# Anayasa Teorisi (Constitutional Theory), Anayasa Kültürü (Constitutional Culture)

# Özet (Abstract)

Anayasa teorisyenleri ve diğer anayasa yorumcuları, mevcut anayasal karar alma sürecimizin belirli unsurlarını anayasal yapımızın doğasında var olan parçaları olarak yanlış değerlendiren ve bu sürecin diğer önemli yönlerini tamamen göz ardı eden bir paradigma kullanmaktadır. Bu tür çarpıtmalar ve göz ardı edilen unsurlar, betimleyici anayasal yorumların doğruluğu ile daha normatif ve değerlendirmeye dayalı çalışmaların temelleri hakkında kaygılar doğurmaktadır. Kısmen gelişmekte olan bir literatüre dayanan bu makale, anayasal hukukun oluşturulma sürecine ilişkin yeni bir paradigma önermektedir. Bu paradigma, kurumsal düzenlemelerimizin, uygulamalarımızın, normlarımızın ve düşünce alışkanlıklarımızın büyük çoğunluğunun sadece isimsel (nominal), tarihsel olarak belirlenmiş (historically contingent) ve sürekli değişen unsurlar olduğunu kabul eder ve bunları karmaşık, iç içe geçmiş bir "anayasa kültürü" (constitutional culture) olarak ele almayı amaçlar.

## Giriş (Introduction)

Bu makale, anayasa hukukunun anayasal metinden tam ve eksiksiz bir biçimde ortaya çıkmadığı basit önermesiyle başlamaktadır. Ayrıca, birçok anayasa teorisyeninin öne sürdüğünün aksine, anayasa hukuku, yarı-nesnel ve bağlamdan kopuk bir "anayasal yorum" (constitutional interpretation) sürecinin sonucu değildir¹. [[1]](#footnote-1) Aksine, anayasa hukuku, metnin açık uçlu hükümlerine ilişkin somut sonuçlara dair iddiaların, sürekli değişen kurumsal düzenlemeler, tarihsel olarak belirlenmiş uygulamalar (historically contingent practices) ve düşünce alışkanlıkları aracılığıyla süzgeçten geçirildiği bir süreç içinde oluşturulmaktadır². [[2]](#footnote-2)[2-3]

Bu önermenin basitliğine rağmen, vurgulanması gereken önemli bir noktadır. Anayasa teorisi adına kesilen sayısız ağaca rağmen³, [[3]](#footnote-3) hukuk akademisyenleri anayasa hukukunun içeriğini şekillendiren belirli uygulamaları, düzenlemeleri ve düşünce alışkanlıklarını kabul etmekte, hatta analiz etmekte yetersiz kalmıştır. Daha spesifik olmak gerekirse, ana akım anayasa teorisi, çağdaş anayasal karar alma sürecinin bu temel unsurlarını, birbiriyle çelişen ve aynı derecede ikna edici olmayan iki şekilde ele almaktadır.

Bir yandan, anayasa teorisyenleri sıklıkla belirli anayasal uygulamaları—örneğin, federal yargıçların kendine özgü eğitim ve mesleki deneyimleri, temyiz mahkemelerinin çok üyeli yapısı ve karar metinleri üzerinde uzlaşmaları gerekliliği, ayrıca meşru anayasal argümanların alanını sınırlayan mesleki normlar—temel bir anayasal "yapının" (structure) parçası olarak tanımlamaktadır⁴. [[4]](#footnote-4) Bu anayasal uygulamaların temel bir anayasal "yapının" unsurları olarak ele alınmasının iki bağlantılı sonucu vardır. Birincisi, bu uygulamaları kalıcı, zamansız ve Amerikan anayasacılığının doğasında var olan unsurlar gibi gösterir. İkincisi, bu uygulamalar, Amerikan anayasal karar alma sürecinin açık uçlu ve hatta tartışmalı şekilde antidemokratik doğasına yönelik yaygın endişelere karşı teorisyenler tarafından bir savunma aracı olarak kullanılmasına olanak tanır. [3-4]

Öte yandan, anayasa teorisinin büyük bir kısmı, bu katılaştırılmış anayasal "yapıyı" (structure) oluşturan unsurlarla birlikte var olan, ancak daha yeni ve daha az dikkat çekici kurumsal düzenlemeleri ve uygulamaları büyük ölçüde görmezden gelmektedir. Bu uygulamalar—örneğin, amicus curiae dilekçelerinin (amicus briefs) yaygınlaşması, hukuk katiplerinin (law clerks) artan kullanımı ve kamuoyunun Yüksek Mahkeme kararlarını genellikle başka kaynaklar aracılığıyla öğrenmesi—kamuoyunun veya gazetecilerin dikkatinden kaçmamaktadır. Ancak, anayasal uygulamaların doğruluğuna büyük ölçüde dayanan teorik modeller geliştirenler de dahil olmak üzere, anayasa teorisyenlerinin çalışmalarında büyük ölçüde yer almamaktadır.

Bu makale, anayasal uygulamaların bu iki farklı şekilde ele alınmasının haklı bir gerekçesi olmadığını savunmaktadır. Anayasa teorisyenlerinin katılaştırarak anayasal yapımızın bir parçası olarak ele aldığı ve anayasal tasarımın (constitutional design) unsurları gibi değerlendirdiği uygulamalar ve düzenlemeler, daha yakından incelendiğinde, yalnızca isimsel (nominal), tarihsel olarak belirlenmiş (historically contingent) ve sürekli değişen unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır⁵. [[5]](#footnote-5)Aynı zamanda, anayasa teorisyenlerinin göz ardı ettiği veya dipnotlara sıkıştırdığı daha yeni ve daha az dikkat çeken uygulamalar ve düzenlemeler, çağdaş anayasa hukukunun içeriğini şekillendirmede açıkça önemli bir role sahiptir⁶. [[6]](#footnote-6)

Önümüzdeki sayfalarda, bu iki farklı anayasal uygulama grubunu tutarlı bir şekilde ele alan ve bunları "anayasa kültürü" (constitutional culture) adı altında ortak bir teorik çerçevede inceleyen alternatif bir yaklaşım öne sürüyorum. Analitik olarak benim yaklaşımım, varsayılan anayasal yapımız (constitutional structure) ile önde gelen anayasa teorisyenlerinin göz ardı ettiği daha yeni ve karmaşık uygulamaların aslında çağdaş Amerikan anayasal karar alma biçimini tanımlayan karmaşık, tarihsel olarak belirlenmiş (historically contingent) uygulamalar, kurumsal düzenlemeler ve düşünce alışkanlıklarından oluşan zengin bir bütünün farklı yönleri olduğunu ileri sürmektedir. Başka adlandırmalar da uygun olabilir ve nitekim "anayasa kültürü" ifadesinin akademisyenler tarafından başka amaçlarla sıklıkla kullanıldığı göz önüne alındığında bu tür alternatifler cazip de görünebilir⁷. [[7]](#footnote-7)Ancak, bu uygulamaları, düzenlemeleri ve düşünce alışkanlıklarını bir kültür türü olarak tanımlamak, onların en ilgi çekici ve analitik açıdan en önemli özelliklerini vurgulama avantajı sunar. Bu özellikler arasında, tarihsel kökenleri derin olsa da sürekli değişen yapıları, rasyonel argümana ve bilinçli değişime açık olmalarına rağmen aynı zamanda güçlü bağlılıkları, içgüdüsel tepkileri ve henüz tam anlamıyla şekillenmemiş kavrayışları yansıtmaları yer almaktadır. [4-5]

Bu makalenin sunduğu yaklaşım, kapsamı, terminolojisi ve bilinçli yöntemi açısından özgündür; ancak aynı zamanda, anayasa hukukuna ilişkin giderek gelişen ve anayasal sürecin anlaşılmasında kültürel bağlamın önemini vurgulayan bir akademik akıma dayanmaktadır. Bu akım, belirli meselelerin nasıl önem kazandığını anlamak için kültürel bağlamın taşıdığı önemi vurgulamakta⁸, [[8]](#footnote-8)hem hukuki hem de hukuki olmayan aktörlerin anayasal tarihin yönünü etkilemek için nasıl harekete geçtiğini göstermekte⁹ [[9]](#footnote-9)ve anayasal karar alma sürecimizin yapısına ilişkin kritik kararların anayasal metne fazla başvurmaksızın nasıl verildiğini (ve verilmesi gerektiğini) ortaya koymaktadır¹⁰. [[10]](#footnote-10)Bu makalenin temel amaçlarından biri, bu akademik literatüre dikkat çekmek, bu çalışmaların ortak varsayımlarını incelemek ve Amerikan anayasa teorisinde daha yeni ve daha gerçekçi bir paradigmanın ortaya çıkmakta olduğunu öne sürmektir¹¹. [[11]](#footnote-11)[5-6]

Bu makalenin Bölüm I ve Bölüm II’sinde, modern Amerikan anayasa teorisinin standart eserlerinin anayasa kültürümüzün farklı unsurlarını tutarsız ve ikna edici olmayan bir şekilde ele aldığı yönündeki iddiamı açıklıyor ve geliştiriyorum. Bölüm I, anayasal yapı (constitutional structure) hakkındaki iddiaların Amerikan anayasacılığının standart açıklaması ve savunusundaki kritik rolünü inceler ve bu anlatının nihayetinde zayıf ve tarih dışı (ahistorical) bir temele dayandığını öne sürer. Bölüm II ise anayasa kültürümüzün daha yeni ve daha tartışmalı yönlerini ele alarak, bunların gelişimini, önemini, diğer kitlelerin ne ölçüde dikkatini çektiğini ve anayasa teorisine ne ölçüde dahil edildiğini ayrıntılı olarak incelemektedir.

Makalenin geri kalanında, alternatif bir yaklaşım geliştiriyorum. Bölüm III, "anayasa kültürü" (constitutional culture) kavramını açıklayarak, hem anayasal karar alma sürecine ilişkin maddi tasvirimi hem de terminoloji seçimimi savunmaktadır¹². [[12]](#footnote-12) Bölüm IV, yeni bir paradigmanın çerçevesini çizmeye başlamakta, bu makalenin temel çıkarımlarıyla bir şekilde örtüşen gelişmekte olan literatürü tartışıp analiz etmekte ve daha ileri çalışmalar için bir araştırma gündemi ortaya koymaktadır. Son olarak, Bölüm V betimleyici analizden normatif bir tartışmaya geçerek, anayasa teorisi çerçevesinin yönetişim sistemimizin sağlığı açısından doğurduğu sonuçlara dair ilk gözlemler ve araştırmaya yönelik sorular sunmaktadır.

Bu makalenin bazı yönleri—ve birçok sonucu—tartışmalıdır. Ancak, bu çalışmanın merkezinde, iyi niyetli tüm akademisyenler ve gözlemcilerin muhtemelen paylaştığı bir hedef yer almaktadır: içinde yaşadığımız dünyayı, olmasını umduğumuz ya da korktuğumuz gibi değil, olduğu haliyle anlamak¹³. [[13]](#footnote-13) Bu makalenin göstereceğini umduğum üzere, anayasal yönetişime ilişkin büyük sorular—örneğin, mahkemelerin rolü, sıradan vatandaşların etkisi veya kuşaklar arası anayasal ilişkiler—üzerine teoriler geliştirme yetimiz, anayasal metinden anayasal sonuca giden yolun anayasa kültüründen geçtiğini anlamamızla güçlenmektedir. [6-7]

## Anayasal "Yapı" (Constitutional "Structure")

Birçok çağdaş anayasa teorisyeni—özellikle de **yargının güçlü bir rolünü savunmayı amaçlayan merkez-sol teorisyenler**—bazı yerleşik anayasal uygulamalara büyük ölçüde dayanmakta ve bunları **anayasal tasarımımızın (constitutional design) bir parçası** olarak kavramsallaştırmaktadır¹⁴. [[14]](#footnote-14) Bu bölümde, söz konusu teorisyenlerin anlattığı hikâyeyi daha ayrıntılı bir şekilde özetleyecek ve ardından bu anlatıya ilişkin **betimleyici bir eleştiri** sunacağım¹⁵. [[15]](#footnote-15)

### Anlatı (The Story)

Eğer son birkaç on yılda bir hukuk fakültesine gittiyseniz veya anayasa teorisi okuduysanız, büyük olasılıkla aşina olduğunuz bir anlatı vardır. Bu hikâye, bir tür itirafla başlar. "Bakın," der profesör veya teorisyen, "Yüksek Mahkeme'nin son altmış yılda özgürlüğü genişletme ve bizi gerçekten eşit bir topluma yaklaştırma konusunda yaptığı işleri büyük bir hayranlıkla takip ediyorum. Ancak dürüst olmam gerekirse, karşı çoğunlukçu güçlük (counter-majoritarian difficulty)¹⁶ [[16]](#footnote-16)her zaman aklımı kurcalamıştır. İlk bakışta, özgürlük ve eşitliği ilerletme çabasının dokuz seçilmemiş yaşlı yargıcın keyfine bağlı olması pek de doğru görünmüyor." Kısa bir vurgulama molasının ardından veya sayfayı çevirdikten sonra şöyle devam eder: "Ancak, benim için—ve sizin için—şanslıyız ki, bu soruna böyle bakmanın fazla basit olduğunu düşünüyorum. Nedenini anlatayım."

