ilanını gereksiz kıldığı ortadadır. Kanada Federal hükümeti de kararı olumlu bularak, Quebec’in tek taraflı bağımsızlık ilan edemeyeceğini, açık ve net bir çoğunlukla referandumdan evet sonucu aldıktan sonra, ayrılmak için pazarlıklara başlayabileceğinin makul ve anlaşılabilir olduğu Quebec’li Kanada Başbakanı Jean Chretien tarafından ifade edilmiştir.¹⁷⁶

Uzun vadede, Quebec eyaleti şayet Kanada’nın ekonomisi kötüye gider ve eyaletteki var olan milliyetçilik akımları daha da güçlenirse, bağımsızlık

¹⁷⁵ Davanın detaylı olarak incelemesi için bkz., The Constitutional Law Group, supra 167, 458-66.

¹⁷⁶ Uluslararası Adalet Divanı (The International Court of Justice) 22 Temmuz, 2010 tarihli Kosova’nın tek taraflı olarak bağımsızlığını ilan etmesi ile ilgili olan tavsiye niteliğindeki kararında; tek taraflı bağımsızlık ilanının uluslararası hukukta yasaklanmadığını ve bu bağımsızlık ilanını da Sırbistan veya Birleşmiş Milletler (UN) organlarının yapmadığını belirtmiştir. Bu nedenle bağımsızlık ilanı bu kurallarla değerlendirilemez. Adalet Divanı, bu nedenle Sırbistan iç hukukuna bakmamış ve referandumun da gerekli olmadığına hükmetmiştir.

Detay için bkz., Reference re Secession of Quebec, http://en.wikipedia.org/wiki/Reference_re_Secession_of_Quebec (Haziran 15, 2011).

gerçekleşecek gibi gözükmetedir. Quebec eyaletindeki araba plakalarında 1978'den beri işgale gönderme yapılarak, “Je me souviens”, “Ben hatırlıyorum” ifadesi yer almaktadır. Veyahut Kosova gibi, tek taraflı olarak Quebec eyaleti bağımsızlık kararı alırsa, Kanada Federal hükümetinin buna tepkisi ne olacaktır? Bütün bunlar bir tahminden öteye geçmemektedir. Fakat, Yüksek Mahkeme'nin kararında İngilizlerin Quebec eyaletini yabancı işgal gücü olarak nitelendirmeye yanaşmaması, Yüksek Mahkemenin tarihi ters yüz ettiğinin bir göstergesi olsa gerek. Sonuçta, 1931 yılına kadar Kanada, Birleşik Krallık'ın resmi bir kolonisidir. Ayrıca, Quebec eyaleti, zamanında İngilizler tarafından işgal edilmiştir. Resmiyette, hala Kanada Federal sisteminin en üstünde İngiltere Kraliçesi yer almakta ve Kanada paraları onun adına basılmaktadır.

Özetle, Yüksek Mahkeme, bu kararında, Quebec'deki referandumdan ezici bir çoğunluk ile evet çıkarsa, bunun da ne olduğu belli olmamakla beraber, ayrılma sürecinin anayasanın değiştirilerek, eyaletler arası pazarlık sonucu gerçekleşeceğini ifade etmiştir. Bu dava, şayet ABD Yüksek Mahkemesinin önüne gelseydi, büyük bir ihtimalle, politik sorun doktrininden dolayı Mahkeme davanın esasına bakmayacaktı. Ayrıca, ABD anayasa hukukunda Mahkeme'den tavsiye niteliğinde kararlar alınması mümkün değildir.

R v. Big M Drug Mart Ltd. [1985] Kararında¹⁷⁷ Yüksek Mahkeme, 1906 tarihli Lord's Day Act (Allah'ın Günü Yasası)'ın, yani Pazar günlerinin tatil olmasının, Kanada Anayasası, kısım 2'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁷⁸ Büyük eczaneler zincirine sahip olan (hala) Drug Mart, Calgary, Alberta eyaletindeki dükkanında, 30 Mayıs 1982 Pazar günü kanuna aykırı şekilde satış yaptığı için aleyhine ceza kesilmiştir. Mahkeme, ilgili yasanın gerçekte seküler kaynaklı bir kural

¹⁷⁷ 1 SCR 295; 18 DLR (4th) 321.

¹⁷⁸ Kanada Anayasası, kısım 2, Temel Özgürlükler başlığı altında, her birey; din ve vicdan özgürlüğüne, düşünce-inanç-fikir ve anlatma, buna basın özgürlüğü ve diğer medya iletişim özgürlükleri de dahil olmak üzere, barışçıl bir şekilde toplanma özgürlüğü ve dernek (organizasyon) kurma özgürlüğüne sahiptir. Orjinal metin:

Fundamental Freedoms

“2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.”

olmadığını, var olan yasa kuralının bir devlette dinin gerektirdiği bir kural olduğunu, bu nedenle geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararıyla, Kanada'da Pazar günleri alışveriş yapma imkanı doğmuştur. Bu karar, olumlu bir yargısal aktivizm kararı olarak görülebilir. Özellikle, çok kültürlü ve değişik dini inançlara sahip olan Kanada açısından, toplumsal mozaik ve yasal zeminin değişik inanç ve özgürlüklere yaşama imkanı sağlaması gerektiği ortadadır. Fakat, kanaatimizce, yüksek mahkemeler, yasama organının yerine geçerek yasa koyucu gibi hareket etmemelidir. Sonuçta, mahkemelerin hangi sınırdan duracağını kestirmek gerçekten zordur. Tarihçi ve ahlak bilimci Lord Acton'un dediği gibi, "Kuvvet (güç) yolsuzluğa meyillidir ve mutlak (şartsız, sınırsız) kuvvet, mutlaka (eninde sonunda) yolsuzlaşır. Büyük insanlar, neredeyse her zaman kötü insanlardır."¹⁷⁹

Chaoulli v. Quebec [2005] Kararında¹⁸⁰ Kanada Yüksek Mahkemesi, Quebec Sağlık Sigortası Yasası (the Quebec Health Insurance Act) ve Hastane Sağlık Sigortası Yasasının (the Hospital Insurance Act), özel sağlık sigortasını yasaklamasını, bunun sonucunda insanların genel sağlık sisteminde uzun süre sıranın kendilerine gelmesini beklemelerinin, Quebec İnsan Hakları ve Özgürlükleri Beyannamesi (the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms)'ni ihlal ettiğine karar vermiştir. Dörde karşı üç oyla verilen kararda, Yüksek Mahkeme, Quebecclilerin, Quebec Beyannamesi'ne göre hayat hakkı ve güvenliği ilgili yasaca ihlal edilmiştir. Mahkeme, verdiği kararın, sadece Quebec eyaleti için geçerli olduğunu da ifade etmiştir. Ayrıca, yedi hakimden üçü, Yasa'nın Kanada Anayasası, kısım 7'yi¹⁸¹ ihlal ettiği kanaatini arz etmiştir.

Öncelikle şunu belirtmekte fayda var: Bütün Kanada'da genel sağlık sigortası sistemi geçerlidir ve bütün herkes parasız olarak bu sistemden yararlanır. Bu karar ise; parası olanların sağlıkta öncelikle tedavi olabilmemesinin yolunu açarak, Quebec

¹⁷⁹ "Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely. Great men are almost always bad men."

<http://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html> (Haziran 20, 2011)

¹⁸⁰ 1 SCR 791, 2005 SCC 35.

¹⁸¹ Kanada Anayasası, kısım 7, Bireyin Hayatı, Özgürlüğü ve Güvenliği başlığı altında, her birey; hayat, özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir, ve temel adaletin prensiplerine uygunluk dışında bu haklardan mahrum edilemez. Orjinal metin:

Life, Liberty and Security of Person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

eyaletinde eşitlik kuralının ciddi olarak zedelenmesine yol açtığı kanaatindeyiz. Ayrıca, kararın sadece Quebec’e has uygulanabileceğinin belirtilmesi de Mahkeme’nin iş güzarlığı olsa gerek. Bu nedenle, üç hakimin karşı oy kararına katıldığımızı belirtmek isteriz.

Egan v. Canada [1995] Kararında ise¹⁸² Yüksek Mahkeme eşitlik hakları (kısım 15) ile ilgili olarak, kişilere cinsel tercihlerinden dolayı (eşcinsellik gibi) ayrımcılık yapılamayacağı kararını vermiştir. Fakat, davayı davacının aleyhine sonuçlandırmıştır. James Egan ve John Norris Nesbit 1948 yılından beri birlikte yaşayan eşcinsel kişilerdir. 1986 yılında James Egan 65 yaşına ulaşınca, emeklilik hakkı kazanmıştır. Yasaya göre (Old Age Security Act), şayet kişinin geliri belli bir miktarın altında ise, eşi de bu yasa çerçevesinde belli bir oranda finansal destek alabilmektedir. John Norris Nesbit’de 65 yaşına ulaşınca eş hakkından yararlanmak için başvuru yapmıştır. Fakat, Sağlık ve Sosyal Yardım Kurumu, eş kavramının aynı cinsiyetten olan iki kişiyi kapsamadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise başvuruyu reddederek, Yasadaki “eş” kavramının bu şekilde olmasının, eşcinsellerin bu kavrama dahil edilmemesinin Anayasaya aykırı olmadığını, fakat cinsel tercihten dolayı ayrımcılık yapılmasının, Anayasanın kısım 15 eşitlik kuralına aykırı olacağına karar vermiştir. Esasında bu şekil bir karar vermekle Yüksek Mahkeme, daha sonra vereceği eşcinsellik lehindeki kararlara zemin hazırlamıştır. Aynı zamanda, Yüksek Mahkeme eşcinsellik hakları savunucularının önünü açmıştır. Karar dörde karşı beş oyla çıkmıştır. Karara katılan hakimlerden biri, kararın gerekçelerine katılmamıştır.

Ford v. Quebec [1988] Kararında¹⁸³ Yüksek Mahkeme, Quebec eyaleti, Fransız Dili Beyannamesinin (the Charter of the French Language) ticari işaret ve tabelalarda, Fransızca’dan başka dil kullanılmasının sınırlandırılmasının Anayasa’nın ifade özgürlüğünü koruyan hükmüne (kısım 2) aykırı olduğuna karar vermiştir. Yün dükkanı sahibi Valerie Ford, bu yasadaki (Beyanname) İngilizce ve Fransızca değil, sadece Fransızca içeren yazılarla müşterilerine servis sunması gerektiği konusunda yetkililer tarafından defalarca ihtar edilmiştir. Yasaya muhalefetten dolayı da para cezasına çarptırılmıştır. Quebec Yüksek Mahkemesi ve Quebec Temyiz

¹⁸² 2 SCR 513; 124 DLR (4th).

¹⁸³ 2 SCR 712; 54 DLR (4th) 577.

Mahkemesi de yasanın Anyasaya aykırı olduğunu ifade etmiş, Kanada Yüksek Mahkemesi de her iki kararı da onaylamıştır.

Yüksek Mahkemenin bu şekilde karar vermesi, esasında azınlık haklarının yasama organı karşısında nasıl korunabileceğine güzel bir örnek teşkil etmektedir. Sonuçta, Quebec eyaletinde yaşayan İngiliz asıllı azınlıklar da vardır. Davacı ise sadece İngilizce değil, hem İngilizce hem de Fransızca olarak ticari tabelaları ve işaretleri kullanmaktadır. Tabelalar, sadece İngilizce olsa bir ihtimal olarak, Fransız dilini çoğunluğa karşı korumada sıkıntı oluşturduğu iddia edilebilir. Yüksek Mahkemenin kararından sonra, Quebec eyaleti Başbakanı (Premier) Robert Bourassa Yasa 178 (Bill 178)'i teklif ederek Quebec yasama organınca kanun olarak çıkmasını sağlamıştır. Yeni yasa, Fransız Dili Beyannamesi (Charter)'nde küçük değişiklikler yapmış, fakat Kanada Yüksek Mahkemesi kararını takip etmemiştir. Eyalet yasama organı, Kanada Anayasası, kısım 33'ü (Notwithstanding clause, override power-askıya alma kuvveti)¹⁸⁴ Anayasaya dayanarak yasanın mahkemelerce yargısal denetimden geçmesini beş yıl boyunca engellemiştir. Bunun ardından, Quebecli milliyetçiler Fransız Charter (Beyannamesi)'nin bu şekilde değiştirilmesine kızdılar. İngilizce konuşan Quebeccliler de "Askıya Alma Kuralı"nın kullanılmasına karşı çıktılar. Bu çekişme, Meech Lake Accord (yukarıda Kanada anayasal sistemini anlatırken bahsettiğimiz) uzlaşısının sona ermesine sebep oldu. 1993 yılında, Quebec eyaleti yasama organı Fransız Dili Beyannamesi'ni Kanada Yüksek Mahkemesi'nin

¹⁸⁴ Kanada Anayasası, kısım 33, özetle ulusal Parlamento ya da eyalet yasama organları, Anayasa kısım 2 ya da 7. ile 15. kısımlar arasındaki hakları ilgili yasayı kullanırken askıya alabilirler. Askıya almanın beş yıl olabileceği ya da askıya alma kararını veren organın bu süreyi kısa tutabileceği ve beş yıl dolduktan sonra yeniden askıya alma kararının verilebileceği bu ikinci kararda da sürenin yetkili organlarca kısa tutulabileceği ifadeleri yer almaktadır. Orjinal metin:

"(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)."

kararı doğrultusunda değiştirmiştir. Son haliyle Beyanname, Fransızcanın ticari işaret ve tabelalarda öncelikli hakim durumda olmasını, fakat Fransızcadan başka dillerinde kullanılabileceği hükmünü taşımaktadır. Quebec eyaleti yeniden askıya alma kuralını da kullanmamıştır.¹⁸⁵ Askıya alma kuralının konuluş sebebi, parlamentonun üstünlüğü ilkesini devam ettirmek içindir.¹⁸⁶ Yani son söz, parlamentolara ait olacaktır. Kanada Anayasasındaki hak ya da hakların belli bir kanun uygulanırken basit bir oy çokluğuyla ulusal parlamento ya da eyalet yasama organlarınca askıya alınıp uygulanmaması askıya alma kuralının özünü oluşturmaktadır. Kanada'nın eski başbakanlarından Jean Chretien, şayet Yüksek Mahkeme, bir gün nefret konuşması (hate speech) ve çocuk pornografisini ifade özgürlüğü kapsamı altına sokup yasallaştırırsa, askıya alma kuralının buna karşı koruyucu kalkan olacağını ifade etmiştir.¹⁸⁷ Quebec eyaleti dışında şimdiye kadar askıya alma kuralı iki defa kullanılmıştır. Saskatchewan eyaletinde işe geri dönme yasasını korumak için, Alberta eyaletinde ise, evliliğin karşı cinsler arasında olduğuna dair yasal tanımı korumak için kullanılmıştır.¹⁸⁸ Politik sorun doktrininden sonra, parlamentoların üstünlüğünü koruma adına böyle bir hükmün konulması yerindedir. şayet, askıya almanın kullanılmasını seçmen beğenmemişe, aynı partiyi tekrar iktidara getirmeyerek cevabını vermiş olacaktır. Ama, bu kural sayesinde, yüksek mahkemeler halka ya da halkın seçtiklerine rağmen, toplum mühendisliğine girişemeyecektir.

R v. Sharpe [2001] Kararında¹⁸⁹ 1993 yılında Federal hükümet, Ceza Yasasında çocuk pornografisi ile ilgili olarak değişiklik yaparak; sadece üretim, satış ve dağıtım değil, elde bulundurulmasının da suç olduğu hükmünü getirmiştir. Yüksek Mahkeme, yasanın iki istisna ile geçerli olabileceği kararını vermiştir. Mahkeme Başkanı hakim McLachlin, çocuk poronografisi bulundurmanın, Anayasa, kısım 2'de yer alan ve korunmuş olan ifade özgürlüğünün bir çeşidi olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca McLachlin, yasa ile konulan sınırlamanın geçerli olduğunu da eklemiştir. Bu dava öncesinde, British Columbia eyaleti Yüksek Mahkemesi, yasanın özel hayat ve

¹⁸⁵ Kararın detaylı incelemesi için bkz., The Constitutional Law Group, supra 167, 775-80.

¹⁸⁶ Bkz., Section Thirty-three of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, http://en.wikipedia.org/wiki/Notwithstanding_clause (Temmuz 13, 2011).

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ The Constitutional Law Group, supra 167, 780.

¹⁸⁹ 1 SCR 45; 194 DLR (4th) 1.

ifade özgürlüğü açısından derin bir saldırı niteliği taşıdığını söyleyerek yasanın, Anayasaya aykırı olduğu kararını vermiştir. Kanada ulusal Parlamentosunun yarından çoğu ve toplumun büyük kesiminden yapılan eleştiriler, Kanada Başbakanın harekete geçerek, British Columbia Yüksek Mahkemesinin kararını askıya almasını istemiştir.

Olayın faili olan Sharpe, Amsterdam dönüşü Kanada gümrüğünde çantasındaki bilgisayar disketlerinde çocuk pornografisi olduğu ve daha sonra Vancouver'daki dairesinde de erkek çocuklarına ait pornografik materyaller bulundurduğundan dolayı tutuklanmış ve elinde kanuna aykırı şekilde çocuk pornografisi bulundurmaktan aleyhine suçlamada bulunulmuştur. Mahkemede (British Columbia eyaleti) bir İngilizce profesörünün yardımıyla yaptığı yazılı ve fotoğrafik çalışmaların artistik olduğu noktasına dayanarak suçlamalardan kurtulmuştur.¹⁹⁰

Kanada Yüksek Mahkemesi, Ceza yasasındaki hükümlerin çok geniş düzenlendiğini, bu nedenle iki çeşit materyalin yasanın kapsamına (çocuk pornografisi) girmeyeceğine karar vermiştir. Çünkü bu iki durum doğrudan çocuklara zarar verecek potansiyel taşımamaktadır. Birincisi, yazılı ve görüntülü materyalleri elinde bulunduran aleyhine suçlama yapılan kişinin bunları sadece kendi kişisel kullanımı için hazırlamış olmasıdır. İkincisi ise, suçlananın hazırlanmış olduğu görüntülü kayıtlar ya da çizimlerin kendini göstererek ve yasal olmayan seks faaliyetleri bulunmayabilir ve yine sadece kendi özel kullanımı için olabilir. Yüksek Mahkeme, bu nedenle bu iki durumun çocuk pornografisi kavramına sokulamayacağını¹⁹¹ ifade etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesine bu materyaller sadece kişisel kullanım içinse, bunları kullanan kişilerin nereden elde edebileceğinin sorulması gerekir. Bu tip materyalleri kullananlar, belli bir süre sonra hastalıklarının ilerlemesi sonucu (her ne kadar akademik bir ifade olmasa da), nerede ve nasıl tedavi edilecektir. Mahkemenin, çocuk pornografisini, ifade özgürlüğü kavramına dahil etmesi büyük bir talihsizlik olmuştur. Ayrıca, bu karara karşı toplumun büyük bir kesiminden tepki gelmesine rağmen, Başbakan'ın ulusal Parlamentosu kullanarak, kararı askıya almamasının daha da büyük bir talihsizlik olduğu kanaatindeyiz. Kanada'nın ünlü anayasa hukuku yazarları haklı olarak şu soruyu sormaktadırlar:

¹⁹⁰ Davanın detayı için bkz., R. v. Sharpe, http://en.wikipedia.org/wiki/R._v._Sharpe (Temmuz 20, 2011).

¹⁹¹ The Constitutional Law Group, supra 167, s. 988.

Yüksek Mahkeme, yasanın hükmünü iptal etme yerine hükmün iki istisna ile birlikte anlaşılması ve okunması gerektiğini söyleyerek, yasayı yeniden yapmış olmuyor mu?¹⁹²

Thomson Newspapers Co. v. Canada [1998] Kararında¹⁹³ Yüksek Mahkeme, seçmen görüşünü yansıtan anketlerin seçimlerden üç gün önce yayınlanmasını yasaklayan federal yasanın ifade özgürlüğünü haksız bir şekilde (unjustified) sınırlandırdığını ve bununla Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Davada, Federal hükümet yasaklamanın gerekli olduğunu, çünkü potansiyel olarak seçime bir kaç gün kala bu tip anketlerin yayınlanmasını engellemek, çarpıklık ve bozukluklara sebebiyet vermemek içindir. Ayrıca, bu anketlerin doğruluğunu görmek içinde yeterli zaman yoktur. Yüksek Mahkeme, bu savunmayı reddederek, anketlerin seçmen için faydalı bilgiler içerebileceğini, son dakika anketlerinin seçimde stratejik oy kullanmak isteyenler için, şayet kendi oy atacağı partinin kazanma şansı yoksa, ikinci bir şans olduğunu, ayrıca hangi bilgiyi kullanacağını sağlayabileceğini ifade etmiştir. Şayet, bu bilgiye sahip olmalarından dolayı (son dakika anketleri) oylarını daha bilinçli şekilde kullandıklarını düşünüyorlarsa, yasak; bu seçmenlerin ifade özgürlüğüne müdahale anlamına gelmektedir. Mahkeme, seçmenin anketleri değerlendirme kapasitesinin de hafife alınmaması gerektiğini not etmiştir.¹⁹⁴

Vriend v. Alberta [1998] Kararında başvuru¹⁹⁵ Delvin Virend, Edmonton, Alberta eyaletinde özel bir dini kolej olan, King's College'de laboratuvar koordinatörü olarak çalışmaktadır. Eşcinsel olduğu için işinden atılmıştır. İşin aslı ise, koleje homosexual slogan içeren bir tişört giyerek gelmiş ve okulun Hristiyan ahlaki kuralına aykırı davranmıştır. Soruşturma sonucunda işine son verilmiştir. Alberta Kişi Haklarını Koruma Yasası (the Alberta Individual Rights Protection Act) çerçevesinde başvuru yapması da engellenmiştir. Çünkü, yasama organı ayrımcılığın kaynağı olarak cinsel tercihleri yasaya bilinçli olarak koymamıştır. Cinsel tercihin ayrımcılığın sebeplerinden biri olmasının yasada olmamasına dayanarak, Anayasadaki eşitlik kuralının ihlal edildiği savıyla eyalet mahkemesinde dava açan

¹⁹² Ibid, "Why did the Court decide to "read in" these exemptions (or read out part of the law) instead of simply striking down the law? Was the Court engaging in judicial redrafting of the legislation?"

