*Makale / Article*

# Siyasetin Yargısallaşması Üzerine Bir Literatür Değerlendirmesi

Muhammet Erdal Okutan*

**Öz**

Siyasetin yargısallaşması yargı organlarının, yasama organları üzerinde kontrol mekanizması aracılığıyla, yasama organı üzerine siyasal bir etki yaratabilmesidir. Siyasaldır, çünkü siyaset tarafından oluşturulmakta ve siyasal kurumları kontrol edebilmektedir. Bu çalışma, yüksek mahkemeler ve siyaset arasındaki ilişkiyi, siyasetin yargısallaşması ile anayasal denetimin inşa edilmesi veya dönüştürülmesiyle ilgili farklı teorik yaklaşımları tartışmaktadır. Siyasetin yargısallaşması, yasama ve yürütme erklerini sınırlaması açısından siyasetle yakından ve doğrudan ilişkilidir. Genelde yargı, özelde de anayasa mahkemesi gibi yüksek mahkemeler, önemli birtakım ulusal hatta uluslararası konulardaki denetim yetkileriyle yasama, yürütme, silahlı kuvvetler, uluslararası aktörler, STK'lar arasında başat bir aktör haline gelmiştir. Tüm demokrasilerde kuvvetler ayrılığının en önemli göstergelerinden biri olarak anayasal denetimi bazıları, siyasilere duyulan güvensizlik çerçevesinde, eski iktidar sahiplerinin ve/veya devlet elitlerinin bir tür hegemonik koruyucusu olarak değerlendirirken, bazıları ise anayasa yargısının bireysel haklar ve özgürlüklerin korunması için olmazsa olmaz olduğunu öne sürmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Siyasetin Yargısallaşması, Hegemonyanın Korunması, Bireysel Haklar, Yargısal Denetim.

**Literature Framework on Judicialization of Politics**

**Abstract**

Judicialization of politics is a kind of political power through which judicial bodies have a control mechanism on legislative bodies. It is political because, judicial bodies are established by politicians. This study analyses different theoretical approaches of judicialization of politics in respect of the relationship between high courts and politics, and establishment and/or conversion of the judiciary. The judicialization of politics has different aspects as it is closely related to politics and limiting excessive powers of legislative and executive. Judicial bodies, generally high courts have become important and powerful actors among executive, legislative, military, international actors, and NGOs through control power over important domestic and even some international affairs. While some consider constitutional control as a kind of hegemonic preservation of former power holders and/or state elites in the framework of distrust of politicians, others argue that constitutional justice is essential for the protection of individual rights and freedoms.

**Keywords:** Judicialization of Politics, Hegemonic Preservation, Individual Rights, Judicial Review.

*Dr., Öğr. Üyesi | Marmara Üni. SBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü
erdal.okutan@marmara.edu.tr | ORCID: 0000-0002-6760-2538 | DOI: 10.36484/liberal.852409
*Liberal Düşünce* Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 101, Kış 2021, ss. 95-122.
Gönderim Tarihi: 2 Ocak 2021 | Kabul Tarihi: 10 Ocak 2021

## Giriş

Siyasetin yargısallaşması, yargı organlarının, yasama organları üzerinde kontrol mekanizmasına sahip olduğu bir tür siyasal erktir. Siyasaldır, çünkü siyasetin tesis ettiği ve siyasal kurumları kontrol eden bir organdır. Alexis de Tocqueville (1945: 106), bu tür bir gücün bir yasanın anayasal olup olmadığına karar vermesinin, Amerika'daki hakimlere özgü olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre güç, muazzam politik etkiye yol açma yetisine sahiptir. Bununla birlikte siyasetin yargısallaşması, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra küresel bir olgu haline gelmiştir. Bu dönemden sonra anayasalar, yürütme erklerinin meşrulaştırılmasında önemli bir yer tutmaya başlamış ve siyasetin yargısallaşması siyaset bilimcilerinin araştırma alanına girmiştir. Siyasetin yargısallaşmasının en önemli araçlarından birisi, yasal düzenlemelerin anayasal denetim yetkisinin yargı erkine verilmesidir. Öte yandan anayasal denetim sistemi, yirminci yüzyılın en önemli demokratik ilkelerinden biri olan insan hakları kavramı ile de yakından ilişkilidir (Henkin, 1990). Yürütme ve yasamanın bir yargı erki tarafından sınırlanması, hem demokratik sistem hem de temel hak ve özgürlükler için son derece önemlidir. Günümüzde 191 anayasal sistemden 158 tanesi, bazı resmi anayasal denetim mekanizmalarını barınmaktadır. Bu yazılı anayasaların yetmiş dokuzunda anayasa mahkemesi ya da kurul adı verilen yetkileri belirlenmiş bir organ bulunmaktadır. Yine bu 158 anayasal sistemin altmışı, birinci derece mahkemeler ya da yüksek mahkemelerin yasama ve yürütme faaliyetlerini anayasal denetime tabi tutabildiklerini düzenleyen açık hükümlere sahiptir. Bununla birlikte, yalnızca az sayıda anayasada yasama eylemlerinin anayasallığını denetlemek için yine yasama erkleri yetkilendirilmiştir. Çin, Vietnam ve Burma gibi yasamayı yine yasama organı tarafından denetlenen ülkelerin demokratikleşme sürecinden çok uzakta olduğu rahatlıkla iddia edilebilir.

Siyasetin yargısallaşmasının bazı muhtemel sebepleri vardır. Bunlar, halkın siyasi lider ve partilere duyduğu güvenin azalması, yargının karar alma ve anayasal denetim süreçlerinde insan haklarını korumaya yönelik eğiliminin artması, mahkeme içtihatlarının yaygınlaşması nedeniyle siyasa yapım süreçlerinin aşırı siyasallaşması ve yargı organlarının siyasal kurumlara duyduğu güvenin azalması olarak sıralanabilir (Koopmans, 2003, Stone Sweet, 2000, Tate ve Vallinder, 1995). Bununla birlikte Koopmans (2003:273-274), sosyal sorunların çözümünde yargı yollarının özsel kısıtlamalar ve nihayetinde yargı sistemlerinin aşırı iş yükünden dolayı, siyasetin yargısallaşmasının daha da derinleşmesinin de kendi başına sorun yaratacağını ifade etmektedir.

Koopmans (2003:1) eserinin daha girişinde belirttiği üzere, bazı Avrupa ülkeleri ve ABD'deki siyasal kurumlarla mahkemeler arasındaki yasal ilişkileri incelemektedir. Koopmans bu incelemede, asıl işlevi bireylerin davalarına bakmak olan birinci derece mahkemelerin oluşturduğu yargı sistemine odaklanmamaktadır. Koopmans bunun yerine, asıl işlevi iktidar eylemlerini ve yasama organını denetlemek olan anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemelere odaklanmaktır. Çünkü anayasa mahkemeleri ya da yüksek mahkemeler yalnızca yargısal organlar değil, aynı zamanda yasama veya yürütme faaliyetlerinin son adımları olabilme niteliğiyle siyasal aktörlerdir. Öte yandan, anayasal denetim gücüyle donatılmış mahkemelerin, demokrasiye geçişten önceki iktidar sahiplerinin güçlerini, ideolojilerini ve/veya statülerini bir tür demokratik araçla sürdürme hedefinin bir sonucu olarak siyasal yollarla tesis edildiği savunulmaktadır (Hirschl 2004; Ginsburg 2003).

Yargı gücü ile yasama ve yürütme yetkileri arasındaki ilişki, bu mahkemelerde kolayca görülebilmektedir. Bu iki kutup arasındaki ilişki ve karşılaştırma, genel olarak hukuk ve yasal evrim hakkında bazı noktalara işaret etmektedir. Bu ilişki yasal ve anayasal hükümlerin hukuki yorumu, düşünce ve kavramların geniş ve dar anlamda kullanımı, hukuki gelişmeleri etkileyen sosyal ve kültürel faktörler, yargı ve siyaset arasındaki ilişki ve birçok temel sorun hakkında fikir geliştirmemizi sağlamaktadır. Bu tür özel mahkeme sistemlerine sahip ülkeler, temelde demokratiktirler ya da demokratikleşme sürecindedirler. Bu ülkeler demokratik gelenekte, hukukun üstünlüğü, insan haklarının korunması ve şeffaf devlet gibi bazı siyasi ve ideolojik ilkeleri benimsemektedirler (Koopmans, 2003: 6-7). Bununla birlikte, yaygın şekilde benimsenen bir ideolojik geleneğe sahip olmayan İsrail ve eski Sovyet bloku ülkelerindeki gibi sistemlerde de siyaset ve yargı arasındaki ilişki, benzer şekilde şekillenebilmektedir. Bu ülkelerde de farklı ideolojik bloklar arasındaki gerilimin varlığı, anayasal denetim sisteminin kurulmasıyla sonuçlanabilmektedir.

## Yetkelendirilme Yoluyla Yargının Siyasallaşması

Bu çerçevede literatüre damgasını vuran yargı ve siyasal kurumlar arasındaki ilişki hakkında sorulması gereken temel bir soru vardır: Yargıçlar her durumda yasal siyasal kurumlar tarafından meşru şekilde düzenlenen kurallara saygı mı duymalıdırlar, yoksa aksine kendi görüşlerine göre anayasadaki kuralların ihlaline engel mi olmalıdırlar? Bu sorunun muhtemel cevaplarından biri, bu ilişkinin çerçevesini veya her iki tarafın sınırlarını şekillendirebilir. Ancak bu soruyu cevaplayabilmek için bu özel mahkemelerin yetkilerinin, yasama erki tarafından belirlenen bir tanımı olmalıdır. Mahkemeler ve siyasal

kurumlar arasındaki ilişkiler, mahkemenin yasama tarafından şekillendirilmiş yetkilerinin önceden tanımlanması söz konusu olmadığında doğru bir şekilde değerlendirilemez (Koopmans, 2003:15).

Mahkemelerin gücü, bu çalışma kapsamında anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemelerin gücü yasama ve yürütme işlemlerinin anayasal denetiminden kaynaklanmaktadır. Koopmans (2003:246) bu ilişkiyi incelerken iki kutupluluk (*bipolarity*) kavramını kullanmaktadır. Bir yandan yasama işlevleri; diğer yandan ise idare arasında kavramsal bir ayrım yapılması da mümkündür. Bununla birlikte, çoğu ülkede anayasa uygulaması, bu zarif ayrımların ve sınıflandırmaların aşamalı olarak her şeyi kapsayan bir karşıtlıkla gölgelendiğini göstermektedir. Bu ayrım siyaset dünyası ile hukuk dünyası arasındadır.