Bundan sonra gelen açıklama genellikle şu şekilde ilerler (elbette bu anlatının birçok farklı versiyonu vardır): "Ulusumuz bir demokrasi değildir; anayasal bir cumhuriyettir (constitutional republic) ve demokratik karar alma süreçleri ile bireysel hakların bir arada var olmasına bağlıdır. Bu iki eşit derecede önemli ilke arasında doğru dengeyi sağlamak, hassas bir kurumsal tasarım (institutional design) meselesidir. Tek bir hükümet organına ya da belirli bir yetkili türüne her iki değeri birden koruma görevi emanet edilemez; bunun yerine, farklı bakış açılarını ve uzmanlık alanlarını yansıtacak şekilde çeşitlendirilmiş kurumlar tasarlamamız ve bunları uygun şekilde donatmamız gerekmektedir. Eğer doğru tasarlanırsa, güçlü bir yargı (robust judiciary), bu gerekli dengeyi sağlamaya yardımcı olan kurumlardan biri olur. Bir anayasal cumhuriyetin uzun vadede başarılı olup olmayacağı, günlük işleyişte halk egemenliği (self-rule) ile bireysel haklar arasındaki gerilimi etkili bir şekilde dengeleyebilen kurumlar tasarlayıp tasarlayamadığımıza bağlıdır."\*\*

Bu iddia genellikle etkinlikten kaynaklanan tamamlayıcı bir argümanla birlikte sunulmakta, Amerika Birleşik Devletleri’nin anayasal yapıyı ustalıkla tasarladığına dair kendini öven bir beyan içermektedir. Farklı teorisyenler farklı unsurları vurgulasa da, ortak noktalar farklılıklardan ağır basmaktadır. Bu doğrultuda argüman ilerlemektedir: Yargımız, siyasi etkilerden yapısal olarak bağımsızdır. Yargıçlarımız, onları diğer devlet aktörlerinden ayıran ve belirli türdeki meseleleri çözme konusunda onları benzersiz şekilde yetkin kılan farklı eğitim ve mesleki deneyimlere sahiptir. Önemli kararların çoğu, üyelerinin gerekçeleri üzerinde uzlaşmasını ve kararlarını kamuya açık bir gerekçeli görüşte belirtmesini gerektiren çok üyeli mahkemeler tarafından alınmaktadır. Güçlü mesleki normlar, meşru anayasal argümanların alanını sınırlandırarak, yargısal gasp girişimlerine karşı harekete geçirilebilecek yarı-nesnel standartlar yaratmaktadır. Köklü anayasal yapımız sayesinde Amerikalılar hem demokrasiyi (democracy) muhafaza edebilir hem de bireysel haklarını (individual rights) koruyabilir.¹⁷ [[17]](#footnote-17)

Bu temel iddialar—anayasal bir cumhuriyetin (constitutional republic) gerekli unsurlarını dengelemenin kurumsal tasarım açısından karmaşık bir sorun teşkil ettiği ve Amerika Birleşik Devletleri’nin bu sorunu ele almadaki başarısının, yerleşik anayasal uygulamaların varlığından kaynaklandığı, dolayısıyla bunların içkin anayasal yapımızın (constitutional structure) bir parçası olarak kavramsallaştırılması gerektiği—1950’lerin ortalarından itibaren Amerikan hukukunda baskın hale gelen iddialı yargısal denetim (judicial review) tarzının geleneksel liberal savunusunun merkezinde yer almaktadır. Bu iddialar en açık şekilde Lawrence Sager’in klasik eserlerinde dilegetirilmekte¹⁸, [[18]](#footnote-18) ancak Cass Sunstein¹⁹, [[19]](#footnote-19)Ronald Dworkin²⁰, [[20]](#footnote-20) Chris Eisgruber²¹, [[21]](#footnote-21) Jim Fleming²², [[22]](#footnote-22)Richard Fallon²³ [[23]](#footnote-23) ve daha birçok akademisyenin çalışmalarında da yankı bulmaktadır. [8-9]

### Anayasal Yapının (Constitutional Structure) Akışkanlığı

Bu yaygın anlatı rahatlatıcıdır ve anayasal düzenimizin (constitutional order) istikrarını artırma eğiliminde olan anayasal uygulamalara dikkat çekme erdemine sahiptir. Ancak ciddi bir betimleme kusuru taşımaktadır: Günümüz anayasal uygulamalarını içkin anayasal yapımızın (constitutional structure) bir parçası olarak okumak yerine, bunları olumsal ve tartışmalı düzenlemeler olarak değerlendirdiğimizde, bu uygulamaların kalıcılığını abartmakta ve işler anayasal normların (constitutional norms) tesis edilmesi ve sürdürülmesi sürecine dâhil olmuş – ve olmaya devam eden – sayısız bireyin çabalarını göz ardı etmektedir.

İkincil bir mesele olarak, anayasal yapıya (constitutional structure) odaklanmak, en azından belirli sınırlar dâhilinde, çağdaş anayasal düzenlemelerin ve uygulamaların özüne dair anlayışımızı da çarpıtmaktadır. Kalıcı yapılar çerçevesinde düşünmek ve konuşmak, teorisyenleri anayasal pratiği soyut bir şekilde betimlemeye yönlendirerek, onu belirli dönemlere özgü daha hassas bir biçimde değil, birden fazla döneme genellenebilir terimlerle tanımlamalarına neden olmaktadır. Aşağıda Bölüm II’de tartışılacağı üzere, teorisyenler özellikle, anayasal karar alma sürecinin geleneksel yöntemlerini değiştiren veya karmaşıklaştıran yakın tarihli gelişmeleri göz ardı etme eğilimindedir. Bu gelişmeler, özellikle de önceki bölümde açıklanan rahatlatıcı anlatının zaferci yönünü zayıflatıyorsa, istisnai sapmalar olarak değerlendirilmektedir. [9-10]

Sözde anayasal "yapımızın" (constitutional structure) en belirgin birkaç unsuruna ilişkin tarihsel kayıtlara bakmak bile, en aşina olduğumuz düzenlemelerin ve uygulamaların dahi yalnızca biçimsel, tarihsel olarak olumsal (contingent) ve hâlâ evrim geçirmekte olduğunu anlamak için yeterlidir. Bu bölümün geri kalan kısmı, bu meseleyi ele almaktadır.

#### Yargıçların Kendine Özgü Geçmişi ve Eğitimi

Amerika Birleşik Devletleri’nin başarıya uygun bir anayasal yapıya (constitutional structure) sahip olduğunu savunanların sıkça öne sürdüğü iddialardan biri, önemli karar alma yetkisinin (belirli bir konu seti üzerinde) uygun şekilde yargıçlara tahsis edildiği ve bu yargıçların eğitim ve deneyimleri sayesinde bu tür meseleleri çözmeye uygun olduklarıdır.²⁴ [[24]](#footnote-24) Yargıçların gerçekten de şu anda karar verdikleri türden meseleleri çözmeye ne kadar uygun oldukları sorusu bir yana, federal yargıçların ortak bir geçmişe ve ortak bir deneyim setine sahip oldukları iddiasında bir gerçeklik payı bulunmaktadır. Kuşkusuz, [[25]](#footnote-25)mevcut tüm federal yargıçlar en azından isim olarak avukattır, tamamı hukuk fakültesi mezunu görünmektedir ve birçoğu, partizan ve yargısal yaklaşım (jurisprudential) farklılıklarını aşan, yargının ve avukatlık mesleğinin rolüne dair kolektif bir anlayışı şekillendiren benzer kariyer yollarını takip etmiştir.²⁶ [[26]](#footnote-26)

Yine de, kurucuların (framers) mahkemelere özel bir rol vermelerinin, yargıyı dolduracak kişilere dair belirli bir vizyonları olduğu düşüncesine dayandığı iddiası, tarihsel kayıtlarla çelişmektedir. Amerikan tarihinin farklı dönemlerinde, başkanlar çok farklı eğitim geçmişlerine, yaşam yollarına ve beceri setlerine sahip yargıçlar ve Yüksek Mahkeme yargıçlarını (Justices) atamış ve Senato da bunları kolaylıkla onaylamıştır.²⁷ [[27]](#footnote-27) Belirli dönemler, yargı makamları için uygun niteliklere ilişkin normlar oluşturmuş olsa da, bu normlar geçici olmuş ve — en güçlü oldukları dönemlerde bile — ancak kısmen hayata geçirilmiştir.²⁸ [[28]](#footnote-28)[10-11]

Örneğin, Yüksek Mahkeme yargıçlarını (Justices) ele alalım. Yakın tarihli bir çalışma, Mahkeme’de görev yapmış 112 yargıcın kamu ve özel sektörün çok çeşitli pozisyonlarından geldiğini ortaya koymaktadır.²⁹ [[29]](#footnote-29) Mahkemelerin diğer erklerden farklı erdemleri ve deneyimleri temsil etmesi gerektiği fikriyle potansiyel bir çelişki içinde olarak, Yüksek Mahkeme yargıçlarının tarih boyunca yasama organında (legislative branch) daha önce görev yapmış olma olasılığı, yargı deneyimine sahip olma olasılığıyla neredeyse eşit olmuştur.³⁰ [[30]](#footnote-30) Yargıçlar, prestijli hukuk fakültelerinden mezun olmuş, daha az itibarlı okullardan diplomalar almış veya (resmî hukuk eğitimi baroya kabulün varsayılan yolu haline geldikten sonraki on yıllar da dâhil olmak üzere) hiç hukuk fakültesine gitmemiştir.³¹ [[31]](#footnote-31)Bazıları neredeyse hiç avukatlık deneyimine sahip olmazken, bazıları aday gösterilmeden önce uzun yıllar boyunca ülkenin önde gelen avukatları arasında yer almıştır.

Son birkaç on yılda, Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) giden neredeyse komik derecede dar bir yol benimsemiş bulunmaktayız. Buna göre, geleceğin bir Yüksek Mahkeme yargıcının (Justice), birkaç süper-elit okuldan birine gitmesi, sınıfında üst sıralarda yer alması, prestijli bir yargıç veya Yüksek Mahkeme yargıcı yanında katiplik (clerkship) yapması, büyük siyasi partilerden biriyle bağlantı kurması, akademide, kamu hizmetinde veya gerekirse özel uygulamada makul fakat aşırıya kaçmayan bir deneyim edinmesi ve federal bir temyiz mahkemesinde (federal court of appeals) — ne kadar kısa süreyle olursa olsun — görev yapması gerekmektedir.³² [[32]](#footnote-32) Ancak, bu normlar neredeyse tamamen son kırk ila elli yılın bir ürünüdür. Diğer akademisyenlerin de belirttiği gibi,³³ [[33]](#footnote-33) Başkan Dwight Eisenhower, federal temyiz mahkemesi yargıcı (federal appeals court judge) olarak daha önce deneyimi olan adaylara yönelik bir tercih belirten ilk başkan olmuştur. Ondan önceki başkanlar ve hatta kendisinden sonraki birkaç halefi, bu niteliğe çok az önem vermiş, alternatif profiller geliştirmiş veya aday havuzlarından eklektik seçimler yapmıştır.³⁴ [[34]](#footnote-34) Yirminci yüzyılın en önemli Yüksek Mahkeme yargıçlarından birçoğu, Senatör Hugo Black ve Vali Earl Warren da dâhil olmak üzere, doğrudan siyasi arenadan Mahkeme'ye gelmiştir. Yargıçlar çoğu zaman entelektüel ve mesleki açıdan seçkin kişiler olsa da, sahip oldukları nitelikler günümüz yargıçlarınınki kadar elit veya tekdüze değildi. Örneğin, kolayca verilebilecek bir örnek olarak, Baş Yargıç (Chief Justice) Warren Burger, St. Paul Hukuk Fakültesi’nin (St. Paul College of Law) gece eğitim programından (şu anki adıyla Hamline Mitchell School of Law) mezun olmuştur.³⁵ [[35]](#footnote-35) [11-12]