¹⁹³ 1 SCR 877; 159 DLR (4th) 385.

¹⁹⁴ Davanın incelemesi için bkz., The Constitutional Law Group, supra note 167, s. 1001.

¹⁹⁵ 1 SCR 493; 156 DLR (4th) 385.

Vriend, davayı kazanır. Fakat, Alberta Temyiz Mahkemesi, bu kararı geçersiz kılar. Dava, Kanada Yüksek Mahkemesi önüne gelir. Yüksek Mahkeme, Vriend'in eşitlik haklarının ihlal edildiğini, (yasa koyucunun bilinçli olarak yasaya cinsel tercihi ayrımcılığın kaynağı olarak koymamış olmasının sonucu değiştirmeyeceğini), cinsel tercihinde (sexual orientation) ilgili yasada ayrımcılığın sebeplerinden biri olarak varmış gibi görülmesini ve okunmasını istemiştir. Yüksek Mahkeme, böylece *Egan v. Canada* davası ile başlatmış olduğu eşcinsellik haklarının koruyucusu ve savunucusu durumuna gelmiştir.

Kararın ardından, Alberta eyaleti yasa koyucuları, eyaletin başbakanından askıya alma kuralını uygulamasını istemişlerdir. Alberta eyaleti başbakanı (premier) Ralph Klein ise, kamuoyu protestosunun nefret dolu olduğunu söyleyerek sağ kesimin tepkilerini toplamakla yetinmiştir. Bazı yazarlar ise, Klein'in seçilmeden önce, cesur ve küstah mahkeme kararlarına karşı geleceği sözünü verdiğini, bu hareketinin verdiği sözlerle bağdaşmadığını belirtmişlerdir.¹⁹⁶ Bu karar; bir kez daha Kanada Yüksek Mahkemesinin yasama organın yerine geçerek yasayı yeniden yazmasından başka bir şey değildir.

Adler v. Ontario [1996]¹⁹⁷ davası, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin incelemiş olduğumuz kararlardan sonuncusu olacaktır. Ayrıca, bu karara bağlı olarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Kanada aleyhine vermiş olduğu *Waldman v. Canada* (1999) kararı da ele alınacaktır. *Adler* kararında Yüksek Mahkeme, dini gruplara ait okullara anayasal olarak yardım edilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda karar vermiştir. Mahkeme, Ontario Okullar Yasasının Anayasanın kısım 2 (a)-din özgürlüğü- ve 15 (1)-eşitlik kuralı- veya 1867 tarihli Anayasa Yasasının (the British North American Act) kısım 93 hükümlerini ihlal etmediği kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme, eyaletteki bütün Katolik Hristiyan okullarının devlet yardımı alması karşısında, eyaletteki özel bazı Hristiyan okulları veya Yahudi okullarının devlet yardımı almamasını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme, Katolik okullarının 1867 tarihli, kısım 93 hükmüne göre yardım aldığını ifade etmiştir. Mahkeme, Konfederasyonun yani Birlik'in kurulabilmesi için, Kurucular tarafından böyle bir anlaşmanın yapıldığını, bunun politik bir anlaşma

¹⁹⁶ *Vriend v. Alberta*, http://en.wikipedia.org/wiki/Vriend_v._Alberta (Temmuz 25, 2011).

¹⁹⁷ 3 SCR 609; 140 DLR (4th) 385.

olduğunu, yoksa özgürlükler temeline dayanmadığını, bu nedenle kısım 93'ün diğer dinleri kapsamadığına karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca kısım 2 (1982 tarihli Anayasa)'nin diğer dini okullara uygulanması halinde, bunun kısım 93 (1867 tarihli Anayasal belge) ile çelişki oluşturacağını, bunun da Anayasanın kısım 29 (82 tarihli Anayasa) hükmüne aykırılık teşkil edeceğini, dini okulların Anayasanın konusu olmadığını ifade etmiştir.¹⁹⁸

Adler v. Ontario davası ve Ontario eyaletinin uygulaması, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (the UN Human Rights Committee-HRC)'nin önüne gitmiştir. Ontario eyaletinde yaşayan Mr. Waldman'ın çocuklarına Yahudiliği öğrenebilecekleri bir imkan sunmak istediğini, ekonomik açıdan buna gücünün yetmediğini, fakat aynı eyaletteki Roman Katolik velilerin ise eyaletin Eğitim Yasasına göre, Roman Katolik okullarının bütün masrafinin eyaletçe karşılanması nedeniyle böyle bir problem yaşamadığını belirtmiştir. Waldman, yasanın Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Belgesi (Covenant)'nin madde 2, 18, 26, ve 27. hükümlerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. İnsan Hakları Komitesi (HRC), “bu sözleşme; (belge) taraf devletlere dini esasa göre kurulmuş okulları finansal olarak desteklemesi zorunluluğu yüklememektedir. Fakat, anlaşmaya taraf devlet, şayet dini okullara kamu yardımı yapacaksa, bunu ayrımcılık yapmadan gerçekleştirmesi gerekir. Bir dini okula yardım yapıp, diğerlerine yapmamak makul ve objektif kriterlere dayanmalıdır. Olayımızda ise, sonuç olarak eldeki verilere bakıldığında, bu şekil bir uygulama ile Roman Katolik okullarına farklı davranılmasının bu kriterlere dayanmadığı görülmektedir. Bu nedenle, Komite, madde 26'nın (ayrımcılığın yasaklanması ilkesi) ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca, diğer maddelerden dolayı bir ihlal oluşmadığına karar verilmiştir.”¹⁹⁹

¹⁹⁸ Kanada Anayasası, kısım 29'da, belirli okulların haklarına saygı gösterilmesi başlığı altında şu hükme yer verilmiştir: Bu Charter'daki (yani 82 tarihli Anayasa) hiç bir kural; Kanada Anayasası (1867 tarihli) altında kendisine haklar ya da özerklikler garanti edilmiş olan dini, farklı ya da muhalif okulların tanınmış olan hak ve özerkliklerini iptal ya da ihlal edemez. Orjinal metin: Rights Respecting Certain Schools Preserved 29.

“Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.”

¹⁹⁹ Orjinal metin: “The Covenant does not oblige States parties to fund schools which are established on a religious basis. However, if a State party chooses to provide public funding to religious schools, it should make this funding available without discrimination. This means that providing funding for the schools of one religious group and not for another must be based on reasonable and objective

Kasım 2005 tarihli BM İnsan Hakları Komitesi raporu, Kanada'nın Ontario eyaletinde dini okullara kamu yardımı konusundaki ayrımcılığı sona erdirmesi için gerekli uygulamaları başlatması gerektiğini hatırlatmış ve 20 Nisan, 2006 tarihli Kanada hakkındaki gözlemler kısmında aynı ifadeler basılı olarak yer almıştır.²⁰⁰ Ontario eyaleti, Roman Katolik okulları dışında hiç bir dini okula kamu yardımı yapmamaya devam etmekte, Alberta ve Manitoba eyaletleri ise dini okullara kısmi olarak yardımda bulunmaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesinin günümüzdeki gerçeklere bakmadan tarihin arkasına sığınması, insan hakları açısından kabul edilemez. Hele bugün, Ontario eyaletinin yarısından çoğu göçmen topluluktan meydana geliyorsa, diğer dini grupların okullarına kamu yardımı yapılmaması gerçeğin inkarından başka bir anlama gelmemektedir.

Bu kısmı sonlandırırken, şunları da belirtmekte fayda mülhaza ediyoruz: Vriend kararında Kanada Yüksek Mahkemesi'nin ifadesiyle, Charter (1982 Anayasası) ile birlikte Kanada'da parlamento üstünlüğünden anayasal üstünlüğe geçilmiştir. Esasında, Mahkemenin bu ifadelerini örnek davalara baktığımızda, juristokrasiye (yani yargısal aktivizmin hakim olduğu) geçilmiştir şeklinde anlamak daha yerinde olsa gerek. Leishman ise haklı olarak, Charter'dan öncesine kadar Parlamento ve eyalet yasama organları üstündü, gözleminde bulunuyor.²⁰¹ Leishman, parlamenter demokrasilerde tartışmalı ve özellikle iki ihtimal içeren konuların, seçilmemiş ve sorumlu olmayan dokuz hakim tarafından değil, insanların seçtiği temsilcileri tarafından çözülmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁰² Leishman, kitabında özellikle Kanada Yüksek Mahkemesinin eşcinsel haklarıyla ilgili verdiği kararları eleştirmekte, politikacıların askıya alma kuralını kullanmaları gerektiğini, aksi halde, Yüksek Mahkeme hakimlerinin kendi ideolojik saplantılarını, bütün Kanadalıların fikriymiş gibi takdim etmeye devam edeceğini ve böylece juristokratik bir sistemin Kanada anayasal sistemine hakim olacağını, bunun da parlamentonun üstünlüğü

criteria. In the instant case, the Committee concludes that the material before it does not show that the differential treatment between the Roman Catholic faith and the author's religious denomination is based on such criteria. Therefore, it has found violation of Article 26 (prohibition of discrimination) in the case. The Committee decided that in view of its conclusions in regard to article 26, no additional issue arises for its consideration under articles 18, 27 and 2."

²⁰⁰ Bkz., *Waldman v. Canada*, http://en.wikipedia.org/wiki/Waldman_v._Canada (Temmuz 30, 2011).

²⁰¹ Rory Leishman, **Against Judicial Activism: The Decline of Freedom and Democracy in Canada**, Montreal & Kingston, McGill & Queen's University Press, 2006, s. 3.

²⁰² Ibid, s. 9.

ilkesinin sona ermesi anlamına geldiğini belirtmektedir. Anayasa hukukçusu Andrew Petter ise pek çok grubun Charter'ı kullanarak normalde siyaseten elde edemeyeceği haklara Mahkeme'nin kararlarıyla ulaştığını, bunun da konuların çözüm yerinin artık yasama ya da hükümet olmadığını, mahkemelerin olduğu anlayışının ortaya çıkıp yerleşmesine zemin hazırladığını haklı olarak dile getiriyor.²⁰³ Son tahlilde, Petter; bunun da toplumun hukuki konularla boğuşmasına, politik, demokratik uğraşı ve gayretlerin berteraf edilmesine sebep olduğunu, acı da olsa itiraf etmek zorunda kalmaktadır.²⁰⁴

Her şeye rağmen Kanada ve ABD Yüksek Mahkemelerinin 1983-2005 yılları arasında hakların ihlaliyle ilgili vermiş olduğu geçersizlik kararlarının , Türk AYM'nin yargısal aktivist kararlarına göre çok geride kaldığı görülecektir. Örneğin, bu yıllar arasında ABD Yüksek Mahkemesi önüne gelen 2,468 davanın, 105'inde yani sadece % 4.25 anayasaya aykırılık kararı vermiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi ise, 2,259 davanın, sadece 62'sinde yani % 2.74 geçersizlik kararı vermiştir.²⁰⁵

V) Diğer Ülkelerden Yargısal Aktivizm Örnekleri

Bu kısımda özet olarak, Japonya ve Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerinde yargısal aktivizm içeren kararların olup olmadığı incelenecektir. Burada, Türk anayasa hukuku literatüründe çokça incelenmiş olan, ve hayli yargısal aktivist kararlar üreten Alman AYM, tekrar olmaması açısından burada incelenmeyecektir. Not etmek gerekirse, kurulduğu 1951 tarihinden 2009'a kadar, Alman AYM, 611 yasayı iptal etmiştir.²⁰⁶

Japonya Yüksek Mahkemesi, dünyadaki en tutucu (conservative) Anayasa Mahkemesi olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁷ Kurulduğu 1947 yılından 2009 yılına kadar,

²⁰³ Petter, supra 169, s. 218-9.

²⁰⁴ Ibid, s. 226.

²⁰⁵ William Blake, *Comparing the Establishment of Judicial Review in Canada and the United States*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 174, <http://ssrn.com/abstract=1631351> (Temmuz 30, 2011), s. 24. Blake, Petter gibi Kanada anayasal sisteminde güç ve kuvvetin Parlamentodan mahkemelere geçtiği kanaatindedir, s. 7. Türk AYM'nin iptal kararları oranı için, 122 nolu notun metnine bkz.

²⁰⁶ Bkz., *Judgment Days: Germany's Constitutional Court*, Economist, 26 Mart, 2009, s. 59.

<http://www.economist.com/node/13376204> (15 Ağustos, 2011).

²⁰⁷ Beatty, supra 4, s. 121.

sadece sekiz yasaı anayasaya aykırılıktan iptal etmiştir.²⁰⁸ Japon Yüksek Mahkemesinin bu şekilde hareket etmesinin sebeplerine bakıldığı zaman; bu göreve gelene kadar yargıçların pek çok yüksek pozisyonundaki idari göreve atanmış olması ve Mahkeme üyelerinin elit yaşlı hakimlerden oluşmuş olması gösterilmektedir. Ayrıca İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra neredeyse Conservative Parti hep iktidarda olmuştur. Bunun da yargısal sistemi etkileyip, liberalist kararların önünü tıkadığı iddia edilmektedir.²⁰⁹ Mahkemeye atanan üyeler, Mahkeme Başkanı tarafından büyük bir itina ve gizlilikle belirlenip, Başbakan'a bildirilmektedir.²¹⁰ Japonya'da hukuk adamlığı sadece ve sadece elit insanların icra edebileceği bir konuma getirilmiş bulunmaktadır. Örneğin, Japonya'da baro sınavlarını geçme oranı 1990'lara kadar, sadece % 2-3 civarındadır.²¹¹ Özetle, Japon yargısı, üyelerini çok sıkı denetim altında tutan, bürokratik ve tek elde toplanmış (Yüksek Mahkeme Başkanı) hiyerarşik bir yapı arz etmektedir.²¹² Frank Upham: Japonya'da boşanma oranlarının düşük olmasının sebebinin mahkemeler olduğunu, hatta mahkemelerden biri verdiği kararın birinde, Japon Evlilik Yasasını tamamen göz ardı edip, mahkemelerin asıl rolünün güzel ahlakı korumak olduğunu belirtmiştir.²¹³ Esasında, mahkemenin bu kararı yargısal aktivizm içermektedir. Çünkü, var olan bir yasa uygulanmamaktadır. Belki de şunu söylemek daha yerinde olur: Japon mahkemeleri kültürel ve ahlaki değerlerini koruma adına bu şekilde hareket etmektedirler. Upham, haklı olarak dünyadaki bütün mahkemelerin kendi ahlaki değerlerini uyguladıklarını, fakat bu kadar açık ve net bir şekilde bunu söyleyebilen çok az mahkeme olduğunu ifade etmektedirler.²¹⁴

Eski Doğu bloku, şimdilerde ise Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri olarak adlandırdığımız ülkelerde, Sovyet Rusya'nın yıkılışından sonra AYM kurma furyası

²⁰⁸ David S. Law, *The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan*, 87 Texas L. R. (2009), s. 1547.

²⁰⁹ Ibid, s. 1549.

²¹⁰ Hiroshi Itoh, **The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies**, Princeton, NJ, Markus Wiener Publishers, 1989, s. 24.

²¹¹ Setsuo Miyazawa, *Law Reform, Lawyers, and Access to Justice*, in **Japanese Business Law**, Gerald McAlinn, ed., The Hague, Kluwer Law International, 2007, s. 46.

²¹² Frank K. Upham, *Political Lackeys or Faithful Public Servants? Two Views of the Japanese Judiciary*, 30 Law & Social Inquiry, (2005), s. 453.

²¹³ Japan's Activist Courts, <http://www.international.ucla.edu/japan/podcasts/article.asp?parentid=88393> (5 Ağustos, 2011).

“the primary role of courts was to protect "good morals.”

²¹⁴ Ibid.

başlamıştır.²¹⁵ Avrupa Birliği (AB), aday ülke olan bu ülkelerden (Doğu Blokuna mensup) politik sistemde güçlü bir yere sahip olan anayasa mahkemeleri kurmalarını beklemiştir.²¹⁶ Bahsi geçen ülkelerde, politik partilerin eski sistemden kaynaklı olarak zayıf yapıda olması, AYM'lerinin yargısal denetimi daha güçlü ve etkili bir şekilde gerçekleştirmesine neden olmuştur.²¹⁷ Bu mahkemeler, kendilerinin asıl rollerinin kişi haklarını korumak olduğu noktasında hareket etmeye başlamışlardır; bu nedenle bazı yazarlarca bu durumu anlatmak için mahkemece işletilen demokrasi (a democracy run by a court) tabiri kullanılmıştır.²¹⁸ Fakat liberal bakışla incelendiğinde bu genellemenin her zaman doğru olmadığı da ortadadır. 1997 tarihli Polonya AYM (Constitutional Tribunal)'nin kürtaj kararını onaylamaması (hayati tehlike hariç), bu duruma bir örnek olarak gösterilebilir.²¹⁹ Ayrıca, bu yeni anayasa mahkemelerinin hakimleri, genel olarak AYM kararları eleştirildiğinde, sloganvari, bunun anayasaya saldırı olduğunu iddia etmişlerdir.²²⁰ Son olarak, yeni AYM'ler sürekli olarak kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ECtHR) kararlarına atıfta bulunmaya başlamışlardır. Hatta, zaman zaman AYM'ler önceki içtihadlarını, ECtHR'ın içtihadlarıyla uyumlaştırmak için değiştirmişlerdir.²²¹ Burada bu AYM'lerinin bazı ilginç kararlarını örnek olması açısından ele almak istiyoruz.

5 Mart 1992 (11/1992) tarihli kararında, Macaristan AYM, 21 Aralık 1944 ve 2 Mayıs 1990 (Komünist Dönem) arasında gerçekleşen ve politik sebeplerden dolayı kovuşturmaya uğramamış olan çok ciddi suçların cezalandırılmasıyla ilgili 4 Kasım 1991 tarihli yasayı iptal etmiştir.²²² Kanaatimizce, AYM geçmişle yüzleşmek

²¹⁵ Bkz genel olarak, Alec Stone Sweet, **Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe**, Oxford, NY, Oxford University Press, 2000.

²¹⁶ Bkz., Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 Vanderbilt L. R. (1997), s. 776.

²¹⁷ Bkz., Wojciech Sadurski, *Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?*, 42 Israel L. R. (2009), s. 510.

²¹⁸ Id, s. 515-6.

²¹⁹ Decision of the Polish Constitutional Tribunal of 28 May 1997, no. K. 26/96 , in *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Rok 1997 [Case Law of the Constitutional Tribunal, 1997]*, (Warszawa: C.H. Beck 1998), pp. 173-246.

Bu davada, Polonya AYM, 1994 tarihinde Ceza Yasası'nda kürtajla ilgili yapılan liberal değişiklikleri iptal etmiştir.

²²⁰ Id, s. 518.

²²¹ Id, s. 522.

²²² An Act Concerning the Right to Prosecute Serious Criminal Offences committed between 21 December 1944 and 2 May 1990 that Had Not Been Prosecuted for Political Reasons of 4 November 1991.

Bkz., László Sólyom & Georg Brunner, **Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court**, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, s. 214-28.

istememiştir. Oysa ki, komünizm döneminde binlerce insan Doğu blokunda işkence görmüş ve yüzlercesi, belki de binlercesi hayatını kaybetmiştir. İhtimal yeni dönemin pek çok siyasi eliti de bu infazın içinde yer almıştı. Çıkarılacak Yasa ile ceza verilmesi bile, en azından insanların gerçeğin acı yüzüyle karşılaşabilmesi için, suç işlediği kesinleşenlerin kamu hizmetinde görevlendirilmemesi sağlanabilirdi.²²³ Geçmişle hesaplaşılmamış olması, uzun vadede toplumdaki adalet duygularını inciteceği ve yapanın yaptığıнын yanına kar kaldığı bir toplumsal algının ortaya çıkmasına sebep olabileceği kanaatini taşımaktayız.

Macaristan AYM, 1995 yılında hükümetin çıkarmış olduğu sosyal güvenlik haklarında sınırlama yapan yasaların pek çok önemli kısımlarını iptal etmiştir (43/1995, 30 Haziran 1995 tarihli karar).²²⁴ Oysa ki bu konularda seçimle iş başına gelenler ya da asli kurucu iktidar olan halk referandum yoluyla karar vermelidir.