Mahkemeler ve siyasal kurumlar arasındaki iki kutuplu ilişki modelinde yargısal bağımsızlık, yargının siyasal kurumlardan ayrılmasının temel gerekliliğidir. Bu kavram yalnızca anayasa mahkemelerinin karşılaştırmalı analizi için yararlı bir araç değil, aynı zamanda "anayasal paradigma" olarak yetki ayrılığı fikrinin yerine geçen de bir kavramdır. Aynı zamanda siyasi katılımın azaltılması, bireysel özerklik duygusunun ve hak bilincinin artırılması, yürütme ve yasama organlarına karşı bireysel dava yollarıyla siyasal protestoların artması (Koopmans, 2003:248-262) gibi anayasa mahkemelerinin rolünü artıran bazı siyasi eğilimlere de vurgu yapılmaktadır.

Sweet (2000) ise bu ilişkiyi değerlendirirken, Avrupa siyaseti ve politika yapım süreçlerinin, özellikle yasama faaliyetlerinin anayasallıklarını denetleme yetkisine sahip anayasa mahkemeleri veya özel mahkeme üyeleri olan hakimler tarafından "yargısallaştırıldığını" ifade etmektedir. Bu güç sayesinde hakimler, sonunda yasa koyucuları kısıtlayan, yasama sürecine müdahale etme ve hatta "kesin mevzuat şartlarını" belirleme şansına sahiptirler. Sweet (2000:194) öncelikle, yasa koyucuların anayasa mahkemesinin vesayetini veya daha kesin bir ifadeyle, anayasa içtihat hukukunun pedagojik otoritesini nasıl kademeli olarak kabul ettiklerini ve sonrasında anayasa mahkemesi yargıçlarının sahip oldukları anayasal karar alma tekniklerinin diğer kamu otoritelerine yayılmaya neden eğilimli olduklarını tartışmaktadır.

Anayasal yargının siyasallaştırılması, anayasal denetimden kaynaklanmaktadır (Sweet, 2000). Bu siyasallaşma yasama faaliyetlerinin sonucunu etkilemek, hatta değiştirmek veya daha da ileri giderek anayasal yargının kendisini de değiştirmek suretiyle gerçekleşebilmektedir. Anayasa mahkemeleri bazı durumlarda kanun koyucu olarak hareket edebilmektedir. Sweet'e (2000) göre yargısallaşmış anayasal siyasetin politik inşası, sadece yargı

veya anayasa mahkemeleriyle sınırlı değildir. Devlet elitleri ve siyasal elitler gibi diğer siyasi aktörleri de içermektedir.

Sweet'e göre Avrupa anayasal denetim modelinin öncüsü,"Kelsenci Anayasa Mahkemesi"dir. Kelsenci modele göre erklerin üçlü şekilde ayrımı, anayasa mahkemesinin güçleri konusunda, bu üç güç arasında bir anlaşmaya varılmasını gerektirir. Anayasal denetim hem yargı organlarından hem de diğer organlardan daha farklı bir kurum gerektirir. Bu nedenle Kelsenci Anayasa Mahkemesi yargı erkinin dışında kurgulanmıştır. Böylece anayasa mahkemesi yargıçlarının kararları, anayasa tarafından belirlendiği için doğası gereği meşrudur (Kelsen, 1989: 209-212). Ancak, Sweet, Kelsen'in anayasal denetim sistemi fikrine katılmamaktadır. Sweet'e (2000:137) göre anayasa yargısı, çoğunluk kuralına "karşı ağırlık" oluşturmakta, siyaseti "pasifleştirmekte", kamu siyasası meşrulaştırmakta ve insan haklarını korumaktadır.

Sweet bu iddiasını, siyasetin farklı bölümleri arasındaki ilişkiyi açıklamak için kullandığı ikililer ve üçlüler üzerine temellendirmektedir. İkililer, iki grubun veya bireyin ilişkisinin karşılıklı olarak incelenebildiği kalıplardır. Üçlüler ise, siyasetin ikili kalıpları arasında kalmasından kaynaklanan sorunların çözümü için üçüncü bir organa ihtiyacın bulunduğu kalıplarıdır. Sweet (1999) bunu üçlü uyuşmazlık çözümü (triadic dispute resolution-TDR) şeklinde adlandırmakta ve bu çözümün anlaşmaya dayalı veya zorunlu olabileceğini ifade etmektedir. Zorunlu üçlü uyuşmazlık çözümü, bir taraf diğer tarafın bazı eylemlerini, ilgili tarafın iradesini bastırmak için mahkeme önüne getirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle zorunlu çözüm, itiraz sahibinin kendi çıkarları için pragmatik bir aracı olarak kullanılabilir. Bu açılardan Sweet'in tanımlamasına göre bu üçlü uyuşmazlık çözümünün sosyal meşruiyetini sağlamak ve korumak için adil ve tarafsız olunmalıdır. Üçlü uyuşmazlık çözümü, "bir toplumun normatif yapısının içeriğini" belirlemeyi de içermektedir. Bu nedenle, siyasetin yargısallaşması, birbirleriyle etkileşim içindeki siyasal aktörlerin üçlü yasa yapımı yoluyla, stratejik davranışlarını aşamalı olarak şekillendirdiği süreçtir (Stone Sweet, 1999:164). Ancak, uyuşmazlığın her iki tarafının da halk arasında hem destekçileri hem de rakipleri olacaktır. Bu nedenle, sosyal meşruiyetin temellerinden biri olan sosyal güveni korumak zor olacaktır. Bu anlaşmazlık nedeniyle sorun çözücüler, anayasa ilkeleri dahilindeki uyuşmazlıkları çözmelidir.

Stone Sweet (1999:194-195), anayasal siyaset anlayışını, saatin tersi yönünde hareket eden ve dört aşamaya sahip daire şeklinde çizmektedir. Anayasal siyasetin temelini oluşturan anayasa, daire etrafında hareket etmekte; birinci ve ikinci çeyreklerde yasama organı bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü

aşamalar arasında anayasa mahkemeleri veya mahkemelerin üyeleri; üçüncü ve dördüncü aşamalar arasında anayasa mahkemesinin özel kararları yer almaktadır. İlk ve son aşamalar, hakimlerin yasama yetkisinin kullanılmasını düzenleyen anayasal kurallar ile bu kuralların kabul edildiği, yasa yapma sürecinin yargısallaştırılmasını belirtmektedir. İkinci ve üçüncü aşamalar, anayasa yargıçlarının yasama sürecini veya anayasal normları siyasal alanı etkilemek için kullanma çabalarına işaret etmektedir. Bu şekil, yasama sürecini anayasal süreçlerle etkileme sürecini ve buna bağlı olarak da yasama kararlarının, anayasanın anlamını belirleyecek anayasa mahkemesi üyeleri tarafından incelenip etkilendiği bir süreci ifade etmektedir. Bu noktada daire yeniden başlamakta ve anayasanın anlamı yasama sürecini etkilemektedir. Sweet'e (2000) göre bu sürecin sonunda "bugün yasama organları rutin olarak denetimin olmadığı durumlarda almayacakları kararları almakta ve yönetenlerin çoğunluğu mahkemelerin olası kararlarını öngörerek davranışlarını buna göre sınırlamaktadır" (202). "Sonunda, hakimlerle hükmetmek aynı zamanda hakimler gibi hükmetmek anlamına gelecektir" (204).

II. Dünya Savaşı sonrasındaki yeni bir küresel dalga ile yaşanan yargının siyasallaşması bir başka tanımı Tate ve Vallinder tarafından iki temel şekilde ifade edilmektedir:

(i) Mahkemeler ve hakimlerin, daha önce diğer kamu kurumları, özellikle de yasama ve yürütme organları tarafından yerine getirilen (ya da yaygın şekilde bu organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiğine inanılan) kamu politikalarının yapılma süreçlerine hükmetme veya giderek daha fazla egemen olma süreci ve

(ii) Yargı dışı müzakere ve karar alma tartışmalarının yargı-yargısal (yasal) kural ve süreçlere hükmettiği süreç (Vallinder, 1995:28).

Tate ve Vallinder bu iki tanımlamayı Yargısallaşma I ve Yargısallaşma II olarak kısaltmakta ve bu tanımları coğrafi genişlemelerine göre ülkelerle eşleştirmektedir.

Literatür yargının siyasallaşması ve ortaya çıkmasının bazı olası nedenlerini açıklamaktadır. Yönetici devletin ortaya çıkışı, hak söylemlerinin yaygınlığı, kurumsal özellikler ve daha fazla etki yaratma arayışı içindeki yargısal kurumlar bu sebepler arasında sayılmaktadır. Bu tanımlamalara göre siyasetin yargısallaşması işlevselci, hak merkezli, kurumsalcı ve mahkeme merkezli olarak dört ana kategoride incelenebilmektedir (Hirschl, 2008: 20-24).

İşlevselci yaklaşım, modern ülkelerde, gittikçe güçlenen çağdaş idari devleti etkin bir şekilde izlemek ve denetlemek için anayasal denetim yetkileriyle

donatılmış bağımsız ve aktif yargı erklerinin olması gerektiğini savunmaktadır. Bu grupta yer alabilecek akademisyenlerden bazıları arasında Shapiro ve Stone-Sweet (2002) Feeley ve Rubin (1998) ve Luhmann (1985) sayılabilir. İşlevselci yaklaşıma göre modern ülkelerde yetkileri ve gücü giderek artan siyasal kurumlar, güçlerini aşkın kullanma yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda bu erkleri sınırlayacak, bireylerin ve iktidar grubu harici grupların haklarını koruyacak bir yargı erkine ihtiyaç vardır. İşlevselci yaklaşıma göre bu durum, siyasetin yargısallaşmasının başlıca nedenidir.

İkinci yaklaşım, yargısallaşmanın, haklar konusunda daha fazla farkındalığa vurgu yaparak, sürecin aşağıdan yukarıya bir güç aktarımı olduğunu savunmaktadır. Yargı organlarının, sosyal hareket, çıkar grupları ve siyasal aktivistlere göre davranan ve bürokratik olarak ağır hareket eden yürütme organlarına göre daha saygın, tarafsız ve etkili karar alma organları olduğu bu yaklaşımın temel argümanıdır (Tate ve Vallinder, 1995). Bu tür bir yargısallaşma, politik pazarlığın göreceli açıklığı ve bütünlüğü ile siyaset içindeki yozlaşmalar arasındaki zıtlıktan kaynaklanmaktadır (Scheingold, 1974). Bu yaklaşıma göre siyasal gruplar seçim yoluyla kazandığı veya kazanma ihtimali olduğu iktidar gücünü, bir siyasal oyun teorisi ve politik pazarlık bağlamında görece daha saygın, tarafsız ve etkili bir karar alma organı olarak anayasal denetim kurumlarına devretmektedir.

Üçüncü yaklaşım, demokratikleşme süreçlerinin yargı gücünün genişlemesini, siyasetin ana sebebi olduğunu öne sürdüğü için siyasetin yargısallaşmasını demokrasi için son derece gerekli görmektedir. Aktif anayasal denetim, demokrasinin hem ön şartı hem de ürünüdür (Shapiro, 1999). Kısaca kurumsalcı yaklaşım, daha fazla demokrasinin daha güçlü mahkemelerle ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Bu yaklaşım, aynı zamanda siyasetin yargısallaşmasının ulusüstü düzeydeki mahkemelerin yayılmasıyla daha da güçlendiğini savunmaktadır (Romano, 1999; Slaughter, 2000; Goldstein ve Diğerleri, 2001). Özellikle Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile daha belirgin hale gelen bu ulusüstü yargısal kurumlar, demokrasinin tüm ilkeleriyle bütün kıtaya yayılmasının öncüsü olmaktadır (Weiler, 1999; Stone-Sweet, 2004).