Yüksek Mahkeme adaylarının artık deneyimli bir Temyiz Mahkemesi (Court of Appeals) yargıcı ve akademik anlamda seçkin (academic Olympian) olmalarının beklendiğini varsaydığımız ölçüde, bu beklentiler yeni olup, mutlaka kalıcı normlar değildir. Yorumcular ve siyasetçiler, mevcut Yüksek Mahkeme yargıçlarının (Justices) sahip olduğu deneyim ve niteliklerin tekdüzeliğini sıkça eleştirmiştir,³⁶ [[36]](#footnote-36) ve Başkan Bill Clinton, daha fazla siyasi deneyime sahip bir adayı belirlemek ve aday göstermek için birkaç girişimde bulunmuştur.³⁷ [[37]](#footnote-37) Ayrıca, Yargıç Kagan birçok açıdan diğer mevcut Yargıçların profilini karşılamakla birlikte, onun atanmasının Mahkeme'ye yargıçlık yapmamış bir ismin dönüşünü sağladığı dikkat çekicidir. Bu atama, Yargıç Sandra Day O’Connor’ın emekliliğinden ve yerine Yargıç Samuel Alito’nun atanmasından yalnızca beş yıl sonra gerçekleşmiştir. O’Connor’ın Alito ile değiştirilmesi, federal temyiz yargı deneyimine sahip olmanın bir norm haline geldiği yönündeki algıyı pekiştirmiş ve Yüksek Mahkeme’yi, ilk kez tamamen eski federal temyiz yargıçlarından oluşan bir kurum haline getirmiştir. [12-13]

Yargıçların (Justices) tarih boyunca belirli bir beceri ve deneyim setini paylaştığını öne sürmek, fazla veriyi göz ardı etmek olur. Başkan Harry Truman’ın poker oynayan arkadaşları ve eski Senato meslektaşları ile günümüzün aşırı nitelikli (hyper-credentialed) kariyer odaklı yargıçları arasındaki fark fazlasıyla büyüktür; üstelik 19. yüzyıldaki başkanların büyük çoğunluğunun seçtiği eklektik adayları bir kenara bıraksak bile. Dahası, eğer Yüksek Mahkeme yargıçları daha ortak bir geçmişe veya yaklaşıma sahip olsaydı bile, bu ortaklıkların anayasal tasarımımızın (constitutional design) içkin ve kasıtlı bir parçası olduğunu düşünmek için pek az gerekçe olurdu. Aksine, Amerikan tarihi, yargıçların ve Yüksek Mahkeme yargıçlarının nasıl seçilmesi gerektiği ve başarılı bir yargıcı (jurist) belirleyen nitelikler konusunda keskin tartışmaların yaşandığını, bu konulara dair belirli görüşleri öne çıkarmak ve yerleştirmek için sürekli bir mücadelenin sürdüğünü göstermektedir.³⁸ [[38]](#footnote-38)

#### Çok Üyeli Mahkemeler, Ortak Gerekçeli Kararlar ve Şeffaf Gerekçelendirme

Anayasal yapımızın (constitutional structure) övgüye değer olduğunu savunanların ileri sürdüğü bir diğer iddia, yargısal aşırılıkları dizginlediğimiz ve önemli temyiz meselelerini, üyelerinin gerekçeleri üzerinde uzlaşması ve ardından bunları kendi imzalarıyla kamuoyuna şeffaf bir şekilde sunması gereken çok üyeli mahkemelere (multi-member courts) emanet ettiğimiz yönündedir.³⁹ [[39]](#footnote-39) Mesleki dayanışma (collegiality) ve şeffaflık normlarının anayasal söylemimizin tonuna (hatta içeriğine) olumlu etkileri olabileceği doğru olsa da, anayasa teorisyenleri genellikle bu normların mevcut anayasal pratiğimizdeki merkezi önemini abartma ve bunları anayasal tasarımımızın (constitutional design) içkin unsurları olarak ele alma eğilimindedir.

Bir kez daha, tarih bu iddiaları çürütmektedir. Aksine, gerekçeli karar yazma ve dolaşıma sokma uygulamaları ile Yüksek Mahkeme yargıçları (Justices) arasındaki ilişkilerin kendine özgü karmaşık bir geçmişi vardır. En bariz noktadan başlamak gerekirse, kurucuların (Framers) yargısal kötüye kullanım potansiyelini sınırlamak amacıyla Yargıçların kararlarının dili ve gerekçesi üzerinde uzlaşmalarını şart koştuğu iddiası, John Marshall’ın başyargıçlığı döneminin ilk birkaç yılına kadar Yüksek Mahkeme yargıçlarının tek bir görüşe imza atmayıp, bunun yerine uzun süredir devam eden Anglo-Amerikan geleneğine uygun olarak ayrı ayrı görüş bildirmeleri (seriatim opinions) gerçeğiyle ciddi şekilde zayıflatılmaktadır.⁴⁰ [[40]](#footnote-40)Dahası, çoğu akademisyen, Yüksek Mahkeme’nin bireysel görüşler yerine Mahkeme adına tek bir görüş bildirme (opinions for the Court) uygulamasına geçişinin, yargıçların tek bir sesle konuşmasına olanak tanıyarak yargının gücünü pekiştirmek amacıyla yapıldığını, bu gücü sınırlamak için olmadığını öne sürmektedir.⁴¹ [[41]](#footnote-41) [13-14]

Geçen on yıllar boyunca, bir Yüksek Mahkeme yargıcının (Justice) ne zaman ayrı bir görüş yazabileceği ve kimi temsil edebileceğine dair kurallar ve normlar sürekli olarak evrim geçirmiştir. Yüksek Mahkeme’nin (Supreme Court) iç kuralları ve uygulamaları, her davada çoğunluk görüşünü ve olası karşı görüşü (dissent) ilk olarak kimin kaleme alacağı, bu taslakların diğer yargıçlara ne zaman ve nasıl dağıtılacağı, yargıçların bu taslaklara nasıl ve ne zaman yanıt vereceği ve Mahkeme’nin davayı nasıl sonuçlandıracağına ilişkin karmaşık bir protokol dizisi oluşturmuştur. Bu kurallar ve protokoller, deneme-yanılma sürecinin ve birikerek gelişen geleneklerin bir ürünü olup, ayrıca yargıçların, diğer yargıçların görüşlerinde değişiklik talep edip etmeme, kendi görüşlerini netleştirmek için ayrı bir görüş yazıp yazmama veya ağır bir çoğunluk karşısında muhalefet (dissent) kaydedip kaydetmeme kararlarını şekillendiren bir dizi varsayım, değerlendirme ve düşünce alışkanlığı ile desteklenmektedir.⁴² [[42]](#footnote-42)

Yüksek Mahkeme yargıçları (Justices) arasındaki ilişkiler ve görüşlerin içeriği üzerine yapılan tartışma, müzakere ve düzenlemelerin derecesi de zaman içinde farklılık göstermiştir. Anı yazıları ve tarihsel anlatımlar, 1935 yılında Mahkeme binasının açılmasına ve belki de birkaç yıl sonrasına kadar, yargıçların birbirleriyle nispeten sınırlı temas kurduklarını göstermektedir; çünkü bu dönemde yargıçlar genellikle evlerinden çalışıyor ve yalnızca hukuk katipleri (law clerks) veya sekreterleri ile istişare ediyordu.⁴³ [[43]](#footnote-43) Mahkeme kendi binasına taşındığında, günlük etkileşim miktarı bir ölçüde artsa da, yargıçlar yine de işlerinin büyük kısmını bireysel olarak ofislerinde yürütmeye devam etti. Bazı yargıç çiftleri arasında sık sık etkileşimi içeren samimi kişisel ilişkiler gelişmiş olabilir, ancak birçok diğer yargıç çifti neredeyse yalnızca Mahkeme’nin haftalık toplantılarında bir araya gelmekteydi.

Bu konferanslar (conferences) da zaman içinde evrim geçirmiştir; 1950’lerde davaların nasıl çözüleceğine dair uzun (ve çoğu zaman verimsiz) tartışmalardan, günümüzde her Yargıcın (Justice) her mesele hakkındaki görüşünü iki veya üç cümleyle özetlediği nispeten kısa ve düzenli idari işlemlere dönüşmüştür.⁴⁴ [[44]](#footnote-44) Bu pozisyon beyanlarının hızlı bir maddi ve stratejik değerlendirmesine dayanarak, Baş Yargıç (Chief Justice) veya çoğunluktaki en kıdemli Yargıç, görüş yazım görevini bir Yargıca atar. Bu atama, Mahkeme’nin kararını ve retoriğini, Konferans’ta hiç tartışılmamış düzinelerce eksen üzerinde şekillendirme yetkisini de beraberinde getirir. İlk taslağı nasıl şekillendireceğine karar verirken, Yargıç ideolojik olarak farklı görüşlere sahip meslektaşlarıyla değil, kendisine hiyerarşik olarak tabi olan ve en azından kısmen kendi ideolojik eğilimlerine uygunluklarına göre seçilmiş genç avukatlardan oluşan katipleriyle (clerks) birlikte çalışır.

Her Yargıcın (Justice), çoğunluk görüşünün (majority opinion) yazarına kararın içeriğini şekillendirme konusunda ne ölçüde bağlılık gösterdiğini niceliksel olarak belirlemek zordur. Ancak, arşiv kayıtlarına yüzeysel bir bakış bile, Yargıçların çoğu zaman tüm ayrıntılarda yazarla aynı fikirde olmamalarına rağmen görüşlere imza attıklarını ortaya koymaktadır. Bu tür bir düzenin belirli ölçüde kaçınılmaz olduğu da açıktır; eğer dokuz (veya en az beş) farklı görüşe sahip, bağımsız düşünceli yetkilinin her ifade, emsal (precedent) ve argüman üzerinde tam bir uzlaşmaya varması zorunlu olsaydı, Mahkeme’nin işleyişi tamamen durma noktasına gelebilirdi. Aşağıda Bölüm II’de açıklayacağım üzere,⁴⁵ [[45]](#footnote-45) Mahkeme’de görüş yazarı Yargıçlara gösterilen bağlılığın önemli ölçüde arttığı ve günümüzde birçok kararın, çok üyeli bir mahkemede ayrıntılı bir müzakerenin ürünü olmaktan ziyade, birbirine benzer küçük hukuk bürolarının (mini-law firms) ortak rızasıyla ortaya çıkan birer çalışma olarak nitelendirilebileceği yönünde güçlü bir argüman ileri sürülebilir. Ancak, bu nitelendirmeyi kabul etmeye gerek kalmadan dahi, bu bölümde ortaya konan temel noktayı kavramak mümkündür: Yargıçlar arasındaki ilişkiler ve görüş yazımı normları, değişmez bir anayasal yapının (constitutional structure) içkin unsurları değildir; aksine dinamik, tarihsel olarak olumsal (contingent) ve sürekli evrim geçiren unsurlardır. [15-16]

#### Mesleki Normlar ve Meşru Anayasal Argümanların Sınırları

Anayasa teorisyenleri ve hukukçular, anayasal yapımızın (constitutional structure) yargıçları belirli bir mesleki normlar dizisine tabi tutarak sınırlandırdığı ve böylece onları belirli türde anayasal argümanlarla sınırladığı, ayrıca kararlarını belirli şekillerde kaleme almaya zorladığı yönünde bir argümanı sıkça öne sürmektedir.⁴⁶ [[46]](#footnote-46) Bu argüman, bazıları daha katı, bazıları daha esnek olmak üzere farklı biçimlerde dile getirilmektedir. Argümanın daha katı versiyonunda, yargıçların ulaşabileceği anayasal sonuçların kapsamının, onları belirli bir üslupta makul bir gerekçelendirme yapmaya ve nispeten dar bir dizi unsura dayanarak karar vermeye zorlayan kurallar ve normlar tarafından büyük ölçüde daraltıldığı savunulmaktadır; birçok temyiz yargıcının (appellate judge) kullandığı dile tercüme edildiğinde, bazen bir kararın *"yazılamaz olması"* durumu ortaya çıkmaktadır.⁴⁷ [[47]](#footnote-47) Argümanın daha esnek versiyonunda ise, bu yorum normlarının varlığının yargıçları belirli anayasal sonuçlara ulaşmaktan kelimenin tam anlamıyla alıkoymadığı kabul edilse de, bu normların ya yargıçları bilinçli olarak belirli görüşleri benimsemekten caydırdığı ya da geleneksel hukuki kaynakların aksi yönde işaret ettiği durumlarda bu tür görüşleri bilinçsizce erken aşamalarda olanaksız olarak görmelerine neden olduğu öne sürülmektedir.⁴⁸ [[48]](#footnote-48) [1082-1083]