Slovenya AYM, göçmenlerin daimi oturma hakkına başvurabilmesi için geçmesi gereken 3 yılı 8 yıla çıkaran Yabancılar Yasasındaki değişikliği iptal etmiştir (U-I-206/97 sayılı, 17 Haziran 1998 tarihli karar).²²⁵ Macaristan, Litvanya, Arnavutluk ve Ukrayna'da AYM kararlarıyla ölüm cezası kaldırılmıştır.²²⁶

Pek çok yazar, Türk AYM gibi yeni kurulan Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri AYM'lerinin gerçek bir dava olmadan yasalarla ilgili denetim yapabilmesini (abstract judicial review) yani yasanın uygulamaya geçmeden önce herhangi bir olay üzerinde etkisine bakmadan denetlenebilmesinin bu Mahkemelerin en önemli kuvveti olduğuna inanmaktadır. Ayrıca, bu Mahkemelerin çoğu bireysel başvuru (individual application) ile vatandaşlardan gelen, yada itiraz yoluyla gelen davalara da bakabilmektedirler (concrete review). Bu yazarlar, *abstract* yargısal denetimin sıkıntılı olduğunu, çünkü genelde çoğunluk kararından hoşnut olmayan politik aktörlerin bu yola başvurarak kaybettikleri mücadeleyi mahkeme yoluyla elde etmelerine yol açmaktadır. Oysa, ortaya çıkmış ve yasadan dolayı hakkının zarara uğradığını iddia eden bir kişiden dolayı bir dava olsa, yasama ile yargı arasındaki

²²³ Komünist dönemdeki öldürme ve işkence olayları için bkz, Simon Sebag Montefiore, **Stalin: The Court of the Red Tsar**, New York, Vintage Books, 2005.

²²⁴ Solyom & Bruner, supra 222, s. 323-32.

²²⁵ Constitution Watch, 7-3 East European Constitutional R. (1998), s. 36-37.

²²⁶ Wojciech Sadurski, *Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy*, http://law.wustl.edu/harris/conferences/constitutionalconf/Constitutional_Courts_Legitimacy.pdf (Mayıs 22, 2011).

tansiyonun düşmesine de sebep olacaktır. Aynı yazarlar, bu nedenle ABD modelindeki yani *concrete* yargısal denetimin daha isabetli olduğunu iddia etmektedirler. Çünkü, henüz yeni yapılmış bir yasa, belki de politik sorun doktrininin konusu ya da belki hiç bir zaman mahkemelerin önüne dava olarak gelmeyecek bir konuda olabilir, demektirler. Ya da bu çerçevede yasanın yapılmadan önce kontrol edildiği Fransız modelinin uygulanabileceği kanaatindedirler.²²⁷

Gerçekten, yeni kurulan bu AYM'lerinin yargısal aktivizmde bulunup bulunmadıklarını tespit edebilmek için, öncelikle yargısal aktivizmin terim olarak ne anlama geldiğine karar vermek gerekir. Bu konu en azından şunu söyleyebiliriz: AYM'leri şayet seçilmiş ve sorumlu olan, hesap verebilir durumda olan parlamentoların yerine geçerek karar vermeye başlamışsa, orada yargısal aktivizmin olduğundan bahis açabiliriz. Hukuk normlarını değil de, hakimler kendi ideolojik değerlerine göre karar veriyorsa, diğer bir tabirle artık o ülkede insanlar AYM'lerinin parlamentodan üstün olduğuna inanmaya başlamışsa, Türkiye örneğinde olduğu gibi, orada halkın seçtiklerinin yada halkın tercihlerinin değil, ülkenin elitlerinin izi mahkeme kararlarında görülecektir. Ayrıca, bu mahkemeler Kelsen'in Kara Avrupası modeli olan abstract yargısal denetim sistemi ile çalışmakta ve kendilerini negatif yasa koyucu olarak gördüklerinden yargısal aktivizm içeren kararlar üretmeleri çok garip karşılanmasa gerek.²²⁸

VI) Juristokrasiye Giden Yol ve Anayasacılığın Sınırları: Ran Hirschl

Ran Hirschl'in modern dünyadaki anayasacılık ve yargısal denetime bağlı olarak mahkemelerin, gelişen ekonomi, dağıtıcı adalet ve sosyal yardım haklarını koruma anlayışına sahip olduklarına inanılmasının doğru olmadığını; Jüristokrasiye Doğru: Yeni Anayasacılığın Kaynağı ve Sonuçları (Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism)²²⁹ adlı kitabında ele alarak eleştirmektedir. Hirschl, diğer bir ifadeyle; hakların anayasallaştırılması ve yargısal denetimin kurulmasıyla sosyal değişikliklerin, yeniden adil dağıtımın ve kuvvetlerin

²²⁷ Tartışmalar ve örnek davalar için bkz., Sadurski, ibid.

²²⁸ Aynı kanaatte olan Sadurski, ibid.

²²⁹ Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Cambridge, HUP, 2004.

yayılması gibi faydaları olduğuna inanılmasının doğru olmadığını iddia etmektedir. Hirschl, yeni anayasacılığı, hızlı ve hayret verici dönüşüm, yani jüristokrasi olarak isimlendirebiliriz, diye belirtmektedir.²³⁰ Beklenmedik oranda bir gücün temsilci kurumlardan yargıya transfer edilmesi; yani açık bir şekilde yargısal denetimin kabul edilip, uygulamada arttırılması şeklinde bu transferin gerçekleştiğini açıklamaktadır.²³¹ Kitabında, Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasal reformların politik temeline inerek ve hukuki sonuçlarına bakarak karşılaştırmalı olarak yeni anayasacılığı incelemiştir.²³² Yeni anayasacılığı siyasetçilerin gerçekten demokrasi, sosyal adalet ve evrensel haklara inanarak gerçekleştirdiğine inanmanın çok zor olduğunu ifade etmektedir. Hirschl, yeni anayasacılığın daha çok, yöneten (hegemonic) siyasi elitlerin, etkili ekonomik çıkar çevrelerinin ve yargıdaki yöneticilerin (liderlerin) stratejik bir ürünü olduğuna inanmanın daha yerinde olduğunu dile getirmektedir. Sadece kendini düşünen bu hukuk yapıcı çıkar koalisyonunun, anayasal reformların ne zaman yapılacağına, genişliğine ve yapısının nasıl olacağına karar veren kişiler olduğunu söylemektedir. Türkiye'nin anayasal uygulamalarında buna pek çok örnek verilebilir; anayasa değişikliklerinin esas açısından denetlenmesi, siyasi partilerin kapatılması, özelleştirme, din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili yapılan yasal ya da anayasal düzenlemelerin bir türlü statükocu yapıyı kıramaması gibi. Hirschl, ayrıca, anayasacılıkla yargının güçlendirilmesinin dağıtıcı adaletin gerçekleştirilmesinde çok sınırlı bir etkisi olduğunu iddia etmektedir. Hirschl'in yeni anayasacılık trendiyle ilgili teorisi ya da doktrinini özetle ifade edecek olursak; siyasi ve ekonomik elit çevrelerin demokrasi ve sürdürülebilir kalkınmayı desteklemelerinin sebebi; siyaset yapmanın, demokratik siyasi değişiklikler yoluyla yapılmasını engellemek, yani siyasetteki değişikliklerin elit çevrelerce yapılmasını sağlamaktır. Hirschl'in tabiriyle: "Üstünlüğün (Hakimiyetin) Korunması (Devam ettirilmesi) Çalışması."²³³

²³⁰ Ibid, s. 1.

²³¹ Ibid.

²³² Ibid, s. 30.

²³³ Ibid, s. 50. "Hegemonic Preservation in Action."

Pek çok defa elitist yaklaşım sergileyenlerden biri olarak bkz, Bülent Tanör, Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 19. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010, s. 425.

"Türkiye 1961 Anayasası'yla kalkınmayı, sosyal adaleti ve demokrasiyi birlikte gerçekleştirmeyi hedeflemişti."

Hirschl'in doktrinini daha yakından inceleyecek olursak; siyasetin yargısallaştırıldığı ya da hukukileştirildiği (judicialization of politics) toplumlarda demokrasinin kalitesinin artıp artmadığının sorgulanması, doktrinin çıkış kaynağı olarak gözükmektedir.²³⁴ Hirschl, güç ve kuvvetin mahkemelere anayasal reformlarla transfer edilmesi sonucu, gücünü kaybeden grupların bir önlem olarak yerlerine gelen grupların gücünü kısıtlamak için, anayasaya sınırlayıcı hükümler koymaya çalışmaktadırlar, bunun da uzun dönemde ortaya çıktığını ya da ulusalüstü bir yapı ile bu amaca ulaşmaya çalıştıklarını, örnek olarak da AB ve NAFTA (Kuzey Amerika Serbest Pazar Andlaşması)'yı göstermektedir.

Hirschl, siyasetin yargısallaştırılması sonucu,²³⁵ politik elitlerin elini rahatlattığını, özellikle mahkemeler çoğunluğun düşüncesinin aksine karar verdiği zaman, bu politik elitler otomatik olarak mahkeme kararlarına karşı gelmekte ve bunu eleştiri konusu yapabilmektedir. Bu durum, esasında seçilmiş olanların kendilerini seçenlere mahkemenin ellerini bağladıklarını söyleme fırsatını vermekte ve de bazen bu sayede verilmesi gereken zor kararlardan kaçış sağlanabilmektedir.²³⁶ Bu siyasi elitler açısından, çoğunluğa ait verilmesi gereken ve çözümü zor olan politik sorunların cevaplandırılmasının yargıya bırakılması daha iyi olacaktır. Hirschl, buna örnek olarak "Quebec (eyaletinin) Kanada'dan ayrılma haklarının neler olduğu?" sorusunu göstermektedir.²³⁷

Hirschl, siyasetin yargısallaştırılması yani mahkemelerin güçlendirilmesi trendinin iyi ya da kötü olduğunu söylemenin çıkan sonuca bağlı olduğunu söylemektedir; eğer, politik elitlerin eliyle siyasetin kuralları ayarlanıyor ve ona şekil veriliyorsa, bu durum ilerleyici bir gelişme değil, aksine politikanın siyasi elitlerin çıkarına uyacak şekilde dizayn edilmesi ve siyasetin kitlenmesi demektir. Fakat,

Aynı yazarın diğer bir kitabı için bkz, Bülent Tanör, **Anayasal Gelişme Tezleri**, 2. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010, s. 149.

"Anayasal gelişmelerimizin ana yönü (1971-1973 dönemi değişiklikleri dışında), bütün zikzaklara ve yetersizliklere rağmen , milli ve demokratik'tir."

²³⁴ Hirschl, supra 229, s. 1-16, kitabın giriş (introduction) kısmı.

²³⁵ Biz burada siyasetin hukukileştirilmesi yerine İngilizce konuşulan ülkelerde çoğunlukla kullanılan, siyasetin yargılaştırılması tabirini kullanmayı tercih ettik. Çünkü, bu ifadenin Türkçe'de daha dikkat çekici olacağı kanaatini taşımaktayız.

²³⁶ Ibid, s. 15.

"Judicial empowerment through constitutionalization thus offers a convenient refuge for politicians to avoid or delay unwanted political outcomes."

²³⁷ Ibid, s. 186-7.

siyasetin yargısallaştırılması, politik meselelerde aydınlanma sağlayacaksa, yani mahkemeler politik krizleri etkisiz hale getirip çözmede yardımcı olacaksa, olumlu bir gelişme olarak görülebilir. Hirschl, karşılaştırmalı olarak incelediği dört ülkenin mahkeme kararlarından sonra, genelde jüristokrasinin (mahkemelerin) dağıtıcı adaleti ve yeniden ekonomik dağıtımı verdikleri kararlarla sağlayamadığı görüşündedir.²³⁸

Hirschl'in bu kitabının (2004) ardından yazdığı bir makalesinde (2007), anayasal demokrasilerin aktif yargısal denetim mekanizmasına sahip modeller kurdukları gözleminde bulunmaktadır. Bu yüksek mahkemelerin, bu nedenle ulusal siyaset yapıcılar konumuna geldiği iddiasında bulunmaktadır.²³⁹ Hirschl, makalesinde vardığı sonuçlardan biri olarak; uyumlu olmayan (siyasi mekanizma) bir anayasa mahkemesinin bir ihtiyaç olduğunu belirtiyor. Fakat bunun bazı durumlarda yeterli olmayacağını, bu nedenle, önemli siyasi konularla ilgili olarak yargısal aktivizmde ısrarcı olan bazı mahkemeler olduğunu bunlardan birinde, Türk AYM olduğunu ve politik sisteminin laik yapısı ile ilgili sürekli olarak yargısal aktivizmde bulunduğunu ifade ediyor. Hirschl, ayrıca bu sorunların da en başta ele alınması gereken politik sorunlar olduğunu, hukuki sorunlar olmadığını ifade etmektedir.²⁴⁰ Son söz olarak da Hirschl, dünya çevresinde politikaların yargısallaştırılması kuşatmasının hikayesinin çok basit olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: Büyük siyasi sorunların yargısallaştırılması sonucu, jüristokrasiye geçilmiştir. Bu da politik bir fenomendir, yargısal değildir.”²⁴¹

Ran Hirschl, 2010 yılında yayınlamış olduğu son kitabında, (Anayasal Teokrazi) anayasal teokrasilerin mahkemeleri güçlendirmeye dayalı şekilde seküler anlayışla eğitilmiş hakimlerle dizayn ettiğini ve bu hakimlerin de dini emirleri yorumladığını, yorumlarken de dini talepleri kısıtladıkları ve daralttıklarını ifade etmiştir.²⁴²

²³⁸ Ibid, s. 158.

²³⁹ Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75-2 Fordham L. R. (2006), s. 722 ve 727.

²⁴⁰ Ibid, s. 752.

“Finally, the existence of an active, non-deferential constitutional court is a necessary, but not sufficient, condition, for persistent judicial activism and the judicialization of megapolitics...questions such as the secular nature of Turkey's political system..., are first and foremost political questions, not judicial ones.”

²⁴¹ Ibid, s. 753.

²⁴² Ran Hirschl, **Constitutional Theocracy**, Cambridge, HUP, 2010, s. 13.

Hirschl'in yeni anayasacılık hareketlerini siyasetin yargısallaştırılması (judicialization of politics) olarak açıklamasının, gözardı edilmemesi gereken ve günümüzde hukuk-siyaset arasındaki ilişkiyi açıklayabilecek bir doktrin olduğu kanaatindeyiz. Pek çok anayasa hukukçusu yazar Hirschl ile aynı düşüncededir. Fakat, Hirschl bu doktrin ve görüşleri bir siyaset bilimci ve hukukçu olarak daha da ileri götürüp işin kaynağına inmiştir. Böylece, örnek olarak incelemiş olduğu ülkelerdeki anayasal reformların ya da diğer ifadeyle siyasetin yargısallaştırılmasının nedenlerini ve sonrasında bu faaliyetlerin sonuçlarını incelemiştir. Hirschl'in çalışmaları bir kez daha göstermiştir ki, özellikle, bugünün dünyasında hukuki denilen pek çok sorunun aslında siyasi kaynaklı olduğu ve sadece bunlara hukuk elbisesi giydirilerek takdim edildiğidir. Ayrıca, Hirschl'in "anayasacılığın sınırları ya da jüristokrasiye doğru" doktrini bize siyasi arenada elde edilmesi ya da yapılması gerekenlerin yargıya taşınarak çözümlenemeyeceğini, bunun da sadece siyasi ve ekonomik elitlerin amacına hizmet eden bir model olduğunu ortaya koyması da kayda değer bir gözlemdir. Mahkemelerin yeniden dağıtım adaleti yapmakta çok sınırlı kaldığı, esasında bunu mahkemelerden beklemenin de çok doğru olmadığı, çünkü seçimle iş başına gelmeyen ve hesap verebilir konumda olmayan bir yapının (yargının) oyunun kurallarını tayin ve tespit etmesi demokratik meşruiyet açısından sakıncalı gözükmemektedir. Mahkemeler, bir hakem gibi konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalıdır, yoksa oyunun kurallarını yeniden yazan yerler olmamalıdır. Bu aynı zamanda kuvvetler ayrılığı prensibine de aykırıdır; kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurala uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır. Şayet hem kuralı koyan hem de bunun kontrolünü yapan mekanizma aynı yer olduğu zaman bu sisteme jüristokrasinin hakim olması normaldir. Mahkemeler, kürtağın serbest bırakıldığı ya da eşcinsellerin evlenebileceğine karar verdiği mekanizmalar olmamalıdır. Ama aynı mahkemeler, en azından prensip olarak, siyah ve beyazların aynı yerde eğitim alabileceğine karar verebilir eşitlik adına. Tabi burada en önemli sorun olarak ortaya çıkan şudur: Mahkemeler çoğunluğun değer yargılarına göre mi yoksa azınlığın moral değerlerine göre mi karar verecektir? Bu husustaki kanaatimiz, azınlığın mağdur edilmeden çoğunluğun değer yargılarına göre karar verilmesidir. Esasında, dünyanın her yerinde anayasa hukukunun sorunları hemen hemen aynıdır, fakat çözümü ise toplumdan topluma farklılık gösterebilir.

VII) Anayasayı Mahkemeden Uzak Tutmanın Yolları: Mark Tushnet

Bu kısımda ABD anayasa hukuku ve pek çok ülkenin anayasa hukukunda son otuz yıldır heyecan verici tartışmalara yol açmış, aynı zamanda anayasal yargı denetiminin meşruiyetinin sarsılmasına neden olmuş Mark Tushnet'in yüksek mahkemelerden anayasanın uzak tutulmasıyla ilgili teorisi incelenecektir. Oysa ki, Türk anayasa doktrininde bir vazgeçilmez olarak kabul edilen anayasal yargı denetiminin, AYM kurulduğundan beri sürekli olarak statükoyu koruyucu ve insan haklarını kısıtlayıcı kararlar vermesine rağmen, çok ciddi anlamda meşruiyetinin tartışıldığını söylemek zordur. Bu nedenle, Mark Tushnet'in bu teorisinin Türk anayasa hukukunda daha da detaylı olarak incelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Tushnet, teorisiyle ilgili yazı ve düşüncelerini daha önce değişik hukuk dergilerinde yayınladıktan sonra, nihayet 1999 yılında “Anayasayı Mahkemeden Uzak Tutmak” isimli bir kitapta toplayarak yayınlamıştır. Tushnet, anayasanın mahkemeden uzak tutulmasını popülist anayasa hukuku olarak isimlendirmektedir.²⁴³ Tushnet, popülist anayasa hukukunun içeriği, toplumdaki sıradan insanların politik platformlardaki tartışmalar ve bu tartışmalarda etkili rol oynayacak siyasi liderlerin (sadece parti liderleri değil) bu insanlara yardım etmesiyle oluşturulacaktır, demektedir.²⁴⁴ Tushnet'in teorisini özetleyecek olursak; Tushnet, doktriner olarak yargının üstünlüğü ve anayasa normlarının ne anlama geldiği konusunda yargının son sözü söylemesine itiraz etmektedir. Anayasanın anlamının ne olduğu konusunda son tahlilde politik kuvvetlerin yani siyasetin karar vermesinin daha yerinde olacağını iddia etmektedir. Tushnet, Amerikan halkının kendi özgürlüklerini koruma

²⁴³ Mark Tushnet, **Taking the Constitution Away from the Courts**, Princeton, PUP, 1999, s. x.

²⁴⁴ Ibid, s. xi.

Bu hususla ilgili olarak ilginç bir yaklaşım için; genelde gelişmiş ülkelerde gerçekte olan durumla siyasi elitlerin kararları arasında büyük bir uyum vardır. Az gelişmiş ülkelerde ise bunun tersi gözlenmektedir, bkz, Mehmet Turhan, **Siyaset ve Anayasa**, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1995, s. 86. Yazar, yıllar öncesinde Türk anayasa hukuku ve siyaset ekseninde siyasal elit değişimi kuralını kitabında incelemiştir, s. 39-91.

sorumluluğunu alması gerektiğini belirtmektedir. Hakların koruyucusu hakimler değil, ülkenin insanlarıdır. Bunu da ABD Anayasasının başlangıcındaki ifadeye dayandırarak yapmaktadır: “Biz, Birleşik Devletler’in Halkı Olarak” (We the People of the United States). Anayasa, hepimize ait demektir. Ve bizler siyasi diyalogla caddede, seçim sandığında ya da başkalarının temsilcisi olan yasa koyucu olarak bunu sağlıyoruz diye ifade etmektedir.