Buraya kadar bahsedilen durum yani, siyasetin yargısallaşması, daha önce yargının denetleyici, sınırlayıcı veya başka bir yetki, rol veya görevle siyasetin alanına girmediği durumlardan, artık yargının siyaseti denetleyici, sınırlayıcı veya ona yol gösterici duruma gelmesiyle ilgilidir. Bu durum demokrasi, meşruiyet ve hukuk devleti gibi ilkeler açısından çoğu durumda olumlu

olarak kabul edilmektedir. Olumlu olsun ya da olmasın bu tarihsel süreçte yargının güç kazandığı bir gerçektir.

## Hegemonyanın Koruyucusu Yargısal Denetim

Literatürdeki bazı yaklaşımlar ise, yargının bu güç kazanımına demokrasi ve güçler ayrılığı üzerinden değil, bir siyasal strateji olarak bakmaktadır. Yargının güç kazanması siyasal strateji olarak değerlendirildiğinde, yargının siyasallaşmasının demokrasi, güçler ayrılığı veya hukuk devleti gibi ilkelerle ilişkisiyle doğrudan ilgilenmemekte, yargısal gücün kaynağına ve mahkemelerin tutumlarına odaklanmaktadır.

Ginsburg (2003) kitabında bu konuya ilişkin bazı soruların cevaplarını bulmaya çalışmaktadır: Yargısal gücün kaynağı nedir? Yargının demokratik olmayan devletlerin demokratikleşme sürecindeki rolü nedir ve bu dönemlerde yargı erki nasıl gelişmektedir? Yargısal gücü oluşturup destekleyen ve yeni demokrasilerde bu gücün genişlemesine yol açan siyasi yapılar var mıdır?

Ginsburg'a (2003) göre anayasal denetim, liberalizasyonun ya da makro kültürel veya toplumsal faktörlerin bir sonucu değildir. Anayasal incelemenin tesisi, siyaset ve siyasal aktörlerin çıkarlarıyla doğrudan ilgilidir. Demokrasiye geçiş sürecinde siyasal geleceklerine ve kendi ideolojik çıkarlarına yönelik riskler gören eski iktidar sahipleri ya da politikacılar, demokratikleşme sürecindeki yeni anayasa yazım koşullarını bu belirsizliğe göre belirlemektedirler. Yeni demokrasilerde yargısal gücün genişlemesi, mahkemeleri etki ve meşruiyetlerini, güçlü ve potansiyel rakiplerine karşı artırma konusunda daha istekli hale getirmektedir. Buradaki rekabet diğer erklerin statü veya makamlarına karşı değil, yargıçların, diğerlerinin ideolojilerine karşı oluşturduğu bir rekabettir.

Ginsburg, ilk önce Landes ve Posner (1975) tarafından ortaya konulan ve daha sonra Mark Ramseyer (1994) tarafından geliştirilen seçim piyasası mantığını kullanarak, yargısal gücün tesis edilmesini açıklamaya yönelik tezini ortaya koymaktadır. Sigorta tezi (insurance thesis) olarak adlandırılan bu tez, hükümet ve muhalefet partileri arasındaki siyasi rekabet üzerine inşa edilmiştir. Bu teze göre iktidar sahibi bir partinin birkaç on yıl içindeki seçimleri kazanması bekleniyor ya da bir seçim süreci yaşanmayacaksa, güçlü bir anayasal denetim mekanizmasının tesis edilme olasılığı düşüktür. Başka bir ifadeyle, rasyonel politikacılar seçmenleriyle uzun vadeli bir güç hedeflediklerinde, nihai siyasal güçleri için tehdit olabilecek bağımsız ve güçlü bir yargısal iktidar için daha az isteklidirler. Öte yandan, iktidarı elinde bulunduran

kişiler, iktidarlarının seçim sonucu kaybedileceği konusunda bir korku içindeyseler, bir sonraki iktidarın yargı yoluyla siyasal hedeflerine ulaşamamasını garanti altına almak için bağımsız bir yargıyı desteklemeleri daha olasıdır. Dolayısıyla yargısal siyasetin, siyasi partilerin seçim belirsizliği yaşadıkları durumlarda daha güçlü ve bağımsız olması daha muhtemeldir. Buna bağlı olarak yargısal siyasetin, iktidarlarını sürdürme konusunda başarılı grupların iktidar dönemlerinde ortaya çıkması daha az olasıdır. Seçimler arasındaki kısa zaman ya da yaklaşan seçimler, politikacıların iktidarı kaybetme riskini hissetmeleri ve diğer siyasi partilerin siyasal seçeneklerini sınırlamaları konusunda istekli olmaları sonucunu doğurabilmektedir.

Öte yandan, aynı partinin iktidarı elinde bulundurduğu uzun sürelerde daha zayıf bir yargı gücü ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, yargı gücünün belirli bir siyasi partinin uzun yıllardır iktidarda olduğu ülkelerde ortaya çıkması, iktidar partisinin gücünü kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu rekabetçi seçim sistemlerindeki belirsizliklerin bulunduğu ülkelere göre daha olasıdır.

Anayasa yapım politikaları, demokratik olmayan bir gücün, demokrasiye geçiş döneminden sonraki siyasal iktidarının olası bir şekilde azalmasını öngördüğü aynı mantıkla incelenebilir. Türkiye Cumhuriyeti özelinde çok partili hayata geçiş sürecinde, CHP, demokrasinin ilk şartı olan çok partili seçimlerin önünü açmıştır. Ancak bu dönemde demokrasinin temel şartlarından hukukun üstünlüğü, yürütme ve yasama erklerinin denge denetleme mekanizmaları gibi unsurlar yeni yönetim sistemine entegre edilmemiştir. Çok partili düzen içindeki ilk adil ve serbest seçimlere geçişten 10 yıl sonra, 1960 yılında askeri bir darbe gerçekleşmiştir. Bu darbenin temel nedeni olarak gösterilen iktidar partisinin keyfi eylemlerini[1] sınırlandırmak amacıyla 1960 darbesinden sonra yazılan 1961 Anayasasında tesis edilen anayasal denetim sistemi, Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasal ve yasal sistemi içerisindeki yerini almıştır.

Anayasayı yazacak siyasal grupların, yönetimin siyasal kurumlarını kontrol edemeyeceklerine inandıklarında, anayasal müzakerelerin başkaları tarafından kontrol edilmesine engel olacak bir icra organı olarak hizmet edecek bir mahkeme kurmaları muhtemeldir. Anayasayı yazacak gruplar, yönetimde kalacaklarına inandıklarında, siyasal kurumlar için daha güçlü bir yapı ve parlamento egemenliği lehine kurumsal kısıtlar oluşturacaklardır. Demokrasiye geçiş sürecinde, olası siyasi çıkmazlar ve bu geçiş sürecindeki anayasa yapımında daha ademi-merkeziyetçi bir siyasi iktidarın varlığından dolayı, siyasal belirsizliklerin olasılığı daha yüksektir. Bu belirsizlik, anayasa yapımının bir parçası olan ve riskten ari politikacıların sigortası olarak nispeten daha

1 1960 darbesi sebepleri için bakınız: Harris, 1970; Tachou ve Heper, 1983.

bağımsız ve güçlü anayasa mahkemeleri yaratabilmektedir. Bu bakış açısıyla anayasal denetim, anayasa yapımındaki belirsizliğin çözücüleri olarak işleyebilmektedir. Anayasal denetim sistemi, eski iktidar sahiplerinin ideolojilerine ve siyasal tercihlerine, seçim yenilgisi riskine karşı sigorta sağlamakta, dolayısıyla da bu anayasal denetim sistemi demokrasiyi kolaylaştırmakta ve sağlamlaştırmaktadır (Ginsburg, 2003:200-201).

Bu tür bir sigorta tezi, demokratik geçiş dönemlerinde ve dünyanın farklı yerlerinde rejim değişikliği sırasında anayasal denetim sistemlerinin tesis edilmesinde tutarlı örneklerde görülebilmektedir.[2] Bu sigorta tezi, Güney Afrika'da beyaz siyasi aktörlerin ve iş dünyası elitlerin iktidarlarını kaybedecekleri ve diğerlerini dışlayan bir devlet inşasının öngörüldüğü Güney Afrika'da, 1980 ve 1990'lardaki anayasa yapım girişimini ve anayasal denetimin tesis edilmesini açıklamaktadır (Klug 2000; Hirschl 2004).

İspanya, Portekiz ve Yunanistan benzer otoriter ve medeni hukuk sistemlerine sahiptir. Bu ülkelerdeki demokrasiye geçiş süreçleri neredeyse eş zamanlı olmuştur. Ancak Güney Avrupa demokrasilerinde yalnızca Yunanistan'da demokrasiye geçiş sonrasında güçlü bir anayasal denetim sistemi tesis edilmemiştir. Otoriter rejim sonrası süreçte baskın şekilde iktidarda olan Karamanlis'in Yeni Demokrasi Partisi, gelecek seçimlerde ve dolayısıyla yeni anayasa yapım sürecinde bir belirsizlik görmemekteydi. Öte yandan İspanya ve Portekiz'de demokrasiye geçiş sürecinde ve bu geçişin ardından yapılacak seçim sonrası belirsizliği ortadan kaldıracak tek bir baskın siyasi güç bulunmamaktaydı (Magalhaes, 2003). Bu durum, bu ülkelerdeki farklı anayasal denetim uygulamalarının varlığını açıklayabilmektedir.

Sigorta tezi, demokrasiye geçiş dönemlerinde yaşanan yargı organlarının siyasal inşasını incelemek ve açıklamak için önemlidir. Ancak bu tez, herhangi bir geçiş olmadığında anayasal denetimin neden tesis edildiğini açıklamaktan yoksundur. Bu nedenle, bu tür bir sigorta tezinin yalnızca seçim sürecindeki koşulları açıklayan ve belirsiz geçiş dönemlerinde eski siyasal iktidar sahiplerinin ideolojileri, siyasal beklentileri ve çıkarlarıyla sınırlandırıldığı basit bir model olduğu söylenebilir. Yine de Ginsburg, en azından araçsal bir bakış açısıyla, anayasal denetimin olası seçim kaybedenlere sigorta sağlayarak demokrasiye etkili bir geçişi kolaylaştıracağını ortaya koyarken başarılı kabul edilebilir.