Hâkimlerin, alay ve küçümsemeye maruz kalmadan uygun şekilde kullanabilecekleri sınırlı anayasal argümanlardan bahsedildiğinde, genellikle metin, tarih, içtihat (precedent) ve en azından belli sınırlar içinde sonuçlara ilişkin nispeten istikrarlı bir iddia seti kastedilmektedir. 1982 ve 1991 yıllarında yayımlanan iki etkili çalışmasında Profesör Philip Bobbitt, meşru anayasal argümanların en ünlü tasnifini sunmuş ve altı meşru "modalite" (modality) olduğunu savunmuştur: tarihsel (historical), metinsel (textual), yapısal (structural), doktrinsel (doctrinal), etik (ethical) ve pragmatik (pragmatic).49 [[49]](#footnote-49) Ünlü açıklamasında belirttiği gibi, "Bu modalitelerin dışında anayasal bir hukuki argüman yoktur. Bu biçimlerin dışında, ABD Anayasası hakkında bir önerme bir olgu olabilir, zarif olabilir, eğlenceli veya hatta şiirsel olabilir," ancak bu bir anayasal argüman olarak ilgili değildir.50 [[50]](#footnote-50)

Profesör Bobbitt'in analizi geniş çapta etkili olmuş ve onun tasnifi, çağdaş anayasa hukuku derslerinde yaygın bir yapıtaşı haline gelmiştir. Bu modaliteler, son derece değerli bir öğretim aracı olarak kabul edilse de, yaygınlıkları ve öğrencilerin öğrendiklerini basitleştirme eğilimleri, Profesör Bobbitt'in meşru ve meşru olmayan anayasal argümanlar arasında çizdiği sınırın anayasal yapımızın veya tasarımımızın doğal bir parçası olduğu inancına yol açmıştır. Ancak böyle bir sonuç iki nedenle ciddi bir sorun teşkil etmektedir: Bunlardan biri, Bobbitt'in kendi analizinin merkezinde yer almakla birlikte büyük ölçüde unutulmuş olan bir husustur; diğeri ise onun yaklaşımına belirli bir meydan okuma oluşturmaktadır.

İlk olarak, Profesör Bobbitt'in kendisinin de vurguladığı gibi, anayasal kültürümüzde yankı bulan belirli iddialar, tarihsel evrimin bir ürünü olup, Amerikan anayasal söylemine egemen olan belirli dinleyici toplulukları arasındaki retorik deneme-yanılma sürecinin sonucudur.51 [[51]](#footnote-51) Bu iddialar, yankı uyandırdıkları için başarılı olmakta ve meşruiyetlerini etkili olmalarından almaktadır. Başka anayasal sistemlerde, farklı argüman türlerinin meşru veya belirleyici kabul edildiği düşünülebilir (nitekim böyle sistemler geçmişte var olmuş ve hâlen de mevcuttur) ve bu ulusun farklı bir anayasal kelime dağarcığı oluşturacak yolları izlemiş olabileceği de hayal edilebilir. Bu modalitelerin şu anda geçerli olması, yarattığımız dünyanın bir tanımıdır; onların "en iyi" veya "doğru" argüman türleri olduğuna dair normatif bir ifade ya da anayasal yapımızın doğal bir parçası olduklarına ilişkin bir iddia değildir. [1083 - 1084]

İkinci olarak, meşru ve meşru olmayan anayasal argümanlar arasındaki sınırlar, Profesör Bobbitt'in öne sürdüğü kadar kesin değildir. Onun sunduğu şey, en iyi ihtimalle, anayasal kültürümüzün belirli bir zaman dilimindeki anlık bir görüntüsüdür; hatta bu bile tartışmalı şekilde bir aşırı basitleştirme olarak değerlendirilebilir. Anayasal tarihimiz, birbirleriyle rekabet eden yorumlayıcı vizyonlar arasındaki mücadelelerin bir hikâyesidir ve bunların birçoğu, belirli yorum modalitelerinin meşruiyetine doğrudan meydan okumuş veya bunların önceliğini savunmuştur.

İkisi de yorumlamaya ilişkin bu süregelen mücadelenin kasıtlı niteliğini ve devamlılığını vurgulayan, biri makro diğeri mikro düzeyde iki yakın tarihli örnek bulunmaktadır. 1970'lerin sonlarından veya 1980'lerin başlarından itibaren, orijinalist argümanların (Bobbitt'in "tarihsel modalite" [historical modality] olarak adlandırdığı yaklaşım) anayasal argümanların diğer tüm modalitelerine üstün gelmesi gerektiğini savunanlar saldırgan bir tutum benimsemiştir.52 [[52]](#footnote-52) Jamal Greene gibi akademisyenlerin gösterdiği üzere,53 [[53]](#footnote-53) anayasal yorumlamada orijinalist argümana öncelik tanıyan hiyerarşik bir yöntemin benimsenmesi kendiliğinden gelişen bir süreç değil, aksine yargı kültürümüzü belirli şekillerde dönüştürmek amacıyla tasarlanmış bilinçli bir siyasi projenin sonucudur. Bu proje tam anlamıyla başarılı olmasa da, Yüksek Mahkeme yargıçlarının farklı argüman türlerine ne sıklıkla başvurduğunu, bunlara verdikleri ağırlığı ve görüşlerinin Mahkeme dışındaki çeşitli topluluklar tarafından nasıl karşılandığını önemli ölçüde etkilemiştir. [1084 - 1085]

Daha küçük ölçekte, son yirmi yılda Amerikan mahkemelerinin yabancı mahkemelerin kararlarına atıfta bulunmasının ne zaman ve ne ölçüde uygun olduğuna dair zaman zaman sert tartışmalar yaşanmıştır.54 [[54]](#footnote-54) Bu tartışmalar çeşitli retorik biçimlerle süslenmiş olsa da, nihayetinde anayasal argümanların belirli bir türü olan yabancı içtihatlardan türetilen argümanların anayasal kelime dağarcığımıza girip girmeyeceği ya da orada kalıp kalmayacağı konusunda açık bir mücadeleden ibarettir. Amerikan mahkemelerinin bireysel haklar gibi geleneksel olarak dünya lideri olarak görüldüğü alanlarda yabancı mahkemeler giderek daha fazla önem kazandıkça ve küreselleşme dünyayı küçültüp birçok ekonomik ve kültürel faaliyet için uluslararası sınırların önemini azalttıkça, Amerikalılar anayasal kültürlerinin “davacı davayı kazanmalıdır, çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzer bir davada bu şekilde karar verdi” şeklindeki bir argümanı anayasal olarak ilgili bir unsur mu yoksa yalnızca “şiirsel” bir mantıksızlık (non sequitur) mı kabul edeceği sorusuyla yüzleşmiştir.55 [[55]](#footnote-55) Anayasamızda, tarihimizde ya da Phil Bobbitt’in yazılarında bu soruya belirli bir yanıt verilmesini zorunlu kılan hiçbir şey yoktur.

#### Yargımızın Yapısal Siyasal Bağımsızlığı (Structural Political Independence)

Anayasal yapı bağlamında konuşanlar sıklıkla mahkemelerimizin siyasal süreçten ne ölçüde bağımsız olduğuna büyük önem atfetmektedir. Bu bağlamda, hâkimlerin ömür boyu görevde kalmalarının, açık partizanlığı elemeye yönelik bir süreçle atanmalarının ve yetki daraltma (jurisdiction-stripping), mahkeme genişletme (court-packing) ve kolayca gerçekleştirilebilen azil (hair-trigger impeachment) girişimlerine karşı güçlü normlarla korunmalarının sistemin bilgece tasarlanmış unsurları olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁶ [[56]](#footnote-56) Elbette bu tanımlamalar belli ölçüde gerçeği yansıtmaktadır. Nitekim, kurucu babaların yargının diğer erklerden belli ölçüde bağımsız olmasını amaçladıkları tartışmasız bir gerçektir. Bu doğrultuda, anayasal metnin bizzat kendisine, mahkemelerin belirli bir bağımsızlık seviyesini koruyabilme ihtimalini artırmak amacıyla ömür boyu görev güvencesi (life tenure) ve yargıç maaşlarının azaltılmasının yasaklanması (prohibition on the diminution of judicial salaries) gibi özel korumalar eklenmiştir.⁵⁷ [[57]](#footnote-57) Bununla birlikte, son dönemde yapılan çalışmaların da hatırlattığı üzere,⁵⁹ [[58]](#footnote-58) yargının bağımsızlık derecesi ve mahkemelerin hangi tür etkilere karşı korunması gerektiği hususları anayasal metin tarafından kesin bir şekilde belirlenmemiş, aksine yoğun anayasal tartışmalara konu olmuştur.⁵⁸ [[59]](#footnote-59) [1085 - 1086]

Dekan Larry Kramer’ın da aralarında bulunduğu bazı yazarların açıkladığı üzere,⁶⁰ [[60]](#footnote-60) klasik cumhuriyetçilik anlayışına hakim ve otoriter bir monarşiyle yaşanan çatışmadan çıkan kurucu nesil, yasama ve yürütme eylemlerini değerlendirme ve yorumlama görevi üstlenen hâkimlerin, yeniden atanmaları veya maaşları konusunda diğer erklerin kontrolüne tabi olmasının doğasında bulunan yozlaşma potansiyelinden derin bir endişe duymaktaydı. Ancak bu endişe ne kadar derin olursa olsun, belirli sınırlar içinde kalmıştır. Yargının kişisel ve mesleki bağımsızlığının titizlikle korunması, partizan siyasetten daha geniş bir bağımsızlıkla uyumlu olabilir; ancak böyle bir düzenlemeyi zorunlu kılmaz.

Belki de Dekan Kramer’ın bu alandaki tartışmalı çalışmasının en büyük erdemi, yargının siyasal bağımsızlığına ilişkin farklı normların ABD Anayasası’nın metni ve oluşturulma tarihiyle uyumlu olabileceğini bize hatırlatmasıdır. Günümüzde hâkim olan ve bazıları diğerlerinden daha köklü olan normlar arasında, daha önce belirtilen mahkeme genişletme yasağı (court-packing), yetki daraltma yasağı (jurisdiction-stripping) ve partizan azil (partisan impeachment) yasağı bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, mevcut yargıçların partizan siyasal faaliyetlerde bulunmasına yönelik genel sınırlamalar ve yürütme organının, devam eden veya beklenen davalara ilişkin yargı kararlarını etkileme girişimlerine karşı getirilen kısıtlamalar da bu normlar arasındadır. Bu normların benimsenmesi ve eksik şekilde uygulanması, belirli bir anayasal kültürün oluşmasına katkıda bulunmuş ve devlet sistemimize dair belirli bir anlatının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ancak farklı bir yol izleyebilir ve farklı bir anlatı oluşturabilirdik. Örneğin, Dekan Kramer’ın belirttiği üzere,⁶¹ [[61]](#footnote-61) anayasal metinle tutarlı olacak şekilde, yargısal denetim sistemimize içkin olan güçlü siyasal yetkiyi kabul eden ve Kongre’nin çeşitli yetkilerini—Yüksek Mahkeme’nin çalışma sürelerini belirleme yetkisi⁶² [[62]](#footnote-62), alt federal mahkemelerin yapısını düzenleme yetkisi⁶³ [[63]](#footnote-63), mahkemelerin yetki alanını ayarlama yetkisi⁶⁴ [[64]](#footnote-64), Mahkeme üye sayısını belirleme yetkisi⁶⁵ [[65]](#footnote-65) ve hatta yargıçları ve Yüksek Mahkeme üyelerini azletme yetkisi⁶⁶ [[66]](#footnote-66) —bu gücü dengelemek için tasarlanmış açık araçlar olarak kavramsallaştıran bir normlar dizisini benimseyebilirdik. [1086 - 1087]