Tushnet, popülist anayasa hukukunda yargısal beyanların çok özel bir yeri olmadığını, fakat bu noktada dikkatli olup makul yorumlar yapılması gerektiğini “ince Anayasa”da belirtiyor. Tushnet, “ince Anayasanın makul şekilde yorumlanması” ile Amerikan Özgürlükler Bildirgesine hakim olan temel prensipleri ve Amerikan Anayasasının Giriş kısmının bu yorumlarda kullanılması gerektiğini kastetmektedir. Tushnet, popülist anayasa hukukunun mahkemelerce korunan belgeden daha etkili bir yol olacağını iddia etmektedir. Tushnet, buna örnek olarak ABD’de McCarthy döneminde yaşananları göstermektedir. Senatör Joseph McCarthy’nin pek çok insanın hayatını mahvettiği dönemde, 1950’li yıllarda, McCarthy’ karşı olanların karşı harekete geçmeden, yargının bu haksızlıklara müdahale edip Anayasaya aykırı olduğunu ilan edip, dur diyeceğini zannetmeleri, büyük bir yanlış olmuştur. Yüksek Mahkeme, McCarthy’nin komünistlere karşı olan haçlı seferini sona erdirene kadar sesini çıkarmamış ve yapılan haksızlıkları ve zulmü onaylamıştır. Tushnet, bu noktada can alıcı tespiti yapmaktadır: Bu yanlışların oluş sebebi, yargısal denetimin olmasındandır. Çünkü, halk ya da halkın temsilcileri, Anayasayı uygulamada kendilerini güçsüz zannedip bunu yanlışlıkla mahkemelerden beklemişlerdir.

Bu ifadeleri ve tespitleri Türk Anayasası literatürüne tam anlamıyla taşımak zor, hatta imkansızdır. Çünkü, Türkiye hala halkın benim anayasam diye sahip çıkabileceği bir anayasayı henüz yapamamıştır. Oysa ki, ABD anayasa hukuk literatüründe halk Anayasayı kabullenmiş ve kendi hakları ve özgürlüklerinin koruyucusu olarak görmektedir. Fakat, Tushnet’in anayasaların yorumunda ve anlamlandırılmasında son sözün anayasaların gerçek sahibi olan ve onları yapan halka ait olması gerektiği kısmı, bizce Türk anayasa hukuku literatürüne transfer edilebilecek bir konsept olabilir. Tabi ki bu transfer, toplumun her kesimiyle kabullenebileceği ve en azından asgari müştereklerde buluşabileceği bir sivil anayasa

yapılmasına bağlıdır. Bu noktadan, Türkiye’deki yüksek mahkemelerin kararlarına bakıldığında, genel olarak, neredeyse hiç bir zaman kararlı bir şekilde bu mahkemelerin hakların ve özgürlüklerin koruyucusu olmadıkları görülmektedir. Hatta, çoğu zaman özgürlüklerin sınırlanmasında öncü rol alıp, vesayet sisteminin devamını sağlayan en büyük etkenlerden biri olmuşlardır. Öyleyse, Tushnet’in Amerikan anayasa hukukunda kriz zamanları için kullandığı mahkemelerden hak ve özgürlükleri korumasını beklemek yerine, kendimizin yapmış olduğu sivil bir anayasadaki haklara sahip çıkıp korumamız daha yerinde olsa gerek. Bunun da yolu eğitimle ve diyalogla oluşturulacak olan birbirinin haklarına saygılı demokratik kültürden geçmektedir. Bunu en iyi ifade eden Voltaire’in şu veciz sözü olsa gerek: “Seninle aynı düşüncede değilim, fakat senin konuşma özgürlüğünü ölümüne de olsa savunacağım.”

Tushnet’in doktrinde (popülist anayasa hukuku) yargının en üstte (judicial supremacy) yani “supreme” olmasına yer yoktur. Zaten, doktrinin özü de burada başlamaktadır. Tushnet’e göre hakimler yargının en üstte olmasını kabul edebilirler; çünkü bu anlayış, hakimlerin yaptıkları işi çok da önemli bir hale getirmektedir.²⁴⁵ Tushnet, Abraham Lincoln’ün *Dred Scott* davasıyla ilgili söylediği sözlerin, yargının en üstte olmasına açık bir şekilde karşı çıkmak olduğunu iddia etmektedir: Yüksek Mahkeme’nin kararı önündeki uyuşmazlığı çözmüştür, Dred Scott köle olarak kalmaya devam edecektir. “Ama, bu kararın prensipleri, seçmeni ya da Kongre üyelerini, veya Başkanı bağlamaz demıştır.”²⁴⁶

Tushnet, popülist anayasa hukuku doktrinini açıklamak için, “Kalın ve İnce Anayasa” (Thick-Thin Constitution) kavramını kullanıyor. Kalın anayasa, devletin sistemiyle ilgili pek çok kural ve maddeler içeren düzenlemelere sahip olabilir; ince anayasa ise, temel olarak eşitlik, ifade özgürlüğü ve hürriyetini garanti eden anayasadır.²⁴⁷ Tushnet, ince anayasanın ne anlama geldiğini halk ve halkın temsilcileri olan politikacıların son sözü söyleyerek ortaya koyması şeklinde gerçekleşmesi gerektiğini söylemektedir. Tushnet, popülist anayasa hukukunun

²⁴⁵ Ibid, s. 7.

²⁴⁶ Ibid, s. 9.

²⁴⁷ Ibid, s. 9-11.

demokrasiye dayandığını ve prensiplerini Özgürlükler Bildirgesinden (Amerikan) aldığını ifade etmektedir.²⁴⁸

Tushnet, “Anayasayı Mahkemenin dışına taşıdığımızda yani Mahkemeden uzak tuttuğumuzda, bu işi halkın yapacağını belirttiğimizde, kimin yorumlarına güveneceğiz?” diyerek kendi doktrinine eleştiri getirmektedir.²⁴⁹ Bu soruyu iki parçaya ayırarak cevap vermektedir. Birincisi; kamu görevlilerinin (devlet ya da hükümet için çalışan) ince anayasayı ciddi bir şekilde ele alacak bilgi ve eğitimden geçmiş olup olmadıklarına bakılır. İkincisi, bu görevlilerin ince anayasayı ciddiye alacak teşvik edici veya özendirici bir durumun var olup olmadığına bakılır. Tushnet, bu sorulara cevap olarak; Kongre ve Yürütmenin yasa yaparken konuların önemini kendi bakış açılarına göre ayarladıklarını, çoğu zaman detayla ilgilenmeyip, yasaların son halini pek bilemediklerini, daha çok parti liderlerini ya da bu yasaları hazırlayan teknik kişileri (daha çok avukatlar) veya lobicileri dinlediklerini, hatta yapacakları yanlışları mahkemelerin düzelteceği inancıyla hareket ettiklerini, bu nedenle şehir konsüllerinin (city councils) dikkate alınarak yasaların yapılmasının daha yerinde olacağını ve popülist anayasacılığın başarısının bundan kaynaklanacağını iddia etmektedir.²⁵⁰ Hakimlerin yasaları daha iyi anlayıp yorumlayacağı eleştirisine de, bunun da ilk bakışta doğru olduğu intibainı uyandırdığını ama bu hususta Kongreninde yorum yapabilecek güçte olduğunu, fakat sonuçta halkın bu konuda anayasaya hakimlerden daha farklı bir anlam yükleyebileceğini, bu hususta sözün halka ait olduğunu ifade etmektedir.²⁵¹

Tushnet’e göre Anayasada geçen prensiplere halkın ya da Kongrenin yorum getiremeyeceğini veya bu prensiplere sadık olmadığını iddia edip, yargının bu işi en doğru yapacağını söylemenin, çok doğru olmadığını ifade ediyor. Tushnet, en azından şu noktayı kabul etmektedir: Anayasal prensipleri, mahkemelerin anladığı şekilde halkın anlamadığı bir gerçek. Zaten öyle olsaydı, hiçbir yasa, anayasaya aykırı bulunmazdı. Ve kesinlikle, halkın, Anayasa’nın prensiplerine bağlı olsa bile, anayasayla ilgili hatalar yapabileceğini de kabul etmek gerekir.²⁵² Tushnet, zor

²⁴⁸ Ibid, s. 31.

²⁴⁹ Ibid, s. 54.

²⁵⁰ Ibid, s. 54-5.

²⁵¹ Ibid, s. 62.

²⁵² Ibid, s. 70-1.

zamanlarda Kongrenin ya da Yargının da hata yapabileceğini belirtiyor.²⁵³ Gerçekten, ABD anayasa hukuku tarihindeki davalara bakıldığında, *Brown* davasında Yüksek Mahkeme; halkın, yasama ve yürütme organlarının eğitimin ırk ayrımcılığına dayalı olarak yapılması anlayışı ve kararını düzeltmiştir. *Dred Scott* davası sonrasında ise kölelikle ilgili Mahkeme'nin yanlışını Başkan ve Kongre düzeltmiştir. *Koromatsu* davasında ise hem Mahkeme hem de Başkan ve Kongre hata etmiştir. Aynı hata, McCarthy dönemindeki davalarda da devam etmiştir. Benzer ifadeler, Türk AYM'nin darbeler ve muhtıralar sonrası dönemleri için de geçerlidir. Hatta, normal zamanlarda bile örneğin 2008 tarihli başörtüsü kararında olduğu gibi, hak ve özgürlüklerin savunucusu olması gereken Mahkeme, tam tersi bir tutum takınabilmiştir. Bu nedenle, salt anayasal yargı denetimine güvenmenin, hak ve özgürlükler açısından çok da etkili bir yöntem olacağını söylemek biraz zor gözükmektedir.

Tushnet, anayasal yargı denetiminin amacını, haklı olarak, iyi bir yönetime sahip olmak için düzenlenmiş bir kurum olarak tarif etmektedir²⁵⁴ Sorulması gereken sorulardan biri, anayasal yargı denetimi ile mi yoksa onsuz mu daha iyi bir yönetime sahip olunacağıdır?²⁵⁵ Anayasal yargı denetiminde faydalananların sonuçta halk olduğu kabul edilirse, anayasal yargı denetimi kurumu ona göre düzenlenmelidir. Anayasal yargı denetiminin varoluş gerekçesi, insan haklarını koruması noktasında, zorba yöneticilere karşı kurulmuş bir kurum olmasında yatar. Yoksa, Türk AYM örneğinde olduğu gibi, halka rağmen sürekli olarak sistemin rotasından çıkmış (?) partileri ve insanları yeniden dizayn edip formatlamak için değildir.

Tushnet, kendi doktrinini daha iyi açıklayabilmek ve bizleri ikna edebilmek için şu soruya cevap aramaktadır: Anayasayı Mahkemeden uzak tutmakla, toplumun ya da Amerikan halkının özgürlüklerinde ne gibi farklılıklar oluşacaktır? Tushnet, bu noktada referans olarak tarihi kayıtları (geçmişin tecrübelerini), anayasa teorisi ve yapısını gösterip, yargısal denetimin çok da bir farklılık oluşturduğuna inanmadığını

²⁵³ Ibid, s. 107.

²⁵⁴ Ibid, s. 152.

²⁵⁵ Ibid.

ifade etmektedir.²⁵⁶ Tushnet'e göre Anayasanın Mahkemeden uzak tutulması sonucu, en azından çok net ve açık bir etki doğacaktır. Bunun sonucu olarak; bundan sonra anayasayla ilgili alınan bütün kararlar siyasetle uğraşan yani siyaset yapan halka dönecektir. Bu da popülist anayasa hukukunun, tek bir anayasa hukuku olarak uygulamada yerini almış olmasını sağlayacaktır.²⁵⁷ Yanlış olan anayasal yargı denetimi değil, doğru hakimlere sahip olmayışımızdır, diyenlerin eleştirisine Tushnet şu cevabı vermektedir: Geçmişin tecrübeleri böyle söylememektedir; genelde hakimler kendi gitmek istedikleri yöne uygun olan teorileri seçmektedirler ve ne zaman ki o teori, hakimleri istemedikleri sonuçları vermeye zorlarsa, o teoriyi anında terk etmektedirler.²⁵⁸

Tushnet, anayasal yargı denetimi olmadığı zaman, o ülkenin Stalin'in Rusyasına benzeyebileceğini ya da Birleşik Krallık gibi ve yazılı anayasası olmayan bir ülkeye, veyahut yazılı anayasası olup, mahkemelerin uygulamadığı Hollanda'ya benzeyeceğini belirtmektedir. Ardından, Birleşik Krallık ve Hollanda örneklerinde olduğu gibi, Amerika benzeri bir anayasal yargı denetimi olmadan, kuvvetlerin sınırlanabildiği ve kişi haklarının garanti altına alındığı bir sistem geliştirmenin mümkün olduğunu söylemektedir.²⁵⁹ Gerçekten, bugün hangi birimiz Hollanda ya da Birleşik Krallık demokrasisinin, ABD demokrasisi ile aynı düzeyde olmadığını iddia edebilir.²⁶⁰ Hatta, kriz dönemi mahkeme kararları, özellikle 11 Eylül sonrası olanlar,

²⁵⁶ Ibid, s. 154.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ibid, s. 156.

²⁵⁹ Ibid, s. 157.

²⁶⁰ Şunu da belirtmek gerekir ki, Birleşik Krallık'da 2009 yılında The House of Lords'un yerine Yüksek Mahkeme, The Supreme Court adıyla kurulmuştur. Hatta internetteki açılış sayfasında şu ifadeler yer almaktadır: Yüksek Mahkeme, medeni hukuk davalarında Birleşik Krallık'daki son temyiz noktasıdır. Ceza hukuku davalarında ise İngiltere, Wales ve Kuzey İrlanda (bölgelerine-İskoçya yok) bakar. Toplumsal ve anayasal önemi olan, bütün nüfusu (ülkeyi) ilgilendiren davalara bakar. Orjinal metin:

“The Supreme Court is the final court of appeal in the UK for civil cases. It hears appeals in criminal cases from England, Wales and Northern Ireland. It hears cases of the greatest public or constitutional importance affecting the whole population.”

Ekim 2011'de İstanbul'da bir anayasa hukuku konferansında karşılaştığım Queen's Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (Belfast, Kuzey İrlanda) hocası olan ve aynı zamanda dünya çapında insan hakları alanındaki çalışmalarıyla meşhur olan Prof. Dr. Brice Dickson'a yeni Yüksek Mahkeme'nin ABD yada Avrupa tarzı bir anayasal yargı denetimini doğurup doğurmayacağını kendisine sorduğumda cevabı şu olmuştur: İngiliz hukukunda, parlamentonun üstünlüğü kuralı geçerli olduğunda anayasal yargı denetimi anlayışında hiç bir değişiklik olmayacaktır. Zaten, İngiliz mahkemeleri anayasal haklara aykırı bir şey gördüğünde sadece durum tesbiti yapmakta, davacı lehine karar vermemekte, Parlamento'nun durumu düzeltmesini beklemektedir.

ABD yargısının tekrar sınıfta kaldığını göstermektedir. Birleşik Krallık veya Hollanda yargısının bu hususta daha iyi bir sınav verdiği söylenebilir. Özellikle yabancı ya da göçmenlerin terör yasaları çerçevesinde tutukluluk süreleri ya da göçmenlik yasaları çerçevesinde sınır dışı edilme olaylarıyla ilgili davalar bu konudaki en açık örneklerdir.²⁶¹

Tushnet, anayasal yargı denetiminin kaldırılmasının, yargı zoruyla haklar ve özgürlüklerin uygulanmasından uzaklaşılacağı anlamına gelmeyeceğini, yasalarla yeni haklar inşa edilebileceğini ve bunların mahkemelerce korunabileceğini, belirtmektedir. Ayrıca önemli bir gözlem olarak, Tushnet; ABD Yüksek Mahkemesinin sosyal yardım haklarıyla ilgili kararlarında; bu hakları Anayasada yer almadığından korunamayacağı gerekçesini kullanarak reddettiğini yazmaktadır.²⁶² Oysa, Alman mahkemelerinin sosyal yardım haklarını bir anayasal hak olarak tanımladığını, fakat yasama organının bu hakların nasıl ve ne şekilde olacağını belirlediğini not etmektedir.²⁶³ Bu noktada şunu belirtmekte fayda var: Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sosyal yardım hakları çok iyi bir şekilde korunmaya çalışılmakta, oysa Anglo-Saxon hukuk sisteminde bu haklardan daha çok ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü gibi haklara önem verilmektedir.

Tushnet, anayasal yargı denetimi olduğu zaman, bundan kazançlı çıkanların, yargısal denetim olmadığı zaman kaybedenler olduğuna dikkat çekmektedir.²⁶⁴ Gerçekten, Türk AYM'nin özellikle din ve vicdan özgürlüğü kapsamında verilen kararlarına baktığımız zaman, kaybedenin hep nüfusun çoğunluğu olduğunu, kazananın ise vesayetçi sistemin temsilcisi elitlerin olduğunu, çok açık bir şekilde görebilmekteyiz. Tushnet, anayasal yargı denetiminin, bazı politikacıların amaçlarına-çıkarlarına uygun düştüğünü, ama onları takip edenler için bir avantajı olmadığını ve özellikle zor karar verilmesi gereken durumlarda, anayasal yargı denetimine durumu devretmek, bu politikacıların işine gelen rahat bir yol

Bkz, <http://www.supremecourt.gov.uk/> (Kasım 15, 2011).

Daha fazla bilgi için bkz., Louis Blom-Cooper, Brice Dickson & Gavin Drewry, ed., **The Judicial House of Lords: 1876-2009**, Oxford, OUP, 2009.

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz, Fatih Öztürk, **Constitutional Law Readings for Turkey**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, chapter II.

²⁶² Tushnet, supra 243, s. 168.

²⁶³ Ibid, s. 170.

²⁶⁴ Ibid, s. 172.

olabilmektedir. Anayasal yargı denetimi kaldırılması, bu tip politikacıların çıkarıyla çelişmektedir.²⁶⁵

Tushnet, doktrinin (popülist anayasa hukuku) faydaları hakkında şunları not etmektedir: Anayasal sorumluluğu genel nüfusa yaymak ve anayasanın mahkemenin dışında da çok ciddiye alınmasını sağlamak, ayrıca anayasal yargı denetimi olmadığı zaman daha az maliyetle yerel yönetimlerin kuvvetlerini arttırmak en önemli faydalar olarak zikredilebilir.²⁶⁶ Özetle; Tushnet, popülist anayasa hukukunun, anayasa hukukunu halka mal ettiğini belirtiyor. Halkın da hakimler gibi önemli sorulara yanlış cevap verebileceğini ve bu nedenle popülist anayasa hukuku, politik uygulamalardan daha gelişmiş sonuçlar alınacağını garanti etmemektedir. Fakat, aynı garantiyi elitist anayasa hukuku da verememektedir. Son olarak da, popülist anayasa hukuku, kamunun yani halkın direkt ve açıktan anayasanın şekillendirilmesinde genel olarak katkı sağlamasına inanan bir modeldir.²⁶⁷

Tushnet, kitabının yayınlanmasından sonra ve hala günümüzde dünyanın pek çok yerinde yüksek mahkemelerin anayasal yargı denetimine karşı en ciddi eleştiriyi yapanların başında gelen kişi olarak tanınmaktadır. Tushnet'in popülist anayasa doktrininin yola çıkarsak, en kötü ihtimalle anayasal yargı denetimi kaldırılmasa bile, mutlaka sınırlandırılmalıdır sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Tushnet'in modeli bir nevi mahkemeler olmadan anayasacılık yapmak şeklinde tarif edilebilir. Kanaatimizce doktrinin en can alıcı noktası da, anayasa hakkında son sözü söyleyenin halk ya da halkın temsilcileri olmasıdır.

Tushnet 2008 yılında yayınlamış olduğu “Zayıf Mahkemeler, Güçlü Haklar” adlı kitabında ise doktrinini esas çatısıyla korumakla birlikte, biraz da yumuşatarak, özellikle sosyal ve ekonomik haklar konusunda zayıf anayasal yargı denetiminin daha demokratik olduğunu ve en iyi model olduğunu ifade etmiştir.²⁶⁸ Sonuçta, Tushnet'in bu eseri de popülist anayasa hukuku doktrininin çevresinde örgülenmiştir.

²⁶⁵ Ibid, s. 173.

²⁶⁶ Ibid, s. 174.

²⁶⁷ Ibid, s. 186 ve 194.

²⁶⁸ Mark Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, Princeton, PUP, 2008.

Ayrıca bu kitabın detaylı eleştirisi için, Adam Shinar, *With a Little Help from the Courts: Mark Tushnet on Judicial Review of Social and Economic Rights*, From the Selected Works of Adam Shinar, September 2008, http://work.bepress.com/adam_shinar/2 (Eylül 12, 2011).

Tushnet'in 2010 tarihli "Neden Anayasa Önem Taşır?",²⁶⁹ kitabı ise, anayasa hukukunun tamamen siyasi sorunlardan oluştuğunu, anayasa hukukunun siyasi sorunlar anlamına geldiğini iddia etmiştir. Bu nedenle politik olarak güçlü olmayanların (halkın), Yüksek Mahkemeden kendi çıkarlarını korumasını beklememelerini, hatta kısa dönemde hakimleri kendi taraflarına çekseler bile, uzun dönemde bu yakınlaşmanın olamayacağını vurgulamaktadır.