Ginsburg'un (2003) siyasal sigorta modelinin bir sonucu olarak anayasal denetimin ortaya çıktığı tezi, ilk başta demokrasinin çoğunlukçu doğası ile

2 Daha fazla örnek için lütfen bakınız: Larkins 1998; Magalhaes 1999; Moravcsik 2000; Ishiama-Smithey and Ishiama 2000.

bağdaşmaz bir görüntü vermektedir. Ancak anayasal denetimin tesisi ve demokrasi, birbiriyle sadece uyumlu değil aynı zamanda birbirini desteklemektedir. Ayrıca anayasal denetim demokrasinin bizzat kendi ürünüdür (Ginsburg, 2003:261-262).

Bununla birlikte bu tez, Belçika veya Kanada gibi çok etnikli, çok dilli veya çok kültürlü yeni anayasacılık politikalarındaki anayasa yapımı süreçlerini açıklamada yeterli değildir. Ayrıca laik kozmopolit değerler ile dini değerler arasındaki temel gerginliğin uzun yıllar süren bir siyasal mücadeleye dönüştüğü İsrail, Hindistan, Mısır veya Türkiye gibi ülkelerde sigorta tezi, anayasal siyaseti tam olarak açıklayamamaktadır, çünkü bu ülkelerde demokrasiye geçiş dönemleri sonrası kurulan anayasa mahkemeleri gibi yüksek yargı organları, eski iktidar sahiplerinin gücünden çok bir düşünce yapısının, ideolojinin veya siyasal tercihlerin korunması amacıyla tesis edilmiştir. Bu ve benzer parçalı sistemlerde, nispeten kozmopolit elitler ile kentli entelektüellerin siyasal-kültürel hegemonyası, ötekilerin alternatif dünya görüşleri, inanç sistemleri ve siyasal tercihleri tarafından sürekli olarak tehdit edilmektedir. Bu detaylı ve karmaşık siyasal mücadeleler, rejim değişikliği zamanlarındaki belirsizlik altında riskten kaçınmak için uğraşan eski iktidar sahiplerinin egemen olduğu politik yapım süreçlerine indirgenemez.

Bununla birlikte, farklı anayasa yapım süreçleri arasında anayasal denetimin ve güçlü bir yargının tesis edilmesinde bir fark olacaktır. Bir yandan anayasa yapım sürecine dahil olan hegemonik elitler, demokrasiye geçiş süreci sonunda ortaya çıkacak belirsiz koşullara karşı bir sigortaya sahip olma amacıyla, gelecekte iktidara sahip olacak aktörlerin politika yapım süreçlerinde etkili olabilecek güçlü bir yargıyı tesis edebilirler. Diğer yandan, hegemonik- ama aynı zamanda tehdit altındaki- elitler doğrudan bir siyasi geçiş veya anayasa yapımı olmaksızın, ideolojik kırmızı çizgilerini ve siyasal tercihlerini belirlemek ve bunlara anayasal koruma sağlamak isteyebilirler. Çünkü bu ideolojik ve siyasal tercihlerini, tarihsel olarak haklarından mahrum bırakılmış ve eskiden daha az temsil edilen grupların artan siyasal güçlerine karşı korumak isteyebilirler. Bunu yaparken de seçilmiş siyasal elitlerin politika yapım süreçleri ve alanlarını sınırlayabilirler.

Hirschl'e (2004) göre Mısır, Pakistan ve Türkiye gibi ülkelerde, nispeten kozmopolit iktidar sahipleri, anti-laik popüler siyasal güçlerin etkisini azaltabilmek için, geniş bir stratejinin parçası olarak güçlü anayasa mahkemeleri tesis edilmektedir. Ginsburg'a göre ise 1960 darbesi, siyasi elitleri sınırlandıracak, güçlü bir yargı ve anayasal denetimi tesis eden anayasal bir devrim ile sonuçlanan askeri bir devrimdir. Bu tür bir anayasal denetim, hegemonik

devlet elitlerinin, tarihsel olarak daha az temsil edilen siyasi iktidar sahipleri tarafından ideolojileri veya dünya görüşleri tehdit edildiğinde gösterdikleri tutumlara bir örnektir. Bu strateji, hegemonik devlet elitleriyle aynı siyasi blokta olsa da olmasa da geçiş döneminden sonra, siyasal iktidarı kazanmak için diğer siyasal aktörler tarafından desteklenebilir. Anayasallaşma yoluyla güçlü bir yargının tesis edilmesi, devlet elitlerinin hegemonyalarını korumak istediği ve halktan aldıkları desteğin ciddi bir erozyona uğradığı durumlarda, çoğunlukçu politika oluşturma süreçlerine bağlı kalmanın stratejik sakıncalarını bulabilen gruplar için etkili bir kurumsal çözüm sağlayabilir.

Hirschl'ın (2004) hegemonyayı koruma tezi temel olarak, iktidar gücünün yasama erkinden yargı erkine doğru anayasal denetim yoluyla kaydırılmasının, tarihsel olarak çevre veya diğer olarak kodlanmış grubun gücünün yükselmesiyle tehdit edilen egemen grubun, bu tehdit algılarından kaynaklı olarak ideolojik hegemonyalarını koruma düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa yapımından önce zaten daha az temsil edilen grupların, son dalga anayasallaşma süreçlerinden yine olumsuz yönde etkilendiği iddia edilmektedir.

Hirschl (2004) *Juristokrasiye Doğru* (*Towards Juristocracy*) kitabında yazdığı şekliyle yargının güçlenmesini içeren küresel değişimin, yargının genişleyen yetkisindeki bazı sorunları ortaya çıkardığını ifade etmektedir. Hirschl (2004:5) analizini şu üç soruya dayandırmaktadır:

(i) Son anayasacılık eğiliminin politik kökenleri nelerdir? Şöyle ki bu eğilim, gerçekten siyasi reformlar çerçevesinde demokratik bir değişim isteğinin bir tezahürü müdür, yoksa süregelen siyasi mücadelelerin yan ürünü müdür?

(ii) Hakların anayasallaşmasının asıl etkisi nedir?

(iii) Yargı yetkelendirmesinin siyasal sonuçları nelerdir?

Hirschl (2007) Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika'da juristokrasi veya yargı yetkelendirilmesinin nedenlerini analiz etmektedir. Bu ülkelerde yaşanan yargı yetkelendirilmesinin, anayasa reformu ve hakların anayasallaşması sonucu tesis edilen anayasal denetim bağlamında oluşmasındaki ortak noktalar nelerdir? Hirschl, yargı yetkelendirilmesinin nedenlerine, bu ülkelerin anayasal reformlarını etkileyen konulara ve bu reformların siyaset üzerine yaptığı etkilere odaklanmaktadır. Araştırması sonucunda, neo-liberal politikaların küreselleşmesiyle hegemonik siyasi elitlerin siyasi otorite ve menfaatlerini elinde tutamadıklarını; böylece çıkarlarını ve ideolojilerini anayasalar ve anayasa mahkemeleri aracılığıyla anayasallaştırıp güvence altına alarak, şahsi geleceklerine olmasa dahi ideolojileri ve kırmızı çizgilerine karşı oluşabilecek popüler siyasal tehditleri ortadan kaldırmaktadırlar.

Hegemonik koruma tezi, devlet elitlerinin, yarı-özerk veya özerk organlar tarafından siyasi olarak seçilmiş organların yetkilerini sınırlayarak, durumlarını ve ideolojilerini pekiştirmek için bazı önlemler aldıklarını savunmaktadır. Bu şekilde, daha önce temsil edilmeyen veya daha az temsil edilen grupların siyasal talepleri veya faaliyetleri anayasa mahkemeleri tarafından sınırlanabilmektedir (Hirschl, 2007:15-16). Hirschl'e göre, çoğu ülkede demokrasiye geçişler ve anayasa tasarımının siyasal inşası, anayasa yapım sürecine öncülük eden devlet elitlerinin siyasal çıkarları bağlamında çözümlenebilir (Hirschl, 2004). Bu elitler ilk bakışta gönüllü olarak kendi kendilerini sınırlayarak, çoğunlukçu karar alma süreçlerinin bir kısmını mahkemelere bırakmış görünseler de buradaki amaç, yasama ve yürütme erkini elinde tutan güç sahiplerinin çıkarlarını sınırlamaktır (Hirschl, 2004:11). Bu türden bir kendi kendini sınırlama, yalnızca "gönüllü" olabilir. Eğer devlet elitleri bu tür bir kısıtlamanın, siyasal çıkarlarını anayasal reformdan sonra dahi koruyacağını düşünürlerse, ancak bu durumda böylesi bir kendi kendini sınırlama "gönüllü" olabilir.

Hirschl'e (2004) göre siyasetin yargısallaşması belirli bir siyasal sistemi oluşturan somut sosyal, siyasal ve ekonomik mücadeleler bağlamında analiz edilmelidir. Dolayısıyla, yargı yetkelendirilmesi ve yasama organından yargı erkine doğru bir iktidar kayması, devlet elitlerinin çoğunlukçu otoritelerine önemli tehdit öngördükleri durumlarda ortaya koydukları siyasal stratejilerdir. İktidar sahipleri bireysel veya grupların siyasi ideolojileri ve tercihlerinin güvence altına alındığı anayasal reform süreci ile yargıya güç aktararak, haleflerini anayasal olarak sınırlandırmaya çalışmaktadırlar

Hirschl (2004), tehdit altındaki hegemonik elitlerin anayasallaşma sırasındaki tutumlarını örnekleyerek tezini güçlendirmeye çalışmaktadır. Hirschl'e (2004) göre bu süreçler sırasında hegemonik korumanın bir şekli olarak yargı yetkelendirilmesi, eski Westminster tarzı sistemlerde, anayasa devriminin politik inşasını ve yargısal politikaları açıklayabilmektedir. Kanada'nın 1982'de federal elitlerin Hak ve Özgürlükler Şartı'nı kabul etmesi, iş dünyası odaklı elitlerin artan Quebec ayrılıkçılığı tehdidine ve Kanada toplumunun hızla değişen demografisine yönelik tutumları, İsrail'in laik burjuvazi elitlerinin azalan tarihi hegemonyalarının etkisiyle 1992'de temel hak ve özgürlükleri koruyan iki yeni Temel Yasa'yı kabul etmesi ve 1995'te anayasal denetim sistemini kurması, Meksika'daki iktidar partisinin, siyasi muhaliflerinin giderek daha popüler hale gelmesi üzerine (ve nihayetinde 2000'deki seçimleri bu daha az temsil edilen gruplar kazanmıştır) 1994'teki anayasa reformu yoluyla devlet elitlerinin siyasal tercihlerini yargısal reformlarla korumaya çalışması bu örnekler arasında sayılabilmektedir. Aynı mantık, kapsam ve zamanlama, İngiltere'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümlerini

kendi hukuk sistemine dahil etmek istemezken, kendi kendini yöneten Afrika devletlerinin (ör. 1957'de Gana, 1959'da Nijerya ve 1960'da Kenya), "bağımsızlık anayasalarına" mülkiyet haklarının sağlanmasına coşkulu desteğinde görülebilmektedir (Hirschl, 2004).

