

## ANAYASA YARGISI KARŞISINDA PARLAMENTO EGEMENLİĞİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

*Rethinking Parliamentary Sovereignty Against Constitutional Adjudication*

Aslan DELİCE\*

### Özet

Hukuk devletini otoriter, totaliter, faşist devletlerden ayıran iki nitelik vardır. İlki, özgür ve eşit yurttaşların seçim yoluyla kendilerine uygulanacak üstün kuralları yapacak siyasilere vekalet vermesidir. Cebri hukuk düzenine meşruiyet temin eden, kendi kendine yönetimin özünü oluşturan hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bu unsur, demokratik ilke olarak adlandırılabilir. Diğer nitelik ise tüm kamu gücünün anayasal/yasal kurallara uygun olarak kullanılmasını zorunlu kılan yasallık ilkesidir. Yüksek Mahkemelerin herkesi bağlayan nihai kararları, yalnızca kuralların yapımında yurttaşların eşit katılımına izin vermediği için değil özerk ve sorumsuz hakimlerin kullandığı kamu gücünün her tür yaptırımdan muaf olması nedeniyle de hukuk devleti için sakıncalıdır. Makale *hukukun üstünlüğünden meşruiyete, güçlü ve zayıf anayasa yargısından siyasi soruna* kadar çok sayıda kavramı açıklamayı ve bu kavramların demokratik teoriyle ne kadar uyumlu olduğunu irdelemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda tespit edilen sorunlara çözüm önerisi olarak anayasal düzenin vesayet mercii haline gelen yüksek yargı yetkilerinin daraltılarak *zayıf anayasa yargısına* geçilmesi ve Meclise Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin tanınması önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yargısal Aktivizm, Yargı Üstünlüğü, Siyasal Sorun, Çoğunluk Karşısı Zorluk, Zayıf Anayasa Yargısı.

### Abstract

Two qualities distinguish the rule of law from authoritarian, totalitarian, and fascist states. The first is that free and equal citizens, through elections, authorize politicians to make the superior rules to be applied to themselves. This element is the democracy principle. It is the sine qua non condition of the rule of law, which provides legitimacy to the coercive legal order and constitutes the essence of self-government. The other characteristic is the principle of legality, which obliges all public power to be exercised in accordance with constitutional/legal rules. The final judgments of the Supreme Courts, which are binding on everyone, are problematic for the rule of law not only because they do not allow equal participation of citizens in rule-making, but also because the public power exercised by autonomous and irresponsible judges is exempt from all sanctions. As a solution, this article proposes a *weak constitutional adjudication* by narrowing the powers

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.07.2024*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 16.10.2024*

\* Doç. Dr., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, adelice@fsm.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3596-8420>.



of the high courts, which have become the custodians of constitutional order, and granting the Parliament the power to annul the decisions of the Constitutional Court.

**Keywords:** Judicial Activism, Judicial Supremacy, Political Question, Counter-majoritarian Difficulty, Weak Constitutional Adjudication.

## Giriş

Anayasa yargısı ilk ortaya çıktığı günden beri tartışmaların odağı olmaktan kurtulamamış, kimi hukukçular siyasi erklerin yargı eliyle denetimini hukuk devletinin olmazsa olmaz şartı kabul ederken diğerleri de yasamanın yüksek yargı eliyle kısıtlanmasını demokrasiye aykırı bulup süreci oligarşik güçlerin baskısı şeklinde tanımlamıştır. Egemen halkın vekillerine ait iradenin halka rağmen ortadan kaldırılması aşılması neredeyse imkânsız bir çelişki ortaya koyar ve bu durum Bickel tarafından çoğunluk karşıtı zorluk (*counter-majoritarian difficulty*) olarak adlandırılır.<sup>1</sup> Çelişkiyi aşmak adına ileri sürülen yüksek mahkeme hakimlerinin uzmanlık ve tarafsızlık gibi niteliklere sahip olduğu iddiaları sahada teyit edilemediği gibi bu tür erdemlerin demokratik meşruiyeti ikame etmesi de mümkün değildir. Bu hususta kullanılan diğer bir gerekçe de çoğunluk baskısına direnerek azınlıkları koruma işlevidir. Yüksek yargı kararlarından en çok istifade edenlerin sayıca az olsa da asla *azınlık* olmayan servet sahipleri olduğu<sup>2</sup> göz önüne alındığında bu gerekçenin de sağlam bir zemine oturmadığı açıktır. Diğer yandan *çoğunluk despotizminin* hukuk devletine tehdit oluşturduğunu iddia edenler yargı heyeti çoğunluklarının da aynı tehlikeyi taşıyıp taşımadığını sorgulamaktan kaçınırlar. Tüm bu nedenlerle anayasa yargısını meşruiyete kavuşturmak için sunulan gerekçelerin çoğunluk karşıtı zorluğu aştığı söylenemez. Çalışma *hukukun üstünlüğünden meşruiyete, güçlü ve zayıf anayasa yargısından siyasi soruna* kadar çok sayıda kavramı açıklığa kavuşturmanın yanı sıra anayasa yargısının demokratik teoriye uygun hale getirilmesi için bazı teklifler de sunar. İlk öneri zayıf anayasa yargısına geçilmesidir. Diğerleri de yargı işlevinin anayasal sınırlar içinde kalmasını temin etmek için Meclise Anayasa Mahkemesi kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin tanınmasıdır.

<sup>1</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1962) 16.

<sup>2</sup> Hirschl'e göre Kanada, Yeni Zelanda, İsrail ve Güney Afrika'da temel hakların anayasallaştırılmasıyla gelir eşitsizliğini ölçen *gini katsayısının* artışı arasında paralellik vardır. Bir başka ifadeyle temel hakların anayasa ile teminat altına alınması servet sahiplerinin lehine olurken alt gelir grubundaki insanların yaşam kaliteleri üzerinde müspet bir etkisi yoktur. Bkz. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press, 2004) 156-158. Karş. Serdar Güleler, *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha, 2017) 196; Taylan Barın, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* (On İki Levha 2016) 125. Kelsen'e göre de gerçek demokrasiyle kusursuzca bağdaşan azınlık yönetiminde sayısal azınlığın sayısal çoğunluk üzerinde hakimiyet kurması mümkündür. Bkz. Hans Kelsen, *Demokrasi, Doğası, Değeri*, (Yasin Uysal çev., Dost Kitabevi 2019) 57.

## I. ANAYASACILIĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

### A. Kişilerin Değil Hukukun Üstünlüğü

“Aristo’nun kanuni yönetimleri akli ve tanrısal, şahsi yönetimleri hayvani karakterde tasvirinden”<sup>3</sup> bu yana *kişilerin değil hukukun üstünlüğü ilkesi*,<sup>4</sup> toplumun bizatihi hukuk tarafından yönetilmesini, sınırlı devletin de<sup>5</sup> keyfi bir güç tarafından değil yasalar tarafından kurulup muhafaza edilmesini ifade eder.<sup>6</sup> Amerikan ve Fransız devrimleri bir yandan yasama ve yürütme yetkisini tek yöneticide temerküz ettiren kişisel yönetimleri<sup>7</sup> reddederken diğer yandan da toplumun kurtuluş reçetesi olarak hukuka işaret eder.<sup>8</sup> Bu andan itibaren artık yalnızca yasalara uygun işlemler için itaat talep edilebilir.<sup>9</sup> Kuralların kişilerden bağımsız olmadığı<sup>10</sup> ve insanlar tarafından yapıldığı düşünülüğünde<sup>11</sup> hukuk devleti anlayışının cari olduğu ülkelerde bile<sup>12</sup> kurallarla değil kişisel yönetimlerle yüzleşmek kaçınılmazdır.<sup>13</sup> İktidar sahibi yöneticiler olmadan hiçbir kural (anayasa/yasa) olamayacağına göre<sup>14</sup> “hukuk devletinden umabileceğimiz en iyi şey toplumun yasa aracılığıyla yönetilmesidir.”<sup>15</sup> Unutulmamalıdır ki şekli hukuk devleti kesinlikle adil bir toplumun garantisi değildir.<sup>16</sup> Pekala tiranik, ayrımcı, eşitliği inkar eden bir devlette hukukun üstünlüğüne riayet ederek ülkeyi yasalarla yönetebilir.<sup>17</sup>

<sup>3</sup> Aristoteles, *The Politics of Aristotle* (B. Jowett çev., Yale University Press 1885) 66-67.

<sup>4</sup> 1780 tarihli Massachusetts Anayasasının I. Madde XXX. Bölümü ilkeyi ilk kez anayasal hüküm haline getirir. Bkz. Günter Frankenberg, “Democracy,” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2012) 254.

<sup>5</sup> Hendrig Hartog, “The Constitution of Aspiration and ‘The Rights That Belong to Us All’” (1987) 74 *The Journal of American History*, 1013-1034.

<sup>6</sup> Margaret Jane Radin, “Re-considering The Rule of Law” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 37.

<sup>7</sup> Paul Yowell, “A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 330.

<sup>8</sup> Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (Yale University Press 2014) 44.

<sup>9</sup> Dieter Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016) 12.

<sup>10</sup> Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 75.

<sup>11</sup> Hermann Heller, *Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law*, David Dyzenhaus (ed.) (Belinda Cooper çev., Oxford University Press 2019) 80.

<sup>12</sup> Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 65.

<sup>13</sup> Gilmore (n 8) 94.

<sup>14</sup> Heller (n 11) 83.

<sup>15</sup> Jeremy Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 135.

<sup>16</sup> Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 104.

<sup>17</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 78.



