

BERRAKLAŞTIRILAMAYAN BİR KAVRAM: “YARGISAL AKTİVİZM” A TERM THAT CAN'T BE CLARIFIED: JUDICIAL ACTIVISM

Ozan ERGÜL*

Özet: Yargısal aktivizm Anayasa Mahkemesi'nin tartışmaya açık kararlarına eleştiri yöneltenlerin sıklıkla başvurduğu bir kavramdır. Kavramı eleştiri ve değerlendirmelerde kullananlar yargısal aktivizmin nesnel bir kavram olduğu ve dolayısıyla eleştirilerinin de öznel değer yargılarından bağımsız olduğu izlenimi yaratmaktadır. Bu ise, eleştirinin haklı ve bilimsel açıdan doğru olduğuna inanılmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde yargısal aktivizm kavramıyla ilgili derin bir inceleme yapılmamıştır. Bu çalışmada, yargısal aktivizmin bir yargı kararına yönelik eleştiride kullanılmasında, o eleştiri yapanın değer yargılarını da içselleştiren bir kavram haline dönüştüğü ileri sürülmektedir. Ayrıca, yargısal aktivizmin ne anlama geldiğini daha iyi anlayabilmek için göz önünde tutulması gereken diğer bir doktrin olarak yargının sınırlılığı da incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal aktivizm, yargının sınırlılığı, Anayasa yargısı, yargısal davranış, yargısal tutum, anayasal demokrasi

Abstract: Judicial activism is a term which is used often by those who criticize the controversial judgments of the Turkish Constitutional Court. The main reason for referring to this term seems to be that it makes the impression of an objective criticism free of subjective prejudice. Therefore the critics are believed to be legitimate and accurate. However, the Turkish doctrine has not deeply surveyed the term judicial activism until recently. In this article it is claimed that the term judicial activism inherently refers to the subjective beliefs of the person using it when directing a criticism to a judicial decision. On the other hand, believing that it is impossible to conceive the term judicial activism without considering the doctrine of judicial restraint, this latter term is also studied.

Keywords: Judicial activism, judicial restraint, Constitutional review of legislation, judicial attitude, constitutional democracy

* Yrd. Doç. Dr., TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi. Bu makale Kıbrıs Yakın Doğu Üniversitesi'nde 19-20 Mayıs 2011 tarihlerinde gerçekleştirilen “Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi” konulu Kamu Hukukçuları Platformu toplantısında sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

I. YARGISAL AKTİVİZM NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Yargısal aktivizm Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili değerlendirilmelerde sıkça kullanılan bir tabirdir. Ne zaman Anayasa Mahkemesi'nin tartışılan bir kararı olsa, Anayasa Mahkemesi hemen yargısal aktivizm sergilemekle eleştirilmiştir. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşım ve kararlarını yargısal aktivizm üstünden değerlendiren eserlere rastlamak da mümkündür.¹ Ergun Özbudun'un yakın tarihli bir çalışmasında da Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi ele alınmıştır.² Özbudun söz konusu çalışmasında, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde işlettiği ve 1982 Anayasası döneminde de sürdürdüğü anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimini, siyasi parti yasaklarına yaklaşımını, özelleştirme politikalarına set çekmeye çalışmasını, türbanı yasaklayan kararlarını ve Cumhurbaşkanı seçiminde nitelikli toplantı yetersayı gerektiğini belirten meşhur "367 kararı" aktivizm örnekleri olarak ileri sürmekte ve eleştirmektedir. Özbudun'a göre, "Anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde yargısal aktivizm oldukça sık rastlanılan bir durum olmakla beraber sorun, Türkiye'de özel bir ağırlık kazanmaktadır. Çünkü Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizmi, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir."³

Anayasa Mahkemesi ile ilgili genel bir çalışmada dahi kullanılabilen "yargısal aktivizm" ne anlama gelmektedir? Şüphesiz, yargısal aktivizmi anlamanın, tek başına bu kavramı mercek altına almakla bir yere kadar mümkün olduğunu da vurgulamak gerekmektedir. Yargısal aktivizmin ne anlama geldiğini tespit edebilmek için, onun karşısı "yargının sınırlılığını" (judicial restraint) da ele almak zorunlu görünmektedir.⁴

¹ Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, (2009).

² Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu'ya Armağan), Cilt: 62, Sayı: 3, (2007), ss. 258-68.

³ *Ibid.*, s. 264.

⁴ "Judicial restraint" karşılığı olarak zaman zaman "yargısal sınırlılık" teriminin tercih edildiği görülsede, burada ifade edilmek istenen yargı organına ait olan, diğer bir deyişle yargısal olan yetkinin sınırlı oluşu değil, daha çok yargının kendi kendine koyduğu sınırlar olduğu için "yargının sınırlılığı" ifadesini tercih etmekteyiz.

Öncelikle yargının sınırlılığı bir ortak hukuk (common law) kurumudur. Yargısal aktivizm ise, anayasal siyaset ekseninde Amerikan hukukunda görece yeni ortaya çıkmış, son derece tartışmalı ve hala da ne anlama geldiği konusunda net bir doktrin geliştirilememiş bir terimdir. Aslında, yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir. Özellikle, Amerikan Anayasa Hukuku'nda sıklıkla kullanılan bu kavramları ele alan kitaplar yanında, söz konusu terimlerin ya da daha doğrusu bu terimlerin kullanılma biçimlerinin eleştirildiği çalışmalar da dikkat çekmektedir. Bu nedenle, öncelikle bu terimlerin ne anlama geldiğine ilişkin açıklamalar yapmakta yarar bulunmaktadır.