Bu örneklerden hareketle, yargı yetkelendirilmesinin veya politik olarak yargısal siyaset inşasının, anayasa yapımı süreçlerinin ve belirsiz siyasi geçiş koşullarının bir sonucu olmadığı, bu nedenle sigorta tezinin yargısal yetkelendirmenin politik inşası için basit bir model olduğu iddia edilebilir. Bununla birlikte, bu güçlü yargı makamları, hegemonik ve tehdit altındaki devlet elitlerinin, askeri ve yargı elitleriyle ittifak halinde ortaya koyduğu kasıtlı stratejisi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Siyaset bilimi literatüründe tartışıldığı üzere, anayasal demokrasiler, siyasal sorunları anayasalcılık yoluyla çözmeye çalışmaktadırlar (Özbudun, 2015; Elster ve Slagstad, 2012). Bununla birlikte, anayasalcılık ve demokrasi arasındaki gerilimler anayasal demokrasi için farklı sorunlar yaratmaktadır. Hirschl, anayasalcılığın bu gerginlikte baskın olduğunu öne sürmektedir. Geçtiğimiz birkaç on yıl boyunca dünyada hakim olan temel hakların genişlemesine rağmen, mahkemeler ve temsili kurumlar arasındaki ilişkilerde yaşanan dönüşüm sonucunda (Hirschl, 2004:217), Hirschl'in tanımlamasıyla "yeni bir anayasalcılık" ortaya çıkmıştır. Bu anayasalcılık sürecinde, özellikle özel mahkemelerin üyeleri siyasi, sosyal ve ekonomik yaşamda daha fazla yer edinmeye başlamıştır. Hakimlere temel ve bireysel haklar adına yasamanın faaliyetlerini denetleme ve hatta değiştirme konusunda daha fazla yetki veren kurumsal düzenlemelerin, demokrasi açısından hem olumlu hem de olumsuz sonuçları bulunmaktadır. Hirsch'e göre anayasa yapım süreci, devlet elitlerinin anayasa yapımı yoluyla ideolojik ve siyasal tercihlerini güvence altına alarak hegemonyalarını korumalarını sağlayacak güçlü bir araçtır. Anayasallaşma süreci, sistem içerisinde gerçekten ilerici bir devrimin yansıması değildir, aksine bu sürecin haklar ve anayasal denetim söyleminin, sistem içinde kendi konumlarını güçlendirmek isteyen tehdit altındaki elitler tarafından tahsis edildiğinin kanıtıdır (Hirschl, 2004:12).

Hirschl, mahkemelerin neo-liberal çağdaki politikalar dahilinde ve politikalar arasındaki yaşam koşullarındaki keskin farklılıkların azaltılması konusunda isteksiz olduğunu ifade etmektedir (Hirschl, 2004:155). Hirschl'e göre mahkemelere sınırsız güç atfetmek, toplumsal bireysel eşitsizliğin çözümü ve temel bireysel hakları koruma altına almak için yeterli değildir. Hakların anayasallaştırılması, sosyal adalete ulaşmanın kesin bir yolu değildir. Hirschl (2004:15) sınırsız yargı gücünün ancak gücünün, azalması tehlikesi altındaki

elitlerin, ideolojilerini korumanın ve devam ettirmenin tek yolunun yargının güçlendirilmesi olduğunda ortaya çıkabileceğini savunmaktadır. Bu durumda hakimlerin kendilerine verilen gücü, ittifak halinde oldukları ve o gücü kendilerine tesis edenlerin hegemonyasını korumak için kullanmaları olağan durum olacaktır. Bu bağlamda, anayasallaşma yoluyla yargı yetkelendirilmesi, siyasetçilere istenmeyen siyasi sonuçlardan kaçınmaları veya bunları ertelemeleri için uygun bir sığınak sunmaktadır.

Anayasa yargısının denetim gücünün arttırılmasıyla yargı erkinin kararları, halkın seçilmiş temsilcilerinin temel politika seçimlerinin yerini alabilmektedir. Açıkçası bir yasama faaliyeti, anayasa mahkemesinin önüne anayasada belirlenen şartlarla getirildiğinde, mahkeme anayasal olarak korunan egemenliğe müdahale etme gücüne sahip olma gücüyle, yargısal faaliyetin bir şekli olarak kanun yapma eylemi içerisine girebilecektir. Hirschl'e göre hakların anayasallaşması, yargının siyasal inşası ve iktidarın yasama erkinden yargı erkine kaydırılması, neo-liberal bir küresel eğilimdir (Hirschl, 2004b). Bu değişim, iktidarı seçim yoluyla hesap verebilir organlardan alarak, anayasa mahkemelerine vermektedir. Bu iktidar sadece yargı organlarına değil aynı zamanda yarı-özerk karar vericiler olarak kamu hizmeti veren idari organlar ile Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi ulusötesi karar vericilere de kayabilmektedir.

Siyasal organlar hareket edemediğinde, insanlar ihtilaflara çözüm aramak için, çözüm bulamayan siyasi organlardan daha çok, mahkemelere (ve ilgili yasal süreçlere) başvurmaktadır (Ferejohn, 2002:55). Hirschl de bu iki faktör arasında pozitif bir ilişki görmektedir. Yargısal iktidardaki artış zayıf, merkezsiz veya kronik olarak kilitlenmiş bir siyasi sistem gibi organik siyasal sorundan da kaynaklanabilir. Siyasal sistem ne kadar işlevsel değilse, demokratik bir sistemde geniş yargı iktidarının olasılığı o kadar yüksek olmaktadır. Yargı erki üzerinde devam etmekte olan siyasi tartışma, sistemik siyasal "yönetilemezliğin" üstesinden gelmenin ve bu tür politikaların "normal" işleyişini sağlamanın etkili bir yolu olarak görülebilir. Bir politikanın yerleşik sosyal ve kültürel kırılmalarla başa çıkma konusundaki yapısal yetersizliği ve bu politikanın çoğunlukçu siyasetinin karşı karşıya kaldığı çıkmaz, hükümetin yasama ve yürütme organlarının otoritesini aşındırarak, egemen ve görünüşte apolitik anayasa mahkemeleri gibi profesyonel karar alma kurumlarına karşı hissedilen sistemik bir bağımlılığına yol açmaktadır (Hirschl, 2004b: 8).

Hem sigorta hem de hegemonik koruma tezlerinde, siyasal çıkarlar ve hegemonik elitlerin siyasi geleceği, yargısal yetkelendirmenin siyasal inşasıyla

belirlenmektedir. Hegemonik koruma tezi, yargısal yetkelendirmeyi, sigorta tezinin bireysel çıkarları ve seçim belirsizliğinin yargısal yetkelendirmeye sebep olduğu düşüncesinden daha geniş açıyla değerlendirmektedir. Hegemonik koruma modeli, siyasi belirsizlik durumunda siyasi sigorta düşüncesini de model içine alarak, hegemonik elitlerin tarihsel olarak haklarından mahrum bırakılmış ve daha önce daha az temsil edilen grupların siyasi gücünü arttırması tehdidine karşı anayasallaşma yoluyla yargısal yetkelendirmenin önünü açmaktadır.

## Bireysel Haklar ve Anayasal Denetim

Anayasal denetim sistemi, yukarıda ifade edildiği üzere hangi amaçla kurulursa kurulsun, ilgili amaç doğrultusunda hareket etmeyebilir. Bunun yanında yargısal yetkelendirme yoluyla ortaya çıkan anayasa mahkemeleri, hegemonik elitlerin ideolojik hegemonyalarını koruma amacıyla veya siyasal elitlerin siyasi belirsizlerin ortaya çıkardığı tehditlerden korunma amacıyla tesis edilmemiş olabilir. Bu bağlamda anayasal denetimin demokrasinin temel hedeflerinden biri olduğu yaklaşımı da vardır. Anayasal denetim, bireysel hakların korunması için olmazsa olmaz kurumlardan bir tanesidir. Anayasal denetimin demokrasi konusunda bir sorunsal olduğunu savunanların temel çıkış noktası, atanmış hakimlerin demokratik yollarla seçilmiş siyasetçilerin yasama ve yürütme faaliyetlerini değiştirme ve/veya ortadan kaldırma yetkisine sahip olmalarıdır. Bu sorun "çoğunlukçu-karşıtı zorluk" (*anti-majoritarian difficulty*) olarak adlandırılmaktadır. Anayasal denetim temelde, temsilci kurumların karar alma ve politika üretme yetkisine sahip olduğu seçim süreçlerinin mantığıyla uyumlu değildir (Bickel, 1986:19).

Anayasal denetimin eleştirmenleri sık sık "çoğunluk-karşıtı zorluklara" atıf yapmaktadır. Bu zorluk, anayasal denetimin seçilmemiş/atanmış hakimlerin seçilmiş temsilcilerin yasama ve yürütme faaliyetlerini geçersiz kıldığından dolayı meşru olmadığını, çünkü bu tür bir denetim ve böylece halkın iradesinin yönetime dahil olma durumunu engellediğini iddia etmektedirler. Buna karşılık bazıları ise anayasa mahkemeleri "en az tehlikeli erk" olarak nitelendirilmektedir (Bickel, 1962). Bu bağlamda, anayasa mahkemelerinin destekçileri geleneksel olarak anayasal denetim lehine iki argüman ortaya atmaktadırlar. Birincisi, anayasal denetimin ancak iyi işleyen bir demokrasiye gereken hakları sağladığı ölçüde uygun olduğudur (Ely, 1980). İkincisi, mahkemelerin demokrasiyi adaleti sağlayacak ve bireysel temel hakları koruyacak şekilde sınırlandırması gerektiğidir (Eisgruber, 2001).

Bununla birlikte, anayasal denetimin savunucuları, anayasal denetimin hem demokrasi hem de demokrasi ilkelerinin pekiştirilmesi için gerekli olduğuna işaret etmektedir. Anayasal denetim, seçilmiş politikacıların kısa vadeli değerlerinden ziyade uzun vadeli ve evrensel değerleri desteklemekte ve savunmaktadır. İyi kurulmuş mahkemeler aracılığıyla yapılan anayasal denetim, demokratik değerleri koruyacak ve hatta daha fazla demokrasi uygulamalarını ülke sistemine entegre edebilecektir. Evrensel demokratik değerlere sahip hakimler, tüm vatandaşları ve grupları, çoğunlukçu iktidar gücünün aşkın kullanımına karşı korumaktadır. Bickel (1986:25-28), yargıçların demokrasinin temeli olan uzun vadeli değerler konusunda siyasetçilerden daha dikkatli olduğunu savunmaktadır. Siyasetçiler bir yandan, çoğunluğun acil ihtiyaç ve taleplerine yönelik politikalar üretirken, diğer yandan hakimler, demokrasinin genel değerlerini korumaya ve sürdürmeye çalışmaktadır. Politikacılar, onlara oy verenlerin kitle baskısı ve acil taleplerine karşı savunmasız olduğundan, uzun vadeli değerler yasama meclisinin müdahalelerinden korunmalıdır. Fakat neden hâkimler bu konularda politikacılardan, bir başka ifadeyle yasama ve yürütme erkinden daha dikkatlidir? İlk olarak yargıçlar siyasal alandan akademik eğitimleri sayesinde izole olma şansına sahiptirler. İkinci olarak siyasetçiler tipik olarak soyut veya belli belirsiz şekilde öngörülen problemlerle uğraşırken, anayasal denetim fiili bir davadaki kanlı canlı konularla ilgilidir; kelimeleri değil olguları düşünmeye böylece de oluşturduğu ve oluşturdukça test ettiği bir süreç içinde, ilkelerin evrimine yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla anayasal denetim dahiyane bir tekrarın, gayrişahsi ve sağlam ilkelerin yaratıcı faaliyetiyle donanmış bir mantığın sesi olma potansiyeline sahiptir. Çoğunluk karşıtı duruş, demokrasilerde anayasal denetime, yürütme ve yasamayı denetleyecek en önemli araç olduğu ve azınlığa olağanüstü siyasi güvenceler sağladığı için meşruluk kazandırmaktadır (Bickel, 1986:25-30).