Liberaller hukuku, akıl (*reason*) ile hizalama taraftarıdır.<sup>18</sup> Bu noktada cevaplandırılması hayati olan soru yasaların kimin aklına uygun olarak yürürlüğe konulacağıdır. Aquina'lu yasa yapımı için herkesin aklı yeterli midir diye sorduktan sonra hayır cevabını verir; yasa yapma yetkisi yalnızca halka ya da ortak yararı gözeten yöneticilere (*viceregent*) aittir.<sup>19</sup> Bu nedenle üstün kuralların inşasında yasama organı yerine hakimlerin aklını (*reason*) tercih etmek için hiçbir sebep bulunmaz.<sup>20</sup>

## B. Hukuk Devleti (*The Rule of Law*)

Son derece belirsiz ve tartışmalı bir kavram olan hukuk devletinin<sup>21</sup> çekirdeğinde devlet yetkilerinin hukuka uygun şekilde kullanılma zorunluluğu bulunur.<sup>22</sup> Ana fikri tahakkümün ortadan kaldırılarak iktidarın daha az tehlikeli hale getirilmesidir.<sup>23</sup> İktidarı sınırlandırarak<sup>24</sup> başta özgürlük olmak üzere<sup>25</sup> kişilere birtakım hak ve güvenceler sağlamaya yöneldiğinden<sup>26</sup> ancak keyfi cebrin engellenmesiyle ulaşılabilir.<sup>27</sup> Birçok hayati noktada hukuk devleti basitçe demokrasi anlamına gelir.<sup>28</sup> Demokrasi ise siyasal katılım ve hakların eşitliğidir.<sup>29</sup> Eşitliğe ilişkin bir dü-

<sup>18</sup> Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 122.

<sup>19</sup> Thomas Aquinas, *Treatise on Law* (Richard J. Regan çev., Hackett Publishing 2000) 4-5; Thomas Aquinas, *Summa Theologica* (Fathers of the English Dominican Province çev., Benziger Brothers 1947) 1330-1331.

<sup>20</sup> Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge University Press 2010) 69. Makale bağlamında üstün kuralların nelerden oluştuğunu görmek için bkz. dipnot 220-221-222-223.

<sup>21</sup> ibid 66; Radin, "Re-considering The Rule of Law" (n 6) 46; Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 124,133; F.A. Hayek, "Freedom and the Rule of Law, The First of Two Talks" içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 150.

<sup>22</sup> Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 345; Jeremy Waldron, *Political Political Theory: Essays on Institutions* (Harvard University Press 2016) 63.

<sup>23</sup> Richard S. Kay, "American Constitutionalism" içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 22; Waldron, "Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?" (n 15) 139.

<sup>24</sup> Alison M. Smith, "The Political Costs of Legalizing Executive Power" içinde Hugh Liebert, Garry McDowell, ve Terry L. Price (ed.), *Executive Power in Theory and Practice* (Palgrave Macmillan 2012) 194; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (n 17) 93.

<sup>25</sup> Aileen Kavanagh, "Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication" içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 241; Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (n 17) 93.

<sup>26</sup> A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press 1979) 188.

<sup>27</sup> Hayek (n 21) 149.

<sup>28</sup> Richard Bellamy, "Introduction" içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) xxxv.

<sup>29</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Religion, Law and Democracy: Selected Writings*, Mirjam Künkler ve Tine Stein (ed.) (Oxford University Press 2020) 65.

şünceye yer vermeyen Orta Çağın<sup>30</sup> aksine “*aydınlanma* idealinde devletin varlık sebebi yurttaşların eşitlik ve özgürlüğünü korumak olduğundan”<sup>31</sup> hukuk devleti keyfi iktidarın zıddı olarak<sup>32</sup> rasyonel ve özerk bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının yasal koşullarını hazırlar.<sup>33</sup> İtaat edecekleri yasaların yapımına bizzat katılan yurttaşlar bu şekilde kendi hayat tarzlarını inşa etmiş olur.<sup>34</sup>

Radin, kavramın biri araçsal (instrumental) diğeri maddi (substantive) olmak üzere iki unsuruna dikkat çeker. Araçsal yön etkin bir hukuk düzeninin ön koşulu iken maddi yön hukuk devletinin *adalet, kişilere saygı* gibi asli değerleri hayata geçirmesini ifade eder.<sup>35</sup> Raz’a göre kavramın ilk anlamı halkın yasayla yönetilmesidir.<sup>36</sup> İkinci ve daha önemli anlamı ise hukukun itaat edilebilir bir niteliğe [değerlere] sahip olmasıdır. Açık ve anlaşılır yasalar geleceğe dönük, eşitlik, genellik niteliğine sahipse, bağımsız yargı siyasi erklerin işlemlerini denetleyebiliyorsa etkin hukuk düzeninin kişilere rehberlik edebileceği söylenebilir.<sup>37</sup> Bu hususta tartışılması gereken mesele keyfi iktidarın engellenmesi adına hükümet ve idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine tâbi kılınmasının yasamaya da sınır konulmasını gerektirip gerektirmediğidir;<sup>38</sup> cevap olumsuzdur. Tam tersine hukuk devleti siyasiler, kamu görevlileri, kurumlar ve yargı üyeleri yasamaya karşı sorumlu kılındığında mümkündür. Böylece kaçınılmaz şekilde karar almaya ilişkin yetki devri, demokratik hesaba çekilebilirlikle dengelenmiş olur.<sup>39</sup> Çelişik gibi görünse de hukukun üstünlüğü kişilerin demokratik usullerle kendi kendilerini yönetmelerine bağlıdır.<sup>40</sup>

### C. Meşruiyet

Hiçbir devlet yalnızca cebir tatbikatı üzerine inşa edilemeyeceğinden<sup>41</sup> tüm iktidarlar gibi meşruiyete kavuşturulmak zorundadır ve bu ancak değerler

<sup>30</sup> Norbert Elias, *Uygarlık Süreci*, C. I, (Ender Ateşman çev., İletişim Yayınları 2004) 329.

<sup>31</sup> Daniel Bonilla Maldonado, “The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers” içinde David Bilchitz ve David Landau (ed.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South* (Cheltenham 2018) 171; Böckenförde (n 29) 65-185; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 10-51.

<sup>32</sup> Yüksel Metin, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu” (2012) 2(1) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 93; Heller (n 11) 64; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 147.

<sup>33</sup> Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” (n 17) 87; Hartog (n 5) 1013-1014.

<sup>34</sup> Jürgen Habermas, “Popular Sovereignty as a Procedure” içinde *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, James Bohman and William Rehg (ed.) (The MIT Press 1997) 40; Kelsen (n 2) 63-64.

<sup>35</sup> Radin, “Re-considering The Rule of Law” (n 6) 39.

<sup>36</sup> Raz, “The Rule of Law and Its Virtue” (n 17) 80.

<sup>37</sup> ibid 80-84.

<sup>38</sup> Goldsworthy (n 20) 62.

<sup>39</sup> Bellamy, “Introduction” (n 28) XI.

<sup>40</sup> ibid XXIX.

<sup>41</sup> Böckenförde (n 29) 227.



uzlaşısıyla yapılabilir.<sup>42</sup> Devlet iktidarını kaba şiddetten ayıran unsur hukuka tabi olması, “hukukun kabul edilebilirliğinin zorunlu koşulu da meşruiyet ise”<sup>43</sup> yalnızca demokratik usullere riayet edilerek alınan kararlar meşru olabilir.<sup>44</sup> Yurttaşların bireysel özerkliğini ve çıkarlarını eşit şekilde dikkate alan yapılar, aleni müzakere ve çoğunluk oyuna dayalı demokratik usuller sayesinde salt usule yaslanmaktan kaynaklı noksanı tamamlayarak içsel bir ahlaki değere<sup>45</sup> diğer bir ifadeyle demokratik meşruiyete kavuşur.<sup>46</sup> Sadece hukuk devletlerinde teminat altına alınan temel haklar<sup>47</sup> bireyi eşit ve genel oyla siyasi sürece dahil ederek bir yandan halkın özerkliğini diğer yandan yasama aracılığıyla<sup>48</sup> siyasal bütünün kaderini tayin etmeyi mümkün kılar. “Devlet bir kez özgürlük ve eşitlik ideali üzerine inşa edilince de artık hiçbir otorite ona rağmen meşruiyete kavuşturulamaz.”<sup>49</sup> Aksine bir uzlaşım olmadıkça hiç kimse asla tarafsız olmayan<sup>50</sup> uzmanlığa dayalı meşru yönetim [karar] iddiasında bulunamaz.<sup>51</sup>

<sup>42</sup> Niklas Luhmann, *Trust and Power*, Gianfranco Poggi ve Tom Burns (ed.) (Howard Davis, John Raffan ve Kathryn Rooney çev., John Wiley & Sons Ltd. 1979) 43.

<sup>43</sup> Jed Rubenfeld, “Legitimacy and Interpretation” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 210.

<sup>44</sup> Christopher F. Zurn, “Democratic Constitutional Change: Assessing Institutional Possibilities” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 189; Stephen Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 93; Thomas Bustamante, “On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016).

<sup>45</sup> Bustamante (n 44) 51.

<sup>46</sup> Dimitrios Kyritsis, “Constitutional Law as Legitimacy-Enhancer” içinde Dimitrios Kyritsis ve Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 224; Peter M. Shane, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy* (The University of Chicago Press 2009) 8, 178-180; Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013) 51.

<sup>47</sup> Kyritsis (n 46) 224; Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, (Gareth Norbury çev., Oxford University Press 2012) 137; Möllers (n 46) 63-64, 68.

<sup>48</sup> Shane (n 46) 178; Möllers (n 46) 18; Teubner (n 47) 134.

<sup>49</sup> Böckenförde (n 29) 71.

<sup>50</sup> Ian Shapiro, *Politics Against Domination* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2016) 75.

<sup>51</sup> David Estlund, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 183.

Eşit katılım<sup>52</sup> ve rıza temininde<sup>53</sup> yasama organının benzersiz üstünlüğü dikkate alındığında temsil ehliyeti aşaride olan<sup>54</sup> ya da hiç olmayan<sup>55</sup> “yargının demokratik meşruiyet iddiasında bulunamayacağı açıktır.”<sup>56</sup> Yüksek yargının tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlayan nihai kararları, yalnızca yurttaşları kuraların yapımı, değiştirilmesi ve ilgasında eşit yetkiden mahrum ettiği için değil, aynı zamanda özerkliğini yitiren bireyi başkalarının iradesine tabi kıldığı için de<sup>57</sup> demokratik meşruiyetten yoksundur.<sup>58</sup>

#### D. Siyasi Sorun (*Political Question*)

Siyasi sorun doktrini, ABD’de Yüksek Mahkemenin, yorum tekeline karşı yapılan itirazları bertaraf etmek için geliştirdiği usullerden biridir.<sup>59</sup> Yargının, tespit ve takdir edemeyeceği çıkarların varlığını kabul ederek bazen meselenin yargı kapsamına girmediği bazen de kararın göz ardı edileceği endişesiyle<sup>60</sup> karar vermekten imtina etmesidir.<sup>61</sup> Bu noktada anayasal hükmün anlamı artık yasama organı tarafından aydınlığa kavuşturulur.<sup>62</sup> Yüksek Mahkeme *Baker v. Carr* kararında<sup>63</sup> kavramı:

<sup>52</sup> Jeremy Waldron, “Do Judges Reason Morally” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 61; David Dyzenhaus, “The Constitution of Legal Authority” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (The Bloomsbury Publishing 2022) 200; Möllers (n 46) 71.