Bu iki terim de yargısal davranışları açıklamakta başvurulan terimlerdir. Bununla birlikte, kullanılma biçimleri hakim siyasal atmosfere göre değişmektedir.⁵ Dolayısıyla, bu iki terim, belli bir mahkeme kararını yorumlayan kişinin (siyasal) görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetilebilir. Amerikan hukukunda "*aktivist mahkeme*" (activist court) tabiri genel olarak, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, diğer bir deyişle "*kürsüden yasa yapan*" mahkeme için kullanılmaktadır. Buna karşılık, "*sınırlı mahkeme*" (restraint court) tabiri, emsal kararlara (precedent) uyan, sosyal siyasa üretimi işine girişmeyen mahkeme için kullanılmaktadır.⁶ Bu genel tanımlamanın bir sonucu olarak, çok da doğru olmayan bir biçimde, muhafazakar mahkemeler sınırlı (restraint), liberal mahkemeler ise aktivist (activist) olarak değerlendirilmişlerdir. Bugün, Amerikan anayasal siyasetinde sağda aktivist (activist on the right) mahkeme tabirinin sıklıkla kullanılması, "*muhafazakâr-sınırlı*" ve "*liberal-aktivist*" eşleşmesinin her zaman isabetli olmayabileceğini, ya da en azından böyle bir eşleşme zorunluluğunun bulunmadığını anlatmaktadır. Gerçekten de, muhafazakar eğilimli Baş Yargıç Rehnquist döneminin mah-

⁵ Banks, Christopher ve O'Brien, David, Courts and Judicial Policymaking, Pearson Prentice Hall, (2008), s. 328. Ayrıca, konuya ilişkin eserinde Kermit Roosevelt, bir yargısal aktivizm teorisi geliştirmeye çalışmadığını, çünkü uygulamada "*aktivist*"in, "*kişilerin katılmadıkları kararları ifade etmek için kullandıkları retorik yükü*" bir terim haline geldiğini ifade etmektedir. Bkz. Roosevelt, Kermit, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, (2006), s. 3.

⁶ Banks ve O'Brien, (2008), s. 328.

kemesi, muhafazakar ama aktivist olmakla eleştirilmektedir.⁷ Çünkü söz konusu dönemde Amerikan Yüksek Mahkemesi, Cumhuriyetçi muhafazakâr eğilimli politikaları ayakta tutmak için federalizm, ceza yargılaması ve kongrenin yetkileri gibi konularda "*aktivist*" bir tutum takınmıştır.⁸ Dolayısıyla, değerlendirmeyi yapan kişinin görüşüne göre, "*olması gerekenin*" dışına çıkan mahkeme kararları ve söz konusu karara imza atan yargıçlar "*aktivist*" olarak etiketlenebilmektedir.⁹

Şüphesiz, aktivizm eleştirilerinin ülkemizde itibar görmesinin önemli nedenlerinden birisi, atanmış bürokratlar olarak görülen yargıçların, seçilmişlerden oluşan parlamentonun ve çok dillendirilmese de onu hakimiyeti altında tutan siyasi iktidarın siyasa tercihlerini etkisiz kılmasının, demokratik yönetim ilkesi ile bağdaşmadığı iddiasıdır. Böyle bir temellendirme karşısında, Mahkeme'yi ya da kararını savunmak bir yana, karara teknik olarak katılmadığınız durumlarda girişilebilecek "*kararının sebeplerini anlama*" çabası dahi, anti-demokratik eğilimli Mahkeme'yi savunmak olarak nitelendirilme riskini taşıyabilir. Bu inşası kolay ama yıkılması zor iddia, aktivizm taraftarı olmayı olanaksız ya da güç hale getirmektedir. Bir kişi, "*temel hak ve özgürlükleri korumak için aktivizm*" tezinin doğruluğuna inanmasına rağmen, "*Mahkeme'nin seçilmiş organlar üzerindeki tahakkümü*" fikrine yakın durduğunda, kendisini temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan ya da böyle bir amaca elverişli olan mahkeme kararlarını eleştirirken bulabilir. Bu nedenle olsa gerek, "*yargının sınırlılığı*", ya da "*sınırlı yargı*" yaklaşımı "*demokratik yönetim*" ilkesine daha yakın görünmekte ve savunulması daha kolay olmaktadır.

Yargısal aktivizmin, belli bir an itibarıyla subjektif yargılara dayanması gerçeği bir yana, zaman içinde değişen subjektif yargıların varlığı da ayrıca durumu ilginç kılabilir. Amerikan anayasal tarihinde, "*yargısal aktivizm*" tartışmalarının yaşandığı en bilinen örneklerden

⁷ Başyargıç William Rehnquist, 1986 yılında Federal Yüksek Mahkeme'de göreve başlamış ve vefat ettiği 2005 yılına kadar görevini sürdürmüştür.

⁸ Bu konuda yazılmış bir eser için bkz. Schwartz, Herman (ed.), *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*, Hill and Wang, (2002).

⁹ ABD'de çok satanlar listesine giren bir kitapta da bu görüşlere rastlanmaktadır. Bkz. Mark Levin, *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*, Regnery Publishing, (2005). Bu eserin yazarına göre "*yargıçlar kişisel önyargılarını ve inançlarını toplumun geri kalanına dayatmak suretiyle anayasal yetkilerini suistimal etmişlerdir*". Levin, (2005), s. 10.

birisi, *Brown v. Board of Education* davasında Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu karardır. Yüksek Mahkeme bu kararıyla, "ayrı ama eşit" ilkesi çerçevesinde siyah ve beyaz ırktan çocukların farklı devlet okullarında eğitim almalarının zorunlu kılınmasını anayasaya aykırı bulmuştur.¹⁰ Bu kararın verildiği 1953 yılında, karara yönelik eleştirilerin başında kararın "katıksız bir aktivizm" örneği olduğu iddiası gelmekteydi. Çünkü bu iddia sahiplerine göre, söz konusu karar ahlaken ve siyaseten savunulabilirse de, Anayasa'ya dayandırılması olanaksızdı. Oysa bugün, Yüksek Mahkeme'nin bu kararı çok eleştirilmemektedir. Ama bu kararın geçersiz kıldığı, "eşit ama ayrı" ilkesini ortaya koyan daha önceki tarihli *Plessy v. Ferguson* davası eleştirilebilmektedir.¹¹ Bu durum, aktivizmin, kişiden kişiye olduğu kadar, zaman içinde de değişebilen yargılara eşlik ettiğini bize göstermektedir. Bu çerçevede ülkemizde "temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından" Anayasa'ya aykırı müdahaleleri en kısa yoldan engelleyebilecek "yürürlüğü durdurma" yetkisinin Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmasının, sadece ortaya çıkış biçimi nedeniyle hala eleştirilebilmesi ilginçtir. Genel olarak bugün yürürlüğü durdurma yetkisinin haklılığı üzerine eleştiri olmamasına rağmen, "aktivizm" yaklaşımı, yetkinin kullanılmaya başlanmasının üzerinden yirmi yıl geçmesine rağmen eleştiriye "haklı" gösterebilmektedir.