Sager (2004)'e göre epistemik olarak hakların güvence altına alınmasında, özellikle de demokratik sürecin en temel vaadi olan eşitlik hakkında yargı, yasamadan daha başarılıdır. Hakimler seçilmezler ve bu nedenle bireysel çıkarların baskısından aridirler. Dahası ve daha da önemlisi hakimler, birçok farklı durumlar için geçerli olan görece daha genel ve sürekli ilkelere referans veren içtihat süreçlerine bağlıdırlar. İkincisi, hakimler siyasal süreçlerin sonuçlarına odaklanan, kalite kontrol denetmenleri gibidir. Anayasal rejimlerinin dayandığı ve bu rejimlerde öne çıkan siyasal adaletin standartlarını belirleyerek, bu standartlara göre yasaları veya diğer devlet faaliyetlerini denetlemektedirler. Üçüncüsü, müşterek hukuk sistemindeki içtihat birliği ilkesi, hâkimlerin genel önermeler ile eldeki özel davalar arasındaki dengeyi göz

önünde bulundurmasını mecbur kılmaktadır. Hakimler, hem geçmiş kararlar için makul bir şekilde hesap vermek hem de gelecekteki kararlar için ikna edici bir emsal oluşturmakla yükümlüdürler. Bu içtihadi kısıtlama, hakimler arasında "işlevsel tarafsızlığı" da beraberinde getirmektedir. Son olarak, vatandaşlar diğer kurumlardan çok mahkemeler önünde en eşit statüye sahiptirler, çünkü her vatandaş şikayetlerinin eşit şekilde değerlendirilerek, mantık çerçevesinde bir kararla karşılaşmayı hak etmektedir. Kararlar vatandaşın aleyhine olsa dahi, hakimlerin çoğunluğunun neden vatandaş aleyhine karar verdiğine ikna edici bir şekilde cevap bulunabilmelidir (Sager, 2004:199-203). Mahkemeler her zaman en iyi kararı vermeyebilir, ancak bireylere eşit olarak muamele edilme fırsatı yalnızca yargı sürecinin sağlayabileceği bir olanaktır. Bir anayasal şikayetçi, azınlığı temsil eden biri veya geniş çapta ezilen ya da huzursuz bir grubun üyesi olarak mahkemeye başvurabilir Burada önemli olan, hakimlerin başvuranın savının ne kadar yersiz veya başarısız olduğu kadar, savın neden temelsiz olduğu konusundaki ikna edici anlatımıdır.

Ely (1980) de benzer şekilde anayasal denetimin demokrasi ile tutarlı olduğunu öne sürmektedir, ancak Bickel'in aksine, hakimlerin de eninde sonunda evrensel temel değer ve ilkeler yerine kendi değerlerini empoze edeceğini savunmaktadır. Ely (1980:103), siyasetçilerin aksine, uzun süre görevlendirilen hakimlerin anlık taleplere dolayısıyla da yaklaşan seçimlere göre hareket etmediklerini; bu nedenle de siyasi çoğunluk tarafından temsil edilmeyen azınlıkların hak ve çıkarlarını koruyup kollayacaklarını ifade etmektedir. Bickel'e göre politikacılar ve hakimler arasındaki fark uzmanlık olsa da Ely'e göre sorun perspektiftir. Siyasal sistem başarısız olduğunda, yani toplumun temsili kurumlara duyduğu güven kaybolduğunda mahkemelerin rolü en iyi şekilde ortaya çıkmaktadır.

Demokrasi literatürü, çoğunlukçu demokrasiden müzakereci demokrasiye doğru ilerledikçe, literatürün yargısal siyasete bakış açısı da değişmiştir. Anayasal denetim, demokratik müzakerenin en önemli destekçisi olarak meşrulaştırılmaktadır. Müzakereci demokrasi literatürü, anayasal denetimin diyalog ve müzakereyi destekleme kapasitesine sahip olduğunu göstermektedir. Eskridge ve Ferejohn'a (2009) göre anayasal denetim, yalnızca yasama ve yürütme erklerinin karar alma sürecinde ciddi müzakere çabalarına saygı duyması ve bunları ödüllendirilmesi durumunda meşrudur. Anayasal denetim, mahkemelerin davalar ve karar alma süreçlerinde siyasi müzakereleri teşvik etmesiyle daha verimli ve meşru hale gelebilir (Eskridge ve John Ferejohn, 2009). Oysa, Mahkemelerin müzakereleri teşvik etmek, toplumsal ve siyasal alandaki tartışmalı konular üzerinde diğer aktörlerle istişare etmek yerine aktivist bir tutum izlemeleri, hakimlerin meşruiyetini tartışmalı hale getirmektedir.

Zurn (2007:124-129) anayasal denetimin hem savunucularını ve hem de muhaliflerini eleştirerek, anayasal denetime çok fazla itimat etmenin ve anayasacılık ile demokrasiyi birbirleriyle çatışır şekilde göstermenin gereksiz olduğunu vurgulamaktadır. Zurn'a göre anayacalcılık ile demokrasi birbiriyle uyumludur; hatta demokrasinin bizzat ulaşmak istediği sonuçlardan birisi de anayasalcılıktır. Anayasal denetim siyasal yapının korunması yerine müzakereci demokrasinin araçları yoluyla ulaşılacak haklar sistemi oluşturabilmektedir. Bu haklar sistemi aracılığıyla alınacak kararlar, büyük olasılıkla demokratik açıdan meşru olacaktır. Demokratik açıdan meşru kararlar alabilmek için, anayasal denetim gücü siyasi açıdan bağımsız bir anayasa mahkemesinde olmalıdır. Bu mahkeme, yasama ve yürütme organlarının da çeşitli seçmen gruplarının da etkisinden bağımsız olmalıdır; mahkeme aynı zamanda demokratik görüş ve irade oluşum süreçlerinin doğruluğunu sağlamak amacıyla kurumsal olarak farklı bir konumda tesis edilmelidir (Zurn, 2007:254). Zurn'un anayasal denetimi meşrulaştırma çabası, Ely'in anayasal denetim ve demokratik süreç argümanını kısmen desteklemekte, ancak demokrasinin müzakere edici yönüne vurgu yapmaktadır. Zurn (2007:254) gerekli olanın çoğunlukçu demokrasinin salt seçim süreçleri dolayısıyla temsiliyetin korunması yerine, vatandaşların görüş ve irade oluşturma sürecine kasıtlı olarak katıldığı demokratik süreçlerin korunması olduğunu ifade etmektedir.

İnsan haklarını çoğunluk kuralı ve/veya yasama ve yürütme erkine karşı koruma fonksiyonuna sahip anayasal denetimin görevi ile demokratik tutumu üzerine bir başka tartışmadan daha bahsedilebilir. Anayasal denetim, sadece bireylerin eşitliği ve insan haklarına siyasetçilerden daha fazla duyarlı değil, aynı zamanda siyasi olarak seçilmiş kurumların faaliyet ve uygulamalarını analiz etmekte, özellikle halkın anayasal ve evrensel haklarının kısıtlandığı/ihlal edildiği noktalarda yasama ve yürütme gücünün aşırı kullanımını sınırlamaktadır.

Anayasal denetim, yasama organı hakkında bilgi, uzmanlık veya siyasi irade eksikliği nedeniyle hakları koruyamayacağı algısı oluştuğunda, haklar konusunda güçlü bir koruma sağlamaktadır (Kavanagh, 2004). Bu nedenle anayasal denetim bir "güvenlik mekanizması" olarak değerlendirilmelidir. İnsanların politik olarak hareket ettiklerinde doğru kararları alma kapasitelerine sahip olduğunu kabul etsek dahi, her zaman böyle olamayacağı gerçeğiyle karşı karşıyayız. Politika yapıcılar kamu yararını değil de özel çıkarları tercih ettikleri ya da kararlarının uzun vadeli veya başkaları üzerindeki muhtemel etkilerini göz önünde bulundurmadıkları durumlarda yanlış kararlar alabilirler. Siyasetçiler sorumlu ahlaki bireyler olsalar dahi, yine de bireysel haklar için güvenlik mekanizmaları sistem içinde sağlanmalıdır (Kavanagh, 2004: 476-77).

Bu çerçeveden, anayasal denetimin hakları koruyabileceği ve mahkemelerin ancak yasama meclisinin anayasa ve hakların temel normlarını geçersiz kıldığı takdirde aktivist olabileceği iddia edilebilir. Anayasanın verdiği bu koruma görevi, mahkemenin yasama ve yürütme faaliyetlerinin, evrensel haklar ve normlar ile uyumlu olup olmadığı konusunda sahip olduğu yorum tekelinin bir sonucudur. Bu tür anayasal denetim yolu tüm vatandaşların iradeleri ve hakları için önemlidir, ancak özellikle dezavantajlı grupların iradesi ve haklarının yasal olarak korunması için daha da büyük bir önem teşkil etmektedir. Temel insan haklarının güçlendirilmesi, dezavantajlı grupların güçlendirilmesine önemli ölçüde katkıda bulunacaktır. Siyasal süreçlerin bireysel haklara yeterince destek olmadığı durumlarda, dezavantajlı grupların başvurabilecekleri ve haklarının korunabileceği yargısal yapılar tesis edilmelidir (Alston, 1999: 43).

Anayasal bir demokraside, yargının rolü anayasal sınırları belirleme ile popüler tiranlık ve popüler tutkuları frenlemektir. Mahkemelerin yalıtılmış hali ve zamanın muhteşem gizemi, mahkemelere insanların daha iyi doğalarına hitap etme, zamanın nidası ve ağlamasıyla unutulmuş olabilecekleri özlemlerini ortaya koyma fırsatını vermektedir (Bickel, 1962:26). Henry Hart benzer şekilde yüksek mahkemeleri "anayasa hukukunun yargının gayri şahsi ve sağlam ilkelerini üreten ve geliştiren yaratıcı fonksiyonlarla donatılmış aklın sesi" (akt Ely, 1980:84) olarak tanımlamaktadır. John Hart Ely de Bickel ile aynı ilkelerden yola çıkarak, yasamanın tıpkı insanlar gibi bazı durumlarda mantık dışı önyargılarla hareket ettiğini, yargının görevinin de bu gayrı meşru etkileri ortadan kaldırarak, bunların mağdurlarını yasamaya karşı korumak olduğunu ifade etmiştir.