<sup>53</sup> Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Cornell University Press 1947), 115; Eoin Carolan, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State* (Oxford University Press 2009) 92.

<sup>54</sup> Tom Campbell, *Separation of Powers in Practice* (Stanford University Press 2004) 4; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 42.

<sup>55</sup> Micheal Gordon, “A Positivist and Political Approach to Public Law” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022) 254.

<sup>56</sup> Andrei Marmor, “Randomized Judicial Review” içinde Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 14; Cass R. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 217; Möllers (n 46) 146; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 154; Waldron, “Do Judges Reason Morally” (n 52) 61.

<sup>57</sup> Zurn (n 44) 188.

<sup>58</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 199.

<sup>59</sup> C. Herman Pritchett, “Constitutional Law I - Introduction” *International Encyclopedia of the Social Sciences III* (1968) 296.

<sup>60</sup> Bickel (n 1) 184.

<sup>61</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 209; Carolan (n 53) 201; Jenny S. Martinez, “Horizontal Structuring” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 570; Pritchett (n 59) 296; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Court* (Princeton University Press 2000) 15.

<sup>62</sup> Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 104.

<sup>63</sup> *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 217 (1962)



“...Anayasal hükümlerin siyasi erklerin eşgüdümüne bıraktığı, yargısal ölçütlerin keşfi ve tatbiki söz konusu olmayan, diğer erklerle saygı eksikliği olmadan bağımsız bir karar alınamayan alanlarda, mevcut bir siyasi karara sorgusuz sualsiz bağlılık...” şeklinde tanımlamıştır.<sup>64</sup> Yargılanamazlık (*nonjusticiability*) doktrini olarak da adlandırılan kavram sağduyulu kendi kendine sınırlandırmanın bir örneğidir.<sup>65</sup> Davanın görülüp görülmemesi hususunda sahip olunan tam bir takdir yetkisiyle birlikte<sup>66</sup> “çözümün siyasi erklerle bırakılmasının anayasayı daha etkin hale getireceği düşüncesine dayanır.”<sup>67</sup> Bir başka açıdan da yargı üstünlüğünün düşünüldüğü kadar geniş olmadığına işaret eder.<sup>68</sup> Konuya ilişkin içtihatlardan biri olan *Goldwater v. Carter*<sup>69</sup> davasında Tayvan’la yapılan antlaşmanın Senatonun onayı olmaksızın başkanın imzasıyla feshedilemeyeceği iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme “...Uluslararası ilişkilerin yürütülmesi için Kongre ve başkanın aldığı kararların siyasi nitelikli olması nedeniyle yargı denetimine uygun olmadığına” hükmetmiştir.<sup>70</sup> ABD yargısının bu konuda her zaman tutarlı ve hassas olduğu düşünülmemelidir. 2000 yılındaki başkanlık seçimlerinde Florida’da oyların yeniden sayımını durduran Yüksek Mahkeme George W. Bush’a başkanlık koltuğunu armağan ederek hem erklerin kendi kendini sınırlama ilkesinin altını oymuş hem de siyasi sorun içtihadından ayrılmıştır.<sup>71</sup> Diğer yandan gittikçe artan yargısal aktivizm de hem jüristokraziye geçişin izlerini taşır<sup>72</sup> hem de *siyasi sorunun* alanını daraltır.<sup>73</sup>

Kıta Avrupa’sında Almanya *siyasi sorun* öğretisini reddeder.<sup>74</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi, açılan bütün davaları karara bağlamak zorunda olduğundan bu öğretiye yaslanarak karar vermekten imtina edemez.<sup>75</sup> Bununla birlikte dış işleri ve

<sup>64</sup> Martinez (n 61) 573; Carolan (n 53) 201.

<sup>65</sup> İbid (n 53)

<sup>66</sup> Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics” içinde Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press 2008) 123.

<sup>67</sup> Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (Harvard University Press 2010) 145; Shane (n 46) 16.

<sup>68</sup> Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 16.

<sup>69</sup> *Goldwater v. Carter* 444 U.S. 996 (1979)

<sup>70</sup> Campbell (n 54) 195; Bkz. *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/996/> (E.T. 15.04.2024)

<sup>71</sup> Shane (n 46) 16.

<sup>72</sup> Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 138.

<sup>73</sup> Monica Bonini, “From Separation of Powers to Superiority of Rights: The Italian Constitutional Court and End-of-Life Decisions (The Cappato Case)” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 111.

<sup>74</sup> Martinez (n 61) 572.

<sup>75</sup> Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Ahmet Mumcu çev., İnkılap Kitabevi 2018) 240.



ulusal güvenlikle ilgili meselelerde farklı gerekçelerle siyasi kararlara saygı duyar ve müdahaleden kaçınır.<sup>76</sup> İtalyan AYM ise doğrudan yetkisizlik kararı vermek yerine ulaşacağı sonucun çözüm için yetersiz olmasına vurgu yapar.<sup>77</sup>

### E. Yargısal Aktivizm

Yargısal aktivizm, “Anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasi tercihlere yargının izin vermemesidir.”<sup>78</sup> Anayasa yargısıyla bağlantılı şekilde<sup>79</sup> katı anayasaların yaygınlaşmasının ve değiştirilemez hükümlerin sonucudur.<sup>80</sup> Güçlü bir siyasallaşma eşliğinde<sup>81</sup> tam bir iktidar nakli olduğundan<sup>82</sup> “cumhuriyetçilere göre basitçe yargı hakimiyetine yol açar.”<sup>83</sup> Uluslararası mahkemelerle ilişkili yüksek mahkemeler<sup>84</sup> bir yandan erkler ayrılığı içinde siyasi gücü yargıya çevirirken<sup>85</sup> diğer yandan da zımni olarak kendi siyasi gündemini takip eder.<sup>86</sup> Hakim isimlerini gazete manşetlerine taşıyan süreç aynı zamanda cübbe iktidarını da tahkim etmiş olur.<sup>87</sup> Durumdan rahatsız olmak için yeteri kadar sebep vardır.<sup>88</sup> Yasayla bağlı yargının<sup>89</sup> hukuku değiştirmek gibi bir görevi olmadığından mahkemeler yalnızca yasaları tatbik etmeli,

<sup>76</sup> Martinez (n 61) 572.

<sup>77</sup> Bonini (n 73) 112.

<sup>78</sup> Michael Hein, “The Least Dangerous Branch?: Constitutional Review Of Constitutional Amendments in Europe” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 190.

<sup>79</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 170.

<sup>80</sup> Hein (n 78) 16; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 98.

<sup>81</sup> Hein (n 78) 191; Bruce Ackerman, *We the People I: Foundations* (Belknap Press of Harvard University Press 1991) 151.

<sup>82</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes, “A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron’s Criticism on Judicial Review” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 147-148.

<sup>83</sup> Bellamy “Introduction” (n 28) XXXIV.

<sup>84</sup> Gülenler (n 2) 315.

<sup>85</sup> Konrad Lachmayer, “Disempowering Courts: The Interrelationship Between Courts And Politics in Contemporary Legal Orders Or The Manifold Ways Of Attacking Judicial Independence” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 39.

<sup>86</sup> David Howarth, “The British Constitution as an Improvised Order” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford 2022) 289; Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 12.

<sup>87</sup> Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 175; Hein (n 78) 16.

<sup>88</sup> Joseph Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 184.

<sup>89</sup> Goldworthy (n 20) 228.



değişiklikleri siyasi erkler bırakmalıdır.<sup>90</sup> “Siyasal erklerin açık ya da zımni desteği olmaksızın gerçekleşmesi mümkün olmayan”<sup>91</sup> hakimlere menfaat temin eden<sup>92</sup> “bir tür iktidar açlığı olarak kınanan”<sup>93</sup> yargısal aktivizm kitaplarında anlatılanların ötesine geçmiş, dünya genelinde jüristokrasiye giden yolu açmıştır.<sup>94</sup>

Hakimler yönetimine giden yolun taşlarını döşeyen diğer bir kavram da ABD’nin II. Dünya Savaşından sonra dünyaya ihraç ettiği yargı üstünlüğü ilkesidir.<sup>95</sup> Açık anayasal dayanaktan yoksun<sup>96</sup> yorum tekeline dayalı bu iddia,<sup>97</sup> bir yandan devletin anayasaya uygun faaliyette bulunma idealinin içini boşaltırken<sup>98</sup> diğer yandan da “sistemin etkinliğini zayıflatarak hakimlere keyfi iktidar bahşeder.”<sup>99</sup> İlkenin, kanunların tatbiki hususunda yasamanın vekili olan mahkemeleri anayasal düzenin vesayet makamına dönüştürdüğünü söylemek de mümkündür.<sup>100</sup> “Üstün yargısal yorumcu olsalar da hakimler anayasanın nihai yorumcusu değildir.”<sup>101</sup> Keza demokrasi dışındaki bir meşruiyet ilkesinin anayasacılığı saptırma olasılığı da unutulmamalıdır.<sup>102</sup>

Kesin kararlar hakimleri otokrata, hukuk devletini de hakimler yönetimine dönüştürdüğünde<sup>103</sup> hukuk devleti sorgulanamaz yüksek mahkeme hakimleri gerçeğiyle

<sup>90</sup> Raz, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” (n 88) 184-185.

<sup>91</sup> Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 134.

<sup>92</sup> Howarth (n 86) 12.

<sup>93</sup> Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 133.

<sup>94</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 222. Hirschl, yüksek mahkemelerin ulusal siyasi karar alma cihazına dönüşmesini *jüristokrasi* kabul eder. Bkz. Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 123.

<sup>95</sup> Michael J. Perry, “What is ‘the Constitution’? and Other Fundamental Questions” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 122.

<sup>96</sup> Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (Oxford University Press 2004) 147.