VIII) Sonuç: Yargısal Aktivizm, Politik Sorun, Jüristokrasi ve Demokratik Meşruiyet

Bu kısımda aynı zamanda tezin bu bölümünün (III) sonuç kısmı olarak tasarlanan yargısal aktivizm, politik sorun, jüristokrasi ve demokratik meşruiyetin birbiriyle olan ilişkisi ele alınmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, bu bölümün girişinde yargısal aktivizm tanımını incelerken, en tehlikeli ve kabul edilemez olanın partizanca yapılan aktivizm olduğunu görmüştük. Bunun da, yargının önüne gelen davada çok açık bir şekilde ideolojik ve taraflı davranması anlamına geldiğini ifade etmiştik. Bu çeşit yargısal aktivizm içeren kararların sona ermesinin de ancak yasamanın üstünlüğü ilkesinin kabulü ile mümkün olacağını belirtmek gerekir. Anayasanın yorumu konusunda yüksek mahkemelerin son sözü söyleme yetkisine sahip olmasının çok tehlikeli sonuçlar doğurabileceğini örnek olarak incelediğimiz mahkeme kararlarında da görmek mümkündür.

Türk AYM'nin dört kategoriye ayırarak incelediğimiz kararlarında, tamamen müdahaleci ve hakimlerin vesayetçi sistemin davamı adına kararlar verdiğini görmekteyiz. Anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin, Anayasada çok açık hüküm olmasına rağmen esas açısından denetlenmesi, özelleştirmelerde yerindelik denetimine kayan yaklaşımla iptal kararları verilmesi, çok yoğun biçimde partilerin kapatılması, laiklik, din ve vicdan özgürlüğü konusunda dini özgürlükleri sınırlayan kararlar verilmesi bunun en bariz örneklerini oluşturmuştur.

²⁶⁹ Mark Tushnet, *Why The Constitution Matters?*, New Haven, YUP, 2010.

Kitabın eleştirisi için, Amanda Frost, *Mark Tushnet on Why the Constitution Doesn't Matter*, 14 Green Bag 2D, (2010), s. 99-110.

Yargısal aktivizmin ABD anayasa hukukundaki örneklerine baktığımızda, Yüksek Mahkemenin kararlarının her zaman olması gereken çizgide olduğunu söylemek gerçekten zordur. *Dredd Scott* davasıyla, Yüksek Mahkeme, bir nevi köleliğin kaldırılmasını engelleyerek ABD İç Savaşına giden yolda en büyük etkenlerden biri olarak yarım milyon insanın hayatını kaybetmesine ve o dönemdeki ABD toplumunda derin yaralar açılmasına sebep olmuştur. *Koromatsu* davasıyla, İkinci Dünya Savaşı esnasında binlerce Japon asıllı Amerikalılara ayrımcılık uygulanarak hapsedilmelerinin Anayasaya uygun olduğu kararının verilmesi, *Dennis* davasıyla McCarthy döneminde sırf düşüncelerinden dolayı insanların hapsedilmesine göz yumması, *Roe* davasıyla Amerikan toplumunun o dönemde büyük çoğunlukla hayır dediği kürtaja evet demesi, *Lawrence* davasıyla Texas eyaleti gibi pek çok geleneklerine bağlı Amerikan eyaletlerinin değer yargılarını hiçe sayarak eşcinselliğe onay vermesi, *Bush* davasıyla da oyların yeniden sayılmasını engelleyerek Demokratların seçimi kaybetmesine sebep olan kararı vermesi, ABD Yüksek Mahkemesinin bir çırpıda akla gelebilecek en aktivist kararlarıdır.

Elbetteki, ABD Yüksek Mahkemesi, pek çok kararında, Türk AYM'nin aksine insan hakları ve özgürlüklerin önünü açan kararlar da vermiştir. Daha öncede belirttiğimiz gibi, ABD Yüksek Mahkemesinin negatif içerikli yargısal aktivizm kararları, genelde kriz dönemlerinin ürünü olmuştur. Bu nedenle, yukarıda saydığımız örnek davalara bakarak, ABD Yüksek Mahkemesinin hep negatif içerikli yargısal aktivizm kararları verdiğini düşünmek yanıltıcı olacaktır. Yukarıda ABD Yüksek Mahkemesinin yargısal aktivizm içeren kararlarını incelediğimiz bölümde gördüğümüz gibi; *West Virginia* davasıyla, dini inançtan dolayı bayrağın selamlanmamasının ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi ve devletin insanları vatansever olmaya zorlayamayacağı, *Brown* davasıyla, siyalara (Afrika kökenli Amerikalıların) beyazlarla aynı yerde eğitim hakkının tanınması, *Brandenburg* davasıyla her türlü fikri yasaklayan yasaları anayasaya aykırı bulması, *Pierce* davasıyla zorunlu kamu okulunda eğitim yasasını anayasaya aykırı bulup eğitimde anne ve babanın son sözü söyleyebileceği imkanını tanıması da ilk akla gelen ABD Yüksek Mahkemesinin pozitif aktivist kararlarıdır.

Kanada Yüksek Mahkemesinin kararlarına baktığımızda da aynı şeyi görmekteyiz. Bazı kararlar pozitif, bazılarıysa negatif içerikli olmuştur. *Andrews*

davasıyla, göçmen olan fakat vatandaş olmayan birinin eyalet barosuna kayd olarak avukatlık yapabileceğine imkan tanınması, Kanada federalizmi ve çok kültürlü toplum anlayışı açısından yerinde bir karar olmuştur. *Reference* tavsiye niteliğindeki kararıyla, barışçıl bir şekilde konfederasyondan nasıl ayrılınabileceğini göstermesi de olumlu kararlar arasında sayılabilir. *R. V. Big M Drug Mart* davasıyla, Pazar günlerinin Hristiyanlığa göre dini tatil günü olmasına rağmen, çalışılabilirliğine dair karar vermesi, hem olumlu hem de olumsuz olarak görülebilir. *Thomson Newspaper* kararıyla, seçmenin seçimden üç gün önce dahi olsa anketlerle bilgilendirilebileceği kararı, *Ford* kararıyla azınlıkların Quebec eyaletinde dil hakkını koruması kararı vermesi, *Chaoulli* kararıyla da, özel sağlık sigortasının geçerli olabileceğine dair karar vermesi de yargısal aktivizmin pozitif örnekleri olarak sayılabilir.

Fakat, aynı Yüksek Mahkeme, *Egan* kararıyla, eşcinselliği, kadın ve erkek cinsiyetinin yanında üçüncü bir cinsiyet olarak tanınması, *R v. Sharpe* kararıyla, çocuk pornografisine kısmi olarak sanatsal değer gözüyle bakılması, *Vriend* kararıyla eşcinselliğini saklamayan kişinin, Hristiyanlık değerleriyle eğitim veren bir kolejde işten atılamayacağına dair karar vermesi, son olarak *Adler* kararıyla sadece Katolik Hristiyan okullarına kamu yardımı yapılabileceği, diğer inançtan olan okullara böyle bir yardım yapılamayacağına dair kararıyla yargısal aktivizmin en negatif içerikli örneklerini sergileyerek, Kanada’da parlamentonun üstünlüğü prensibinden jüristokrasiye geçilmiştir.

Diğer ülkelerle ilgili yargısal aktivizm kararlarını incelediğimizde; Japonya Yüksek Mahkemesinin bu hususta çok aktif olmadığını, bunun da siyaset ile Mahkemenin aynı elitlerce kontrol edilmesinden kaynaklandığını, Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerinde yeni kurulmuş olan AYM’lerinin Türk AYM gibi çok aktif olduğunu ve yargısal aktivizmi sürekli kullandıklarını örnek davalarda görmüş olduk.

Ran Hirschl’in modern dünyada yeni anayasacılık hareketlerini jüristokrasiye giden yol olarak değerlendirdiğini ve bu hareketlerin toplumların elit tabakalarınca gerçekleştirildiğini, bu anayasacılık hareketlerinin halka ait olmadığını ifade eden doktrinini incelemiş olduk. Örnek ülke olarak incelediği Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika’daki davalar ve yasaların yapım sürecine bakarak bu sonuca ulaşan Hirschl, aynı sürecin diğer ülkelerde de işlediğini ifade etmektedir. Yüksek Mahkemelerin hakların yeniden dağıtımını sağlayamadığını, bunun da yeni

anayasacılık hareketlerini hazırlayan ve şekillendiren elitlerin çıkarlarına ters düştüğünden gerçekleşmeyeceğini belirten Hirschl, siyasetin yargısallaştırılmasının sonuçta siyasi elitlere yaradığını iddia etmektedir.

Mark Tushnet'in anayasayı mahkemeden uzak tutmanın yolları doktrini incelediğimizde, anayasal yargı denetiminin pek bir faydası olmadığı, bu nedenle anayasayı ve hakları korumanın yolunun popülist anayasa hukuku kavramı ve uygulamalarıyla gerçekleştirilebileceğini iddia etmesiyle, son yılların anayasal yargı denetimine karşı en ciddi eleştiriyi getiren kişi olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Tushnet'in temel iddiası, anayasayı tekrar halkla buluşturup anayasal yargı denetimine gerek olmadığını ortaya koymaktır. Tushnet hiç bir şekilde yargının üstünlüğünü kabul etmemekte, anayasanın yorumuyla ilgili son sözün halka ait olduğunu defatle ifade etmektedir. Tushnet, kalın anayasalara, yani çok düzenleme içeren anayasal metinlere gerek olmadığını belirtmektedir. İnce anayasalarla, yani temel hak ve özgürlükleri koruyan modellen anayasalarla popülist anayasa hukukunun gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Son tahlilde, Tushnet, anayasa hukukunu politik sorunlar olarak tanımlamış, bu nedenle de politik gücü olmayan halkın Yüksek Mahkemeden kendi çıkarlarını korumasını beklememesini söylemektedir.

Sonuç olarak, bu bölümde ulaştığımız kanaat, yüksek mahkemelerin kesinlikle yargısal aktivizmde bulunmaması, hukukun kendilerine çizdiği sınırların dışına çıkmaması gerektiğidir. Ama en azından, pozitif içerikli yargısal aktivizmde bulunan mahkemeler, kendi demokratik meşruiyetlerine katkıda bulunmaktadır. Pozitif içerikli kararlara bakarak, yüksek mahkemelerin insan haklarını ve özgürlükleri koruyan yerler olduğunu düşünmenin yanıltıcı olduğunu, bu çerçevede yüksek mahkemelerin politik sorun doktrini kavramıyla özellikle belirli alanlarda verecekleri kararların kesinlikle sınırlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Elbette ki, federal sisteme sahip ülkelerle üniter yapıya sahip ülkelerin belirleyeceği politik sorunla ilgili mahfuz alanlar işin tabiatı gereği farklılık arz edecektir. Fakat, meselenin özünde mutlaka yüksek yargı organlarının sınırlanması yer almaktadır. Ayrıca, Hirschl'in belirttiği gibi yeni anayasacılık hareketleri, Türkiye'de de diğer ülkelerde olduğu gibi elitlerce gerçekleştirilmekte ve anayasacılığın sınırları yine elitlerce tespit edilmektedir. Tushnet'in anayasayı mahkemeden uzak tutmanın doktrini ve popülist anayasacılık anlayışının gelişmiş bir demokrasi kültürüne sahip olan

Amerikada yakın bir gelecekte uygulanabileceği kanaatindeyiz. Fakat ülkemizde, bu uygulamanın yakın bir gelecekte gerçekleşmesi imkansız olarak gözükmektedir. İki yüz yirmi sene önce dünyanın en uzun ömürlü sivil bir anayasasını yapmış ve yaşatmaya devam eden bir ülkenin demokratik kültürüyle, henüz daha ilk sivil anayasasını yapmaya hazırlanan bir ülkenin demokratik kültürünün aynı ya da yakın seviyede olacağını söylemek elbette çok zordur. Ancak, en azından, anayasanın yorumunda çok tartışmalı konularda mutlaka referanduma giderek son sözü halkın söylemesi sağlanmalıdır. Aksi takdirde, anayasa hakkında son söz yüksek mahkemelere bırakılırsa, bunun jüristokrasiye giden yolu açabileceği ortadadır. Esasında, örnek davalar ve anayasacılık hareketlerinin göstermiş olduğu sonuç da bu fikrimizi doğrular niteliktedir. Ayrıca, hak ve özgürlüklerin korunması konusunda, yüksek mahkemelere çok da güvenilmemesi gerektiği ve aynı gerçeğin siyasetçiler için de geçerli olacağı rahatlıkla söylenebilir. Seçimle göreve gelmeyen yüksek mahkeme hakimlerinin norm oluşturmada, demokratik meşruiyete sahip olmadıklarını da gözden uzak tutmamak gerekir. Bu anlamda, yargısal aktivizmi en azından frenleyebilecek bir model olarak düşünülebilecek olan politik sorun doktrininin ülkemiz için bir başlangıç olabileceği kanaatindeyiz.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Anayasal yargı denetimi, özellikle nasyonal sosyalist Almanya ve faşist İtalya rejimlerinin ardından İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, azınlıkları koruma adına anayasaya aykırı kanun çıkarabilen çoğunluğun iradesini frenleme adına siyasi ve hukuki elitlerce düşünülmüş bir model olarak ön plana çıkarılmıştır. Bunun öncesindeki AYM ve Yüksek Mahkeme uygulamaları daha çok kanunların anayasalara uygunluğunu denetleyen mekanizma olarak anlaşılmaktaydı. 1980'lere gelindiğinde anayasal sisteme sahip olan gelişmiş ülkelerde anayasal yargı denetimi ciddi anlamda eleştiriler almaya ve sorgulanmaya başlanmıştır.¹ 1990'larda ise, Sovyet Rusya'nın yıkılmasıyla yeni anayasacılık hareketleri başlamıştır. Birliğe üye olmanın ön şartı olarak AB'nin, Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerinden hukuk devleti anlayışına sahip bir demokratik sisteme sahip olmadan görüşmelerin başlamayacağını belirtmesi üzerine, bahsi geçen ülkelerde AYM kurma furysı başlamıştır. Yerleşik anayasal demokrasi kültürü olmayan veya zayıf olan ülkelerde olduğu gibi, bu yüksek mahkemeler pek çok yargısal aktivizm içeren kararlara imza atmışlardır. 2000'li yıllarda ise, anayasal yargı denetimi yapan AYM'leri ve Yüksek Mahkemelerin daha çok toplumların elitlerini koruyan kararlar verdiği düşüncesi gündeme gelmiştir. Bunun neticesinde katılımcı (müzakereci)-çoğunlukçu demokrasi (deliberative-pluralist) ve anayasal yargı denetimi kavramları sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır.² Özellikle, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Kongre'nin çıkarmış olduğu yasaları Anayasaya her aykırı buluşunda anayasal yargı denetimine karşı, ABD'de

¹ Bu hususta ABD'de çıkarılan yayınların çokluğu dikkat çekici olmuştur. Örnek olarak bkz, John Hart Ely, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Cambridge, HUP, 1980 ve Christopher Wolfe, **The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law**, New York, Basic Books Inc, 1986 zikredilebilir. Bu iki yazar ABD Yüksek Mahkemesi'nin yorum yoluyla yargısal aktivizmde bulunabileceğini ifade etmişlerdir. Başka bir yazar ise, Yüksek Mahkeme'nin vereceği kararlarda sınırlanmasını yani yargısal kısıntıyı (judicial restraint) savunmuştur. Bkz, Jesse H. Choper, **Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court**, Chicago, The University of ChicagoP, 1980.

² Örnek kitap için bkz, Christopher F. Zurn, **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**, Cambridge, CUP, 2007. İrlanda'daki yargısal aktivizm için bkz, David Gwynn Morgan, **A Judgment Too Far?: Judicial Activism & The Constitution**, Cork, Cork University Press, 2001. Anayasal yargı denetiminin bürokrasi ve katılımcı demokrasi arasındaki ilişki için bkz, Marc Hertogh & Simon Halliday, **Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives**, Cambridge, CUP, 2004.

ciddi bir direnç oluşmaya başlamıştır.³ Aslında bu durum en net olarak, “New Deal” yasaları Anayasa’ya aykırı bulunmaya başlandığında ortaya çıkmıştır. Oysa ki, anayasal yargı denetiminin doğduğu ve dünyanın değişik ülkelerine örnek olduğu ABD’de, halk anayasal yargı denetimine alıştı. Hatta, Yüksek Mahkeme’yi hak ve özgürlüklerin koruyucusu olarak görüyordu. Teoride, Marbury v. Madison davasıyla bilinen politik sorun doktrini, daha sonraki bazı davalarda uygulanmıştır. Fakat 1930’lu yıllara gelindiğinde Başkan Roosevelt’in 1936 seçimini kazanmasıyla Yüksek Mahkeme’nin geri adım atması sonucu ABD anayasa hukukunda politik sorun doktrini Mahkeme kararlarında daha sıklıkla ve net olarak görülmeye başlanmıştır.

Giriş kısmında ifade ettiğimiz gibi, çalışmamızın amaçları, politik sorun doktrinin Türk anayasa yargısına uyarlanıp uyarlanamayacağı, yargısal aktivizm içeren yüksek mahkeme kararlarına karşı, özellikle Türk AYM’nin, bir fren görevini görüp göremeyeceği, ayrıca anayasal yargı denetiminde kapsam ve sınırın ne olacağı ve nihayetinde anayasanın yorumunda son sözü kimin söyleyeceği sorularına cevap aramaktır.

Yargısal Denetimde Sınırlama: Politik Sorun Doktrini

Anayasal yargı denetiminde sınırlama araçlarından biri olarak kullanılan politik sorun doktrini, mahfuz alanların siyasi alan olduğunu ve o konuda çözüm üretmesi gereken merciin mahkeme değil, diğer kuvvetlerin olduğu esasına dayanır. Doktrinin zayıf görülebilecek yanlarından biri, bu mahfuz alanları tespit edenin çoğu zaman mahkemeler olduğu gerçeğidir. Elbette, yasa ya da anayasa hükmü varsa,⁴ bu durumda yasama, mahkemelerin giremeyeceği alanı belirlemiş olmaktadır. Fakat, bu her zaman bu kadar net gerçekleşmemektedir. Diğer bir ihtimal ise mahkemenin kendisini kısıtlayarak mahfuz alanı belirlemesi durumudur.⁵ Politik sorun doktrininin uygulaması, daha çok Anglo-Saxon hukukuna mensup ülkelerde karşımıza çıkmaktadır. Bunun nedeni de, parlamentoların üstünlüğü ilkesinin anayasa hukukunda temel taşlardan biri olarak kabul edilmiş olmasıdır. Her ne kadar, yeni

³ Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 University of Cincinnati L. R. (2004), s. 1257-1303.

⁴ Türk hukukunda yasama kısıntısı denilen durum.

⁵ Türk hukukunda yargı kısıntısı adı verilen durum.

anayasacılık hareketleriyle bu durumun bazı Anglo-Saxon hukukuna ait ülkelerde sarsılmış olduğu iddia edilse de, yine de bu ülkelerin parlamentoların son sözü söyleme yetkisi devam etmektedir.⁶

Politik sorun doktrininin ABD uygulamasında ortaya çıktığı alanlardan ilki; eyalet devletlerinin cumhuriyetçi yapıda hükümetlere sahip olması ve seçim sürecinin anayasal yargı denetiminden geçirilmesi konusudur. Yüksek Mahkeme; eyalet devletlerinin cumhuriyetçi yapıda olmasıyla ilgili konularda son sözün mahkemelere değil, Kongre ve Başkan'a ait olduğunu söylemiştir. Partizanca seçim bölgelerinin oluşturulmasının da anayasal yargı denetimine tabi olacağını belirtmiş, fakat *Vieth* (2004) ve *Bush* (2000) kararı sonrası, bu durumun nasıl devam edeceği hususunda ortada bir netlik kalmamıştır. İkincisi ise; dış politika meseleleridir. Yüksek Mahkeme, bu konuları tamamen politik sorun olarak kabul edip, davaların esasına girmemiştir. Üçüncüsü ise; Kongre'nin kendi yönetimiyle ilgili konulardır. Yüksek Mahkeme bunları da politik sorun kavramı içinde ele alarak değerlendirmiştir. Dördüncüsü ise; Anayasa değişikliğiyle ilgili bütün sürecin Kongre'nin yetkisinde olduğunu ve anayasal yargı denetimine tabi olamayacağını belirtmesi olmuştur. Son olarak da, Yüksek Mahkeme kuvvetler arasındaki dengelere karışmayıp, bu konuların da politik sorun olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa yargısının ortaya çıkışının belki de en önemli sebeplerinden birisi, sonu gelmez arzulara sahip siyasi iktidarların sınırlanması düşüncesidir. Politik sorun doktrininin ortaya çıkış sebebi de, gücünün farkında olan ve kendisini sınırlama eğiliminde olmayan, sınırlarını aşan yargıyı frenlemektir. Doktrin, hem yargısal gücü sınırlamakta hem de dengelemektedir. Politik sorun doktriniyle ilgili genel kabul gören görüşlerden birisi de, Hakim Frankfurter'in dediği gibi, hukuki meseleyi çözecek bir standart geliştiremiyorsa, o konunun politik bir sorun olduğudur. Dolayısıyla mahkemelerin bu davaların esasına bakmaması gerekir. Son tahlilde, ABD anayasa yargısında politik sorun doktrinin kabulü ve uygulamasıyla ilgili tam bir yeknesaklık olduğunu söylemek zordur. Zaten hukukun tabiatı da bunu gerektirmektedir. Fakat, yukarıda belirttiğimiz alanlarda, genel olarak doktrin ve mahkemeler politik sorun doktrini olduğunu kabul etmektedirler. Sonuçta, federal

⁶ İlginç bir çalışma olarak bkz, Brice Dickson, ed., **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**, New York, OUP, 2007.

yargı kararlarıyla ilgili değişiklik yapma yetkisi, üçte iki oy çokluğu sağlanmasıyla Kongre'ye aittir. Zor olsa da, anayasa yorumunda yine son söz halkın temsilcileridir.