Yargısal aktivizm, bu bağlamda anayasal demokraside hayati bir amaca hizmet etmektedir. Sınırsız çoğunluk kuralı, bir yandan temsiliyeti sağlarken diğer yandan azınlıktaki bireyin hak ve özgürlüklerini korumasız bırakmakta; bu ikilem de anayasa yapıcıları bir seçim aşamasına getirmektedir. Anayasa yapıcılar ise genellikle anayasalar ve yüksek mahkemeler tarafından sınırlanan çoğunluk kuralı lehine kararlarını vermektedirler (Jackson, 1955). Ronald Dworkin (1986:526), çoğunluğa karşı bireysel haklarını koruyacak aktivist bir mahkemenin gerekliliğini savunmaktadır; çünkü anayasal haklar, devletin karşısındaki ahlaki haklardandır. Demokratik kurumun değeri, yalnızca politikaların benimsendiği süreçlerle değil, tüm vatandaşların eşitliğine yönelik doğal haklara saygı göstermesi gereken varlıkla ilgili sonuçlarla belirlenmelidir. Dworkin yargısal aktivizmin, demokrasi ve liberal hakların korunması ve sürdürülebilmesi için önemli olduğunu savunarak, insanların sorunları mahkeme kararlarına bırakması gerektiğini ve hakların mahkemeler yoluyla

elde edilebileceğini öne sürmektedir. Dworkin yargısal aktivizmi, mahkemelerin yasal konularda anayasal dil (yorum) yetkisi olarak tanımlamaktadır. Dworkin'e göre, anayasal denetim insanların ve grupların hak ve özgürlüklerini belirli bir çoğunluk kararına karşı korumak için tasarlanmıştır. Anayasal denetim, kararlarını belirli bir adalet anlayışından ziyade evrensel bir adalet anlayışına dayandırması gerekmekte, bununla birlikte eski kavramlaştırmaları değiştirme yeteneğine sahip olmalıdır. Anayasal denetim, bireylerin haklarını korumak için yenilikçi bir rol oynamalıdır. Bireysel hakları korumak için çoğunluğun sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır. Anayasal denetim belirsiz olduğu söylenen anayasal hükümleri kabul etmekle birlikte, yasallık, eşitlik ilkeleri üzerinde çalışmalı ve zaman zaman bu ilkeleri gözden geçirmelidir (Dworkin, 1986: 526-532). Bu aktivist tutum, mahkemelerin çoğunluğun aşırı gücünü sınırlandırmak için yürütme ve yasama faaliyetlerini analiz etmesine olanak sağlamaktadır. Siyasetçiler bir sonraki seçimleri kazanma amaçlarından dolayı (bazı yaklaşımlara göre siyasetçilerin güce aç (power hungry) olduklarından dolayı) evrensel gerçeklerin gerekliliklerinden ziyade, çoğunluğun taleplerini yerine getirmeye çalışmaktadırlar; çünkü seçilmiş yetkililer, acele verecekleri kararlarda özellikle çoğunluk baskısı altında bazen azınlıklara karşı var olan önyargıları karar alma süreçlerine dahil edebilmektedir (Arthur, 2005:548). Bu bağlamda siyasal alanın yetkilerinin sınırlandırılmasını sağlayan anayasal denetim, demokrasinin pekişmesine yardımcı olmakta ve daha da önemlisi yasama organı tarafından yapılan politikalara karşı güvence sağlamaktadır (Arthur, 2005:545-552).

Anayasa mahkemesi tarafından bireysel hak ve özgürlüklerin eşit olarak değerlendirilmesi, hak temelli bir anayasal denetimi, demokratik meşruiyetten daha farklı bir konuma yerleştirmektedir. Bireysel haklara odaklanmış, saydam, zorunlu, hak-temelli, bireysel olarak ulaşılabilir ve teamüllere saygılı bir süreç şeklindeki yargısal süreçler, hakların korunması konusunda yasama sürecinden daha iyi performans ortaya koymaktadır. Hakların korunması, seçim ve yasama süreçlerine bırakılırsa, bireysel hak konuları diğer bazı sorunlar ile çatışır duruma gelebilecektir. Böyle bir durumda hak korunması talebine verilen cevabın olumlu veya olumsuz olmasına bakılmaksızın, net bir kararın verileceğinin garantisi de yoktur (Siegel, 2012:1193-1194).

Bu bağlamda anayasal denetimin asli görevi, yasama ve yürütme faaliyetleri ile haklar arasındaki çatışmaların belirlenmesi ve çözümlenmesidir. Karar alma sürecinin son adımı olarak anayasal denetim, hakların sınırlandırılmasının evrensel normlara göre mi yapıldığına, yoksa yürütme ve yasama faaliyetlerinin haklar ile vatandaşların iradesini ihlal edip etmediğine karar verirken aktivist bir tutum izleyebilir.

Bununla birlikte yasama ve yürütme erkine, anayasal denetim kadar güvenilmesi gerektiğini öne süren iddialar da vardır. Bu iddiayı savunanlar hakların korunması konusunda hakimlerin sahip olduğu kapasiteye yasama ve yürütme erklerinin üyelerinin de sahip olduğunu ifade etmektedir. Griffin (1996:123) temel hakların korunmasını, yargının ellerine bırakmaya karar vermenin aynı zamanda bu tür meseleleri yasama ve yürütme erklerinin gündeminden çıkarma kararıyla aynı şey olduğunu ifade etmektedir. Bu durum, vatandaşların bu hakların içeriğine ilişkin önemli siyasal kararlara katılma haklarını kısıtlamaktadır. Anayasal denetim yoluyla hakların korunmasının kabul edilmesi, siyasal katılım hakkı gibi bazı diğer temel hakların sınırlanmasını da ifade etmektedir; bu durum anayasal denetim sayesinde sunulacak hakların sınırlanan siyasal haklardan daha önemli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir (Griffin, 1996:123). Bu itirazlar da göz önünde bulundurulsa dahi şunu ifade etmek yanlış olmayacaktır: Anayasal denetim sadece güçler ayrılığının çok önemli bir unsuru değil, aynı zamanda halkın yasama ve yürütmenin aşırı gücüne karşı haklarının ve iradesinin güvencesidir.

Halkın iradesi ve haklarının anayasal denetim yoluyla yansıtılacağını ve uygulanacağını öne sürmek yanlış olmayacaktır. Anayasal denetim yoluyla mahkemeler, yasama ve yürütmenin iktidarının sınırlanması konusundaki kararları uygulayabilir. Yasama ve yürütme üzerindeki bu sınırlamalar halk iradesini ihlal etmeyecek, toplumun tüm sınıflarındaki halk iradesinin yönetime daha fazla katılımını sağlayarak, halk iradesinin tam anlamıyla gerçekleştirilmesine yardımcı olacaktır. Anayasal denetimin bu çerçevesi halk iradesini ve hakları sınırlandırmak veya ihlal etmenin aksine onları korumaktadır:

> Hakimlerin yasaları geçersiz kılma gücüne sahip olduğu sonucu, hiçbir şekilde yargının yasama erkine üstünlüğünü de varsaymamaktadır. Bu güç sadece halkın gücünün ikisinden de üstün olduğunu varsaymakta; yasalarla ortaya konan yasama iradesinin, Anayasa'da ilan edildiği şekliyle halkın iradesiyle çatıştığı durumlarda, hakimler kararlarını yasamanın iradesine değil, halkın iradesine göre almalıdır (Federalist Bildiriler No. 78, Hamilton).

## Sonuç

Yargı yetkelendirilmesinin birincil amacı olan yasama ve yürütme erklerinin sınırlandırılması, yeni anayasalcılık akımı olarak adlandırılmıştır. Bu yetkelendirilme, siyasal alanda yargı için yeni bir alan açmaktadır. İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan anayasal denetim, daha sonra küresel olarak genişlemiştir. Yargısal iktidarın genişlemesi, yasama ve yürütme iktidarının genişlemesiyle ortaya çıkabilecek bireysel hak ve özgürlüklerin sınırlanması gibi bazı önemli sorunları ortadan kaldırmaktadır. Bu bağlamda

demokratik geçiş süreçlerini yaşayan ülkeler, demokrasi öncesi yaşanan yürütme ve/veya yasamanın aşkın güç kullanımını sınırlamak amacıyla bu iktidarları sınırlayacak bir organ tesis etme gereği duymuşlardır. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları, Sovyet Rusya'nın yıkılması gibi küresel etkisi olan bazı olaylar da anayasal denetimin küresel yayılmasını hızlandırmıştır. Anayasal denetim yoluyla yürütme ve yasamayı sınırlayacak yetkelere sahip bir yargı erki, demokratikleşmenin ve siyasal iktidar paylaşımının doğrudan bir ürünüdür. Anayasal denetim iktidarın merkezileşmesi ve aşkın kullanımını engelleyebilecek bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal denetim bu bağlamda hem demokratikleştirmeyi hızlandırmakta hem de demokratikleşme ile güç kazanabilmektedir. Ancak yargının siyasal alanda bahsedilen yetkelendirme yoluyla geniş bir alan kazandığı da göz ardı edilmemelidir.

Anayasal denetim bir taraftan demokrasi ve hukukun üstünlüğü için olmazsa olmaz bir kurum, aynı zamanda da anayasal denetimi tesis eden egemen iktidar için ideolojik hegemonyasını koruyacak temel bir araç olarak değerlendirilmektedir. Anayasa mahkemelerinin bu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ortaya konulmaya çalışılan siyasal strateji olarak tesis edilmesi, demokrasiye geçiş öncesi egemenlerin kendi ideolojik hegemonyalarını, seçimler sonrası da sürdürülebilmesine olanak sağlamaktadır. Bu iddia hegemonyayı koruma tezi olarak adlandırılabilmektedir. Bu tez, dünyanın değişik bölgelerinde, farklı zaman dilimlerinde yaşanan siyasal geçiş ve rejim değişiklikleri süreçlerinde anayasal denetimin tesis edilmesine tutarlı bir açıklama sağlamaktadır. Hegemonyayı koruma tezi Türk Anayasa Mahkemesinin tesis edilme süreçlerini de etkin bir şekilde açıklama becerisine sahiptir.

Anayasal denetime, sadece eski iktidar sahiplerinin hegemonyalarını koruyan bir araç olarak bakmak indirgemeci bir yaklaşımı sergilemektedir. Anayasal denetim özü itibariyle yasama ve yürütme erkini sınırlandırdığı için bireyi bu iki erke karşı korumaktadır. Bireylerin temel hak ve özgürlükleri, yasama ve yürütmenin aşkın güç kullanımına karşı bir erk tarafından korunmak durumundadır. Bireysel hak ve özgürlüklerin çerçevesini çizen anayasalar da bizzat yine bu erk tarafından korunmalıdır. Bu bağlamda anayasa mahkemeleri yargı yetkelendirilmesi veya siyasetin yargısallaşması olarak tanımlanan süreçlerle bireysel hak ve özgürlüklerin devlet karşısında koruyucusu olabilmektedir.