Aslında, Mahkeme’nin siyasal süreçlerden yapısal bağımsızlığı konusunda görece geniş bir anlayışa ulaşma süreci hiçbir zaman sorunsuz ilerlememiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında, Anayasa’nın hazırlanması ve onaylanma sürecinde bizzat yer almış önde gelen siyasi figürler, partizan nedenlerle yargıçları azletmiş,⁶⁷ [[67]](#footnote-67) Yüksek Mahkeme’nin bir dönemini bir yıldan uzun süre erteleyerek siyasal açıdan hassas iki davanın görülmesini geciktirmiş,⁶⁸ [[68]](#footnote-68) ve önceki yönetimin atadığı yargıçların görev yapmasını engellemek için ilk temyiz mahkemesi sistemini tamamen ortadan kaldırmış (ve görevden alınan yargıçlara herhangi bir tazminat ödememiştir).⁶⁹ [[69]](#footnote-69) On dokuzuncu yüzyıl boyunca Kongre, genellikle dostane yargıçların atanmasını en üst düzeye çıkarmak veya muhalif yargıç atamalarını en aza indirmek amacıyla Yüksek Mahkeme’nin üye sayısını sık sık değiştirmiştir.⁷⁰ [[70]](#footnote-70) Günümüzde bile, yasama organı düzenli olarak, federal mahkemelerin yetkisini siyasi açıdan hassas konulara ilişkin davaları görmesini engelleyecek şekilde kısıtlamaya yönelik yasa tasarıları sunmakta ve bu tür tasarıların anayasaya uygunluğu akademik çevrelerde hâlâ tartışılmaktadır.⁷¹ [[71]](#footnote-71) Eğer bugün, şüpheli anayasal yorumlama yöntemleri nedeniyle yargıçların azledilmesi veya Mahkeme’nin genişletilerek yeni oluşan süper çoğunluklar için anında temsil sağlanması seçenekleri masadan kalkmış gibi görünüyorsa, bu yalnızca son 200 yılı aşkın sürede verilen mücadelelerin ve alınan kararların tesadüfi bir sonucu olarak gerçekleşmiştir.⁷² [[72]](#footnote-72) Ve bu durumun kalıcı olarak devam edeceğine dair hiçbir garanti yoktur. [1087 - 1088]

Adayların ve hâkimlerin ne ölçüde bağımsız olmaları gerektiği ya da belirli ideolojik ve siyasi güçleri temsil etmeleri gerekip gerekmediğine dair tutumlar, tarihsel olarak son derece değişken ve tartışmalı olmuştur. Farklı dönemlerde, farklı başkanlar potansiyel yargıçların geçmişteki siyasi hizmetlerini ve örtük ideolojik yönelimlerini farklı derecelerde dikkate almış, aynı şekilde Senato üyeleri de benzer değerlendirmeler yapmıştır.⁷³ [[73]](#footnote-73) Benzer biçimde, farklı dönemlerde önemli siyasi ve çıkar gruplarının, yargı atamalarının kendi çıkarlarını ve dünya görüşlerini ne ölçüde yansıtması gerektiğine dair beklentileri değişiklik göstermiştir.⁷⁴ [[74]](#footnote-74) Buradaki temel vurgum, bu uygulamaların esnekliği ve tarihsel koşullara bağlılığı olsa da, mevcut dönemin tarihsel standartlara kıyasla yüksek düzeyde partizanlıkla işaretlendiğini belirtmek gerekir. Bu durum, özellikle alt mahkeme yargıçlarının aday gösterilmesi ve onaylanması sürecinde, tüm aktörlerin siyasi tutumlarında gözlemlenebilir.⁷⁵ [[75]](#footnote-75)

## DAHA YENİ VE DAHA AZ GÖSTERİŞLİ ANAYASAL UYGULAMALAR

Günümüz Amerikan anayasal karar alma süreçlerine ilişkin yüzeysel bir inceleme bile, yukarıda ele alınan soyutlaştırılmış anayasal "yapının", daha yeni, daha az gösterişli ve üzerinde daha az yorum yapılan kurumsal düzenlemeler ve uygulamalarla bir arada var olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, bu uygulamalar, anayasal söylemin niteliğini ve anayasa hukukunun içeriğini şekillendirmede sıklıkla önemli bir rol oynamaktadır. Bu bölüm, anayasa kuramcılarının sınırlı ilgi gösterdiği çağdaş anayasal uygulama kümelerini inceleyerek bu iddiayı geliştirecektir. Ele alınacak konular şunlardır:

1. Hukuk katiplerinin (law clerks) rolü, Yüksek Mahkeme yargıçları arasındaki sınırlı maddi etkileşim ve mevcut görüş yazımı modeli,
2. Amicus curiae dilekçelerinin (amicus briefs) artan kullanımı ve bu dilekçelerin davacılar, çıkar grupları ve diğer aktörler tarafından giderek daha karmaşık biçimde kullanılması,
3. Kamuoyunun genellikle Yüksek Mahkeme kararlarını doğrudan değil, başka kaynaklar aracılığıyla öğrenmesi,
4. Alt mahkeme yargıçlarının aday gösterilmesi ve onaylanması sürecinin giderek daha partizan hale gelmesi ve ideolojik olarak örgütlenmiş alanların artışı, bu alanlarda anayasal reformların savunulması ve ilgili fikirlerin geliştirilmesi.⁷⁶ [[76]](#footnote-76)

Ancak başlamadan önce birkaç hususu belirtmek gerekmektedir. İlk olarak, bu uygulamaların ve kurumsal düzenlemelerin, önceki bölümde ele alınan unsurlar kadar önemli olduğunu ya da olmadığını iddia etmiyorum. Bunun yerine, bu anayasal kültür unsurlarının anayasa hukukunun içeriği üzerinde ciddi sonuçlar doğurduğunun gösterilebilir olduğunu düşünüyorum. Ancak, anayasal yapının bu farklı parçalarının göreceli önemini ölçmek için elimde bir mekanizma bulunmadığı gibi, böyle bir ölçüm yapma niyetim de yoktur.

İkinci olarak, bu bölümde açıklanan uygulamaların ve düzenlemelerin kesin olarak yerleşik olduğu iddiasında bulunmuyorum. Yukarıda ileri sürdüğüm gibi, anayasal uygulamalarımızın ve düzenlemelerimizin büyük çoğunluğu nominal, tarihsel olarak değişken ve sürekli evrim geçiren niteliktedir. Muhtemelen, daha yeni, daha az dikkat çeken veya hâkim anayasal anlatılarımıza daha az entegre olmuş uygulamalar için bu durum çok daha belirgindir.

Son olarak, bu uygulamaların dikkatlerden kaçtığını ileri sürmek istemiyorum. Aksine, gazeteciler, blog yazarları ve popüler yorumcular bu konuların her biri hakkında oldukça fazla yazmış, hatta belki de bazılarını abartarak veya aşırı sansasyonelleştirerek ele almışlardır.⁷⁷ [[77]](#footnote-77) Siyasal bilimciler de bu konulara büyük ilgi göstermiş, bağımsız çalışmalar yapmış ve bunları yargısal davranışa ilişkin daha geniş modellerine entegre etmişlerdir.⁷⁸ [[78]](#footnote-78) Son olarak, geleneksel hukuk akademisyenleri de özellikle amicus curiae dilekçelerinin yükselişi konusunda nitelikli çalışmalar yapmışlardır; ancak bu çalışmalar genellikle betimleyici veya dar kapsamlı yönlendirici nitelikte olup, geniş kapsamlı anayasa teorisi literatürüyle doğrudan bir etkileşim içinde olmamıştır.⁷⁹ [[79]](#footnote-79)[1089 - 1090]

##### Katiplerin Rolü ve Mevcut Görüş Taslağı Modeli

Yüksek Mahkeme Yargıçları artık, çoğu seçkin hukuk okullarından yeni veya çok yakın zamanda mezun olmuş ve referanslar ile özgeçmişlerindeki belirli unsurlara önem verilen bir süreçle, eşit derecede etkileyici adaylar arasından seçilen en az dört hukuk katibiyle çalışmaktadır.⁸⁰ [[80]](#footnote-80) Her Yargıcın katipleriyle ilişkisi farklı olsa da, tüm Yargıçların katipleriyle birlikte davaların **certiorari** açısından değerlendirilmesi, kabul edilen davaların esasları ve hem kendi görüşlerinin hem de diğer Yargıçların görüşlerinin içeriği üzerine sık sık ve ayrıntılı tartışmalar yaptıkları söylenebilir. Her bir Yargıç odasında, hukuk katipleri görüş taslaklarının hazırlanmasına katılmaktadır; çoğu kaynağa göre, çoğu odada ilk taslağın hazırlanmasında öncü rolü üstlenmektedirler.⁸¹ [[81]](#footnote-81) Çoğu odada, katipler Yargıçlara nasıl karar vermeleri ve ne söylemeleri gerektiği konusunda doğrudan tavsiyelerde bulunmakta ve bazı durumlarda Yargıçla aynı fikirde olmadıklarında tartışmalarına izin verilmekte veya hatta bu tartışmalar teşvik edilmektedir. Ayrıca, akademiden, daha önce katip olarak görev yaptıkları diğer mahkemelerden ve daha geniş kültürel çevrelerden yeni fikirler veya endişeler getirerek Yargıçlar için entelektüel ve kültürel bir köprü işlevi görmektedirler.⁸² [[82]](#footnote-82)

Yargıç Horace Gray, 1882 yılında Mahkeme’de hukuki eğitim almış ilk asistanı işe almış olsa da, hukuk katiplerinin yaygınlaşması görece yavaş olmuştur.⁸³ [[83]](#footnote-83) Kongre, 1922 yılında ilk kez her Yargıç için bir katibin maaşını ödemeyi kabul etmiş ve yirminci yüzyılın büyük bir bölümünde her Yargıcın yalnızca iki katibi olmuştur.⁸⁴ [[84]](#footnote-84) Ancak, yüzyılın son çeyreğinde Kongre hızla hareket ederek, önce üçüncü, ardından dördüncü katibi ve Baş Yargıç (Chief Justice) için beşinci katibi yetkilendirmiştir.⁸⁵ [[85]](#footnote-85) Yargıçlar, kendilerinin seçtiği genç hukukçularla çevrelenirken, aynı dönemde—belki tesadüfen—daha kısa konferanslar yapmakta (ve bazı anlatımlara göre daha az gayriresmî görüşme gerçekleştirmekte) olduklarını da fark etmişlerdir.⁸⁶ [[86]](#footnote-86)

Bu değişikliklerin genel etkisi, Yargıçların entelektüel yaşamını odak noktasını kendi odalarına kaydırarak yeniden şekillendirmektedir. Günlük çalışma pratiğinde, Yargıçlar entelektüel etkileşimlerinin çoğunu ve üretken çalışmalarının büyük bir kısmını, akran grubunun bir parçası olarak değil, aksine küçük bir hukukçu ekibinin en kıdemli üyesi olarak yürütmektedir. Bu ekipteki diğer hukukçular, Yargıç tarafından sağlanan güç erişimine ve kariyer olanaklarına bağımlıdır ve çoğu durumda, önemli bir hukuki veya yaşam deneyimine sahip değildir. Bu durum, entelektüel etkileşimlerinde derin bir güç dinamiği yaratmaktadır. Dahası, hukuk katipleri genellikle, en azından belirli bir ölçüde, hizmet ettikleri Yargıç ile entelektüel ve siyasi uyumu ön plana çıkaran bir süreçle seçilmektedir. Bu durum, bazı fikirlerin yeterince sorgulanmadığı ideolojik bir yankı odası (echo chamber) oluşma ihtimalini doğurmaktadır.⁸⁷ [[87]](#footnote-87)

Bir Yargıca bir görüş yazma görevi verildiğinde veya Yargıç bir davada ayrı bir görüş yazmayı tercih ettiğinde, odasındaki dinamikler görüşün biçimini ve içeriğini etkiler. Yargıcın ilk taslağı kendisinin yazıp yazmadığından bağımsız olarak veya bu görevi bir katibe emanet etmesi durumunda dahi, görüş taslağı oluşturma süreci neredeyse her zaman taslakların tekrar tekrar gözden geçirilmesini ve yazar ile editör arasındaki ritüel niteliğindeki geri dönüşleri içerir. Bu süreç bazen özenli ve kusursuz bir üsluba yol açarken, bazen de komite tarafından yazılmış izlenimi veren metinlerin ortaya çıkmasına neden olur.⁸⁸ [[88]](#footnote-88) Yargıçlar ve genç hukukçulardan oluşan ekipleri, sıkı zaman baskısı altında çalışarak görüşleri tamamlamaya, diğer Yargıçları ikna etmeye ve diğer görüşlerden gelen eleştirilere yanıt vermeye çabalarken, görüş oluşturma süreci sıklıkla, dokuz ideolojik olarak farklı meslektaşın ortak karar alma sürecinden çok, benzer nitelikteki diğer hukuk bürolarını etkilemeye ve geride bırakmaya çalışan küçük hukuk firmaları arasındaki bir rekabete benzemektedir. [1091 - 1092]

Bu dinamikler, Mahkeme'deki mevcut görüş taslağı hazırlama kültürüne ilişkin ve hukuk katiplerinin yaygınlığıyla pek az veya hiç ilgisi olmayan faktörler tarafından daha da pekiştirilmektedir. Yargıçların konferansları, geçmişteki ayrıntılı tartışmalar ve gösterişli konuşmalardan, kısa pozisyon ifadelerinin verimli bir şekilde paylaşıldığı bir forum hâline dönüşmüştür. Bunun sonucunda, konferans sonrasında çözüme kavuşturulmamış meselelerin sayısı artmıştır.⁸⁹ [[89]](#footnote-89) Büyük ölçüde, bu durum bilinçli bir tercihtir; zira Yargıçlar, açık kalan meseleleri adil bir şekilde çözeceklerine karşılıklı güven duymakta ve görüşlerin dolaşıma girmesi sürecinin aşırılıkları denetleyen bir mekanizma işlevi gördüğüne inanmaktadır. Mahkeme, danışma sürecine çok az zaman ayırarak ve her davada ortaya çıkan karmaşık doktrinsel ve yazım sorunlarını çözme işini küçük hukuk büroları gibi işleyen ekiplerine devrederek daha verimli ve hızlı çalışmayı amaçlamaktadır.