<sup>97</sup> ibid. Yüksek Mahkeme *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) kararında “1803 tarihli Marbury kararından bu yana hukukun ne olduğunu söyleme ve anayasayı yorumlama noktasında en üstün otorite olduğunu” bir kez daha ifade etmiştir. Bkz. ibid 221.; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/> (E. T. 27.04.2024)

<sup>98</sup> Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 137; Radin (n 6) 52.

<sup>99</sup> Radin (n 6) 52.

<sup>100</sup> Alec Stone Sweet, “Constitutional Courts” içinde Michel Rosenfeld and András Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 822.

<sup>101</sup> John Rawls, “The Idea of Public Reason” içinde James Bohman and William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997) 110. Kanada ve Polonya parlamentolarına yüksek mahkeme kararlarını değiştirme yetkisi tanıyan hükümler, bu mahkemelerin anayasa yorumlarının nihai ve kesin olmadığını gösterir.

<sup>102</sup> Dieter Grimm, “Types of Constitutions” içinde Michel Rosenfeld and András Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 115.

<sup>103</sup> Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 127.

yüzleşmek zorunda kalır.<sup>104</sup> Alt dereceli hakimlerin kanunları tarafsız şekilde tatbik etmesi için getirilmiş olan yargı bağımsızlığı, anayasa yargısı için tasarlanmadığından<sup>105</sup> mutlaka sorumlulukla dengelenmelidir.<sup>106</sup> Demokratik süreçlerin işletildiği ülkelerde otoriter yargının yetkilerini genişletmesi hiç de adil olmadığından,<sup>107</sup> norm koyarak erkler ayrılığı ilkesine aykırı davranan,<sup>108</sup> hukuk devleti idealini alt üst eden,<sup>109</sup> yüksek yargı sınırlandırılarak iktidarını suiistimal etmesi engellenmelidir.<sup>110</sup> Bağımsızlığı tehlikeye atmadan da [yüksek] yargı gücünü azaltmak mümkün olduğundan,<sup>111</sup> yetki tecavüzlerine karşı en uygun araç yasama organına yüksek yargı kararlarını ortadan kaldırma yetkisinin verilmesidir.<sup>112</sup> “Gargarella’ya göre bu tür diyalogik araçlar, anayasanın yorumlanması ve yaratılma sürecinde halkın tekrar merkezi bir rol üstlenmesini sağlayarak”<sup>113</sup> “yargının anayasa üzerindeki tekeline ortadan kaldırır.”<sup>114</sup> Hakların korunmasına ilişkin bir yargı kararı kurumlar arası etkileşim ve diyalogu başlatma imkanına sahip olsa da nihai sözü söyleme yetkisine sahip değildir.”<sup>115</sup>

## F. Çoğunluk Karşısı Zorluk

Platon’dan bu yana saf halkın vicdansız yöneticiler tarafından aldatılmasını engellemek adına demokrasinin aşırılıklarını törpüleyecek, azınlık haklarını koruyacak bağımsız yargı, evrensel demokrasinin ölçütü olarak sunulur.<sup>116</sup> Bununla yetinmeyenler anayasal demokrasiyi korumak adına yargının yalnızca kanunları değil temel değerlere aykırı anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisine sahip olduğunu da iddia eder.<sup>117</sup> *Demokratik çelişki* olarak adlandırılan bu görüşe göre çoğunlukçu

<sup>104</sup> Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 115; Waldron, “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 127.

<sup>105</sup> Kramer (n 96) 250.

<sup>106</sup> Daniel Smilov, “The Judiciari: The Least Dangerous Branch?” içinde Michel Rosenfeld ve Andrés Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 861.

<sup>107</sup> Bickel (n 1) 173.

<sup>108</sup> Möllers (n 46) 92.

<sup>109</sup> Waldron “Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?” (n 15) 124.

<sup>110</sup> Maldonado (n 31) 168.

<sup>111</sup> Lachmayer (n 85) 40.

<sup>112</sup> Goldworthy (n 20) 219; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 112.

<sup>113</sup> Roberto Gargarella, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 141.

<sup>114</sup> Fernandes (n 82) 149.

<sup>115</sup> ibid 162.

<sup>116</sup> Shapiro (n 50) 41.

<sup>117</sup> Gonzalo Andres Ramirez-Cleves, “The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in



demokrasiler yalnızca azınlık haklarını ihlal etmekle kalmaz aynı zamanda kendini mümkün kılan temelleri de imha ederek bir tür intihar eylemine dönüşür.<sup>118</sup>

Egemen halkın yönetme yetkisi olarak demokrasi, hukukun üstünlüğü anlamındaki anayasacılık ile kaçınılmaz bir çelişki içinde olduğundan<sup>119</sup> “anayasa yargısının temel açmazı çoğunluk karşıtı olmasıdır.”<sup>120</sup> Sorunun temelinde temsilcilere ait somut iradenin halka rağmen ortadan kaldırılması vardır.<sup>121</sup> Bu noktada şu soruların cevaplandırılması zaruridir; siyasi erklerin demokratik meşruiyete sahip olduğu sabit olduğuna göre<sup>122</sup> anayasa yargısının meşruiyeti nereden gelir?<sup>123</sup> Çoğunluk baskısına direnmek erdemse mahkeme heyetleri niçin çoğunluk ilkesine uygun karar alır?<sup>124</sup> Geçmişte olduğu gibi günümüzde de şu sorunun cevabı hayatidir: Halk, sorumluluğu olmayan muhafızlardan nasıl korunacaktır? (*Qui custodet ipsos custodes?*)<sup>125</sup> “Ciddi kusurlarla malul anayasa yargısına”<sup>126</sup> çoğunluk karşıtı olduğu için yapılan eleştiriler yurttaşların eşitliğini zedelediği için de haklıdır.<sup>127</sup>

### G. Güçlü Anayasa Yargısı

Güçlü anayasa yargısı, yargının kanunları, anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal etme ya da yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olmasıdır. Alman AYM ve ABD Yüksek Mahkemesi bu gruba örnektir. İptal, yalnızca kanunun farklı şekillerde yorumlanma ve tatbik edilme imkanını ortadan kaldırdığı için değil<sup>128</sup> kanun yapımına eşit katılımın ürettiği meşruiyetin yargıda eksik olması nedeniyle de sorunludur.<sup>129</sup> Keza öngörülebilirlik açısından yargının yasamaya göre daha zayıf olması

---

Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 213.

<sup>118</sup> ibid 216.

<sup>119</sup> Vera Karam de Chueiri, “Is There Such Thing as a Radical Constitution?” in Thomas Bustamante and Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 242.

<sup>120</sup> Bickel (n 1) 16.

<sup>121</sup> ibid 16-17.

<sup>122</sup> Luís Roberto Barroso, “Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts” içinde Thomas Bustamante ve Bernardo Gonçalves Fernandes (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016) 75.

<sup>123</sup> Shapiro (n 50) 41.

<sup>124</sup> Jeremy, *Political Political Theory* (n 22) 247.

<sup>125</sup> Kay (n 23) 42; Bellamy, “Introduction” (n 28) XI.

<sup>126</sup> Marmor (n 56) 28.

<sup>127</sup> Zurn (n 44) 199.

<sup>128</sup> Bustamante (n 44) 46.

<sup>129</sup> ibid 56.

ve kararın geçmişe dönük etkileri de hukuk devleti açısından sakıncalıdır.<sup>130</sup> Güçlü demokratlar adalet ya da insan haklarının neyi gerektirdiği hususunda uzlaşmaya varılmadığında atanmış seçkinlerin değil seçilmiş temsilcilerin görüşlerinin üstün olması gerektiğini kabul eder.<sup>131</sup>

Güçlü anayasa yargısının yalnızca kanunların iptaline ilişkin olduğu, hiçbir şekilde yüksek yargıya sınırsız bir takdir alanı açarak keyfi bir iktidar alanı inşa eden anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini içermediği de unutulmamalıdır. Hukuk devletinin ortadan kaldırmaya çalıştığı siyasi erkler için sözde keyfi karar alma yetkisinin herhangi bir sorumluluğu olmayan yüksek yargıya verilmesi tutarsızlık olduğu kadar ulaşılmaya çalışılan gayeler bakımından da tehlikelidir. Bu talebin dünyanın en güçlü yargı teşkilatına sahip İngiltere ya da ABD gibi ülkelerden değil de Hindistan, Bolivya, G. Afrika gibi koloni geçmişi olan veya Türkiye gibi merkezde yer almayan ülke hakimlerinden gelmesi de başka bir tuhafıktır. Ya gelişmiş ülke hakimleri hukuk devletinin gereğinin ne olduğunu bilmiyorlar ya da Lord Irvine'in ifadesiyle parlamento egemenliğine karşı gelmek basiretsizce (*unwise*) bir tutumdur.<sup>132</sup>

## H. Zayıf Anayasa Yargısı

İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'nın Victoria eyaletlerinde yüksek mahkemeler kanunların, temel hakları ihlal edip etmediğini tespit etmekle sınırlı bir yetkiye sahiptir.<sup>133</sup> Anayasa yargısının yargısal üstünlükten koparıldığı,<sup>134</sup> parlamento egemenliğinin cari olduğu bu ülkelerde hiçbir mahkemenin kanunları iptal etme yetkisi yoktur. Keza Kanada'da Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararı, Federal Parlamentonun basit çoğunlukla kanunu tekrar kabul etmesiyle 5 yıllığına ortadan kaldırılır. Bu ülkede de anayasa yargısı yargı üstünlüğü anlamına gelmez.<sup>135</sup> Güçlü anayasa yargısının demokrasinin içini boşaltma, parlamento egemenliğinin de temel hakları tehlikeye atma olasılığı göz önünde bulundurulduğunda<sup>136</sup> hakları koruma ideolojisiyle parlamento egemenliğinin olumlu yanlarını birleştiren *zayıf anayasa yargısı* azami fayda için en iyi seçenektir.<sup>137</sup> Üstelik bu usul, temel haklara ilişkin tartışmalarda nihai sorumluluğu yurttaş temsilcilerine bırakma üstünlüğüne de sahiptir.<sup>138</sup>

<sup>130</sup> Goldsworthy (n 20) 75.

<sup>131</sup> ibid 9.

<sup>132</sup> ibid 97.

<sup>133</sup> Bustamante (n 44) 45.