Sorun "yargısal aktivizmin" ister istemez sübjektif yargılara kaynaklık etmesi ile de bitmemektedir, çünkü aktivizm ithamlarının altında, somut kararların hatalı olduğunun iddia edilmesinden daha fazlası yatmaktadır. Söz konusu olan basit bir hata değil, yargıcın Anayasa'yı savunma görünümü altında kendi görüşlerini bilerek ve isteyerek dayatmasıdır. Bu nedenle, aktivizm iddiaları, en azından anayasanın "açık" bir cevap barındırdığı iddiasını da içerir.¹² Bazı durumlarda ise, zaman zaman ülkemizde de dile getirildiği gibi Anayasa'da "açıkça tanınmamış" bir yetkinin Mahkeme tarafından kullanıldığı iddia edilebilmektedir.

Bu sorunu çözmek için başvurulabilecek yollardan birisi, Anayasa'nın açık anlamına sadık kalmaktır. Ne var ki, anayasalar

¹⁰ O'Brien, David, Storm Center - The Supreme Court in American Politics, 6th ed., Norton, (2003), s. 322-3.

¹¹ Roosevelt, (2006), s.14.

¹² *Ibid.*, s.15.

nadiren böyle açık hükümler içerirler. Anayasa hükmünün ne anlama geldiği veya ne tür bir hukuki sonuç doğurması gerektiği konusundaki belirsizlik nedeniyle sorunun çözümü güçleşebilir. Anayasa Mahkemesi'nin, kanunun ve Anayasa'nın anlamını ortaya koymak için yaptığı yorumlar da benzer eleştirilere muhatap olabilmektedir. Ancak, benzer bir biçimde, Anayasa Mahkemesi'nin "açık anlam" olmayan yerde açık anlamı bulmasını beklemek de haksızlık olarak değerlendirilebilir. Bu durumun bir sonucu olarak "aktivizmin" ne olduğunu tanımlamak daha da güç hale gelmektedir.

"Yargısal aktivizm" fikri, yargısal aktivizm teriminin ortaya çıkmasından çok önce var olan bir fikirdir. Yirminci yüzyıldan önce hukukçu akademisyenler yargıçların pozitif hukuk yaratmalarına atfen "yargısal yasama" terimini kullanmaya başlamışlardı. Blackstone'un yargının yasa koymasını ortak hukukun en güçlü özelliği olarak övmesine karşı, Bentham bunu yasama yetkisinin gasp edilmesi ve bir maskaralık ya da "zavallı bir safsata" olarak görmüştü.¹³

Yargısal aktivizm terimi ABD'de ilk kez, akademik niteliği bulunmayan bir dergide hukukçu olmayan bir yazar tarafından kaleme alınan bir makalede kullanılmıştır. Ocak 1947'de Fortune dergisinde çıkan makalesinde Arthur Schlesinger isimli bir yazar, "yargısal aktivizm" terimini ilk kez kullanan kişi olarak kabul edilmektedir. Doktor bir tanımlama çalışmasına girişmemekle birlikte, yazarın kayda değer değerlendirmeleri bugün de geçerliliğini korumaktadır.¹⁴ Schlesinger makalesinde bazı yüksek mahkeme yargıçlarını aktivist, bazılarını sınırlılık yanlısı ve bazılarını da ortada diye sınıflandırmıştır.

Schlesinger'e göre aktivistler hukuk ve siyasetin ayrılmazlığına inanıyorlardı. Onlar, yargı kararlarını "sonuç odaklı" görüyordu çünkü hiçbir sonuç önceden öngörülmemiş değildi. Bu açıdan bakıldığında, Frankfurter ya da Jackson gibi yargıçların yargısal sınırlılık ideali daha çok sorumluluktan kaçma gibi görünüyordu.¹⁵ Yargıç Frankfurter'in

¹³ Kmiec, Keenan D., "The Origin and Current Meaning of Judicial Activism", California Law Review, Vol. 92, (2004), s.1444.

¹⁴ *Ibid.*, s.1446.

¹⁵ Felix Frankfurter Yüksek Mahkeme'de 1939 ile 1962 yılları arasında görev yapmış ve yargının sınırlılığına olan inancıyla tanınan Baş Yargıçtır. Metin içinde Ergun Özbudun'un atfı nedeniyle, Frankfurter'in yargının sınırlılığı tezine değinilecektir. Robert H. Jackson ise 1941 - 1954 yılları arasında Mahkeme'de göre yapmış

yargısal sınırlılığın manifestosu niteliğindeki görüşleri bu bağlamda aktivistlerin hedeflerinden biriydi. Yargıç Frankfurter'ın yargısal sınırlılık tezini savunan ve sıkça alıntılanan görüşü şöyledir: *"Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu 'bir kanun' haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır".*¹⁶

Frankfurter ve Jackson gibi yargıçlar özünde *"yasama iradesine uyma adına, ister sağda, isterse solda olsun yargının üstünlüğüne karşı çıkmaktadırlar ve bunun yerine kuvvetler ayrılığı ve demokratik sürece dayanmaktadırlar. Yargısal sınırlılık taraftarlarına göre, yasama hata yapmış ise, onu telafi edecek olan yasamanın kendisidir. Aksi bir yaklaşım, mahkemelerin hatalarını düzelteceğini düşünen yasama organının sorumsuz davranmasına ve demokrasimizin zayıflamasına sebep olacaktır."* Yine sınırlılık yaklaşımı, hukukun siyaset olmadığı paradigmasına dayanır. Bu yargıçlar, ortak hukukun, yasaların ve anayasanın boş damarlar olduğuna inanmaktaydılar. Bunların sağladığı anlamlar ve doğru yanıtlar bulunmaktadır. Yine bu denli önemli bir diğer husus, mantıklı herkesin farklı adalet tasarımları olabileceğinden, bir kişinin diğerlerini kendi görüşünü dayatmasının doğru olmamasıdır. Bu yöndeki herhangi bir girişim, *"demokratik süreci tehlikeye sokan bir yargısal despotizm olacaktır."*¹⁷

Aktivistlere göre hukuki statükoya *"uymak"* (deference), o statükodan yararlanma amaçlı menfaatleri kayırmak anlamına geliyordu. Schlesinger'e göre, yargısal aktivistler şöyle düşünmekteydi: *"Mahkeme siyasetten kaçınamaz, bu nedenle onun sosyal amaçlar için yargısal yetkisini kullanmasına izin verin."* Yargısal sınırlılık, en iyimser görüşle

burada anılan *Brown v. Board of Education* davasındaki meşhur muhalefet şerhi ile tanınan yargıçtır.