Türk hukukunda hükümet tasarrufları olarak bir dönem uygulanmış olan politik sorun doktrini, elitler tarafından ideolojik anlayışa feda edilerek 1961 Anayasası'ndan sonra uygulamadan kaldırılmıştır. Günümüzde ise, Özbudun, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri ve parlamento kararlarını Türk hukukundaki politik sorun doktrinine örnek olarak göstermektedir.⁷ Gözler ise, bu çalışmanın 95-97. sayfaları arasında yer alan uzunca bir liste sıralayarak Türk hukukunda hükmet tasarrufu kategorisinin devam ettiğini belirtmekte ve doktrinin bunları idari işlem sayarak idarenin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirmesine karşı çıkmaktadır. Listedeki çoğu işlemler, zaten dış politika ile ilgilidir. Görünen o ki, yüksek mahkemeler ya da doktrin dış politika kararları ve işlemlerine karşı müdahil olma eğiliminde değildirler. Gözler'in görüşüne katılamamaktayız; bunların idari işlem olarak kabul edilmesi daha yerindedir. Şayet, Türk hukukunda hükümet tasarrufu kategorisi devam etseydi, belki de, Danıştay ya da AYM'nin yargısal aktivizm içeren kararlarını sınırlamada bir fren mekanizması olarak işlev görebilirdi. Fakat, öyle bir uygulama gerçekleşmediğinden bunların idari işlem sayılıp, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi daha yerinde olsa gerekir.

Diğer ülkelerdeki politik sorun doktrini uygulamalarına bakıldığında, İsrail mahkemelerinin, Anglo-Saxon hukukuna rağmen, bu doktrini kabul etmedikleri, güçlerini arttırma eğiliminde oldukları ve sıklıkla yargısal aktivizmde bulundukları görülmektedir. İsrail anayasa hukukunda politik sorun doktrini çok iyi bilindiği halde, yaşanan coğrafyada ki olayların etkisiyle olsa gerek, uygulanmasına imkan verilmemektedir. Hatta, İsrail Yüksek Mahkemesi daha da ileri giderek, Knesset (Parlamento)'in iç tüzüklerini denetleyerek, parlamentoların üstünlüğü ilkesini zedelemiştir. Oysa ki, Anglo-Saxon hukukunun anayasa hukukundaki en temel ilkesi

⁷ Bkz, bu çalışma, s. 98-9. Özbudun YAŞ ve HSYK kararlarını, uyarma, kınama ve disiplin işlemlerini de saymaktadır. Bu görüşünü 2010 öncesi Atina'da gerçekleştirilen VII. Uluslararası anayasa Kongresi'nde sunmuştur. 2010 Anayasa değişikliği sonrası bu karar ve işlemler de yargı denetimine açıldığı için, politik sorun doktrini çerçevesinde değerlendirilemeyeceğinden yukarıdaki metne dahil etmedik.

bu olmakta ve halkın seçtiklerinin ancak ve ancak demokratik meşruiyeti haiz olduklarına inanılmaktadır.

Kanada anayasa hukukunda politik sorun doktrinin varlığı genelde kabul edilmekte, fakat açıkça ifade edilmemektedir. Ama son yıllarda, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin kendi ideolojik yaklaşımlarını kararlarına yansıtması sonucu, artık Kanada'da politik sorun doktrini uygulamasının devam edebileceğini söylemek çok zor gözükmemektedir. Gerçi her zaman için, Kanada Yüksek Mahkeme'sini frenleyerek verdiği kararı salt çoğunlukla hem Federal Parlamento hem de eyalet parlamentolarında beş yıl boyunca askıya almak mümkün ve bu askıya alma kararını tekrarlamak imkan dahilindedir.

Alman anayasa hukukunda çok ciddi bir anlamda hukukun üstünlüğü ilkesinin parlamentoların üstünlüğü ilkesine galip gelmesinden dolayı, politik sorun doktrinin varlığına ratlamak çok zordur, fakat yargı girmek istemediği konulara siyasi organların takdir yetkisi var diyerek uzak durmaktadır. Bir nevi, Alman anayasa hukukunda daha çok yargının kendi kendisini sınırlaması şeklinde kısmi olarak politik sorun doktrininin uygulandığını söyleyebiliriz.

Fransa'da Anayasa Konseyi hükümet işlemlerine yargısal bağımsızlık tanımıştır. Yasamanın yargıya göre üstün olduğu kabul edilmiştir. Fransız Anayasa Konseyi üyeleri hakimler değildir, bu nedenle Anayasa Konseyi yargısal değil politik bir organ olarak görülmektedir. Günümüz Fransa'sında hükümet tasarrufu (politik sorun) kategorisinin azaldığı iddia edilmektedir. Esasında, Fransa anayasa hukuku uygulamasına bakıldığında, çok sert bir anayasal yargı denetimi olmadığı, bu nedenle de siyasi iktidarların elini kolunu bağlayacak bir mekanizma bulunmadığından politik sorun ya da hükümet tasarrufları kategorisine pek gerek duyulmamakta olduğu kanaatindeyiz. Şunu tekrar belirtmeliyiz ki, hükümet tasarrufları sadece yürütme ile alakalı olan hukuki durumdur. Türkiye'deki Danıştay'ın uygulaması da bu yönde olmuştur. Oysa ki, politik sorun doktrini hem yasama hem de yürütmenin tasarruflarıyla ilgilidir.

İspanya Anayasa Mahkemesi, politik sorun doktrinini görmezden gelip, önemli kararları geciktirerek hareket etme eğiliminde olmasına rağmen, çoğu zaman çok aktif hareket ederek yargısal aktivizmde bulunmuştur. İspanya Anayasa

Mahkemesi'nin yakın bir gelecekte önüne gelecek olan özerk yönetimlerin statüsü ve uygulamaları hakkında nasıl kararlar vereceği merak konusudur.

Netice olarak; güçlü demokrasilerin Birleşik Krallık, İskandinav ülkeleri ve Hollanda'da olduğu gibi anayasal yargı denetimi olmadan da yaşayabileceği bilinmektedir. Anayasal yargı denetiminin olduğu ülkelerde ise yasama ve yürütmenin daha hızlı ve etkili hareket ederek anayasal demokrasiyi işletebilmesinin yollarından biri de “dava görülemezlik” yani politik sorun doktrini. Siyasi kuvvetlere mahfuz alan oluşturulmasının sebebi, ayrıcalık ya da insan haklarının ihlallerini örtbas etmek değil; aksine siyasal sistemin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak içindir. Devleti yöneten kuvvetlerden birinin diğerine hakem olma noktasında elbette üstünlüğü olması gerekecektir. Aksi takdirde, problemlerin çözümünde anayasanın yorumunda son sözü söyleyecek bir mercii olmalıdır. Bu da olsa olsa halk ya da halkın temsilcileri olacaktır. Kesinlikle, bu makam yargı olmamalıdır. Politik sorun doktrini de bu amaca hizmet etmek için ortaya çıkmış bir uygulamadır. Siyasi iktidarların anayasal yargı denetimiyle sınırlandırılabilirdiği bir sistemde, hayli hayli yargısal iktidar da politik sorun doktriniyle sınırlandırılabilir. Söz gelimi Türkiye örneğinde belirtmek gerekirse seçimle iş başına gelmemiş ve hesap verme sorumluluğu olmayan on yedi beş yüz elliden büyük değildir.

Yargısal Denetimin Sınırsızlığı:Yargısal Aktivizm Doktrini

1940'lı yılların ortalarından sonra ABD'de kullanılmaya başlanan yargısal aktivizm kavramı çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Yargısal aktivizmi savunanlar, yüksek mahkemelerin insan haklarını ve azınlıkları koruduğunu ifade etmektedir. Oysa ki, bölüm 3'te incelemiş olduğumuz davalarda gördük ki, yargısal aktivizm hem pozitif hem de negatif içerikli olabilmektedir. Yeri geldiğinde yüksek mahkemelerce sınırsız bir şekilde kullanılıp, ABD, Kanada, Türkiye örneklerinde olduğu gibi, yüksek mahkeme ya da anayasa mahkemeleri toplumun kesinlikle kabul edemeyeceği kararlara imza atabilmişlerdir (eşcinselliğin serbest olması, eşcinsel evliliğin kabul edilmesi, üniversitelerde başörtüsünün yasaklanması gibi). Bu nedenle, Kramer gibi bazı yazarlar, ne yargı ne de yasamanın üstünlüğü olması gerektiğini, anayasa yorumunda son sözün halkın aracı ya da temsilcilerine değil,

halka ait olması gerektiğini savunmaktadırlar. Lipkin, bir adım daha ileri giderek ABD Yüksek Mahkemesi hakimlerini gizli bir aristokrasinin temsilcisi sayarak, yasa koyucunun üzerinde Demokles'in kılıcı gibi beklediklerini, hesap vermeden ve hayat boyu görevde kalma garantisine sahip olarak ABD ulusunu kendi ideolojik tercihlerine göre şekillendirdiklerini ifade etmektedir. Lipkin, bu yargısal aristokratların bize yaptıkları kandırmacalardan brisinin de kendi kendini yönetmenin faydalarının elitlerce oluşturulan hükümete transfer edilmesi olduğunu söylemeleri ve bunun adını da yargının üstünlüğü olarak bize takdim etmeleridir, iddiasında bulunmaktadır. Lipkin, bugünün dünyasında, Amerikan anayasacılığı ve diğer bütün anayasacılık hareketlerinin buna inandırıldıkları kanaatindedir. Lipkin, haklı olarak ve bizim de katıldığımız görüşünde, ne zaman ki yargı Anayasa'nın anlamı ve yorumu hakkında son sözü söylese, işte o zaman yargısal aktivizm gerçekleşmiş olur, demektir. Lipkin, anayasal yargı denetimi mekanizmasının gerekli olduğunu, ama yargısal aktivizmin *Brown* (siyahlara eşit şekilde eğitim hakkı tanıyan) kararını bahane ederek kişisel hakları en üst düzeyde koruyan kurum olduğunun iddia edilemeyeceğini; *Dredd* (köleliğin devamını sağlayan), *Koramatsu* (İkinci Dünya Savaşı'nda ABD'de ki Japonlara yapılan zulmü onaylama kararı) ve *Roe* (kürtaja izin verme kararı) kararlarını da aynı Mahkeme'nin verdiğini ifade etmektedir. Son söz olarak Lipkin, yargısal denetimin doğru ve gerekli olduğunu, çünkü cumhuriyetçi demokrasilerde hesap verilebilirlik prensibinin herkes ve her kurum için geçerli olduğunu, yargısal denetimin de seçmenlere ikinci bir şans daha tanıyarak hatadan dönme imkanı sağladığını, ayrıca bu denetimin tartışma ve demokratik diyalog için de zemin hazırladığını haklı olarak ifade etmektedir.

Türk AYM'nin örnek olarak ele aldığımız kararlarında, Anayasa'da yer almamasına rağmen anayasa değişikliklerini esas açıdan denetleyerek anayasa değişikliklerinin üzerinde bir denetim yapma yetkisini kullanmakla, ifade özgürlüğünün önünü tıkayarak partiler mezarlığı oluşturmasıyla, özelleştirme konularında aşırı devletçi yaklaşım sergileyerek ekonomik gelişmelerin önünü tıkamasıyla ve son olarak din, vicdan özgürlüğü ve laiklik konularındaki kararlarıyla yargısal aktivizmin çok daha ötesine geçerek, gerçek bir jüristokrasi yani yasama ve yürütmenin üzerinde hakimler hükümetini tesis etmiş olduğu kanaatindeyiz.

ABD Yüksek Mahkemesi’de *Dredd*, *Koramatsu*, *Dennis*, *Yates*, *Roe*, *Lawrence* ve *Bush* kararlarında çok ciddi bir şekilde negatif içerikli yargısal aktivizmde bulunan Yüksek Mahkeme yargıçları, ABD anayasal sistemi ve toplumunu kendi ideolojik tercihleri doğrultusunda şekillendirmişlerdir. Aynı Yüksek Mahkeme *West Virginia*, *Brown*, *Brandenburg*, *Federal Election*, *Pierce* ve *Wisconsin* kararlarıyla da pozitif içerikli yargısal aktivizmde bulunmuştur. Bir kez daha şunu belirtelim ki, pozitif ve negatif içerikli yargısal aktivizm kavramlarını mutlak anlamda kullanmamaktayız. Nedeni ise, yargısal aktivizm sonucu ortaya çıkan kararla aynı kanaatte olanlar, mahkemenin kararını pozitif olarak yorumlayacaklardır. Aksi kanaatte olanlar ise negatif bir karar olarak değerlendireceklerdir. *Roe* ile kürtajın serbest bırakılması, *Lawrence* ile eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması bu duruma gösterebilecek ilginç örneklerdir. ABD anayasa hukukunda, Yüksek Mahkemenin geçersiz kıldığı bir federal yasa, Kongre tarafından askıya alınabilir. Fakat, Mahkeme kararı ile askıya alma kararı arasına bir seçim girmesi şarttır ve yapılan oylamada da üçte iki oy çokluğunun Kongre’de sağlanması gerekir. ABD yasama organı tarihinde bir kaç kez gerçekleşmiş olan bu durum sık olarak kullanılmasa da teoride her zaman olması mümkündür.

Kanada Yüksek Mahkemesi, *Andrews*, *Refernce*, *R. v. Big M Drug Mart*, *Chaoulli* ve *Ford* kararlarıyla pozitif aktivizm, *Egan*, *R. v. Sharpe*, *Vriend* ve *Adler* kararlarıyla da negatif yargısal aktivizm örneklerinde bulunarak yargısal aktivizmin her zaman hakları ve özgürlükleri korumak adına yapılmadığını göstermiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi’nin sıklıkla yargısal aktivizmde bulunması, artık Kanada anayasal sisteminde parlamentonun üstünlüğünün sona erdiği, anayasal demokrasinin başladığı şeklinde algılanmaya başlanmıştır. Hatta, Yüksek Mahkeme hakimleri, topluma kendi ideolojik tarafsızlıklarını dayattığı ve bu sayede toplumdaki büyük tepkilere rağmen *Egan* kararıyla eşcinselliğin önünü açarak, *R. v. Sharpe* ile çocuk pornografisini suç olmaktan çıkararak, *Vriend* ile dini bir kolejde eşcinsellerin cinsel tercihini açıklasa bile çalışabileceğini, bunların işten atılamayacağına karar vererek, *Adler* kararıyla da sadece Hristiyan Katolik okullarına kamu kaynaklarından yardım edilmesini, açık ayrımıcılık olduğu halde kabul ederek inanılmaz kararlara imza atmışlardır.

Kanadalı hukukçu ve siyaset bilimci Ran Hirschl'in tabiriyle yeni anayasacılık hareketleri yani siyasetin yargısallaştırılması elitlerce gerçekleştirilmektedir. Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarında da bunun yargısal elitlerce gerçekleştirildiği çok bariz biçimde görülmektedir. Her ne kadar Kanada anayasal sisteminde Yüksek Mahkeme kararlarının Federal parlamento veya eyaletlerce salt çoğunlukla askıya alınabilme kuralı (override) olsa da, pek fazla uygulandığı söylenemez. Seçimden önce bu kuralı uygulayacağını söyleyip, seçildikten sonra askıya alma kuralını uygulamayan eyalet ve Federal hükümet başbakanlarına şahit olan Kanada ulusu, her halde Ran Hirschl'in yeni anayasacılık hareketlerini elitlerin gerçekleştirdiği tezini görmezden gelemeyeceklerdir. Ülkeler ne kadar da gelişmiş olursa olsun, kanaatimizce son yıllardaki anayasacılık hareketlerinin toplumun seçkinleri tarafından yönlendirildiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, AYM ve diğer yüksek mahkemelerin yönlendirici ve siyaseti dizayn etmeye çalışan kararlarına karşı doktrinde ve kamu oyunda ciddi eleştiriler getirilmektedir. Bu eleştirilerin zamanla daha etkin bir şekilde siyasetteki ilişkileri etkiler hale geleceği kanaatindeyiz.

Ran Hirschl, inanılanın aksine modern dünyadaki anayasacılık hareketleri sonucu yargısal denetimin etkisini arttırmasıyla ortaya çıkan jüristokratik yapının halkın ekonomik çıkarlarına ya da dağıtıcı adalet ve sosyal yardım haklarına yardımcı olmadığını, daha çok toplumun elit tabakasının menfaatlerini koruduğunu ifade etmesi ciddiye alınması gereken bir gözlemdir. Hirschl, her ne kadar Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika örneklerinden yola çıksa da, genel olarak bu gözlemin Türkiye, Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri, hatta dünyanın hemen hemen her yerindeki anayasacılık hareketlerinde, elitlerin büyük bir etkisi ve kontrolü olduğu gerçeği ile bizleri yüzleştirmekte ve bu durumu kabüle zorlamaktadır. Hirschl, yeni anayasacılığın siyasetin yargısallaştırıldığı anlamına geldiğini ifade etmektedir. Hirschl'in bu durumun iyi ya da kötü olduğu konusunda bir tercih yapmadığı gözlemlenmektedir. Kanaatimizce, kendisinin incelemiş olduğu ülke örneklerine bakarak, özellikle son yıllardaki çalışmalarında Mısır, İsrail ve Türkiye gibi ülkeleri kullanmış olması, Hirschl'i kendisinin tespit etmiş olduğu "yeni anayasacılık hareketlerinin elitlerce dizayn edilmesi" yanlışlığına düşmekten kurtaramamış ve net bir şekilde yeni anayasacılık hareketlerinin topluma

kazandırılması gerektiğini belirtememiştir. Çünkü, Hirschl gibi düşünen Kanadalı hukukçular genelde elitist bir anayasacılık hareketine kaymış ve anayasanın anlamı ve yorumu konusunda son sözü Yüksek Mahkeme'nin söylemesi gerektiği kanaatini ortaya koymuşlardır. Aksi takdirde eşcinsellerin hakları, dini okullara yapılan kamu yardımlarında ayrımcılık halkın gözünde kabul edilebilecek gibi gözükken kararlar değildir. Günümüz Kanada'sında sosyal hayatta ve üniversitede eşcinseller aleyhine konuşmak mümkün değildir, hatta ayrımcılık yasağı nedeniyle çok ciddi hapis ve para cezalarıyla insanlar cezalandırılmaktadır. Fakat, son tahlilde Hirschl'in teorisi son yıllardaki anayasacılık hareketlerinin sebeplerini ve sonuçlarını kavramamıza büyük bir katkı sağlamakta ve bize anayasanın anlamı ve yorumu hakkında son sözü milletin söylemesi gerektiği noktasına götüren istatistiksel veriler ve araştırmalar sunmaktadır.

Mark Tushnet, anayasal yargı denetiminin son yıllarda meşruiyetinin sarsılmasına neden olmuş önde gelen yazarlardan birisidir. Tushnet, anayasaların mahkemelerden uzak tutulmasını savunmaktadır. Bu nedenle yeni bir anayasa hukuku oluşturulmasını, bunun adının da popülist anayasa hukuku olması gerektiğini ifade etmektedir. Popülist anayasa hukukunun içeriğinin de toplumdaki sıradan insanların politik platformlardaki tartışmalar ve bu tartışmalarda etkili rol alan siyasi liderlerin fikir ve hareketleriyle oluşacağını belirtmektedir. Burada şunu görmekteyiz: Dünyanın her yerinde anayasa hukukunun problemleri genel olarak aynı gözükmemektedir, fakat çözüm olarak toplumdan topluma farklılıklar arz etmektedirler.

Tushnet'in anayasanın mahkemeden uzak tutulması fikrinin genel itibariyle kabul edilebilir olduğu, ama popülist anayasa hukukunun içeriğinin oluşturulmasının günümüz Türkiye gerçekleriyle örtüşmediği açık ortadadır. Türkiye şartlarında, bu yol şu an için ancak referandumlarla ve yakın bir gelecekte de umudumuz o ki, yeni sivil anayasada yer alırsa halk girişimleriyle sağlanabilecektir. Tushnet'de tıpkı Lipkin gibi anayasanın yorumu ve anlamı konusunda son sözün mahkemelere değil, politik kuvvetlere ait olmasını istemektedir. Bu noktada, hak ve özgürlüklerin koruyucusun halkın kendisinin olduğunu, hakimlerin olmadığını iddia etmektedir. Aslında, bu fikir çok da yanlış değildir. Özellikle Amerikan anayasa hukuku çerçevesinde düşünüldüğünde en azından yakın tarihli olan *Bush* davası ile çalınan

bir seçim gerçeği karşımızda durmaktadır. Geçmiş tarihli ise *Dredd*, *Koramatsu*, *Dennis* davaları bu görüşe haklılık kazandırmaktadır.