<sup>134</sup> Gardbaum, "Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy" (n 44) 93.

<sup>135</sup> ibid 96; Polonya Parlamentosu alt kanadı SEJM'in AYM kararlarını geçersiz kılması için bkz. Aslan Delice, "Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi" (2022) 30(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1667.

<sup>136</sup> Goldsworthy (n 20) 80.

<sup>137</sup> ibid 11-80.

<sup>138</sup> Bustamante (n 44) 57.

## II. ANAYASA YARGISINA İLİŞKİN TARTIŞMA VE KARŞI GÖRÜŞLER

### A. Anayasa Yargısı: Devletin Sınırlanması

Devletin sınırlanması ve tahakküme karşı koruma ile karakterize edilen anayasacılık<sup>139</sup> “esasen siyasal iktidarın hukukileştirilmesinin özel bir şekli olup”<sup>140</sup> 20. asrın son çeyreği itibariyle kural haline gelen anayasa yargısıyla özdeştir.<sup>141</sup> Kilit unsuru yüksek mahkeme kararlarının nihai ve kesin olarak tüm devlet organlarını ve yurttaşları bağlamasıdır.<sup>142</sup> En bilinen tatbikatı kanunların anayasaya aykırılık nedeniyle iptali olduğundan<sup>143</sup> anayasa yargısı olmadan anayasacılığın pek az kıymete sahip olduğu iddia edilir.<sup>144</sup> Tarafsızlık ve nesnellik gibi epistemik ve ahlaki üstünlüğe sahip olmaları,<sup>145</sup> hakları tarif ve tefrik etmekteki yetenekleri,<sup>146</sup> hukukta uzman olmaları,<sup>147</sup> demokratik siyasetin çıkar peşinde koşan baskı gruplarıyla özdeşleşmesi,<sup>148</sup> “yasama çoğunluklarına karşı kamusal aklı temsil etmeleri”<sup>149</sup> azınlıkların savunulması,<sup>150</sup> despotizminin engellenmesi,<sup>151</sup> sivil din haline gelen temel hakların korunması,<sup>152</sup> yorum anarşisinin ortadan kaldırılması,<sup>153</sup> “çoğunluğun ahlaki değerlerine boyun eğmek yerine anayasal ahlakının hayata geçirilmesi,”<sup>154</sup> anayasa yargısını meşrulaştırmak için sunulan gerekçelerden bazılarıdır.<sup>155</sup> Bu anlatıda

<sup>139</sup> N. W. Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018) 6.

<sup>140</sup> Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 35.

<sup>141</sup> Grimm, “Types of Constitutions” (n 102) 112; Sweet (n 100) 816.

<sup>142</sup> Doehring (n 75) 231.

<sup>143</sup> Kay (n 23) 25.

<sup>144</sup> Grimm, “Types of Constitutions” (n 102) 112.

<sup>145</sup> W. J. Waluchow, “Constitutional Morality and Bill of Rights” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 87; Larry Alexander, “Constitutions, Judicial Review, Moral Rights and Democracy: Disentangling the Issues” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 136.

<sup>146</sup> Campbell (n 54) 20-103.

<sup>147</sup> Marmor (n 56) 25.

<sup>148</sup> Barroso (n 122) 77; Kramer (n 96) 222.

<sup>149</sup> Bustamante (n 44) 55; Lawrence Sager, “The Domain of Constitutional Justice” içinde Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998) 239; Rawls (n 101) 109.

<sup>150</sup> Kramer (n 96) 188.

<sup>151</sup> Barroso (n 122) 75; Frankenberg (n 4) 257.

<sup>152</sup> Kramer (n 96) 228; Randall G. Holcombe, *From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government* (The University of Michigan Press 2002) 231; Möllers (n 46) 36-148; Shane (n 46) 181; Barber (n 139) 66-74.

<sup>153</sup> Kramer (n 96) 188.

<sup>154</sup> Waluchow (n 145) 89.

<sup>155</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 234.

yargı, müteceviz siyasilere karşı hukuk devletinin olmazsa olmaz unsuru olurken<sup>156</sup> yüksek hakimler de demokratik süreci tersine çevirmek yerine ona katkı veren kişilere dönüşür.<sup>157</sup> Bu kadar işlevle birleşen yorum tekelinin kaçınılmaz sonucu ise biraz önce değinilen yargısal üstünlüktür.<sup>158</sup>

Madalyonun ikinci yüzünde tasvir edilen ideal ilişkiler ağının gölgesinde kalan daha farklı bir manzara vardır. İlk itiraz ilke bazındadır. Parlamentonun yetkisini kısıtlayan, ona karşı güvensizliği açığa vuran<sup>159</sup> “güçlü anayasa yargısını meşruiyete kavuşturacak temel aksiyomlara sahip olmadığımız gibi”<sup>160</sup> anayasal hükümlerin yüksek mahkemeler eliyle tatbiki de anayasacılığın olmazsa olmaz koşulu da değildir.<sup>161</sup> Birey ve azınlık haklarının tespitinde yargı muhakemesi zaruri olmadığından,<sup>162</sup> “anayasa yargısı olmadan da anayasacılık mümkündür.”<sup>163</sup> Bu sebeple anayasa yargısı demokratik teoriyle değil ancak tarihi sebeplerle haklı kılınabilir.<sup>164</sup> Yedi yıl savaşları boyunca İngiliz Parlamentosunun koyduğu ağır vergiler nedeniyle özgürlükleri kısıtlanan Amerikalılar en tehlikeli erk olarak gördükleri yasamanın yargı eliyle denetlenmesini tercih etmiş, özgürlük ve mülklerinin yasamaya karşı korunmasını isteyen *Kurucular* sayesinde anayasal devletle anayasa yargısı birlikte doğmuştur.<sup>165</sup> Almanya, İtalya, Güney Afrika, Polonya gibi ülkelerde ise anayasa yargısı post-otoriter, post-totaliter rejimlerin ürünüdür.<sup>166</sup> Nazi döneminde yaşanan korkunç olaylar demokratik özgüven eksikliğine neden olunca Almanya’da anayasa yargısı yasama totalitarizmini engelleyecek bir araç olarak tasarlanmıştır.<sup>167</sup>

<sup>156</sup> Sweet (n 100) 828.

<sup>157</sup> Waluchow (n 145) 91.

<sup>158</sup> Möllers (n 46) 36.

<sup>159</sup> Bickel (n 1) 21; Robert Alexy, “Rights and Liberties as Concepts” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 289.

<sup>160</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 204-205; Philip Bobbitt, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press 1984) 238.

<sup>161</sup> Yowell (n 7) 312.

<sup>162</sup> Waldron, “Do Judges Reason Morally” (n 52) 64.

<sup>163</sup> Goldsworthy (n 20) 78; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 364. Anayasa yargısını reddeden ülkeler arasında İngiltere, Yeni Zelanda, Hollanda, İsveç, İsviçre ilk akla gelenlerdir.

<sup>164</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg çev., Harvard University Press 1949) 282.

<sup>165</sup> David Jenkins, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative” (2011) 56(3) McGill Law Journal 543, 581; Holcombe (n 152) 271-275; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 14-74-83; Shapiro (n 50) 47.

<sup>166</sup> Möllers (n 46) 127; Gardbaum, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” (n 44) 116.

<sup>167</sup> Ackerman, *We the People I: Foundations* (n 81) 320; Möllers (n 46) 33-35; Sweet (n 100) 816; Barın (n 2) 150.



Anayasa yargısını reddeden<sup>168</sup> İngiltere’de ise Parlamento, krala karşı özgürlüklerin teminatı olarak kalmıştır. Kral [ve mahkemeler] 1689 tarihli Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*) ile parlamento egemenliğine boyun eğmiş,<sup>169</sup> parlamentonun özgürlükleri temsil ettiği kabul edilmiştir.<sup>170</sup> Kimseye tehdit oluşturmaması nedeniyle de özgürlüklerin parlamentoya karşı korunmasına ihtiyaç duyulmamıştır.<sup>171</sup>

## B. Tarafsız Rasyonel İlkeli Hâkim

Apaçık kabul edilip incelenmeyen kavramlar doğru düşünmenin önündeki en büyük engel olduğundan,<sup>172</sup> tarafsız rasyonel ilkeli hâkime ilişkin peşin kabuller de sorgulanmalıdır. Edelman’a göre yetenekli üst düzey yönetici, tembel fakirler, şefkatli anne, bilgili doktor gibi kavramlar, üzerine iktidar inşa edilen asıl tasavvurlardır (*images*).<sup>173</sup> “Yaygın bir slogan olan *çoğunluk despotizmi* gibi sık tekrarlanan yarı filozof, yarı sosyal bilimler uzmanı, ilkeli hâkim yaklaşımı da romantiktir ve sorgulanmalıdır.”<sup>174</sup> Hakimlerin bilgi, basiret ve tarafsızlıklarına ilişkin bön bir kanaatin (*naïve faith*) yurttaşlar arasındaki yaygınlığı<sup>175</sup> hiç kuşkusuz bu tür tasavvurların oluşumunda etkilidir. Kişisel nitelikler dışında kurum olarak benimsenen ideoloji de tartışmaya açıktır. En başta “yargının despotizm karşıtı bir erk olduğunu göstermek son derece güçtür.”<sup>176</sup> *Dred Scott*<sup>177</sup> kararının da gösterdiği gibi en iğrenç mülkiyet biçimi olan kölelik Yüksek Mahkeme eliyle korunmuştur.<sup>178</sup> “Hakimlerin, bazen anayasada yer almayan bir hakkı icat ederken bazen de mevcut bir hakkı yok sayması”<sup>179</sup> önyargılı ve tarafsız hakimlerin<sup>180</sup> siyasi ve ideolojik eğilimler<sup>181</sup>

<sup>168</sup> Doehring (n 75) 230.

<sup>169</sup> Bkz. Şeref İba ve Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Dersleri* (Turhan Kitabevi, 2019) 24.

<sup>170</sup> Walter Bagehot, *The English Constitution* (Oxford University Press 2001) 188.

<sup>171</sup> McIlwain (n 53) 18; Grimm, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (n 9) 72-73.

<sup>172</sup> Murray Edelman, *The Politics of Misinformation* (Cambridge University Press 2004) 108.