¹⁶ Koopmans, Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, (2003), s. 51-2. (Çeviri, Özbudun (2007), s. 258' den alınmıştır).

¹⁷ Kmiec, (2004), s.1447.

bir "seraptır". Schelesinger'e göre, yargısal sınırlılık taraftarları, yargıçların adalet tasarımına şüphe ile yaklaşmaktadırlar. Onlara göre, yasaların belli anlamları vardır ve hangi grubun menfaatine olduğuna bakmaksızın bu anlamlardan sapmamak gerekir.¹⁸

Schlesinger makalesinde farklı görüşleri bir diyalogda karşı karşıya getirir. Ancak, yargısal sınırlılık tezi, "kendini inkar" olarak diyalogda yer almaktadır. Bu ilginç kurmaca diyalog şöyledir:

"Bu nedenle "kendisini inkar" şöyle dedi: Yasama organı yasayı yaptı; onu almasına da izin ver. "Yargısal aktivizmin" yanıtı şöyledir: gerçek hayatta yasama o yasayı geri almayacak – en azından savunmasız insanlara, muhtemelen telafisi olanaksız zararlar gelmeden bunu yapmayacaktır; bu nedenle Mahkemenin harekete geçmesi gerekir. "Kendisini inkar" yanıt verir: yaptığın tamamen bizim eski Mahkeme'yi¹⁹ kınamamıza sebep olanın aynısı; yargısal kötüye kullanmadır bu yaptığın. Aktivizm yanıtlar: zayıf durumdakilerin korunması veya temel insan haklarının güvence altına alınması için giderek muhafazakârlaşan seçmene güvenemeyiz; kendimiz müdahale etmediğimiz takdirde Anayasa'nın ruhuna ve amacına ihanet etmiş oluruz."²⁰

Görüldüğü gibi, bu diyalogda yargısal aktivistin dile getirdiği aslında anayasal demokrasi tasarımıdır ve bir bakıma çoğunlukçu demokrasi anlayışına karşı duruşu sergilemektedir.

Zaman içinde yargısal aktivizmin farklı tanımlamaları gelişmiştir. Bunların başında yargısal aktivizmi, bir mahkemenin "diğer organların tartışmalı anayasal işlemlerini geçersiz kılması" olarak kabul eden tanımlama gelmektedir. Gerçekten de, ABD'de bazı hukukçu akademisyenler, yasama işlemlerinin yargı tarafından geçersiz kılınmasını genellikle "yargısal aktivizm" olarak tanımlamaktadırlar. Bir yazarın belirttiği gibi, "En geniş anlamıyla yargısal aktivizm, mahkemenin usule uygun olarak yapılmış bir yasayı müdahalede bulunarak geçersiz kılmasıdır."²¹ Ancak bu tanımlama sorunludur. Söyle ki, bir mahkeme usul yönünden

¹⁸ Ibid., s.1447.

¹⁹ Burada "Eski Mahkeme" ile anlatılmak istenen, Amerikan siyasi yaşamının en sorunlu dönemlerinden birisi olan Yeni Düzenin (New Deal) hayata geçirilmesini önce engelleyen, ama sonradan Yeni Düzen'in öngördüğü sosyal politikalarla ilgili katı tutumunu terk eden Mahkeme'dir.

²⁰ Kmiec, (2004), s.1448-9.

²¹ Jones, Greg, "Proper Judicial Activism", Regent University Law Review, Vol. 14, (2002), s.141-43.

değil ama esas yönünde açıkça anayasaya aykırı bir yasayı geçersiz kılsaydı, hiç kimse o mahkemenin yargısal aktivizm sergilediğinden söz etmeyecekti. Bu nedenle “*yargısal aktivizm*” yargısal denetimle eş anlamlı olamaz. Bu nedenle Sunstein, tanımını sadece anayasaya uygunluğu tartışmalı yasaların geçersiz kılınması olarak daraltmaktadır. Sunstein’e göre Anayasa belirsizlikler barındırır ve bunların yaratacağı tartışmalar makul bir biçimde çözümlenmelidir.²²

Lino Graglia da yargısal aktivizmi şöyle tanımlamaktadır: “*yargısal aktivizm ile söylemek istediğim çok basit ve özgül bir biçimde, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir.*”²³ Diğer bir deyişle, Mahkeme Anayasa’nın açık sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında “*yargısal aktivizm*” sergilemiş olur.²⁴

Bu aktivizm anlayışı çerçevesinde uygun yargısal karar ile yargısal aktivizm arasındaki fark, haliyle kişinin anayasadan ne anladığına göre değişmektedir. Graglia’nın ifade ettiği “*anayasa’nın açıkça yasaklamadığı*” konular üzerinde anlaşılmadığı sürece, bu konuda anlaşmak da mümkün görünmemektedir.

Yargısal aktivizmin ikinci anlaşılma biçimi, yargı kararlarında emsali (benzer konuda verilmiş önceki tarihli içtihadı) görmezden gelmektir. Burada da, ortak hukuk kültürünün emsal hukukuna verdiği önem belirleyici rol oynamaktadır. Ancak, emsal kararların *stare decisis* kurumu çerçevesinde bağlayıcılığı, iki başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki, alt derece mahkemelerinin kontrol amaçlı emsalle bağlı olması anlamına gelen “*dikey emsaldir*”. Üst derece mahkemesinin bir emsal nitelikteki kararını alt derece mahkemesinin reddetmesi, yargısal aktivizm olarak kabul edilebilmektedir.²⁵

“*Yatay emsal*” doktrini ise, bir mahkemenin “*benzer davalardaki kendi içtihadına uymasını*” ifade etmektedir. Bazı durumlarda yatay emsalin

²² Kimiec (2004), s. 1463’den naklen; Sunstein, Cass R., Editorial, Taking Over the Courts, N.Y. Times, Kasım (2002), s. 19.