Sonuç olarak, anayasal denetim dünya demokrasilerinde yaygın ve olmazsa olmaz bir olgu haline gelmiştir. Demokratik geçiş dönemleri ya da demokratik konsolidasyon sırasında tesis edilen anayasal denetim sistemi politik sistem içinde kendine yer bulmaktadır. Literatür genel olarak anayasal denetimin tüm demokrasiler için şart olduğunu öne sürmektedir. Bununla birlikte,

literatürde anayasal denetimin hak ve özgürlükleri teşvik edici mi olduğu, yoksa iktidarın bir aracı mı olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir yandan, bazıları yargı sisteminin kurulmasının politikacılara ve halk yığınlarına duyulan güvensizlik sonucunda, eski iktidar sahiplerinin ve/veya devlet elitlerinin bir tür hegemonik korunması olduğunu iddia ederken, bazıları de yasaların anayasal denetiminin liberal haklar ve özgürlüklerin korunması için olmazsa olmaz olduğunu ifade etmektedir. Bu iki iddia, Türkiye'deki anayasal denetim deneyimine farklı zaman dilimlerinde uygulanabilir.[3]

## Kaynakça

Alston, P., Bustelo, M. R., ve Heenan, J. (Eds.). (1999). *The EU and Human Rights* (Vol. 1). Oxford: Oxford University Press.

Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics*. Yale: Yale University Press.

Bork, R. (2002). Taking Fault with New York's Fault-Based Divorce: Is the Law Constitutional. *John's J. Legal Comment.*, *16*, 165.

Brumberg, D. (2001). Dissonant politics in Iran and Indonesia. *Political Science Quarterly*, *116*(3), 381-411.

Caldeira, G. A., ve Gibson, J. L. (1992). The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, *36*(3), 635-64.

Cappelletti, M. (1989). *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press.

Correa Sutil, J. (1993). The Judiciary and the Political System in Chile: The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy. *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, 89-106.

Dahl, R. A. (1989). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.

De Tocqueville, A. (1945). Democracy in America, ed. Phillips Bradley. *New York: Knopf*, *2*, 154-57

Dickson, J. (2008). How Many Legal Systems? Some Puzzles Regarding the Identity Conditions of, and Relations Between Legal Systems in The European Union. *Problema*, vol. 2

Domingo, P. (2005). Judicialization of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico. In *The Judicialization of Politics in Latin America* (pp. 21-46). Palgrave Macmillan, New York.

Dotan, Y., ve Hofnung, M. (2005). Legal Defeats—Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?. *Comparative Political Studies*, *38*(1), 75-103.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard: Harvard University Press.

Eisgruber, C. L. (200s1). Can Law Schools Teach Values. *USFL Rev.*, *36*, 603.

Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard: Harvard University Press.

3 Bu iddia için bknz. Okutan, M. E. (2019). *Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Örneği*. Yayımlanmamış Doktora tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi.

Eskridge Jr, W. N., ve Ferejohn, J. (2008-2009). Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review. *Tex. L. Rev.*, *87*, 1273.

Feeley, M. M., ve Rubin, E. L. (2000). *Judicial Policy Making and The Modern State: How The Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferejohn, John. 1995. "Law, Legislation and Positive Political Theory." J. Banks and E. Hanushek (eds.) içinde. *Modern Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ferejohn, J. (2002). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, *65*(3), 41-68.

Galleguillos, N. (1998). From Confrontation to Friendly Persuasion: An Analysis of Judicial Reform and Democratization in Post-Pinochet Chile. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies*, *23*(46), 161-192.

Garoupa, N. (2008). Providing A Framework For Reforming The Legal Profession: İnsights From The European Experience. *European Business Organization Law Review (EBOR)*, *9*(3), 463-495.

George, A. L. and Bennett, A. (2005). *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge, Mass: MIT Press

Gibson, J. L., ve Caldeira, G. A. (2003). Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance, and the South African Constitutional Court. *The Journal of Politics*, *65*(1), 1-30.

Gibson, J. L., Caldeira, G. A., ve Baird, V. A. (1998). On the Legitimacy of National High Courts. *American Political Science Review*, *92*(2), 343-358.

Gillman, H. (2002). How Political Parties can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875–1891. *American Political Science Review*, *96*(3), 511-524.

Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press.

Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review. In Keith Whittington and Daniel Keleman, eds., Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2487330

Goldstein, J. L., Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O., ve Slaughter, A. M. (Eds.). (2001). *Legalization and World Politics*. MIT Press.

Graber, M. A. (2006). *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*. New York: Cambridge University Press.

Guarnieri, C. (2003). Courts as an Instrument of Horizontal Accountability: the Case of Latin Europe. *Democracy and the Rule of Law*, *5*, 223.

Guarnieri, C., Pederzoli, P., ve Thomas, C. A. (2002). *The Power of Judges*. Oxford: Oxford University Press, USA.

Henkin, L. (1990). *The Age of Rights*. Columbia: Columbia University Press.

Hilbink, E. C. (1999). *Legalism Against Democracy: the Political Role of the Judiciary in Chile*. San Diego: University of California

Hirschl, R. (2002). Resituating the Judicialization of Politics: Bush v. Gore as a Global Trend. *Canadian Journal of Law ve Jurisprudence*, *15*(2), 191-218.

Hirschl, R. (2004). " Juristocracy"--Political, not Juridical. *The Good Society*, *13*(3), 6-11.

Hirschl, R. (2004). The Political Origins of The New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *11*(1), 71-108.

Hirschl, R. (2006). The New Constitutionalism and The Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham L. Rev.*, *75*, 721.

Hirschl, R. (2007). The Courts. *Canadian Journal of Political Science/Revue Canadienne de Science Politique*, *40*(1), 249-250.

Hirschl, R. (2008). The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, *11*, 93-118.

Jackson, V. C., ve Tushnet, M. V. (Eds.). (2002). *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*. Praeger Publishers.

Jacob, H., Blankenburg, E., Kritzer, H. M., Provine, D. M., ve Sanders, J. (1996). *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press.

Kavanagh, A. (2004). Comparative Perspectives on Constitutional Law: Implications for the Human Rights Act 1998. *European Public Law*, *10*(1), 161-178.

Kelsen, H. (1941). Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence, The. *Harv. L. Rev.*, *55*, 44.

Klug, H. (2000). *Constituting Democracy: Law, Globalism, and South Africa's Political Reconstruction*. New York: Cambridge University Press.

Koopmans, T. (2003). *Courts And Political İnstitutions: A Comparative View*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press.

Kühn, Z. (2006). *The Changing Face of Central European Judiciary: The Judicial Application of Law Under Communism and Its Aftermath* (Doctoral dissertation, University of Michigan Law School).

Landes, W. M., ve Posner, R. A. (1975). The Independent Judiciary in An Interest-Group Perspective. *The Journal of Law and Economics*, *18*(3), 875-901.

Larkins, C. (1998). The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina. *Comparative Politics*, 423-442.

Luhmann, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge.

Magalhaes, P. C. (1999). The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe. *Comparative Politics*, 43-62.

Magalhães, P. C. (2003). *The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies* (Doctoral dissertation, The Ohio State University).

Mattli, W., ve Slaughter, A. M. (1995). Law and Politics in the European Union: A Reply to Garrett. *International Organization*, *49*(1), 183-190.

McDowell L. (1998). Elites in the City of London: Some Methodological Considerations. *Environment and Planning A.* 30: 2133–2146.

Moravcsik, A. (2000). The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe. *International Organization*, *54*(2), 217-252.

O'Brien, D. M. (Ed.). (2016). *Judges on Judging: Views from the Bench*. Washington DC: Cq Press.

Peerenboom, R. (2004). Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship. *Geo. J. Int'l L.*, *36*, 809.

Pildes, R. H. (2004). The Constitutionalization of Democratic Politics. *Harv. L. Rev.*, *118*, 29.

Posner RA. (2008). *How Judges Think. Cambridge.* MA: Harvard Univ. Press

Powell, H. J. (2008). *Constitutional Conscience: The moral Dimension of Judicial Decision*. Chicago: University of Chicago Press.

Ramseyer, J. M. (1994). The Puzzling (in) Dependence of Courts: A Comparative Approach. *The Journal of Legal Studies*, *23*(2), 721-747.

Romano, C. P. (1998). The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. *NYUJ Int'l L. ve Pol.*, *31*, 709.

Roosevelt, K. (2006). *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*. New Haven: Yale University Press.

Ryssdal, R. (1981). The Relation between the Judiciary and the Legislative and Executive Branches of the Government in Norway. *NDL Rev.*, *57*, 527.

Sager, L. G. (2008). *Justice in Plainclothes: A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven: Yale University Press.

Scheingold, S. A. (1974). The Politics of Rights: Lawyers. *Public Policy, and Political Change. New Haven: Yale University Press*.

Schwartz, H. (2000). *The Struggle for Constitutional Justice in Post-communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.

Segal, J. A., ve Cover, A. D. (1989). Ideological Values and the Votes of US Supreme Court justices. *American Political Science Review*, *83*(2), 557-565.

Shapiro, M. (1999). The Success of Judicial Review. In *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective* (pp. 193-219). Palgrave Macmillan, London.

Shapiro, M., ve Sweet, A. S. (2002). *JPpolitics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press.

Sieder, R., Cepeda Espinosa, M. J., Schjolden, L., ve Angell, A. (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America.* New York: Palgrave Macmillan US.

Slaughter, A. M. (1999). Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law, 40*, 1103.

Smithey, S. I., ve Ishiyama, J. (2000). Judicious Choices: Designing Courts in Post-Communist Politics. *Communist and Post-Communist Studies*, *33*(2), 163-182.

Stephen M.. Griffin. (1996). *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press.

Stone Sweet, A. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Sweet, A. S. (1999). Judicialization and the Construction of Governance. *Comparative Political Studies*, *32*(2), 147-184.

Sweet, A. S., ve Brunell, T. L. (2004). *The Judicial Construction of Europe*. Oxford: Oxford University Press.

Tate, C. N., ve Vallinder, T. (Eds.). (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. NY: NYU Press.

Tribe, L. H. (2008). *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press.

Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts.* Princeton, NJ: Princeton University Press.

Tushnet, M. (2003). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Vanberg, Georg. (2005). *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.

Weiler, J. H. (1994). A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors. *Comparative Political Studies*, *26*(4), 510-534.

Weiler, J. H. (1999). *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor?* Cambridge: Cambridge University Press.

Whittington, K. E. (2007). Political Foundations of Judicial Supremacy: The President, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in US History. *Political Foundations of Judicial Supremacy*. NY: Cornell University Press.

Zuckerman, H.A. (1972) Interviewing an Ultra-elite. *The Public Opinion Quarterly* 36: 159–175.

Zurn, C. F. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press.