<sup>173</sup> ibid 13-14. Young’a göre de fakir insanlar tembel ve aptal olarak resmedilir. Bkz. Iris Marion Young, “Difference as a Resource for Democratic Communication” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 386.

<sup>174</sup> Kramer (n 96) 245.

<sup>175</sup> Goldsworthy (n 20) 223.

<sup>176</sup> Shapiro (n 50) 72-93; Michael Mandel, “A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same.’” (1998) 32(2) *Israel Law Review* 250, 271.

<sup>177</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

<sup>178</sup> Mandel (n 176) 271.

<sup>179</sup> Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 222; Perry’e göre YM Hakimleri nadiren de olsa mevcut bir hükmü görmezlikten gelir, bazan oraya yeni bir tanesini ekler bazen de her ikisini birden yaparlar. Bkz. Perry (n 95) 102.

<sup>180</sup> Bellamy, “Introduction” (n 28) XXXVIII.

<sup>181</sup> Mandel (n 176) 268; Möllers (n 46) 91; Gülenler (n 2) 313-314.



yanında “stratejik tercihlere dayalı olarak karar verme ihtimalinin göz ardı edilememesinin” en önemli sebebidir.<sup>182</sup>

Tüm bu nedenlerle dürüstlük algısı zayıf, mantıksal tutarlılığa sahip karar verme yetenekleri kusurlu olan,<sup>183</sup> epistemik üstünlük ve siyasi nüfuzdan uzaklıkları da uygulamada doğrulanamamış<sup>184</sup> yüksek mahkemelere en önemli demokratik kurum muamelesi yapmak ideolojik banalliktir.<sup>185</sup>

### C. Anayasa Yargısı: Demokrasi Karşıtlığı

“Demokrasinin tabii karşıtı olan anayasacılık ideolojisinin”<sup>186</sup> görünmeyen diğer bir işlevi de demokrasi karşıtlığı içermesidir. Siyasal erklerin sandıktan aldıkları vekaletle kamu siyasetini belirlemesi demokrasinin ayırt edici özelliği olup anayasa yargısı bu niteliğe aykırıdır.<sup>187</sup> Unger, bu hususu “çağdaş yargının küçük kirli sırrı demokrasiyle uyumsuzluktur” şeklinde ifade eder.<sup>188</sup> Temelinde de halk hareketlerinden duyulan korku bulunur.<sup>189</sup> Geri planda kalan diğer bir misyon da güçlü şirket ve ailelerin oligarşik baskısı yerine demokratik yönetimin tehlikelerine yoğunlaşarak,<sup>190</sup> özel mülkiyete zarar verecek iktisadi politikalarla mücadelenin aracı haline gelmektir.<sup>191</sup> “Demokrasinin panzehiri olarak tam da her şeyin aynı kalması için yapılan kısmi değişikliklerdir.”<sup>192</sup> Kurum olarak mülkiyet oligarşisine yönelik tehlikenin bertaraf edilmesini gaye edindiğinden<sup>193</sup> çıkara dayalı hegemonik yayılmanın sonucudur ve somut iktisadi, siyasi mücadelelerden tecrit edilerek düşünülemez.<sup>194</sup> Hirschl, hayati siyasi kararların çoğunlukçu siyaset yerine yargı tarafından verilmesini *hegemonik muhafaza teziyle* açıklar.<sup>195</sup> Bu sayede iktisat ve yargı seçkinle-

<sup>182</sup> Bickel (n 1) 36; Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 47.

<sup>183</sup> Silvia Suteu, “The View from Nowhere in Constitutional Theory: A Methodological Inquiry” içinde Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford University Press 2022) 344.

<sup>184</sup> Fernandes (n 82) 163.

<sup>185</sup> Daniel Valchev, “Democracy And Courts Beyond The Ideological Banality” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 22.

<sup>186</sup> Bickel (n 1) 17; Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic* (n 67) 3; Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 41; Mandel (n 176) 252; Barber (n 139) 4; Rubinfeld (n 43) 196.

<sup>187</sup> Bickel (n 1) 19.

<sup>188</sup> Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become* (Verso 1996) 72.

<sup>189</sup> ibid.

<sup>190</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 38.

<sup>191</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 45.

<sup>192</sup> Mandel (n 176) 252-281.

<sup>193</sup> ibid 252-272.

<sup>194</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 11.

<sup>195</sup> ibid 214.



rinin çıkarları doğrultusunda verilen kararlar çoğunluk tarafından değiştirilemez.<sup>196</sup> “Siyasal sorumluluğu bir peçe arkasına saklayan anayasa yargısının,”<sup>197</sup> ABD gibi ülkelerde tahakkümle mücadelenin önündeki engellerden biri olarak görülmesinin sebeplerinden biri de bu olmalıdır.<sup>198</sup> Çetin kararlar yüksek mahkemelere bırakıldığında getireceği ağır siyasi maliyetten de kaçınılmış olur.<sup>199</sup> Diğer bir gerekçe de siyasette kazanamayanların zafer umutlarını yüksek mahkemelere bağlamasıdır.<sup>200</sup>

Kamu siyasetine ilişkin temel meselelerin yargıya havale edilmesi 21. asrın belki de en önemli gelişmesidir.<sup>201</sup> ABD’de olduğu gibi yüksek mahkemeler siyasal hayatın kalbinde yer alan meseleler için daha fazla söz söyleme yetkisi talep etmiş,<sup>202</sup> zamanla da “yasama organını denetim altına almışlardır.”<sup>203</sup> Kolombiya<sup>204</sup> Türkiye ve Hindistan’da yüksek mahkemeler, anayasal ilkelere aykırı anayasa değişikliklerini iptal edebileceğini ilan etmiş<sup>205</sup> ya da iptal etmiştir.<sup>206</sup> İlk olarak bu tür kararların hakların korunmasına mı yoksa halkın demokratik iktidarının içini boşaltmaya mı yaradığı sorgulanmalıdır.<sup>207</sup> Akabinde de durumun net bir fotoğrafı çekilmelidir; anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi olmayan mahkemelerin bu tutumu<sup>208</sup> “demokrasiye tehdit olduğu kadar”<sup>209</sup> “anayasa yargısı kavramına da aykırıdır.”<sup>210</sup> Anayasayı değiştirmek anayasaya aykırı olamayacağı gibi<sup>211</sup> “yazılı olmayan sınırlarında yargının ahlaki [ideolojik] [ön]yargılarından başka

<sup>196</sup> ibid 43-44.

<sup>197</sup> Doehring (n 75) 234.

<sup>198</sup> Shapiro (n 50) 63.

<sup>199</sup> Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Court* (n 61) 173.

<sup>200</sup> ibid 129.

<sup>201</sup> Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 119; Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 1.

<sup>202</sup> Kramer (n 96) 227.

<sup>203</sup> Valchev (n 185) 23.

<sup>204</sup> Kolombiya AYM’nin 2003 C-551 sayılı kararı için bkz. Ramirez-Cleves (n 117) 213.

<sup>205</sup> Rosalind Dixon ve David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press Oxford 2021) 8; Martinez, (n 61) 570; Kesavananda Bharati v State of Kerala (1973) Karar için bkz. Hein (n 78) 192.

<sup>206</sup> Hein’e göre Avrupa’da 1996 yılından önce yapılan 44 anayasa değişikliğinin yalnızca 4 tanesinde iptal kararı verilmiş olup hepsi de Türkiye’ye aittir. Hein (n 78) 195. Anayasa değişikliklerini iptal eden E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.04.1975, E. 1976/38, K. 1976/46, k.t. 12.10.1976, E. 1976/43, K. 1977/4, k.t. 27.01.1977, E. 1977/82, K. 1977/117, k.t. 27.09.1977 AYM kararları ve eleştirileri için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (22. bs., Ankara 2022) 181-186.

<sup>207</sup> Hein (n 78) 196.

<sup>208</sup> Claude Klein ve Andras Sajó, “Constitution-Making: Process and Substance” içinde Michel Rosenfeld ve Andras Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 440.

<sup>209</sup> Dixon ve Landau (n 205) 8; Hein (n 78) 203.

<sup>210</sup> Martinez (n 61) 570.

<sup>211</sup> Campbell (n 54) 92.

bir şey olması mümkün değildir.<sup>212</sup> Siyaseti yargıya tâbi kılan, siyaseti yasamadan mahkemelere taşıyan her karar,<sup>213</sup> yargıyı *sui generis* yasama işleviyle donatarak<sup>214</sup> pozitif yasama organına dönüştürür.<sup>215</sup> Bugün yüksek mahkemeler, Kelsen'in işaret ettiği negatif yasama organı<sup>216</sup> olmanın ötesine geçerek “üstün kanun koyucu haline gelmiş,”<sup>217</sup> yorum perdesi altında anayasa yapıcılığına terfi etmişlerdir.<sup>218</sup> Oligarşik izler taşıyan bu süreci pekala iktidarın cahil ayak takımından, iyi eğitilmiş, zihinsel yetkinliğe sahip aristokratik değerleri temsil edenlere geçmesi şeklinde betimlemek de mümkündür.<sup>219</sup> Kök hücre çalışmaları,<sup>220</sup> kimin devlet başkanı olacağı,<sup>221</sup> kimin yaşayacağı,<sup>222</sup> kimin öleceği<sup>223</sup> ya da ailenin kimler arasında kurulacağı<sup>224</sup> gibi derin

<sup>212</sup> Mark D Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism” içinde Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008) 247. Kay’ e göre yazılı sözlü ya da elektronik olarak ifade edilmeyen yasa hukuk kuralı değildir. Sabit [yazılı] kurallara bağlı olmak bizatihi anayasal sınırlamaların ayrılmaz bir unsurudur. Bkz. Kay (n 23) 27-33.

<sup>213</sup> Doehring (n 75) 243.

<sup>214</sup> Yowell (n 7) 326; Kelsen, *General Theory of Law and State* (n 164) 272.

<sup>215</sup> Sweet (n 100) 827; Mandel (n 176) 251; Hein (n 78) 202.

<sup>216</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State* (n 164) 156, 268-269.

<sup>217</sup> Sweet (n 100) 818; Martin Belov, “Constitutional Courts As Ultimate Players in Multilevel Constituent Power Games: The Bulgarian Case” içinde Martin Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law, Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020) 160-164.

<sup>218</sup> Zurn (n 44) 199.

<sup>219</sup> Goldsworthy (n 20) 10.