Bu alt bölümde ele alınan dinamikler, farklı davalarda farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bazen—kesinlikle düşündüklerinden daha seyrek olsa da—hukuk katipleri, bir görüşün dili, yöntemi veya kapsamı hakkında, yalnızca kendi tercihlerine ya da konferansın eğilimleri hakkındaki kör tahminlerine dayanan kararlar alabilmektedir. Diğer zamanlarda, Yargıçlar katipleriyle dava sonucuna ilişkin görüş ayrılığı yaşayabilir veya onlarla etkili bir iletişim kuramayabilir, bu da tutarsız veya bağlantısız görünen görüşlerin ortaya çıkmasına yol açabilir.⁹⁰ [[90]](#footnote-90) Bazı durumlarda, ideolojik olarak kendilerine yakın katiplerin teşvikiyle veya Mahkeme’nin görüş atama modelinin sunduğu fırsatlardan yararlanma isteğiyle Yargıçlar, iddialarını normalde taşıyacaklarından daha ileriye götürebilir ya da görüşlerinde gelecekteki davalar için zemin hazırlamak amacıyla stratejik olarak "ekmek kırıntıları" bırakabilir veya "zaman ayarlı bombalar" yerleştirebilirler.⁹¹ [[91]](#footnote-91) Diğer durumlarda ise, bir davanın sonucunun ayrıntıları üzerine önceden fikir birliği oluşturma fırsatının eksikliği, belirsiz, yetersiz teorik temellere dayanan veya muğlak bir görüşün ortaya çıkmasına neden olabilir. [1092 - 1093]

Bu makalenin amacı açısından önemli olan, hukuk katipleri, konferanslar ve görüş yazımıyla ilgili çağdaş düzenlemelerin ve uygulamaların Mahkeme’nin görüşlerinin içeriğini şekillendirme biçimlerinden ziyade, bunların gerçekten bu etkiyi yaratıyor olmasıdır. Daha spesifik olarak, bu etkilerin var olduğu ve anayasa teorisinin büyük ölçüde bu gerçeği göz ardı ettiği gerçeğidir. Anayasa teorisi, anayasal anlamdan bahsederken genellikle soyutlanmış bir anayasa yorumlama ve oluşturma sürecine odaklanır; bu süreçte, soyut yargıçlar soyut biçimde Anayasa’nın ne anlama geldiğini ve nasıl uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Anayasa teorisyenleri anayasal uygulamaları tartışmaya dahil ettiklerinde ise çerçeveleri dar kalmakta, anayasal düzenimizin geniş kapsamlı unsurlarına ve bunların anayasal tasarımın bir parçası olarak nasıl ele alınabileceğine odaklanmaktadırlar. Ancak, anayasal görüşlerin içeriğinin ne ölçüde Mahkeme’nin mevcut kadro yapısı ve görüş atama protokollerinin yarattığı güç dinamikleri, zaman baskısı ve teşvikler gibi günlük gerçeklikler tarafından şekillendirildiğini görmek için nadiren daha ayrıntılı bir incelemeye yönelmektedirler.

##### Amicus Curiae Dilekçelerinin Rolü

Son yıllarda, Yüksek Mahkeme’ye sunulan amicus curiae dilekçelerinin sayısı büyük ölçüde artmıştır; bunun nedeni, taraflar ve çıkar gruplarının bu tür dilekçelerin olası kullanım alanları ve faydaları konusunda giderek daha bilinçli hâle gelmeleridir.⁹² [[92]](#footnote-92) Günümüzde, tarafların ve avukatlarının, hangi amicus curiae dilekçelerinin kendi lehlerine faydalı olabileceği konusunda strateji geliştirmeleri ve bu tür dilekçelerin sunulması için diğer avukatlar ve kendilerine yakın çıkar gruplarıyla iş birliği yapmaları yaygın bir uygulama hâline gelmiştir.⁹³ [[93]](#footnote-93) Bunun yanı sıra, giderek artan sayıda çıkar grubu, organizasyon ve şirket, Mahkeme’nin dava takvimini bağımsız olarak takip ederek, kendi bakış açılarını sunmak veya tercihlerini belirtmek istedikleri davaları belirlemeye çalışmaktadır.⁹⁴ [[94]](#footnote-94)

Diğer akademisyenlerin de katalogladığı gibi, amicus curiae dilekçesi sunanlar farklı hedefler doğrultusunda hareket etmektedir.⁹⁵ [[95]](#footnote-95) Bazıları, Mahkeme’nin karar alma sürecine yardımcı olmak veya Mahkeme’yi belirli bir sonuca yönlendirmek amacıyla sunmak istedikleri özel bilgilere sahiptir.⁹⁶ [[96]](#footnote-96) Benzer şekilde, bazıları taraflarca göz ardı edilen ya da edilmesi muhtemel olan hukuki argümanları Mahkeme’nin dikkatine sunmayı amaçlamaktadır.⁹⁷ [[97]](#footnote-97) Diğerleri ise, belirli doktrinsel formülasyonlara veya ifadelere yönlendirme yaparak ya da Mahkeme’yi bunlardan uzaklaştırarak, bu ifadelerin ilerleyen davalar üzerindeki etkileri konusunda endişe duymaktadır.⁹⁸ [[98]](#footnote-98)

Bazılarının ise daha az maddi içeriğe dayalı hedefleri vardır. Belki de amicus curiae dilekçesi sunmanın en yaygın nedeni, Mahkeme’ye belirli kesimlerin bir davayla ilgili nasıl hissettiğini veya ne kadar güçlü bir şekilde hissettiğini bildirmektir; daha yaygın tabirle, davaya "müdahil olmak" amacı taşımaktadır.⁹⁹ [[99]](#footnote-99) Gruplar ve bireyler, amicus curiae dilekçesi sunmayı, üyelerine, meslektaşlarına veya daha geniş kamuoyuna etkilerini veya davaya olan ilgilerini göstermek için bir fırsat olarak görmektedir. Amicus curiae kampanyaları, geçici örgütlenme çalışmaları, kamu yararına faaliyet gösteren gruplar ve meslek örgütleri için bir bağış toplama aracı ve organizasyonlar veya akademisyenler arasında ittifakları ve ilişkileri pekiştirme fırsatı olarak da işlev görebilir.¹⁰⁰ [[100]](#footnote-100)

Ampirik çalışmalar ve Mahkeme’nin işleyişine dair anekdotsal gözlemler, amicus curiae dilekçelerinin genel olarak Mahkeme kararlarının sonucuna küçük ama fark edilebilir bir etki yaptığını göstermektedir.¹⁰¹ [[101]](#footnote-101) Ancak bunun ötesinde, amicus curiae dilekçelerinin yaygınlaşması, anayasal karar alma sürecinin dinamiklerini kritik ancak yeterince takdir edilmeyen şekillerde değiştirmektedir. Öncelikle, amicus curiae dilekçelerinin yükselişi ve taraflar ile çıkar grupları tarafından giderek daha sofistike bir şekilde kullanılması, Yargıçlar ve katipleri önündeki bilgi yapısını temelden dönüştürmektedir. Tarihsel olarak, Yargıçlar, kararlarının olası sonuçları ve kamuoyundaki tepkileri konusunda bir tür “balonun” içinde hareket etmişlerdir; bu durum, farklı zamanlarda hem bir erdem hem de bir kusur olarak değerlendirilmiştir. Ancak günümüzde, modern Yargıçların önünde etkileyici bir “meclis kaydı” (legislative record) bulunmaktadır. Bu kayıt, önemli bilimsel, sosyal bilimsel, tarihsel ve ekonomik arka planları detaylandırmakta; olası kararların pratik sonuçlarını değerlendirmekte; ilgili kilit kesimlerin resmi görüşlerini bildirmekte ve kamuoyunun olası kararlar karşısındaki tepkisini gözlemleyebilecekleri bir pencere sunmaktadır.¹⁰² [[102]](#footnote-102) [1094 - 1095]

Bazen, amicus curiae dilekçelerinin etkisini açıkça görmek mümkündür. Örneğin, 2003 yılında karara bağlanan önemli Michigan Üniversitesi pozitif ayrımcılık (affirmative action) davalarında,¹⁰³ [[103]](#footnote-103) Mahkeme, askeri liderler, büyük kurumsal çıkarlar ve diğer seçkin gruplar tarafından sunulan bir dizi amicus curiae dilekçesini açıkça tartışmış ve bu dilekçelerin, pozitif ayrımcılığın modern Amerikan kurumlarının düzgün işleyişi ve Amerikan ekonomisinin verimliliği açısından pratik önemine yaptığı vurgu nedeniyle büyük ölçüde etkilenmiş görünmüştür.¹⁰⁴ [[104]](#footnote-104) Benzer şekilde, *Lawrence v. Texas*¹⁰⁵ [[105]](#footnote-105) davasında, Mahkeme, tarihçiler tarafından sunulan bir amicus curiae dilekçesinden geniş ölçüde yararlanmış ve eşcinsel cinsel davranışların düzenlenmesine ilişkin tarih anlatısını benimseyerek, Mahkeme’nin daha önce *Bowers v. Hardwick* davasında sunduğu anlatıyla keskin bir tezat oluşturmuştur. Mahkeme, *Bowers*’ın tarihsel anlatımındaki iddia edilen hataları, bu kararın ilga edilmesi için bir gerekçe olarak kullanmıştır.¹⁰⁶ [[106]](#footnote-106) Daha incelikli bir örnek olarak, büyükanne ve büyükbabaların torunlarıyla görüşme hakkına ilişkin bir yasanın anayasaya uygunluğunu konu alan *Troxel v. Granville*¹⁰⁷ [[107]](#footnote-107) davasında, Mahkeme, belirgin bir yönlendirici etkisi olmayan tatmin edici olmayan bir bölünmüş karar vermiştir. Bunun nedenlerinden biri muhtemelen, geniş kapsamlı bir hükmün beklenmedik sonuçlara yol açabileceği konusunda uyarıda bulunan savunucu gruplar (özellikle eşcinsel hakları örgütleri) tarafından sunulan amicus curiae dilekçelerinin Yargıçları kararsızlığa sürüklemesidir.¹⁰⁸ [[108]](#footnote-108) [1095 - 1096]

Bu örnekler, çağdaş anayasal karar alma süreci hakkında önemli çıkarımlar sunmaktadır. Yargıçlar ve hukuk katipleri, zaman baskısı altındadır ve davalarına ilişkin temel olguları doğru belirleme ve uygulanabilir, aynı zamanda aşırı derecede popüler olmayan çözümler tasarlama konusunda gerçek bir hassasiyet taşımaktadır. Bu süreçte, önceden hazırlanmış anlatılar ve argümanlar, sosyal ve politik önemleri açıkça belirtilmiş şekilde masalarında hazır bulunmaktadır. Bu amicus curiae dilekçeleri, Mahkeme'yi etkileme potansiyeline sahiptir ve Mahkeme’nin görüşlerinde doğrudan (alıntılama veya parafraz yoluyla) ya da dolaylı olarak (bu dilekçeleri inceleyenlerin düşünce süreçlerini etkilemek suretiyle) kendine yer bulmaktadır. Hukuk katipleri ve Yargıçlar, davalarında sonucu belirleyip temel doktrinsel meseleleri amicus curiae dilekçelerine başvurmadan çözüme kavuşturmuş olsalar bile, önlerinde çeşitli gruplar tarafından sunulan politika önerileri ve özel kaygılardan oluşan bir "dilek listesi" bulunmaktadır. Üstelik, bazı gruplarla doğal bir fikir yakınlığı içinde olmaları da mümkündür. Bu kaygıları dikkate almak ve bir doktrinsel formülasyonu netleştirmek, bir meseleyi sonraya bırakmak ya da ampirik bir noktayı eklemek veya çıkarmak cezbedici bir seçenektir ve bu durum, kötü niyetli olmaktan çok uzaktır.