²³ Graglia, Lino A., “*It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism*”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, (1996), s. 296.

²⁴ Kimiec, (2004), s.1465.

²⁵ *Ibid.*, s.1466-67.

terk edilmesinin yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bir mahkemenin daha önceki hatalı kararına uymasını beklemenin, anayasaya aykırılıkta ısrar etmek anlamına gelebileceği durumlarda içtihat değişikliği iyi bir uymama hali olarak nitelendirilebilir. Diğer bir deyişle, hatalı içtihattan dönmek anayasaya uygun karar vermek olabilir.²⁶

Yargısal aktivizm görüşünün en baskın ortaya çıkış biçimlerinden bir diğeri, yargıçların kürsüden yasa yapmalarına işaret eden "yargısal yasama" durumundaki "yargısal aktivizmdir." Bu görüş, ana hatları itibariyle, mahkemelerin yamasa organına göre siyasa üretimine daha az ehil olduğunu savunan bir görüştür.²⁷

Bu görüşün zayıf noktası ise, yasamaya müdahale olarak görülen kararlardan bir kısmının sonradan genel kabul görmüş olmalarıdır. Amerikan hukukunda bu konudaki ilginç örneklerden birisi *Miranda v. Arizona* kararıdır. Baş yargıç Warren döneminde verilmiş olan *Miranda v. Arizona* kararı, verildiği tarihte aktivizm örneği olarak eleştirilmesine rağmen, polisin zorunlu olarak şüpheliye ihtarda bulunması gerektiğine hükmeden bu karar, sonradan hem Amerikan toplumu, hem de polisi tarafından benimsenmiştir. Hatta Yüksek Mahkeme de, bu duruma sonraki bir kararında atıfta bulunmuştur. Bu örnek de göstermektedir ki, aktivist eleştirisi neyin iyi, neyin kötü olduğunu açıklamaktan uzaktır.

Son olarak yargıçlar belli bir amaca ulaşma odaklı hareket ettiklerinde de aktivist olarak nitelendirilebilmektedirler. Burada ifade edilen aktivizm diğerlerinden farklıdır, çünkü içinde kast unsuru da barındırmaktadır. Diarmuid O'Scannlain bu anlamda aktivizmi şöyle tanımlamaktadır: "Yargısal aktivizm basitçe siyasal organlara uymama hatasında bulunma veya öngörülebilirlik ve yeknesaklık kurallarından intikam alma anlamına gelmez; sadece gayri resmi başka bir amaç için böyle bir hatada bulunma anlamına gelir."²⁸ Diğer bir deyişle bu görüşe göre bir karar şu hallerde aktivisttir: a- bir yargıç gizli bir saikle kural koyduğunda; b- karar doğruluğun bazı temellerinden ayrıldığında. Dolayısıyla kararın ne kadar aktivist olduğu, temelden ne kadar uzaklaştığına bağlıdır.

²⁶ *Ibid.*, s.1468.

²⁷ *Ibid.*, s.1471-72.

²⁸ *Ibid.*, s.1476' dan naklen, Diarmuid O'Scannlain, On Judicial Activism, Open Spaces Quarterly, Volume 3, No: 1.

Bununla birlikte, bizzat yargıç O'Scannlian'ın da ifade ettiği gibi, soyut bağlamda çok cazip görünen bu tanımlama, bütünlük içermemektedir: *"yargısal aktivizm, her zaman çok rahat bir biçimde tespit edilemez, çünkü yargısal aktivizmi eleştirirken ileri sürülenler ya sübjektiftir, ya da açık ve somut tanımlar sunmaktan uzaktır."*

Başka yazarlardan da yargısal aktivizmin boyutlarına ilişkin değerlendirmeler, ya da bu kavrama ilişkin tanımlama çabaları bulmak mümkündür. Örneğin, Bradley Canon'a göre yargısal aktivizmin altı boyutu ve anlamı şöyledir:

1. Çoğunlukçuluk: demokratik süreçler sonucunda kabul edilmiş siyasaların yargı tarafından etkisiz hale getirilmesinin derecesini;
2. Yorumlama İstikrarı: daha önceki mahkeme kararları, doktrinler veya yorumların değiştirilme ölçüsünü;
3. Yorumlamada Sadakat: anayasa hükümlerinin onları kaleme alanların açık niyetlerinin ya da kullanılan dilin açık anlamının aksine yorumlanmasının ölçüsünü;
4. İçerik/Demokratik Süreç Ayrımı: yargı kararlarının demokratik siyasal süreçlerin korunması yerine maddi siyasaları yaratmasının ölçüsünü;
5. Siyasanın Belirlenebilirliği: yargı kararının diğer kurum ve bireylere takdir hakkı bırakmak yerine siyasaı kendisinin yaratmasının ölçüsünü;
6. Alternatif Bir Siyasa Yapıcının Bulunması: aynı sorunun başka devlet kurumları tarafından ciddi biçimde ele alınmasının yargı kararı ile engellenmesinin ölçüsü.²⁹

Boyutları ile ilgili bu açıklamalara rağmen yargısal aktivizm yargı kararlarına kolaylıkla uygulanamayan bir terimdir. Bunun başlıca nedeni, yargısal yorumun ve onun algılanma biçiminin ister istemez muğlak olmasıdır: *"bir yargıcın yorumladığı kelimeler, içine hemen istediği her şeyi koyabileceği boş kanallardır."*³⁰

²⁹ Banks ve O'Brien, (2008), s. 328'den naklen; Canon, Bradley C., "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature* (December/January) 1983, s. 236-39.

³⁰ Roosevelt, (2006), s. 5.