<sup>220</sup> Barroso’ya göre Brezilya YM, bu hususta kendini sınırlayarak siyasi erkler geniş bir taktir alanı bırakmıştır. Bkz. Barroso (n 122) 75.

<sup>221</sup> Yüksek Mahkeme, 2000 tarihli *Bush v. Gore* kararıyla G. W. Bush’u 43. ABD başkanı ilan etmiştir. Bkz. Mark Tushnet, *The New Constitutional Order* (Princeton University Press 2003) 135. Güney Kore Devlet başkanı Roh Moo-Hyun Parlamento tarafından 2/3 nisapla impeachment usulüyle azledilmiş, AYM, eylemlerin anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Modern anayasacılık tarihinde tek olan örnek için bkz. Martinez (n 61) 560; Hirschl “The Judicialization of Politics” (n 66) 126. TBMM’nin Abdullah Gül’ü anayasaya uygun şekilde 11. Cumhurbaşkanı seçme kararı, AYM’nin 01.05.2007 gün ve E. 2007/45, K. 2007/54 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasaya aykırı olarak toplantı yeter sayısını değiştiren karar ve eleştirisi için bkz. Özbudun (n 206) 313-314.

<sup>222</sup> Yüksek Mahkeme 5-4 nisapla aldığı *Roe v. Wade* (1973) kararıyla kürtajı Anayasaya aykırı bulup yürürlükten kaldırdıktan 49 yıl sonra içtihadından dönerek *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. (2022) kararıyla ahlaki sorunlar içeren konunun ulus ve temsilcileri tarafından çözüme kavuşturulması gerektiğini, anne sağlığı için tehlike veya ceninde tıbbi gerilik olmadıkça 15 haftayı aşan hamileliklerde kürtajı yasaklayan *Mississippi Gestational Age Act*’in Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/> (E. T. 19.04.2024) Federal Alman AYM ise kürtaja ilişkin ilk kararında ( BVerfGE 39, 1 (1975)) kişinin annesi bile olsa hayat hakkının 3. kişilere karşı devlet tarafından korunması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Stephen Gardbaum, “The Place of Constitutional Law in The Legal Systems” içinde Michel Rosenfeld and Andras Sajo (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 182.

<sup>223</sup> Güney Afrika AYM’nin ölüm cezasını anayasaya aykırı bulan kararı için bkz. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 30-48.

<sup>224</sup> Yüksek Mahkeme, evliliği farklı cinsler arasında yapılan akit olarak tanımlayan Defense of Marriage Act’ı, *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2696 (2013) kararıyla Anayasanın V. Ekine



siyasi ve ahlaki açmazlar barındıran kararlar yüksek mahkemeler tarafından verilmemelidir.<sup>225</sup> Siyaset esasa ilişkin karar vermek ise<sup>226</sup> yurttaşlar en önemli ahlaki konularda hüküm verme otoritesinden vazgeçmediğine göre<sup>227</sup> kazananı olmayan tartışmalı alanlarda<sup>228</sup> yargının nihai karar vermesi söz konusu olamaz.<sup>229</sup> Aksi durum en önemli siyasi kararların genel ve eşit oyla seçilen yasama üyelerince değil de az saydaki hakim çoğunluğunca verilmesi demektir ki süreçten dışlanan yurttaşları siyasal haklardan mahrum eder.<sup>230</sup> Raz ve Grimm'in iddialarının aksine anayasal hükümlerin hakimler eliyle tatbik edilebileceği fikri kabul edilebilir değildir.<sup>231</sup> Keza yargının bu tür sorunları daha iyi çözüme kavuşturabileceği düşüncesi de inandırıcılıktan uzaktır.<sup>232</sup> İlke basittir; “herkesi etkileyen karar herkes tarafından alınır (*quod omnes tangit ab omnibus*)”<sup>233</sup>

Hem ilke hem de siyaset gereği demokratik hakların ne olduğunu tespit etmek yargının değil demokratik sürecin görevidir.<sup>234</sup> ABD’de iç savaş, *New Deal* programı, siyasal haklar ve cinsiyet ayrımcılığı gibi konular devlet yönetiminde anahtar zeminin yargı değil siyaset olduğunu göstermiş,<sup>235</sup> büyük toplumsal ıslahatlar yargı eliyle değil halkın dahil olduğu siyasal hareketlerle gerçekleştirilmiştir.<sup>236</sup> Türkiye’de de işkencenin ülke gündeminden çıkarılması, faili meçhul cinayetlerin sona

---

aykırı bulmuştur. Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/744/> (E. T. 19.04.2024). Aynı yöndeki Kanada YM’nin *M v. H (1979)* kararı için bkz. Hirschl (n 2) 20; Brezilya AYM kararı için bkz. Barroso (n 122) 83.

<sup>225</sup> Hirschl, “The Judicialization of Politics” (n 66) 123.

<sup>226</sup> Jon Elster, “The Market and The Forum: Three Varieties” içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997) 19.

<sup>227</sup> Estlund (n 51) 183.

<sup>228</sup> Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 39-40.

<sup>229</sup> Bustamante (n 44) 63.

<sup>230</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 199; Hirschl, *Towards Juristocracy The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (n 2) 187.

<sup>231</sup> Yowell (n 7) 324.

<sup>232</sup> Kramer (n 96) 237.

<sup>233</sup> Waldron, *Political Political Theory* (n 22) 268; Frank I. Michelman, “How Can the People ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, içinde James Bohman ve William Rehg (ed.), *Deliberative Democracy Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997) 153; Gargarella (n 113) 123.

<sup>234</sup> Sunstein (n 56) 188.

<sup>235</sup> ibid 224.

<sup>236</sup> Richard Bellamy, “The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy” içinde Richard Bellamy (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016) 271.

erdirilmesi,<sup>237</sup> askeri mahkemelerin ilgası,<sup>238</sup> Güney Doğu Anadolu’da 1978-2002 yılları arasında çeyrek asra yaklaşan olağanüstü halin kaldırılması<sup>239</sup> gibi temel haklara ilişkin en önemli adımların siyasi erklerden gelmesi hukuk/refah devleti hedefinin gerçekleştirilmesinde kimin nihai sözü söylemesi gerektiğine ilişkin göz ardı edilemeyecek işaretler taşır.

## SONUÇ

Locke’ın erkler ayrılığı şemasında yer vermediği, Montesquieu’nün belli şartlar altında görünmez hale gelip ortadan kalkan bir erk olarak tanımladığı,<sup>240</sup> *Kurucuların* en az tehlikeli erk olarak gördüğü yargının 20. asrın ikinci yarısından sonra üstün konuma geçerek iktidara el koyması tuhaf bir ironidir.<sup>241</sup> Yüksek yargının iktidar alanını sürekli artıran, geçici yasama çoğunluklarına karşı üstün erk olarak konumlanmasını sağlayan süreç ancak kanunların tarafsız şekilde tatbik edilmesinden sorumlu mahkemelerin, anayasanın yapımçı yorumculuğuna terfi etmelerini temin eden yorum tekeli sayesinde açıklığa kavuşabilir.

İlk kez *Marbury v. Madison*,<sup>242</sup> kararıyla Hâkim Marshall, Kongrenin anayasa ya aykırı kanun çıkaramayacağını, aksine düzenlemelerin hükümsüz olacağını ilan etmiştir. Gereğe kısmı edebi bir dille kaleme alınsa da kararın “küçük” bir kusuru vardır: anayasal dayanaktan yoksunluk. Hukuk devleti, keyfi iktidarın ortadan kaldırılması için tüm kamu yetkilerinin ana/yasaya uygun olarak kullanılması ise, Amerikan Yüksek Mahkemesinin iki asırdır devam eden tatbikatının açık anayasal dayanaktan yoksun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı durum Türk Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Avrupa’da anayasa değişikliklerini iptal eden ilk Mahkeme olmasına rağmen bu yetkinin anayasanın hangi hükmüne dayandırıldığı belli değildir. Gereğe olarak sunulan satırlar ise hukuki olmaktan çok koyu bir ideolojik renge sahip olduğu için tatmin edici değildir. ABD’de liberal değerlerin Türkiye’de de belli dogmaların muhafazasını üstlenen yüksek mahkemelerin bu işlevi, Hirschl tarafından *hegemonik muhafaza* teziyle açıklanır. Bu tür kısıtlamaların asıl hedef olan refah devletinin gerçekleştirilmesine ne kadar hizmet ettiği de başka bir tartışmanın konusudur.

<sup>237</sup> TBMM Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Meclis Araştırması Komisyonu 12.10.1995 tarih ve 10/90 sayılı Raporuna göre 1975-1994 yılları arasında faili meçhul cinayet sayısı 908’dir. Bu sayının çok daha fazla olduğu iddiaları da vardır.

<sup>238</sup> 21/01/2017 gün ve 6771 sayılı TC Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanunun 17. Maddesiyle 1982 Anayasasına eklenen geçici 21. Madde D bendiyle Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemeler ilga edilmiştir. TBMM’nin demokratikleşme yönündeki iradesi hiç şüphesiz sessiz bir devrim niteliğindedir.

<sup>239</sup> Güney Doğu’da 1978 yılında sıkıyönetim ilanı ile başlayan süreç olağanüstü halin TBMM’ tarafından 4 aylığına son kez 30.07.2002’de uzatılması sonrasında 30.11.2002 tarihinde ermiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/06/20020621.htm#T.C.r> (E. T. 25.05.2024)

<sup>240</sup> Montesquieu, *Kanunların Ruhunu Üzerine* (Berna Güven çev., 8. bs., İş Bankası Yayınları 2017) 200.

<sup>241</sup> Kramer (n 96) 245-250.

<sup>242</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)



Hukuk devleti hiçbir organın kaynağını anayasadan almayan yetki kullanımına izin vermeyen siyasal örgütlenme biçimi ise (1982 AY m. 6/son fıkra) hükümet gibi yargının kullandığı yetkilerin de anayasaya uygun olup olmadığı denetlenmelidir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerini iptal kararları açık bir yetki gaspı olup bizatihi hukuk devletinin içini boşaltır.<sup>243</sup> Yetki/mesuliyet dengesinin kurulabilmesi için birkaç adım atılmalıdır. Gerçek anlamda devrimci nitelik taşıyan adım TBMM'nin hiçbir işleminin denetlenmesine izin vermemektir. 1960 askeri darbesinden sonra egemenliğin halkın temsilcileri tarafından kullanılmasını engelleyen düzenlemeleri ilga eden, *parlamento egemenliğine* hayat veren bu teklifin, ülke şartları düşünüldüğünde gerçekleşme ihtimali bir hayli düşüktür.