Anayasa teorisinin anayasal yargılamaya dair çizdiği soyut tablo, çağdaş kurumsal uygulamalar ve amicus curiae dilekçeleriyle ilgili düzenlemeleri nadiren—hatta hiçbir zaman—dikkate almaktadır. Bu durum önemli bir eksikliktir; zira bu uygulamalar ve düzenlemeler, yargısal faaliyetin doğasını doğrudan şekillendirmekte ve hâlihazırda abartılmış olan yargısal ve yasama yetkinlikleri ile erdemleri arasındaki çizgiyi aşındırmaktadır. Yargıçlar—ve en azından Yüksek Mahkeme Yargıçları—günümüzde geçmiş nesillere kıyasla çok daha kapsamlı ve yasama sürecine benzeyen bir "kayıt" (record) ile karşı karşıyadır.¹⁰⁹ [[109]](#footnote-109) Karar alma süreçleri, bu kaydı kullanmaları için kendilerine fırsatlar ve teşvikler sunmaktadır. Sonuç olarak, ortaya çıkan nihai yargısal ürün giderek daha fazla yasama metinlerine benzemekte; farklı bölümler farklı kesimlerin beklentilerini karşılamakta ve görüşler, dava taraflarının ötesinde belirgin kazananlar ve kaybedenler yaratmaktadır. Yargı yetkisinin kapsamına veya yargısal rolün doğasına ilişkin normatif tartışmalar, anayasal pratiğimizdeki bu dönüşümleri göz ardı ettiği takdirde, kaçınılmaz olarak eksik kalacaktır. [1096 - 1097]

##### Yüksek Mahkeme Görüşlerinin Aracılıkla Şekillendirilmesi

Buraya kadar bu bölüm, Yüksek Mahkeme görüşlerinin içeriğini etkileyen uygulamalar, kurumsal düzenlemeler ve normlar üzerine odaklanmıştır. Ancak yukarıda kısaca değinildiği üzere¹¹⁰ [[110]](#footnote-110)ve aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi,¹¹¹ [[111]](#footnote-111) Yüksek Mahkeme görüşleri kendi başlarına anayasa hukuku değildir. Bunlar, Anayasa’nın yazılı metninden bireyler ve daha geniş toplum için somut sonuçlara ulaşma sürecinde kritik bir ara aşamadan ne eksik ne de fazladır. Mahkeme görüşlerinin nasıl işlendiği ve yorumlandığını, bunların nasıl uygulandığını veya uygulanamadığını etkileyen uygulamalar, düzenlemeler, normlar ve düşünce alışkanlıkları, anayasal kültürümüz açısından görüşlerin oluşturulma sürecini etkileyen unsurlar kadar hayati öneme sahiptir.

Çağdaş anayasal karar alma sürecinin nadiren kabul edilen ve neredeyse hiç analiz edilmeyen bir özelliği, çoğu insanın Yüksek Mahkeme görüşlerini doğrudan deneyimlememesi, bunun yerine içeriğini farklı kaynaklar aracılığıyla edinmesidir. Bu kaynaklar arasında Mahkeme’nin merdivenlerinde yapılan karşıt basın açıklamaları, televizyon yorumcuları, politikacılar ve çıkar grupları tarafından yayımlanan basın bültenleri, gazetecilik raporları veya blog yazıları yer almaktadır.¹¹² [[112]](#footnote-112) Kamuoyundaki bireyler, her bir görüşün ne söylediği, sonuçlarının ne olduğu ve kendilerini bu konuda nasıl hissetmeleri gerektiği konusundaki algılarını, metni doğrudan inceleyerek değil; bunun yerine, aracılık eden kaynaklar tarafından düzenlenen özetler, analizler ve alıntılar üzerinden şekillendirmektedir.

Bu olgu, yalnızca ilginç (veya rahatsız edici) bir yan unsur olarak görülebilirdi, ancak iki temel neden bunu daha önemli hâle getirmektedir: bir görüşün algısının, onun uygulanması, yargısal icrası ve yasama tepkisi üzerindeki merkezi rolü ve bu gerçeğin bilinmesinin, Yüksek Mahkeme görüşlerinin biçimini ve içeriğini etkileyen geri bildirim döngüsü. İlk noktadan başlarsak, bilinçli dava tarafları ve toplumsal hareket avukatları uzun zamandır anayasal değişimin yalnızca Yüksek Mahkeme zaferleriyle değil, aynı zamanda bu kararların alt mahkeme yargıçları, seçilmiş yetkililer ve genel kamuoyu tarafından geniş anlamda anlaşılmasını, bağlayıcı olarak kabul edilmesini ve etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik eden veya zorlayan toplumsal koşulların yaratılmasını da gerektirdiğini anlamışlardır.¹¹³ [[113]](#footnote-113) Bu doğrultuda, Yüksek Mahkeme kararlarıyla yakından ilgilenen örgütler ve bireyler, en az yetmiş beş yıldır bu kararların içeriğini, sonuçlarını ve doğruluğunu kamuoyunda kontrol etmeye çalışmaktadır.¹¹⁴ [[114]](#footnote-114) Son yıllarda, bu tür uygulamalar daha yaygın hâle gelmiştir; sosyal medyanın, kablolu televizyonun ve çevrimiçi bilgi kaynaklarının çoğalması, mahkeme kararlarını yorumlayan anlatılar oluşturma ve hedeflenmiş değerlendirmeler sunma imkânlarını artırmıştır. Aynı zamanda, bu süreçler daha kurumsallaşmış hâle gelmiştir; medya kaynakları, Mahkeme’nin merdivenlerinde yapılan karşıt basın açıklamalarını ve önemli davalarda sözlü duruşmalar ile karar açıklamalarının hemen ardından ticaret grupları ve savunucu örgütlerden gelen basın açıklamalarını artık rutin olarak beklemektedir.

Son yıllarda yüksek profilli davalarda yaşanan deneyimler, bu tarihsel süreci daha da belirgin hâle getirmektedir. *Grutter v. Bollinger*¹¹⁵ [[115]](#footnote-115) davasında, Michigan Üniversitesi’nin pozitif ayrımcılık (affirmative action) politikasına ilişkin iki davadan biri olan bu olayda, karşı oy yazan Yargıçlar ve pozitif ayrımcılığa karşı olanlar, [[116]](#footnote-116) dikkatsizce hazırlanan ilk basın raporlarının da etkisiyle, kamuoyunda Yargıç O’Connor’ın görüşünde açık bir "bitiş tarihi" (sunset provision) bulunduğu ve bu nedenle pozitif ayrımcılığın yirmi beş yıl içinde anayasaya aykırı hâle geleceği yönünde bir algı oluşturmuştur. Oysa, büyük olasılıkla, O’Connor’ın görüşü, bu tür ayrıcalıkların "artık gerekli olmayacağı" yönünde bir öngörü içermektedir.¹¹⁷ [[117]](#footnote-117) Benzer şekilde, *Kelo v. City of New London*¹¹⁸ [[118]](#footnote-118)ve \*Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.\*¹¹⁹ [[119]](#footnote-119) davalarında, Mahkeme’nin kararlarına karşı çıkanlar—hem Mahkeme içinde hem de dışında—kararların içeriğine ilişkin tartışmalı anlatılar oluşturarak, kamuoyunda güçlü bir muhalefet oluşturmuş ve bu kararların etkilerini hafifletmeye yönelik yasama reformlarını teşvik etmiştir.¹²⁰ [[120]](#footnote-120) Belki de en kaygı verici olan durum, *Lawrence v. Texas*¹²¹ [[121]](#footnote-121) kararının ardından yaşanmıştır. Bu karara ve genel olarak **eşcinsel haklarına** karşı olanlar, Yargıç Kennedy’nin çoğunluk görüşündeki belirsizliklerden ve Yargıç Scalia’nın karar hakkındaki yorumlarına doğrudan yanıt vermemesinden faydalanarak, alt mahkeme yargıçlarını bu kararı son derece dar bir çerçevede yorumlamaya yönlendirmiştir. Bunun sonucunda, kararın temel ilkeleri ve dili büyük ölçüde göz ardı edilmiş ve içtihat değeri önemli ölçüde zayıflatılmıştır.¹²² [[122]](#footnote-122)

Bu örneklerin de gösterdiği gibi, Yüksek Mahkeme kararlarına ilişkin popüler anlatıları şekillendirmeye yönelik başarılı girişimler, çoğu zaman karşı oy yazan Yargıçlar tarafından desteklenmekte veya hatta doğrudan onlar tarafından teşvik edilmektedir. Bu Yargıçlar, kamuoyunun algısını, kararların uygulanmasını ve Mahkeme’nin hükümlerinin uzun vadeli geçerliliğini etkilemek amacıyla anlatılar oluşturmakta, imgeler kullanmakta ve çoğunluk görüşlerini yansıtan betimlemeler yapmaktadır. Yargıçlar, kamuoyunun ve basının dikkatini çekmek için söylemi nasıl yükselteceklerini veya imgeleri nasıl değiştireceklerini çok iyi bilmekte ve sıklıkla bu yöntemleri etkili bir şekilde kullanmaktadır.¹²³ [[123]](#footnote-123) Bu eğilim yalnızca karşı oy yazan Yargıçlarla sınırlı değildir; çoğunluk görüşünü kaleme alan Yargıçlar da Mahkeme kararlarının nasıl algılanacağını etkileme arzusu taşımakta ve bu doğrultuda kritik anlatısal ve söylemsel tercihler yapmakta ya da geniş bir kitleyi hedefleyerek hangi kaynakları alıntılayacaklarını belirlemektedir.¹²⁴ [[124]](#footnote-124) Yargıçlar tarih boyunca bu tür taktiklere başvurmuştur; örneğin, *Marbury v. Madison*¹²⁵ [[125]](#footnote-125) kararında Baş Yargıç John Marshall’ın görüşünü titizlikle şekillendirmesi veya *Brown v. Board of Education*¹²⁶ [[126]](#footnote-126) kararında Baş Yargıç Earl Warren’ın görüşünü daha sade bir anlatımla sunmayı bilinçli olarak tercih etmesi buna örnektir. Ancak, çağdaş anayasal kültürdeki değişimler, Yargıçların teşvik mekanizmalarını ve muhtemelen uygulamalarını ince bir şekilde dönüştürmüştür. En azından genel bir izlenim olarak, günümüz Mahkemesi, görüşlerinin doğrudan genel kamuoyuna değil, öncelikli olarak gazeteciler, blog yazarları, savunucular ve akademisyenler gibi çeşitli kanaat önderlerine hitap ettiğinin daha fazla farkında görünmektedir. Bu gruplar, Mahkeme’nin kararlarını kamuoyunun tüketimine uygun hâle getirerek geniş kitlelere aktarmaktadır. [1099-1100]