Kermit Roosevelt eserinde, yargısal aktivizm çerçevesinde yargıya ilişkin subjektif değerlendirmelerin nasıl genel geçer bir doğruymuş gibi dile getirildiğini kanıtlayan bir anekdot aktarmaktadır. ABD Başkanı Bush, 2005 yılında Yüksek Mahkeme üyesi Sandra O'Connor'dan boşalan koltuğa önce Beyaz Saray danışmanı Harriet Miers'ı önermiş, Miers hukuki tecrübesinin azlığı nedeniyle muhafazakarlardan bile onay görmeyince, adayı geri çekip yerine Samuel Alito'yu aday göstermiştir. Başkan Bush her iki adayını da *"insanların iradesini değil, hukukun gereğini yapacaklar"* diye savunmuştur. Başkan Bush'a göre Yüksek Mahkeme adayı Alito, *"yargıçların, kendi tercih ve önceliklerini insanlara dayatan değil, hukuku yorumlamayan kişiler olduğunu anlamaktadır."* Dahası adayı mülakata tabi tutan senatörler de *"yasa ya da anayasaya dayanmayan kararlardan"* şikayet etmektedirler. Kermit Roosevelt işte bu anekdot ile ilgili olarak şu tespiti yapmaktadır: Aktivizmin ne olduğu konusunda anlaşılmıyorsa, aktivizmin kötü olduğu konusunda anlaşmamız hiçbir şey ifade etmez.³¹

Roosevelt, yukarıda Kimiec'in makalesinde ele alınan ama değinmeyi burada uygun gördüğümüz bir başka aktivizm tanımı çerçevesinde yargıçların yerleşik yorumlara aykırı kararlar vermesini de ele almaktadır. Roosevelt'in de ifade ettiği gibi, Mahkeme aslında kelimelere hayat vermektен ziyade, doktrin yaratmakta ve incelediği işlemin Anayasaya değil doktrine uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim, meşru mahkeme kararını *"anayasaların açık hükmünü"* uygulayanlara indirgediğimizde, modern mahkeme kararlarının hiçbirinin meşru sayılmaması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalırız. Fakat bazı doktrinler meşru görüldüğü için hiç kimse mahkemeyi eleştirmekte bu denli ileri gitmemektedir. Önemli olan bir doktrini neyin meşru kıldığıdır. Bu çerçevede mükemmel uygulama, anayasanın açık anlamının doğrudan uygulanması gibi yanlış bir inanış olarak betimlenmektedir.

Roosevelt, aktivizm yerine meşruiyet fikrini koymaktadır. Buna göre, *"bir Yüksek Mahkeme kararının meşru olması, eylemini denetlediği devlet organına – duruma göre Başkan, Kongre ya da federal hükümet ve yahut eyalet yasama meclisleri olabilir bunlar – uymak ya da uymamak noktasında Mahkeme'nin makul bir pozisyon almış olmasını ifade eder. Kararın meşruiyeti, anayasanın o kararı zorunlu kılması anlamına gelmediği gibi,*

³¹ *Ibid.*, s. 2.

Mahkeme'nin önündeki sorunun tek çözümünün o olduğu anlamına da gelmez. Fakat tercih edilen çözümün kabul edilebilir bir yargısal davranış olduğunu ve Mahkeme'nin bundan dolayı kınanamayacağını ifade eder."³²

Bu saptama isabetli görünmektedir, çünkü çoğu kez bizler de Mahkeme'yi eleştirinin ötesinde kınamayı seven bir hukuk camiasına sahibiz. Kabul edilebilir bir yargısal davranış olup olmadığını bir kenara bırakıp, sonucu itibarıyla beğenilmeyen kararlara yapııştırılan "aktivist" etiketi, benzer bir çözüm önerisinin ülkemizde de değerlendirilmesinin yerinde olacağını düşündürmektedir. Bunun yanında, "sınırlı" yargı uygulaması olarak değerlendirilebilecek bazı kararların eleştirilmek bir yana, açık ya da örtülü bir övgüyle karşılanması işi iyice içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Bu noktada, kararların siyasi sonuçlarına katılıp katılmamanın karara yönelik eleştirileri tetiklemesi de sadece ülkemize özgü değildir. Muhafazakar bir Amerikalı politikacının Yüksek Mahkeme'den şikayeti ile bir Türk siyasetçisinin Anayasa Mahkemesi'nden şikayeti bu anlamda da şüphesiz benzerlik taşımaktadır.³³ Akademisyenler cephesinde de durum bazen bundan çok farklı görünmemektedir.

³² Roosevelt, (2006), s. 3. Bir Amerikalı Yargıç Frank Johnson da 1979 yılında verdiği bir konferansta şöyle bir saptama yapmaktadır: "Bugün, Cumhuriyetin ilk yıllarında olduğu gibi, federal yargıçların, hukukta emsal içtihadı ve öngörülebilirliği bir kenara bırakarak ve Anayasa'daki muğlak terimleri kullanarak kendi adalet mantıklarını topluma dayatmak suretiyle Kongre'nin ve eyaletlerin yetkilerini gasp ettikleri iddia edilmektedir. 1819'da, konu Amerikan Merkez Bankası ve Başyargıç da John Marshall idi. O günün sloganı "keyfi iktidar" olmuştu. Spencer Roane "Hamden" makalelerinde Yüksek Mahkeme'yi "yasama yetkisini üstlenmekle" itham etmişti. Ona göre Mahkeme, "devleti değiştirme yetkisini kendinde görmekteydi. 1861'de konu habeas corpus ve Baş Yargıç da Roger Taney idi. O günün sloganı "tiranlık" dı. The New York Tribune gazetesi, yargının iktidarını insanlığı etkileyen "en sinsi, en tahammülsüz ve tehlikeli" iktidar olarak ilan etmişti. Bundan yirmi yıl önce, konu ırk ve slogan da "Earl Warren'ı suçlandırın" idi. Bugün, Mahkeme'de yeni yüzler ve yeni konular bulunmakta. Fakat yeni slogan, eski mesajı iletmekte. Dikkat buyurun, eleştiri sahipleri bugün "Emperyal Yargı" dan söz etmekte. / Bu eleştiri korusu federal mahkemeler üstünde değerli bir denetim işlevi görebilirler. Fakat, bu denetim anayasadan kaynaklanmayan ve mantıksal bir tutarlılığı olmayan bir denetimdir. Vurgulamak istediğim nokta, yargısal aktivizmin, yargı yetkisinin kötüye kullanılması ile eş tutulamayacağıdır. Bkz. Frank M. Johnson, "In Defense of Judicial Activism", Emory Law Journal, Vol. 28, (1979), s. 901-2.