İkinci seçenek anayasa yargısını yargısal üstünlükten ayırmaktır. Kimi Anglo-sakson ülkelerde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi de yalnızca kanunların anayasaya aykırılığını tespit etmekle sınırlı bir yetkiye sahip olmalıdır. *Zayıf anayasa yargısına* geçişle iptal yetkisi elinden alınan Anayasa Mahkemesi, her tür iktidar kaygısından uzak şekilde hukuki uzmanlığını hakların geliştirilmesi ve daha iyi korunması için kullandığında hem itibarı artacak hem de hukuk yapımına anlamlı bir katkı sunma imkânı elde edecektir.

Yetki tecavüzlerine karşı son tedbir TBMM'ye Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarını üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ortadan kaldırma yetkisinin tanınmasıdır. Hukukun yapım sürecini kesintiye uğratan iptal kararının ortadan kaldırılması bir yandan kanunun yasama organının amaçları doğrultusunda tatbik edilmesine hizmet ederken diğer yandan da yargı yetkisinin anayasal sınırlar içinde kalmasını temin eder. Bu teklif siyasilerin yanılmayacağına ilişkin naif bir kanaate yaslanmak yerine kamu siyasetine ilişkin en doğru kararları yargısal değil yasama çoğunluklarının alma olasılığının daha yüksek olduğuna işaret eden Condercet'nin jüri kuramından ilham alır.<sup>244</sup>

## KAYNAKÇA

Ackerman B, *The Decline and Fall of the American Republic* (Harvard University Press 2010)

Ackerman B, *We the People I: Foundations* (Belknap Press of Harvard University Press 1991)

Alexy R, "Rights and Liberties as Concepts" içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

<sup>243</sup> Belirtmek gerekir ki AYM, 03/06/2016 gün E. 2016/54, 2016/117 K. Sayılı kararıyla anayasa değişikliklerini esasen inceleme içtihadından şimdilik dönmüş görünmektedir. Aynı yönde bkz. Özbudun (n 206) 189.

<sup>244</sup> <https://plato.stanford.edu/entries/jury-theorems/> (E. T. 28.05.20024)

Aquinas T, *Summa Theologica*, (Fathers of the English Dominican Province çev., Benziger Brothers 1947)

Aquinas T, *Treatise on Law* (Richard J. Regan çev., Hackett Publishing 2000)

Aristoteles, *The Politics of Aristotle* (Jowett B çev., Yale University Press 1885)

Bagehot W, *The English Constitution* (Oxford University Press 2001)

Barber NW, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018)

Barın T, *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti* (On İki Levha 2016)

Barroso LB, “Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Bellamy R, “Introduction” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Bellamy R, “The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Belov M, “Constitutional Courts As Ultimate Players in Multilevel Constituent Power Games: The Bulgarian Case” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law, Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Bickel AM, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1962)

Bobbitt P, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press 1984)

Böckenförde EW, *Religion, Law and Democracy: Selected Writings*, Künkler M ve Stein T (ed.) (Oxford University Press 2020)

Bonini M “From Separation of Powers to Superiority of Rights: The Italian Constitutional Court and End-of-Life Decisions (The Cappato Case)” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Bustamante T, “On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review Be Morally Justified?” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Campbell T, *Separation of Powers in Practice* (Stanford University Press 2004)



Craig P, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

de Chueiri VK, “Is There Such Thing as a Radical Constitution?” in Bustamante T Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Delice A, “Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi” (2022) 30(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

Dicey AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (The MacMillan Press 1979)

Dixon R ve Landau D, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press Oxford 2021)

Doehring K, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Mumcu A çev., İnkılap Kitabevi 2018)

Dyzenhaus D, “The Constitution of Legal Authority” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (The Bloomsbury Publishing 2022)

Edelman M, *The Politics of Misinformation* (Cambridge University Press 2004)

Elias N, *Uygarlık Süreci, C. I*, (Ateşman E çev., İletişim Yayınları 2004)

Elster J, “The Market and The Forum: Three Varieties” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997)

Eoin C, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State* (Oxford University Press 2009)

Estlund D, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)



Fernandes BG, “A Defence of a Broader Sense of Constitutional Dialogues Based on Jeremy Waldron’s Criticism on Judicial Review” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Frankenberg G, “Democracy”, içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Gardbaum S, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Gardbaum S, “The Place of Constitutional Law in The Legal Systems” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Gargarella R, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Gilmore G, *The Ages of American Law* (Yale University Press 2014)

Goldsworthy J, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge University Press 2010)

Gordon M, “A Positivist and Political Approach to Public Law” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Grimm D, “Types of Constitutions” içinde Rosenfeld M and Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Grimm D, *Constitutionalism: Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016)

Gülener S, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu* (On İki Levha 2017)

Habermas J, “Popular Sovereignty as a Procedure” içinde Bohman J and Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, (The MIT Press 1997)

Hartog H, “The Constitution of Aspiration and ‘The Rights That Belong to Us All’” (1987) 74 *The Journal of American History*.

Hayek FA, “Freedom and the Rule of Law, The First of Two Talks” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Hein M, “The Least Dangerous Branch?: Constitutional Review Of Constitutional Amendments in Europe” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)



Heller H, *Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law*, Dyzenhaus D (ed.) (Cooper B çev., Oxford University Press 2019)

Hirschl R, “The Judicialization of Politics” içinde Whittington KE, Kelemen RD, and Caldeira GA (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Oxford University Press 2008)

Hirschl R, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press 2004)

Holcombe RG, *From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government* (The University of Michigan Press 2002)

İba Ş ve Kılıç A, *Anayasa Yargısı Dersleri* (Turhan Kitabevi, 2019)

Jenkins D, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative” (2011) 56(3) McGill Law Journal.

Kavanagh A, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Kay RS, “American Constitutionalism” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Kelsen H, *Demokrasi, Doğası, Değeri* (Uysal Y çev., Dost Kitabevi 2019)

Kelsen H, *General Theory of Law and State* (Wedberg A çev., Harvard University Press 1949)

Klein C ve Andras S, “Constitution-Making: Process and Substance” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

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

Kyritsis D, “Constitutional Law as Legitimacy-Enhancer” içinde Kyritsis D ve Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Lachmayer K, “Disempowering Courts: The Interrelationship Between Courts And Politics in Contemporary Legal Orders Or The Manifold Ways Of Attacking Judicial Independence” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Luhmann N, *Trust and Power*, Poggi G ve Burns T (ed.) (Davis H, Raffan J ve Rooney K çev., John Wiley & Sons Ltd. 1979)

Maldonado DB, “The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers” içinde Bilchitz D ve Landau D (ed.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South* (Cheltenham 2018)

Mandel M, “A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same.’” (1998) 32(2) *Israel Law Review* 250.

Marmor A, “Randomized Judicial Review” içinde Bustamante T and Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Martinez JS, “Horizontal Structuring” içinde Rosenfeld M ve Sajo A (ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

McIlwain CH, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Cornell University Press 1947)

Metin Y, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu” (2012) 2(1) S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi.

Michelman F, “How Can the People ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy”, içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)

Möllers C, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013)

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Güven B çev., 8. bs., İş Bankası Yayınları 2017)

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (22. bs., Ankara 2022)

Perry MJ, “What is ‘the Constitution’? and Other Fundamental Questions” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Pritchett CH, “Constitutional Law I - Introduction” *International Encyclopedia of the Social Sciences III* (1968)

Radin MJ, “Re-considering The Rule of Law” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Ramirez-Cleves GA, “The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy” içinde Bustamante T ve Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer 2016)

Rawls J, “The Idea of Public Reason” içinde Bohman J and Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press, 1997)



Raz J, “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Raz J, “The Rule of Law and Its Virtue” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Routledge 2016)

Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become* (Verso 1996)

Rubinfeld J, “Legitimacy and Interpretation” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Sager L, “The Domain of Constitutional Justice” içinde Alexander L (ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Cambridge University Press 1998)

Shane PM, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy* (The University of Chicago Press 2009)

Shapiro I, *Politics Against Domination* (The Belknap Press of Harvard University Press 2016)

Smilov D, “The Judiciari: The Least Dangerous Branch?” içinde Rosenfeld M ve Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Smith AM, “The Political Costs of Legalizing Executive Power” içinde Liebert H, McDowell G, ve Price TL (ed.), *Executive Power in Theory and Practice* (Palgrave Macmillan 2012)

Sunstein CR, “Incompletely Theorized Agreements” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Suteu S, “The View from Nowhere in Constitutional Theory: A Methodological Inquiry” içinde Kyritsis D and Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Oxford University Press 2022)

Sweet AS, “Constitutional Courts” içinde Rosenfeld M and Sajó A (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)

Teubner G, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, (Norbury G çev., Oxford University Press 2012)

Tushnet M, *Taking the Constitution Away from the Court* (Princeton University Press 2000)

Tushnet M, *The New Constitutional Order* (Princeton University Press 2003)

Valchev D, “Democracy and Courts Beyond the Ideological Banality” içinde Belov M (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Routledge 2020)

Waldron J, “Do Judges Reason Morally” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Waldron J, “Is The Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?” içinde Bellamy R (ed.), *The Rule of Law and The Separation of Powers* (New York 2016)

Waldron J, *Political Political Theory: Essays on Institutions* (Harvard University Press 2016)

Walters MD, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Waluchow WJ, “Constitutional Morality and Bill of Rights” içinde Huscroft G (ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (Cambridge University Press 2008)

Young IM, “Difference as a Resource for Democratic Communication” içinde Bohman J ve Rehg W (ed.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (The MIT Press 1997)

Yowell P, “A Proposal for Defining and Classifying Systems of Constitutional Government” içinde Kyritsis D ve Lakin S (ed.), *The Methodology of Constitutional Theory* (Hart Publishing 2022)

Zurn CF, “Democratic Constitutional Change: Assessing Institutional Possibilities” içinde Bustamante T and Fernandes BG (ed.), *Democratizing Constitutional Law: Perspective on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (Springer, 2016)