Tushnet, anayasaların “ince anayasa” yani Türk anayasa hukukundaki tabiriyle çerçeve anayasa formatında hazırlanması gerektiğini, bunun popülist anayasa hukukunun gereği olduğunu ve ince anayasanın da makul şekilde yorumlanması, Amerikan Özgürlükler veya Haklar Bildirgesine ve Amerikan Anayasası’nın giriş kısmının da anayasanın anlam ve yorumunda ölçü norm olarak kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşleri Türk anayasa hukukuna uyarlayacak olursak, yeni hazırlanacak sivil anayasanın kazuistik yöntemle değil, çerçeve anayasa olarak hazırlanması gerektiği ve girişinde evrensel insan haklarının korunmasıyla ilgili ifadelerin yer almasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tushnet’in doktrininin özü; yargının üstünlüğüne yer vermemiş olmasında yatmaktadır. Tushnet, yukarıda örnek olarak verdiğimiz davaları göstererek, hak ve özgürlüklerin korunmasında, salt anayasal yargı denetimine güvenilemeyeceğini ifade etmektedir. Tushnet’e göre sonuçta anayasal yargı denetiminin amacı iyi ve adil bir yönetime sahip olmaktır. Tushnet şöyle bir soru sormaktadır: Anayasal yargı denetimi ile mi, yoksa onsuz mu daha iyi bir yönetime sahip olunacaktır? Tushnet, haklı olarak anayasal yargı denetiminden faydalanacak olan halk ise, bu kurum da azami derecede halkın faydasına olacak şekilde düzenlenmelidir. Bu noktadan bakıldığında, Türk AYM’nin halka rağmen üretmiş olduğu laiklik kararlarının toplumun bir avuç seçkin kadrolarının menfaati için olduğu, yoksa halkın çıkarları için olmadığı ortadadır.

Tushnet, bir adım daha ileri giderek, anayasal yargı denetimine gerek olmadığını, hak ve özgürlüklerin mahkemelerce korunabileceğini iddia etmektedir. Tushnet’in bu fikrine katılmamakla beraber, prensipte anayasal yargı denetimine olumlu bakmamıza rağmen yüksek mahkemelerin anayasaların anlam ve yorumu konusunda son sözü söylemesini kabul etmediğimizi belirtmek isteriz. Çünkü, son sözü mahkemeler söylemeye başladığı zaman bunun sınırının olmadığı eğilimini, özellikle Türk AYM’nin pek çok kararından bilmekteyiz. Zaten, son sözü söyleme yüksek mahkemelere ait olduğu zaman, yargısal aktivizm de başlamış olmaktadır. Prensip, pozitif yargısal aktivizm kararlarını kabul etmekle birlikte, bu durumda da mahkemelerin kimin değer yargılarına göre karar vereceği sorununun ortaya çıkardığını, bu nedenle yargısal aktivizmin pozitif olsa dahi yapılmaması gerektiği

kanaatindeyiz. Yüksek mahkemelerin anayasal yargı denetiminde durum tespiti yapıp son sözü siyasi kuvvetlere ve hatta halka bırakmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Bir İdeal Yargısal Denetim Modeli Denemesi

Çalışmamızın sonucunda incelemiş olduğumuz farklı ülkelerin mahkeme kararları ve doktrinde anayasal yargı denetimiyle ilgili yazarların fikirlerinden yola çıkarak nasıl bir anayasa yargısı denetimi modeli inşa edilmeli ki, halk bundan azami derecede faydalanabilsin.

Kanaatimizce, bir anayasal yargı denetimi modelinde şu esaslar yer almalıdır:

1. Anayasal yargı denetiminin amacı devleti veya sistemi korumak olmamalıdır. Bu nedenle militan demokrasi için anayasal yargı denetimi yapılmadığı, daha iyi bir yönetim ve daha adil hak dağıtımı için yapıldığı anayasada yer almalıdır.
2. Anayasal yargı denetiminde abstract yani soyut norm denetimi olmamalı, aksine 2010 referandumuyla kabul edilmiş olan bireysel başvuru yoluyla denetim yapılmalıdır. Bunda da Amerikan anayasa hukukunda olduğu gibi bireyin ya da grubun zarar görmüş olması şartı aranmalıdır.
3. Anayasa Mahkemesi kararları, TBMM'deki milletvekillerinden 1/5'nin oyuyla halkın önüne referandum oylaması olarak getirilebilmelidir. Böyle bir kural, halk ile siyasetçiler arasındaki ilişkiyi arttıracak ve demokratik diyalog zeminine de katkı sağlayacaktır. Bu kural, aynı zamanda anayasanın anlam ve yorumu konusunda son sözün halka ait olduğunun da bilinmesini pekiştirecektir.
4. Cumhurbaşkanı'nın bu noktadan sonra halkın oyuyla seçileceğinden hareketle, yasaları referanduma sunabilmesi kabul edilmeli, ama AYM önünde iptal davası açması imkanı sağlanmaması gerekir. Bu kuralın, parlamenter demokrasimizde yasamanın yürütmeden daha güçlü olabileceği anlayışını yerleştirmesi açısından önemli faydaları olacağını düşünmekteyiz.
5. Son olarak da TBMM'nin salt çoğunlukla alacağı bir kararla AYM kararlarını azami olarak dört yıl süreyle askıya alabileceği (seçimler dört

yılda bir yapıldığından) ve bu askıya alma kararının yapılan seçimlerden sonra TBMM’ce yeniden tekrarlanabileceği kuralı da olmalıdır. Bu sayede, AYM ile TBMM arasında demokratik diyalog başlamış olacaktır. Çünkü, askıya alma kararından sonra, aynı parti yeni dönemde tekrar iktidar olursa ve aynı yasayı geçirirse AYM bu sefer iptal kararı vermeye pek yanaşmayacaktır. İptal kararı verecek olursa, bunun da büyük bir ihtimalle askıya alınacağını bilecektir. Veyahut, aynı parti seçimi kazanmış olup, fakat yaptığı yasal düzenlemeden sonra pek çok insanın AYM’ne mağdur sıfatıyla bireysel başvuru yaptığını görünce yeni bir yasal düzenlemeyle durumu düzelterek, askıya aldığı kararda ısrar etmeyecektir. Şayet ısrar ederse, bu sefer TBMM’deki 1/5 milletvekilinin başvurusuyla, ilgili düzenleme referandumda halkın önüne getirilebilecektir. Diğer bir ihtimalde, seçimi iktidar partisinden başka bir parti kazandığı takdirde, askıya alma kararını kaldırabilecektir. Fakat, halk, iktidarı teslim ettiği bu parti ile bu konuda aynı kanaatte değilse, Cumhurbaşkanı’nın girişimiyle veya TBMM’nin girişimiyle yeni yasanın da referanduma sunulmasını sağlayabilecektir.

6. Son olarak da, Türkiye nüfusunun % 10’nun elektronik imzasıyla (elbette ki alt yapısı kurulduktan sonra) halk girişimi olarak AYM kararını referanduma sunmayı reddeden Cumhurbaşkanının, TBMM’ye karşı halkın temsilcilerinden de öte son sözü söyleyen mercii olduğunu bir kez daha göstermek gerekir. Bu sayede insanlarımızın siyasete ve yönetime aktif katkısı da sağlanmış olacaktır.

Sonuç: Politik Sorun Doktrininin Türk Anayasa Yargısına Uyarlanabilirliği

Öz olarak, ABD anayasa hukukunda doğmuş olan politik sorun doktrininin Türk AYM’nin yargısal aktivizm içeren kararlarını frenlemede kontrol mekanizması olarak kullanılabileceği kanaatine varmış bulunuyoruz. AYM hakimlerimiz bilmelidir ki, halk tarafından seçilmedikleri için hukuk kuralı koyma konusunda, Mahkeme’nin demokratik meşruiyeti bulunmamaktadır. Doktrinin kullanılabileceği alanlar olarak; anayasa değişikliklerinin esas ve şekli açısından dahi denetlenememesi ve Meclis İç Tüzüğü’nün anayasal yargı denetimine tabi olmaması noktasında yeni

anayasaya mutlaka hüküm konulmalıdır. ABD ve Kanada Yüksek Mahkemeleri'nin uygulamalarında olduğu gibi, bu hükümler de Türk AYM'nin yargısal aktivizm içeren kararlarına fren olamayabilir. Bu nedenle anayasanın yorum ve anlamı konusunda son sözü söyleme yetkisini halka bırakan bir model daha tercihe şayan olacaktır. Aynı zamanda bu, doksan yıldır emekleme çabasını hala atamamış ve ileri geri sürekli zikzaklar çizen demokrasimizin seçkin karakterini ve AYM'nin kurulmasından sonraki jüristokratik yapının oluşturmuş olduğu prangaların sona erdirilmesine zemin hazırlayacaktır. Umarız, bir an önce uzlaşmacı ve sivil anayasa halka rağmen değil, halkın iktidarını ve yönetimine katkısını sağlayacak şekilde yapılır.⁸

⁸ Şükrü Karatepe, **Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme**, İstanbul, İz Yayıncılık, 1993, s. 307-18. Yazar kitabında yıllar öncesinden sivil ve uzlaşmacı bir anayasada yer alması gerekenleri öneri ve görüş olarak belirtmiştir.

Kaya haklı olarak, mahalli idarelerin demokratik yönetim ilkesinin küçük ölçekteki uygulaması olduğunu ve mahalli idare geleneğinin kökleşmiş olduğu ülkelerde demokrasinin daha sağlam temeller üzerine oturduğu gözleminde bulunmakta; esasında bu görüş Tushnet'in popülist anayasa hukukunun halka götürülmesi ve özellikle şehir konsüllerinde şekillendirilmesi teorisiyle de örtüşmektedir. Bkz, Cemil Kaya, **Türkiye'de Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmeleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 21-6.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz: **Anayasa Yargısı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Alston, Philip, ed.: **The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights**, Oxford, Clarendon Press, Unicef, Florence, 1994.
- Arslan, Zühtü: **Anayasa Teorisi**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Başgil, Ali Fuad: **27 Mayıs İhtilali ve Sebepleri: Görüp Yaşadıklarım**, İstanbul, Yağmur Yayınları, 2. bs., 2006, Fransızca aslından çev., Cemal Aydın.
- Batum, Süheyl: **99 Soruda Neden ve Nasıl Bir Çağdaş Anayasa**, 2. bs., İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010.
- Beatty, David M.: **Constitutional Law in Theory and Practice**, Toronto, University of Toronto Press, 1995.
- Belknap, Michal R.: **Cold War, Political Justice: The Smith Act, The Communist Party, and American Civil Liberties**, Connecticut, Greenwood Press, 1977.
- Burnham, William: **Introduction to the Law and Legal System of the United States**, 3. bs., St. Paul, West Group, 2002.
- Can, Osman: **Darbe Yargısının Sonu: Karargah Yargısından**

- Halkın Yargısına**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2010.
- Can, Osman: **Gülyüzlü Frankoculuğun Dramı: Türkiye’de Anayasa ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Agora Kitaplığı, 2010.
- Chemersinsky, Erwin: **Constitutional Law: Principles and Policies**, 2. bs., New York, Aspen Publishers, 2002.
- Choper, Jesse: **Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconstruction of the Role of the Supreme Court**, Chicago, The University of Chicago Press, 1980.
- Christopher Wolfe: **The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law**, New York, Basic Book Publishers, 1986.
- Cooper, Louis Blom, Brice Dickson & Gavin Drewry, ed.: **The Judicial House of Lords: 1876-2009**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Corrado, Michael Louis, ed.: **Comparative Constitutional Review: Cases and Materials**, Durham, North Carolina, Caroline Academic Press, 2004.
- Corwin, Edward Samuel: **The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays (1914)**, Princeton, Princeton University Press, 1914.
- Dickson, Brice: **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**, New York, OUP, 2005.

- Dorsen, Norman, Michel Rosenfeld, et.:
Comparative Constitutionalism: Cases and Materials, St. Paul, MN, Thomson West, 2003.
- Edlin, Douglas E.:
Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2010.
- Ely, John Hart:
Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge, HUP, 1980.
- Erdoğan, M.:
Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 4. bs., Ankara, Liberte Kitabevi, 2003.
- Erdoğan, M.:
Anayasa Hukuku, 5. bs., Ankara, Orion Kitabevi, 2009.
- Fink, Hovard P. & Tushnet, Mark V.:
Federal Jurisdiction: Policy and Practice, Cases and Materials, 2. bs., Charlottesville, Virginia, The Michie Company Law Publishers, 1987.
- Franck, Matthew J.:
Against the Imperial Judiciary: The Supreme Court vs. The Sovereignty of the People, Kansas, University Press of Kansas, 1996.
- Franck, Thomas M.:
Political Questions/ Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?, New Jersey, Princeton University Press, 1992.
- Fried, Richard M.:
The McCarthy Era in Perspective: Nightmare in

- Red**, New York, OUP, 1990.
- Garner, Bryan A. (ed.): **Black's Law Dictionary**, 7. bs., Minnessato, USA, 1999.
- Giritli, İsmet: **Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1958.
- Glendon, Mary Ann, et.: **Comparative Legal Traditions in a Nutshell**, St. Paul, MN, Thomson West, 2008.
- Gözler Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**, Bursa, Ekin Yayınları, 2010.
- Gözler Kemal: **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2009.
- Gözler Kemal: **Judicial Review of Constitutional Amendments**, Bursa, Ekin Yayınları, 2008.
- Gözler Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 8. bs., Bursa, Ekin Yayınları, 2010.
- Gözübüyük, A. Şeref & Tan, Turgut: **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, Cilt 2, 3. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: **Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hall, Kermit L.: **The Magic Mirror: Law in American History**, New York, OUP, 1989.

- Hamburger, Philip: **Law and Judicial Duty**, Massc., HUP, 2008.
- Hamilton, Alexander, James Madison, John Jay, Charles R. Kesler (Giriş ve Notlar), Clinton Rossiter (editör):
The Federalist Papers, New York, Penguin Group, 1999.
- Hertogh, Marc & Simon Halliday, ed.:
Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives, Cambridge, CUP, 2004.
- Hudson Jr., David L.: **The Handy Supreme Court Answer Book**, Detroit, Visible Ink Press, 2008.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, Legal Y, 2009.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, 4. bs., İstanbul, İmge Kitabevi, 2007.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Özgürlükler Hukuku**, 5. bs., İstanbul, Afa Yayınları, 1993.
- Karagöz, Kasım: **Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Halk Girişimi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Karagöz, Kasım: **İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu**, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

- Karatepe, Şükrü: **Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme**, İstanbul, İz Yayıncılık, 1993.
- Kaya, Cemil: **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Kaya, Cemil: **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Kaya, Cemil: **Türkiye'de Mahalli İdarelerin Seçilmiş Organlarının Organlık Sıfatlarını Kaybetmelerini**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Kramer, Larry: **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, New York, OUP, 2004.
- Kuru, Ahmet T.: **Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye**, çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Leishman, Rory: **Against Judicial Activism: The Decline of Freedom and Democracy in Canada**, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2006.
- Massey, James: **Minorities and Religious Freedom in a Democracy**, New Delhi, Manohar Publishers, 2003.
- Monahan, Patrick: **Constitutional Law**, Toronto, Irwin Law, 2006.
- Montesquieu, Charles de: **The Spirit of Laws**, Cambridge, CUP, 1989.

- Morgan, David Gwynn: **A Judgment too Far? Judicial Activism and the Constitution**, Cork, Ireland, Cork University Press, 2005.
- Nelson, William E.: Marbury v. Madison: **The Origins and Legacy of Judicial Review**, Kansas, University Press of Kansas, 2000.
- Nowak, John E. & Rotunda, Ronald D.: **Constitutional Law**, 6. bs., St. Paul, Minn, West Group, 2000.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, On Birinci bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Özbudun, Ergun: **Çağdaş Türk Politikası: Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller**, çev. Ali Resul Usul, 2. bs., İstanbul, Doğan Kitap, 2007.
- Özcan Hüseyin & Yanık Murat: **Siyasi Partiler Hukuku**, 2. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2011.
- Öztürk, Fatih: **Constitutional Law Readings for Turkey**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Petter, Andrew: **The Politics of the Charter: The Illisuvie Promise of Constitutional Rights**, UTP, 2010.
- Posner, Richard A.: **The Federal Courts: Crisis and Reform**, Cambridge, MA, HUP, 1985.
- Rex, John: **Ethnic Minorities in the Modern Nation State:**

- Working Papers in the Theory of Multiculturalism and Political Integration**, London, Mc Millan Press, 1996.
- Robertson, David: **The Judge As Political Theorist: Contemporary Constitutional Review**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2010.
- Russel, P. & B. Ryder: **Ratifying a Postreferandum Agreement on Quebec Sovereignty**, Toronto, C. D. Howe Institute, 1997.
- Sabbah, Nada Mourtada & Bruce E. Cain,ed.: **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, New York, Lexington Books, 2007.
- Scalia, Antonin: **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997.
- Schrecker, Ellen: **Many Are The Crimes: McCarthyism in America**, New York, Little, Brown & Company, 1998.
- Scmidt, Manfred G.: **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, çev. M. E. Göktaş, Ankara, Vadi Y, 2001.
- Snowsis, Sylvia: **Judicial Review and the Law of the Constitution**, New Haven, Yale University Press, 1990.
- Soysal, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 5. bs., İstanbul, Gerçek Yayınları, 1977.
- Sweet, Alec Stone: **Governing With Judges: Constitutional Politics in**

Europe, Oxford, NY, Oxford University Press, 2000.

Tanör, Bülent: **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 19. bs.,
İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010.

Tanör, Bülent: **Anayasal Gelişme Tezleri**, 2. bs., İstanbul, Yapı Kredi
Y, 2010.

Tanör Bülent & Yüzbaşıoğlu Necmi:
1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,
9. bs., İstanbul, Beta Y, 2009.

Taylor, Paul M.: **Freedom of Religion: UN and European Human
Rights Law and Practice**, New York, CUP, 2005.

Teziç, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Beta Y, 2009.

The Constitutional Law Group, ed.:
Canadian Constitutional Law, 3. bs., Toronto,
Emond Montgomery Publications Limited, 2003.

Tribe, Laurence: **American Constitutional Law**, 3. bs., Foundation
Press, 2000.

Tuğlacı, Pars: **İngilizce-Türkçe İktisadi, Ticari, Hukuki Terimler
Sözlüğü**, 6. bs., İstanbul, ABC Kitabevi, 1996.

Tunç, Hasan: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin
Kapsamı ve Organları)**, Ankara, Yetkin Yayınları,
1997.

Turhan, Mehmet: **Siyaset ve Anayasa**, Ankara, Gündoğan Yayınları,

1995.

Tushnet, Mark: **Taking Away the Constitution from the Courts**, Princeton, PUP, 1999.

Tushnet, Mark: **The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis Oregon**, Hart Publishing, 2009.

Tushnet, Mark: **The Warren Court in Historical and Political Perspective**, Charlottesville & London, University Press of Virginia, 1993.

Tushnet, Mark: **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**, 2. bs., Princeton, PUP, 2006.

Tushnet, Mark: **Why the Constitution Matters**, New Haven, YUP, 2010.

Tülen, Hikmet & Mehmet Turhan (eds.):
Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Ankara, AYM Yayınları, 2006.

Urofsky, Melvin I. & Finkelman, Paul:
A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume I, Founding to 1890, 2. bs., New York, OUP, 2002.

Urofsky, Melvin I. & Finkelman, Paul:
A March of Liberty: A Constitutional History of the United States, Volume II, From 1877 to the Present, 2. bs., New York, OUP, 2002.

Zurn, Christopher F.: **Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review**, Cambridge, CUP, 2009.

MAKALELER

- Ackerman, Bruce A.: The Rise of World Constitutionalism, 83 **Vanderbilt Law Review**, 1997, s. 771-97.
- Adler, David Gray: Termination of the ABM Treaty and the Political Question Doctrine: Judicial Succor of Presidential Power, in The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States, editörler Nada Mourtada- Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 231-42.
- Arslan, Zühtü: Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court, **11-1 Critical Middle Eastern Studies**, 2002, s. 9-25.
- Aucoin, Louis M.: Judicial Review in France: Access of the Individual under French and European Law in the Aftermath of France's Rejection of Bicentennial Reform, **15 Boston College International & Comparative Law Review**, 1992, s. 443-69.
- Avril, Pierre: Political Questions in France, in The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 169-80.
- B., Saikrishna & Yoo, John C. : The Origins of Judicial Review, **69 University of Chicago Law Review**, 2003, s. 887-992.

- Barkow, Rachel E.: **The Rise and Fall of the Political Question Doctrine, in The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 23-46.
- Belge, Ceren: Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey, **40-3 Law & Society Review**, 2006, s. 653-92.
- Burnham, Margaret A.: Cultivating a Seedling Charter: South Africa's Court Grows Its Constitution, **3 Mich. J. Race & Law**, 1997, s. 29-48.
- Chemerinsky, Erwin: Who Should Be the Authoritative Interpreter of the Constitution? Why There Should Not Be a Political Question Doctrine?, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 181-98.
- Choper, Jesse H.: Introduction, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 1-22.
- Corwin, Edward Samuel: The Establishment of Judicial Review, **9 Michigan Law Review**, 1910, s. 102-25.
- Cowper, D. Geoffrey & Lorne Sossin: Does Canada Need A Political Questions Doctrine, **16 Supreme Court Law Review** (2d), 2002, s. 343-71.