³³ Stalin'in "Ölüm her şeyin çaresidir: adam yoksa, sorun da yok" sözüne atıfta bulunup, mahkemelerden şikâyetini bu uygunsuz sözlerle ifade etmeye kalkanların ülkemizde olmamasına şükretmeliyiz! İlginçtir, 2005 yılında ABD'nin Başkentinde gerçekleştirilen bir konferansta bir araya gelen Mahkeme muhaliflerinden birisi, işi bu noktaya kadar götürmüştür. Bkz. Roosevelt, (2006), s. 11.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yargısal aktivizm ve onun karşıtı yargısal sınırlılık ortak hukuk (common law) kültürünün birer kurumudur. Nitekim, son yıllarda Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin kararlarıyla ilgili siyasal tartışmalarda bu iki kavrama sıkça gönderme yapıldığını belirten John Daley, yargısal sınırlılığı tanımlamaya yönelik bir çaba içine girmektedir. Şimdi yargısal sınırlılığa ilişkin açıklamalarımıza geçebiliriz.

II. YARGININ SINIRLILIĞI

Anayasal meselelerde yargının sınırlılığı yargıcın rolüne ilişkin belirleyici bir yaklaşımdır diyen Daley, bu kavramın iki alt iddiayı içerdiğini belirtmektedir:

1. Anayasal meselelerde yargıçlar karar verirken, bireyin davranışını belirleyebilmesi adına, daha önce ortaya konmuş kurallar çerçevesinde kararlar vermelidirler.
2. Yargıçlar kendi rolleri üzerinde kararlar vermek ve kişi davranışının belirlenmesini kolaylaştırmak üzere, kurallar koymak dışında işlevler görmekten uzak durmalıdırlar.³⁴

Yargının sınırlanması, yargıçların hiç hukuk yaratmaması iddiasını değil, daha karmaşık bir iddia olarak, geçmişte konmuş kuralların uygulanmasının gerekli olduğu hallerde, hukuk yaratmamalarını ifade eder. Bu anlamıyla yargısal sınırlılığın esas olarak, ortak hukuk kültüründe ayrı bir öneme sahip olduğuna yukarıda değindiğimiz emsal hukuku açısından değerlendirildiği görülmektedir.

Ortak hukuk çerçevesinde yargının sınırlılığı özellikle hukuki güvenlik yönünden değerlendirilmektedir. Bununla birlikte çok farklı doktrinler üzerinden yargının sınırlılığının açıklandığı durumlar da bulunmaktadır. Örneğin, metne bağlılık doktrini yargıcın metinde açıkça yer almayan hususları hukuk yaratma yoluyla metne dahil etmemesi gerektiğini savunur. Dworkin'e göre, sınırlı bir yargı, haklılaştırmaya daha az, metnin lafzına uygunluğa daha çok ağırlık verir.³⁵ Bu çerçevede, mevcut dilsel uygulamalara uygun olmak daha önemlidir.

³⁴ Daley, John, "Defining Judicial Restraint", *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Tom Campbell ve Jeffrey Goldsworthy (Editörler), Ashgate, (2000) içinde, s. 279.

³⁵ *Ibid.*, s.285'den naklen; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, (1986), s. 338-40.

Diğer taraftan, bazı durumlarda anayasal hakların sınırlandırıcı yorumunun, “sınırlılık” doktrininin bir sonucu olduğu düşünülür. Bu bazı durumlar için doğrudur. Ancak, bu durum, sınırlandırılmış yargıcın ahlaken de olsa haklı görülen siyasete dayalı kararlar almama politikasında somut bir biçimde görülebilmektedir.

Hangi doktrinlerin yargısal sınırlılığın çerçevesinin çizilmesinde esas alınacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Canon “*yasama organına uyma*”, “*emsale saygı*”, “*metincilik*”, “*maddi içerik itibarıyla siyaset tercihi içeren kararlardan kaçınma*” ve “*yetkili kurumların ve bireylerin kararlarına uymayı*” yargısal sınırlılık doktrini içinde değerlendirmektedir.³⁶

Posner ise, sınırlama doktrininin arka planını oluşturan üç farklı yaklaşım belirlemiştir:

1. Uyma: Yargıçlar, devletin diğer organlarının kararlarıyla çatışmaktan kaçınmalıdır.
2. Çekinme (reticence): Yargıçlar ahlaki ve belki de siyasal, sosyal ve ekonomik tercihlerde bulunmaktan kaçınmalıdır.
3. Doğruluk (prudence): Yargıçlar başka kararlar alma kapasitelerini yok edecek kararlar almaktan kaçınmalıdırlar.

“Uyma”, mahkemelerin değil, ama diğer organların kararlarını korumayı amaçlar. Bu organlar, devletin diğer organları olabileceği gibi, Anayasa koyucu da ya da diğer mahkemeler de olabilmektedir. Posner, sınırlanmış olmayı federal ve eyalet yasama ve yürütme organlarının kararlarına uyma olarak tanımlamıştır.³⁷

Galligan’ın aktivizm tanımı da “*yargının sınırlılığı*” için ipucu vermektedir: “*yargının, siyasal kurumlar, süreçler ve sonuçlar üstünde denetim ve etkide bulunması*”. Bu tanım ölçüm açısından açık olmak gibi bir erdeme sahip olarak kabul edilir, çünkü bir mahkemenin yasama işlemi ya da idari işlemi geçersiz kılmak suretiyle bu ikisinin kararlarını baskıladığını belirlemek görece kolaydır.³⁸

³⁶ *Ibid.*, s.286’ dan naklen; Bradley C. Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, *Supreme Court Activism and Restraint*, Stephen C. Halpern ve Charles M. Lamb (Editörler) içinde, Lexington, 1982, s.386-7.

³⁷ *Ibid.*, s.287.

³⁸ *Ibid.*, s.289.

III. SONUÇ

Anayasa yargısının işletilmesi sonucunda ortaya çıkan kararları "doğru" bulmamamız, kararı veren mahkeme ve yargıçlara yönelik eleştirileri tetikleyebilir. Hal böyle olmakla birlikte, yargısal aktivizm üzerinden eleştiri getirmek çok isabetli görünmemektedir. Bunun nedenlerini şöyle sıralayabiliriz: 1) Aktivizm yukarıda da aktarmaya çalıştığımız gibi, yorum sahibinin bakışına göre sübjektif bir değer yargısını içermektedir; 2) Aktivizm sadece bireysel anlamda değil, zamansal ve mekansal anlamda da görece bir kavramdır; 3) Aktivizm, gerçek anlamda yargının sınırlılığı doktrininden bağımsız olarak okunamaz ve değerlendirilemez; 4) Anayasa yargısından beklenen işlev, onun sınırlı değil, aktivist olmasını beklemeyi haklı kılar. Zira yine yukarıda aktarıldığı üzere, sınırlı yargı büyük ölçüde yasamaya ve ona hükmeden iktidara "uyan", yani ona "karşı çıkmayan" yargı anlamına gelir. Böyle sınırlı bir yargı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, fren ve dengeler sistemi olmaksızın uçuruma yuvarlanmasına sebep olabilir/ olur. Yargının bağımsız olması yetmez, çünkü yargıçların bağımsız olmadığı bir yerde yargı bağımsızlığının bir anlamı olmayacaktır.³⁹ Bu nedenle, son derece kaygan bir zemine oturan aktivizm üzerinden Mahkeme'nin genel bir değerlendirilmeye tabi tutulması çok yerinde sonuçlara bizi götürmeyebilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlediği için aktivist tutum takınmakla eleştirildiği kamuoyunun malumudur. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin 2010 Anayasa değişiklikleri ile kısmen çözülen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurullarının işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması sorununu 1961 Anayasası döneminde ele aldığını, sınırlayıcı Anayasa değişikliğini hukuk devleti ve temel bir hak ve özgürlük olarak hak arama hürriyetini korumak adına iptal ettiğini, yani tam da olması gereken gibi "aktivist" bir tutum sergilediğini söylemek de mümkündür. Benzer yaklaşımlar 2010 Anayasa değişikliği ile ilgili verdiği çok sınırlı ve kısmi iptal kararı için de geçerlidir. Dozu azalmış olsa da, Anayasa Mahkemesi'nin sahip olmadığı Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kullandığını iddia edenler yanında, söz konusu değişikliklerin hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı açısından

³⁹ Ferejohn, John A. ve Kramer, Larry D., "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", New York University Law Review, Vol. 77, ss. 962-1039.

meydana getireceği sakıncalara değinip daha kapsamlı bir iptal kararı verilmesi gerektiğini iddia edenler de olmuştur. Bu durumda, bazıları için “aktivist” ama bazılarına göre “yasama organına ve kısmen de iktidara uyan” sınırlı bir yargı vardır. Bu yargılar üzerinden hangisinin geçerli olduğu ancak sonuç ve amaç üzerinden değerlendirilebilir. Meşru bir denetim çerçevesinde, meşru bir amaca yönelik tutumların hepsini toptan aktivist diye eleştirmek kendi içinde sorunlu görünmektedir. Sadece temel hak ve özgürlükleri korumak için aktivizme sıcak bakmakla başlayan değerlendirme süreci, giderek “olması gerekene yönelik subjektif yargılara aykırı olanın” eleştirilmesine dönüşme riski taşımaktadır. Kaldı ki, sorun sadece metodolojik ya da mantıksal da değildir. Yargının sınırlılığını üstü örtülü biçimde öven ve sempatik gösteren bu eleştiriler, yasama ve karar alma mekanizmaları başta olmak üzere yargının yönetene “uyumasını”, diğer bir deyişle ona karşı çıkmamasını bir ödev haline getirdiği ölçüde, anayasal demokrasi ve onun temelini oluşturan hukuk devleti, sınırlı iktidar ve çoğulculuk tasarımları ile temel hak ve özgürlükler korunmasız kalabilecektir.

KAYNAKLAR

- Banks, Christopher ve O'Brien, David, Courts and Judicial Policymaking, Pearson Prentice Hall, (2008).
- Canon, Bradley C., “Defining the Dimensions of Judicial Activism”, Judicature, (December/January) (1983), ss. 236-39.
- Canon C., Bradley, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, Supreme Court Activism and Restraint, Stephen C. Halpern ve Charles M. Lamb (Editörler) içinde, Lexington, (1982).
- Daley, John, “Defining Judicial Restraint”, Judicial Power, Democracy and Legal Positivism, Tom Campbell ve Jeffrey Goldsworthy (Editörler) içinde, Ashgate, (2000).
- Ferejohn, John A. ve Kramer, Larry D., “Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint”, New York University Law Review, Vol. 77, (2002), ss. 962-1039.
- Graglia, Lino A., “It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, (1996), ss. 293-300.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, (2009).
- Johnson, Frank M., “In Defense of Judicial Activism”, Emory Law Journal, Vol. 28, (1979), ss. 901-12.

- Jones, Greg, "*Proper Judicial Activism*", Regent University Law Review, Vol. 14, (2002), ss.141-80.
- Kmiec, Keenan D., "*The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*", California Law Review, Vol. 92, (2004), ss.1441-78.
- Koopmans, Tim, Courts and Political Institutions: A Comparative View, Cambridge University Press, (2003).
- Levin, Mark, Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America, Regnery Publishing, (2005).
- O'Brien, David, Storm Center - The Supreme Court in American Politics, 6th ed., Norton, (2003).
- O'Scannlain, Diarmudi, "*On Judicial Activism*", Open Spaces Quarterly, Vol.3, No: 1, (2004).
- Özbudun, Ergun, "*Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu'ya Armağan), Cilt: 62, Sayı: 3, (2007), ss. 258-68.
- Roosevelt, Kermit, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, (2006).
- Schwartz, Herman (ed.), The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right, Hill and Wang, (2002).