- Erdoğan, Mustafa: Anayasa Mahkemeleri Önemli midir?, **54-3 AÜSBFD**, 2005, s. 1-22.
- Eroğul, Cem: 2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler, **62-3 AÜSBFD**, 2007, Yavuz Sabuncu'ya Armağan, s. 167-81.
- Fisher, Louis: Bush v. Gore: Too Political?, in The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 199-218.
- Friedman, Barry: The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review, **72 University of Cincinnati Law Review**, 2004, s. 1257-1303.
- Frost, Amanda: Mark Tushnet on Why the Constitution Doesn't Matter, **14 Green Bag 2D**, 2010, s. 99-110.
- Gavison, Ruth: The Role of Courts in Rifted Democracies, **33 Israel Law Review**, 1999, s. 217-40.
- Glendon, Mary Ann: Rights in the Twentieth-Century Constitutions, **59 University Chicago Law Review**, 1992, s. 519-38.
- Göztepe, Ece: Muhakeme Etmek Ya Da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II: Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 339-64.

- Green, Craig: An Intellectual History of Judicial Activism, **58 Emory Law Journal**, 2009, s. 1195-1264.
- Guiora, Amos N. & Erin M. Page: Going Toe to Toe: President Barak's and Chief Justice Rehnquist's Theories of Judicial Activism, **29 Hastings International & Comparative Law Review**, 2005, s. 51-69.
- Hakyemez, Yusuf Şevki & Birol Akgün: Limitations on the Freedom of Political Parties in Turkey and the Jurisdiction of the European Court of Human Rights, **7-2 Mediterranean Politics**, 2002, s. 54-78.
- Hasen, Richard L.: Leaving the Empty Vessel of "Republicanism" Unfilled: An Argument for the Continued Nonjusticiability of Guarantee Clause Cases, in The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 75-88.
- Hausmaninger, Herbert: Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia, **12 Tulane European and Civil Law Reform**, 1997, s. 25-36.
- Hazama, Yasushi: Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey, **34-3 Developing Economies**, 1996, s. 316-38.

- Hirschl, Ran: Constitutional Court vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales, **82 Texas Law Review**, 2004, s. 1819-60.
- Hirschl, Ran: The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide, **75-2 Fordham Law Review**, 2006, s. 721-54.
- Hogg, Peter W. & Bushell, Alison: The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights Isn' a Bad Thing after All), **35 Osgoode Hall Law Journal**, 1997, s. 75-124.
- Kagan, Robert A. vd.: The Business of State Supreme Courts, 1870-1970, **30 Stanford Law Review**, 1977, s. 121-156.
- Karagöz, Kasım: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında İnanç Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I-2, 2006, s. 45-78.
- Karagöz, Kasım: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma Davaları ve Refah Partisi Kararının Venedik Komisyonu Raporları Doğrultusunda Değerlendirilmesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X-1-2, 2010, s. 311-348.
- Kay, Richard S.: Standing to Raise Constitutional Issues: A Comparative Analysis, in *Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives*, ed. Richard S. Kay, Brüksel, Bruylant P, 2005, s. 1-40.

- Koğacıoğlu, Dicle: Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey: Judicial Delimitation of the Political Domain, **18-1 International Sociology**, 2003, s. 258-76.
- Koğacıoğlu, Dicle: Progress, Unity, and Democracy: Dissolving Political Parties in Turkey, **38-3 Law & Society Review**, 2004, s. 733-62.
- Kooijmans, He Judge Pieter: The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy, **56 International and Comparative Law Quarterly**, 2007, s. 741-53.
- Kramer, Larry D.: We The Court, **115 Harvard Law Review**, 2001, s. 4.
- Langlaude, Sylvie: Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR, **55 International Comparative Law Quarterly**, 2006, s. 929-44.
- Lindblom, Per Henrik: The Role of the Supreme Courts in Scandinavia, **39 Stockholm Institute for Scandianvian Law**, 2000, s. 325-65.
- Lipkin, Robert Justin: What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review?, **14 Widener Law Review**, 2008, s. 1-51.
- Lopez, Enrique Guillen: Judicial Review in Spain: The Constitutional Court, **41 Loyola Los Angeles Law Review**, 2008, s. 529-62.
- Malcolm, Joyce Lee: Whatever the Judges Say It Is: The Founders and

- Judicial Review, **26 Journal of Law and Politics**, 2010, s. 1-37.
- Marshall, William P.: Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism, **73 University of Colorado Law Review**, 2002, s. 101-40.
- May, James R.: Climate Change, Constitutional Consignment, and Political Question Doctrine, **85 Denver University Law Review**, 2008, s. 919-59.
- Newman, Warren J.: Standing to Raise Constitutional Issues in Canada, in *Standing to Raise Constitutional Issues: Comparative Perspectives*, ed. Richard S. Kay, Brüksel, Bruylant P, 2005, s. 195-236.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi, **62-3 AÜSBF Dergisi**, 2007, s. 257-68.
- Persily, Nathaniel: Political Questions and Political Cases: The Evolving Justifications for Judicial Involment in Politics, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 219-30.
- Pushaw, Robert J.: Judicial Review and the Political Question Doctrine: Reviving the Federalist “Rebuttable Presumption” Analysis, **80 North Carolina Law Review**, 2002, s. 1165-1201.

- Pushaw, Robert J.: The Presidential Election Dispute, The Political Question Doctrine, and the Fourteenth Amendment: A Reply to Professors Krent and Shane, **29 Florida State University Law Review**, 2000, s. 603-23.
- Roach, Kent: The Myths of Judicial Activism, **14 Supreme Court Law Review**, 2001, s. 297-330.
- Ruebner, Ralph: Democracy, Judicial Review and the Rule of Law in the Age of Terrorism: The Experience of Israel- A Comparative Perspective, **31 The Georgia Journal of International and Comparative Law**, 2003, s. 493-545.
- Sabbah, Nada Mourtada- & John W. Fox:
Two Centuries of Changing Political Questions in Cultural Context, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. s. 89-126.
- Siegel, Jonathan R.: Political Questions and Political Remedies, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada Mourtada-Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 243-68.
- Siegel, Jonathan R.: A Theory of Justiciability, **86 Texas Law Review**, 2007, s. 73-139.
- Treanor, William Michael: Judicial Review before Marbury, **58 Stanford Law**

Review, 2005, s. 455-562.

- Turhan, Mehmet: Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, **62-3 AÜSBFD, Yavuz Sabuncu'ya Armağan**, 2007, s. 379-404.
- Tushnet, Mark: Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine, in *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, editörler Nada, Mourtada -Sabbah & Bruce E. Cain, New York, Lexington Books, 2007, s. 47-74.
- Tushnet, Mark: The New Law of Standing: A Plea for Abandonment, **62 Cornell Law Review**, 1977, s. 663-700.
- Tushnet, Mark: The Possibilities of Comparative Constitutional Law, **108 Yale Law Journal**, 1999, s. 1225-1308.

İNTERNET

- Anayasa'nın Metni:** www.anayasa.gen.tr, www.anayasa.gov.tr,
www.tbmm.gov.tr
- Blake, William:** Comparing the Establishment of Judicial Review in Canada and the United States, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 174,
<http://ssrn.com/abstract=1631351> (Temmuz 30, 2011).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms:**
<http://laws.justice.gc.ca/eng/charter/page-2.html> (Temmuz 1, 2011).
- Ceia, Eleonara Mesquita:** The Applicability of the Political Question Doctrine in the Foreign Affairs Field: Should International Treaties Be Regarded As Non-Justiciable Acts?, VII. Uluslararası Anayasa Kongresi, Atina.
<http://www.enelsyn.gr/papers/w5paper%20by%20Eleonara%20Mesquita%20Ceia.pdf> (Mayıs 1, 2010).
- Cochran, Matthew Jordan:** Justifying Political Question in War: the Natural Source, Substance, and Scope of Political Power,
<http://ssrn.com/abstract=1350983> (Nisan 20, 2011).
- Edlin, Douglas E.:** Judicial Review Without Constitution,
<http://ssrn.com/abstract=1124590> (Ocak 15, 2011).
- Navot, Suzie:** Political Questions in the Court: Is “Judicial Self-Restraint” A Better Alternative Than A “Non Justiciable” Approach?, VII World Congress of the International Association of Constitutional Law,

Rethinking the Boundaries of Constitutional Law,
Workshop: Judicial Review of Politically Sensitive
Questions, <http://ssrn.com/abstract=1367596> (Şubat 15,
2011).

John Dalberg Acton: <http://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html> (Haziran 20, 2011).

Judge Roberts's response to the Senate Judiciary Committee Questionnaire:
http://www.cfif.org/htdocs/legislative_issues/federal_issues/hot_issues_in_congress/supreme_court_watch/roberts-judiciary-questionnaire.htm (Nisan 20, 2010).

Özbudun, Ergun: Judicial Review of Political Questions in Turkey,
<http://canlaw.rutgers.edu/statecon/workshopıgreece07/workshop5/ozbudun.pdf>
(Mayıs 15, 2011).

R v. Sharpe: http://en.wikipedia.org/wiki/R._v._Sharpe (Temmuz
20, 2011).

Reference re Secession of Quebec:
http://en.wikipedia.org/wiki/Reference_re_Secession_of_Quebec (Haziran 15, 2011).

Regensburg, Arnold Rainer: Political Questions and Constitutional Review: The
German Perspective, VII. Uluslararası Anayasa
Kongresi, Atina,
<http://www.enelsyn.gr/en/workshops> (Mayıs 1, 2010).

Rodriguez, Daniel B.: State Constitutionalism and the Scope of Judicial
Review, The University of Texas School of Law,
Public Law and Legal Theory Research Paper Series
No: 176, <http://ssrn.com/link/texas-public-law.html>,
(Mayıs 21, 2011).

Sadurski, Wojciech: Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?, 42 Israel Law Review, 2009.
<http://ssrn.com/abstract=1545271> (Mayıs 3, 2010).

Shinar, Adam: With a Little Help from the Courts: Mark Tushnet on Judicial Review of Social and Economic Rights, From the Selected Works of Adam Shinar, September 2008, http://work.bepress.com/adam_shinar/2 (Ekim 15, 2011).

Section Thirty-three of the Canadian Charter of Rights and Freedoms:
http://en.wikipedia.org/wiki/Notwithstanding_clause (Temmuz 13, 2011).

The Supreme Court: <http://www.supremecourt.gov.uk/> (Aralık 3, 2011).

Türkiye Cumhuriyeti'nde Kapatılan Siyasi Partiler:
http://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye_Cumhuriyeti%27nde_kapat%C4%B1lan_siyasi_partiler (Haziran 25, 2011).

Türmen, Rıza: Roosevelt'in Saksısı, 12 Temmuz, 2010, Pazartesi, <http://milliyet.com.tr/Yazar.aspx?aType=YazarDetayPrint&ArticleID=1262306> (Nisan 18, 2011).

Waldman v. Canada: http://en.wikipedia.org/wiki/Waldman_v._Canada (Temmuz 30, 2011).

Ward, Kenneth: Legislative Primacy: A Neglected Alternative to Judicial Supremacy,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899607 (Mayıs 22, 2011).

Weinberg, Philip: “Political Questions”: An Invasive Species Infecting the Courts,
<http://ssrn.com/abstract=1138667> (Mart 18, 2011).

- Vriend v. Alberta:** http://en.wikipedia.org/wiki/Vriend_v._Alberta
(Temmuz 25, 2011).
- Yanık, Murat:** Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında
(Doğrultusunda) Özelleştirme Yüksek Kurulu, 72 E-
Akademi (Şubat 2008),
<http://www.eakademi.org/makaleler/myanik-3.htm>
(Ocak 25, 2011).
- Zorn, Christopher:** Ideological Extremism, Public Preferences, and Federal
Judicial Review in the U. S. Supreme Court, version 2.1
Working Paper,
<http://ssrn.com/abstract=987872> (May 15, 2011).

DAVALAR

Anayasa Mahkemesi Kararları

- E. S.: 1970/1, K. S.: 1970/31, K. T.: 16/06/1970
- E. S.: 1970/41, K. S.: 1971/37, K. T.: 13/04/1971
- E. S.: 1994/49, K. S.: 1994/45-2, K. T.: 7/7/1994
- E. S.: 1996/66, K. S.: 1997/7, K. T.: 31/01/1997
- E. S.: 2005/110, K. S.: 2005/111, K. T.: 29/12/2005
- E. S.: 2002/47, K. S.: 2006/1, K. T.: 05/01/2006
- E. S.: 2003/87, K. S.: 2005/110, K. T.: 16/11/2006
- E. S.: 2008/16, K. S.: 2008/116, K. T.: 5/06/2008
- E. S.: 1971/1, K. S.: 1971/1, K. T.: 20/05/1971. Milli Nizam Partisi KK
- E. S.: 1971/3, K. S.: 1971/3, K. T.: 20/07/1971, Türkiye İşçi Partisi KK
- E. S.: 1979/1, K. S.: 1980/1, K. T.: 08/05/1980. Türkiye Emekçi Partisi KK
- E. S.: 1991/2, K. S.: 1992/1, K. T.: 10/07/1992. Sosyalist Parti KK
- E. S.: 1983/2, K. S.: 1983/2, K. T.: 25/10/1983. Huzur Partisi KK
- E. S.: 1992/1, K. S.: 1993/1, K. T.: 14/07/1993. Halkın Emek Partisi KK
- E. S.: 1993/1, K. S.: 1993/2, K. T.: 23/11/1993. Özgürlük ve Demokrasi Partisi KK
- E. S.: 1993/2, K. S.: 1993/3, K. T.: 30/11/1993. Sosyalist Türkiye Partisi KK
- E. S.: 1993/3, K. S.: 1994/2, K. T.: 16/06/1994. Demokrasi Partisi KK
- E. S.: 1993/4, K. S.: 1995/1, K. T.: 19/07/1995. Sosyalist Birlik Partisi KK
- E. S.: 1995/1, K. S.: 1996/1, K. T.: 19/03/1996. Demokrasi ve Değişim Partisi KK
- E. S.: 1996/1, K. S.: 1997/1, K. T.: 14/02/1997. Emek Partisi KK
- E. S.: 1997/2, K. S.: 1999/1, K. T.: 26/02/1999. Demokratik Kitle Partisi KK
- E. S.: 1999/1, K. S.: 2003/1, K. T.: 13/03/2003. Halkın Demokrasi Partisi KK
- E. S.: 1997/1, K. S.: 1998/1, K. T.: 16/01/1998. Refah Partisi KK
- E. S.: 1999/2, K. S.: 2001/2, K. T.: 22/06/2001. Fazilet Partisi KK
- E. S.: 2008/1, K. S.: 2008/2, K. T.: 30/07/2008. Adalet ve Kalkınma Partisi Kararı, devlet yardımından yoksun bırakma.

Abbott Laboratories v. Gardner (1967)
Adler v. Board of Education (1952)
Adler v. Ontario [1996]
Allen v. Wright (1984)
Andrews v. Law Society of British Columbia [1989]
Bailey v. Richardson (1951)
Baker v. Carr (1962)
Bowers v. Hardwick (1986)
Bowman v. Middleton (1792)
Brandenburg v. Ohio (1969)
Brown v. Board of Education (1954)
Bush v. Gore (2000)
Bush v. Vera (1996)
C. & S. Air Lines v. Waterman Corp. (1948)
Calderon v. Ashmus (1998)
Carter v. Carter Coal Co. (1936)
Chaoulli v. Quebec [2005]
Chicago & S. Air Lines v. Waterman S. S. Corp. (1948)
Chisholm v. Georgia (1793)
City of Erie v. Pap's A. M. (2000)
City of Los Angeles v. Lyons (1983)
Cohens v. Virginia (1821)
Colegrove v. Green (1946)
Coleman v. Miller (1939)
Commercial Trust Co. v. Miller (1923)
Cooper v. Aaron (1958)
Cooper v. Telfair (1800)
Cousins v. Wigoda (1975)
Crawford v. Marion County Election Board (2008)
Dames & Moore v. Reagan (1981)
Danıştay, 12. D; 16.2.1979, E. 979/547-K. 979/575.
Davis v. Bandemer (1986)

Dennis v. United States (1951)
Dillon v. Gloss (1921)
Egan v. Canada [1995]
Eisenstadt v. Baird (1972)
Ex parte Endo (1944)
Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee (1985).
Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life Inc (2007)
Field v. Clark (1892)
Fletcher v. Peck (1810)
Ford v. Quebec [1988]
Forsyth v. Hammond (1897)
Foster v. Kansas ex rel. Johnson (1884)
Franks v. Bowman (1976)
Gilligan v. Morgan (1973)
Goldwater v. Carter (1979)
Griswold v. Connecticut (1965)
Ham v. M'Claws (1789)
Hawke v. Smith (1920)
Hirabayashi v. U. S. (1943)
Hollingsworth v. Virginia (1789)
Hopkins Savings Assn. v. Cleary (1935)
Hylton v. United States (1796)
Japan Whaling Association v. Cetacean Society (1986)
Kennard v. Louisiana ex rel. Morgan (1875)
Korematsu v. United States (1944)
Kucinich v. Bush (2002)
Lawrence v. Texas (2003)
Louisville Bank v. Radford (1935)
Lujan v. Defenders of Wildlife Federation (1992)
Luther v. Borden (1849)
Lynch v. U. S. (1934)

Marbury v. Madison(1803)
Martin v. Hunter’s Lessee (1816)
Martin v. Mott (1827)
Massachusetts v. Enviromental Protection Agency (2007)
Miller v. Johnson (1995)
Minersville School District v. Gobitis (1940)
Missouri v. Holland (1920)
Muskrat v. United States (1911)
National Credit Union Administration v. First National Bank & Trust Co.
 (1998)
New York v. United States (1992)
Nixon v. Herndon (1927)
Nixon v. United States (1993)
O’Brien v. Brown (1972)
Oetjen v. Central Leather Co. (1918)
Omychund v. Barker (1744)
Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon (1912)
Panama Refining Co. v. Ryan (1935)
Pierce v. Society of Sisters (1925)
Poe v. Ullman (1961)
Plaut v. Spendthrift Farm, Inc. (1995)
Plessy v. Ferguson (1896)
Powell v. McCormack (1969)
R v. Big M Drug Mart Ltd. [1985]
R v. Sharpe [2001]
Railroad Retirement Board v. Alton R. Co. (1935)
Reference re Secession of Quebec [1998]
Ressler v. Minister of Defense (1981)
Reynolds v. Sims (1964)
Rickert Rice Mills v. Fountenot (1936)
Rodebush v. Hartke (1972)
Roe v. Wade (1973)

Schechter Poultry Co. v. U. S. (1935)
Scott v. Emerson (1852)
Shaw v. Hunt (1996)
Sibron v. New York (1968)
Sierra Club v. Morton (1972)
South v. Peters (1950)
Shaw v. Reno (1993)
Smith v. Allwright (1944)
Steffel v. Thompson (1974)
Stuart v. Laird (1803)
Super Tire Engineering Co. v. McCorkle (1974)
Taylor & Marshall v. Beckham (1900)
Terlinden v. Ames (1902)
Terry v. Adams (1953)
Thomson Newspapers Co. v. Canada [1998]
United Public Workers v. Mitchell (1947)
United States v. Belmont (1937)
United States v. Burn [2001]
United States v. Butler (1936)
United States v. Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP) (1973)
United States v. Johnson (1943)
United States v. Munoz-Flores (1990)
United States v. Nixon (1990)
United States v. Pink (1942)
United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers (1973)
United States Department of Commerce v. Montana (1992)
United States v. Sprague (1931)
Waldman v. Canada (1999)
Ware v. Hylton (1796)
Warth v. Seldin (1975)
West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943)

Wisconsin v. Yoder (1972)

Vieth v. Jubelirer (2004)

Vriend v. Alberta [1998]

Yates v. U.S. (1957)

ÖZGEÇMİŞ

FATİH ÖZTÜRK

Fatih Öztürk İstanbul doğumlu (1972), ilk ve orta öğrenimini Zeytinburnu, İstanbul'da tamamladı. 1997 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2004 yılında California Western School of Law'dan karşılaştırmalı hukuk alanında “Terör Şüphelilerinin ABD ve Türk Hukuku’nda Gözaltına Alınması: Anti-Terör Yasası ve Vatanseverlik Yasası’nın Avrupa İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Karşılaştırılması ve Türk Ceza Hukuku’nda Sessiz Kalma Hakkı” (Detaining Terror Suspects in the USA and Turkey: A Comparasion of the Patriot Act and the Anti-Terror Law from the Perspective of the ECHR and the Right to Silence in the Turkish Criminal Law konulu teziyle karşılaştırmalı hukukta master diplomasını (MCL) almıştır. 2005 yılında ise Kanada’daki Queen’s Üniversitesi’nden anayasa hukuku alanında, “Türk Ordusu’nun Darbeleri ve Anayasa Yapımı: Sağlam Olmayan Bir Demokrasi’nin İstihkâmı” (Turkish Military Interventions & Building Constitutions: The Bulwark of an Unstable Democracy) adlı teziyle ikinci hukuk masterını (LLM) almıştır. 2005-2008 yılları arasında İrlanda’daki Cork Üniversitesi’nde araştırma görevlisi olarak, hukuk doktorasını yaparken, ailevi sebeplerden dolayı, Türkiye’ye dönmek zorunda kalmıştır. 2010 yılında, yarım kalan doktorasını İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı’na transfer ettirmiştir.