##### Giderek Partizanlaşan Alt Mahkeme Atama Süreçleri, İnternetin Büyümesi ve Artan Stratejik Yetkinlik

Anayasa teorisinin, anayasal karar alma kültüründeki evrimleri göz ardı ettiğinde karşılaştığı tehlikeyi belki de en iyi gösteren olay, ana akım anayasa hukukçularının Patient Protection and Affordable Care Act¹²⁷ [[127]](#footnote-127) kapsamında yer alan bireysel sağlık sigortası zorunluluğunun Kongre’nin Madde I yetkilerini aştığı yönündeki iddiayı ciddiye almaktaki başarısızlığıdır.¹²⁸ [[128]](#footnote-128) Bu itirazın duyurulmasından sonraki ilk haftalarda, ana akım anayasa hukukçuları arasında bu iddianın başarılı olma ihtimalini küçümsemeyen birini bulmak neredeyse imkânsızdı; hatta bir hukuk fakültesi, konuyla ilgili bir tartışma düzenleyemeyeceklerini çünkü karşı tarafı savunacak kimseyi bulamadıklarını açıklayarak ün kazandı.¹²⁹ [[129]](#footnote-129) Nihayetinde, bu düzenlemenin anayasaya aykırılığını güçlü bir şekilde savunan bir grup akademisyen (aşağıda tartışılacaktır) ortaya çıkmış olsa da, anayasa hukuku profesörlerinin büyük çoğunluğu bu itirazı mantıksız veya hatta gülünç olarak değerlendirmeye devam etti. Alt mahkemeler konuya ilişkin kararlarında neredeyse eşit şekilde bölündüğünde, ana akım anayasa hukukçuları bu gelişmeleri ancak kısmen dikkate aldı ve Yüksek Mahkeme’nin bu iddiayı büyük bir çoğunlukla reddedeceğini hâlâ beklemeye devam etti. Ancak Mahkeme kararını açıkladığında¹³⁰ [[130]](#footnote-130) —zorunluluğun gerçekten de Kongre’nin Ticaret Maddesi (Commerce Clause) yetkisini aştığını tespit ederek, yalnızca Vergilendirme Yetkisi (Taxing Clause) kapsamında geçerli olduğu sonucuna, son anda fikrini değiştiren Baş Yargıç’ın¹³¹ [[131]](#footnote-131) oyu sayesinde varıldığında—sözde uzmanların çoğu büyük bir yanılgı içinde olduklarını kabul etmek zorunda kaldı. [1100 - 1101]

Medya, akademi ve daha geniş siyasi çevrelerde, Mahkeme’nin bu itirazı kabul edeceğini savunan veya öngörenler, haklı olarak sözde uzmanlık alanımızdaki başarısızlığımızdan dolayı bizleri hesap vermeye çağırdılar. Eleştirilerinin merkezinde, liberal eğilimli anayasa hukuku profesörlerinin ya kasıtlı olarak mevcut anayasa hukukunu çarpıttıkları (Kongre’nin yetki iddialarını daha sıkı denetleyen son kararları yeterince dikkate almadıkları) ya da bilinçsizce kendi anayasal ve siyasi görüşlerini Mahkeme’nin görüşleriyle karıştırdıkları iddiası yer almaktaydı.¹³² [[132]](#footnote-132)

Bununla birlikte, bu makalenin metodolojisi farklı bir yorum önermektedir. Anayasa hukuku akademisi, mevcut anayasa hukukunu yanlış okumaktan ziyade, evrilen anayasal kültürümüzü yanlış okumuştur. Anayasal karar alma süreçlerimizi yöneten kurumlar ve normlar bağlamında birkaç önemli eğilim—modern anayasa teorisi tarafından kabul edilmek bir yana, neredeyse hiç dikkate alınmamış olan bu eğilimler—bu itirazın gelişebileceği toplumsal koşulları yaratmıştır.

Bu eğilimlerin başında, alt federal mahkemelere yargıç seçme ve onaylama sürecinin giderek daha partizan bir hâl alması gelmektedir. Daha yakın bir geçmişe kadar, yaklaşık kırk yıl öncesine kadar, federal temyiz ve bölge mahkemelerine yapılan atamaları siyasallaştırmayı önleyen normlar ve kurumsal düzenlemeler mevcuttu. Başkanlar, potansiyel adayları belirleme konusunda daha çok Senatörlere ve diğer seçilmiş yetkililere güvenmekteydi (özellikle Bölge Mahkemeleri için); aynı eyaletten gelen farklı partilere mensup Senatörler, uygun adayları müzakere etmek için daha yakın iş birliği yapmaktaydı; Başkanlar, adaylarını seçerken ideolojik saflıktan ziyade sadık müttefikleri ve bağışçıları ödüllendirmeye daha fazla önem vermekteydi; Senatörler ise, ideolojik nedenlerle adaylara karşı çıkmaya daha az meyilliydi.¹³³ [[133]](#footnote-133) Bu normlar ve kurumsal düzenlemeler tamamen ortadan kalkmamış olsa da zayıflamış ve bunun yerine ters yönde etkiler yaratan yeni düzenlemeler ve beklentiler eklenmiştir. Özellikle Beyaz Saray, önce 1980’lerde temyiz mahkemesi adaylarını belirleme sürecinde ve daha sonra yakın dönemde bölge mahkemesi adayları sürecinde çok daha aktif bir rol üstlenmiştir. Seçmen grupları, alt mahkemelere yapılan atamaların sonuçları konusunda daha bilinçli hâle gelmiş ve adayların hukuki ve/veya siyasi değerlerini paylaşmaları konusunda daha ısrarcı olmuştur. Ayrıca Beyaz Saray ve Senato, adayları atama ve onaylama süreçlerinde, adayların öngörülen hukuki yaklaşımlarını daha açık bir şekilde dikkate almaya başlamıştır.¹³⁴ [[134]](#footnote-134)

Mahkemelerle ilgili basın haberleri, temyiz mahkemesi atamalarındaki giderek artan partizan tonu hem yansıtmış hem de körüklemiştir. Örneğin, alt mahkemelerin kararlarını rapor ederken, sistematik olarak kararı veren yargıçların hangi Başkan tarafından atandığını belirtmek bu eğilimin bir parçası olmuştur.¹³⁵ [[135]](#footnote-135) Birçok yargıç (ve bazen akademisyenler) bu tür referansları indirgemeci olarak eleştirse de,¹³⁶ [[136]](#footnote-136) bu bilgiler, gazeteciler ve genel kamuoyu tarafından çağdaş yargı kararlarını değerlendirmede anlamlı görülen kısa bilgiler olarak algılanmaktadır. Partizan kimlikler yalnızca bireysel yargıçlara atfedilmemektedir; son birkaç on yılda, Dokuzuncu Daire (Ninth Circuit) “kontrolden çıkmış solcular” ve Dördüncü Daire (Fourth Circuit) ise “anayasal Neandertaller” olarak tasvir edilmiştir. Bu algılar, televizyon yorumcularının açıklamaları, blog yazarlarının sürekli vurgulamaları ve zaman zaman yayınlanan uzun gazetecilik analizleri aracılığıyla kamu bilincine yerleşmiştir.¹³⁷ [[137]](#footnote-137) [1102 - 1103]

Bu etkinin ağırlığı spekülasyona açık olsa da, alt mahkemelerin ve üyelerinin belirli bir partizan yönelime sahip olduğuna dair artan ilgi, Yüksek Mahkeme Yargıçlarının, diğer federal yargıçların ve hukuk katiplerinin bu mahkemelerin kararlarını nasıl algıladıklarını etkilemektedir. Yargıç seçme sürecinde partizan unsurların giderek daha güçlü bir rol oynaması ve kamuoyunun bu süreci artan bir şekilde bu çerçevede görmesi, hukuk camiasındaki bireylerin kendilerini belirli bir tarafın üyesi olarak görme eğilimini artırmaktadır. Bir kişi—bilinçli veya bilinçsiz olarak—federal yargıda müttefiklerini ve karşıtlarını belirlediğinde, bilişsel önyargılar devreye girerek bazı yargıçların veya mahkemelerin kararlarına daha fazla veya daha az ağırlık verilmesine neden olmaktadır. Ampirik çalışmalar, bu etkilerin farklı mahkemelerde farklı ve karmaşık biçimlerde ortaya çıktığını göstermiştir; ancak bu çalışmaların neredeyse tamamı bu tür önyargıların varlığını kabul etmektedir.¹³⁸ [[138]](#footnote-138) En temel düzeyde, bu partizan takım aidiyeti hissinin etkisi, Yüksek Mahkeme’nin Dokuzuncu Daire’nin (ve daha az ölçüde birkaç diğer Dairenin) kararlarını olağan dışı bir şekilde özet kararlarla bozma veya bu kararları incelemek üzere certiorari (cert) verme eğiliminde görülebilmektedir. Normalde Mahkeme’nin incelemeye değer bulmayacağı konular hakkında bile bu eğilim gözlemlenmektedir.¹³⁹ [[139]](#footnote-139)

Alt mahkemelerdeki artan partizanlık, bireysel sağlık sigortası zorunluluğuna ilişkin davanın seyrinde önemli bir rol oynamış olabilir. Alt mahkeme yargıçları, davadaki anayasal argümanları değerlendirirken, büyük ölçüde partizan bir onay sürecinden geçmiş kişiler olarak hareket etmiş ve yargı siyasetinin giderek ideolojik terimlerle tanımlandığı bir kültürde karar vermiştir. Bunun yanı sıra, dava başından sonuna kadar partizan bir kimlikle kodlanmıştı. Hem politika hem de seçim açısından, bu davanın sonuçları her iki siyasi parti için de son derece önemliydi. Davada yer alan avukatlar, akademisyenler, stratejistler ve argümanların şekillenmesine katkıda bulunan kuruluşlar belirli siyasi görüşlerle yakından ilişkilendirilmişti.¹⁴⁰ [[140]](#footnote-140) Hukuken savunulabilir argümanların her iki taraf için de mevcut olduğu bir durumda, ilk karar veren yargıçların katı partizan çizgilere göre bölünmesi şaşırtıcı değildir. Bu dinamik bir kez oluştuğunda, sonraki aşamalarda davaya bakan yargıçlara yönelik partizan sinyalleri daha da arttı. Dava Yüksek Mahkeme’ye ulaştığında, temyiz aşamasında ortaya çıkan birkaç geç istisna dışında,¹⁴¹ [[141]](#footnote-141) Mahkeme, partizan temellere dayalı olarak bölünmesi muhtemel ve çok yakın bir karar gerektiren bir meseleyle karşı karşıya kaldı.

Bu dinamikler, anayasal kültürümüzdeki diğer yeni gelişmeler olmasaydı muhtemelen etkisiz kalacaktı. Ancak, bireysel sağlık sigortası zorunluluğunun anayasaya aykırı olduğuna dair makul hukuki argümanların gelişmesine olanak sağlayan bir ortam mevcuttu. Son dönemde yapılan bazı keskin analizlerin ortaya koyduğu üzere, bu hukuki kampanya, muhafazakâr ve liberteryen düşünce kuruluşları, hukuk örgütleri ve sosyal ağlardan oluşan örtüşen bir ağ tarafından desteklenmiştir. Bu ağ, savunucuları, akademisyenleri ve politika uzmanlarını bir araya getirerek, bireysel sağlık sigortası zorunluluğunun federal yetki aşımı olduğu yönündeki sezgilerini potansiyel olarak ikna edici hukuki argümanlara dönüştürmenin yollarını tartışmalarına olanak sağlamıştır.¹⁴² [[142]](#footnote-142) Bu kampanya, özellikle elektronik iletişim ve blog yazıları aracılığıyla gerçek zamanlı olarak argüman geliştirme ve ilgili topluluklardan hızlı geri bildirim alma fırsatlarına büyük ölçüde dayanmıştır. Sol, merkez ve hatta sağ kesimden birçok geleneksel anayasa hukuku akademisyeni bu itirazı "normatif olarak boş bir içtihat slalomu"¹⁴³ [[143]](#footnote-143) olarak küçümserken, Randy Barnett gibi "yorumlayıcı girişimciler," zorunluluğun federal hükümetin "benzeri görülmemiş" bir yetki kullanımı olduğu anlatısını ve bu anlatıyı destekleyecek doktrinsel argümanları geliştirmiştir. Bu argümanlar, hem kamuoyu muhalefetini harekete geçirmeyi hem de zaten sempatik olan Yüksek Mahkeme Yargıçlarını, ulaşmak istedikleri sonuca makul bir şekilde varabileceklerine ikna etmeyi amaçlamıştır.¹⁴⁴ [[144]](#footnote-144) [1104 - 1105]

Bu olay hakkında çok daha fazla şey söylenebilir, ancak bu bölüm açısından temel nokta açıktır: Yeni normların, teknolojilerin, düzenlemelerin ve ilişkilerin ortaya çıkışı, anayasal davaların çerçevesini değiştirme potansiyeline sahiptir. Bu değişimler, olası anayasal kararların yelpazesini genişletmekte ve bu kararlar arasındaki sonuç ihtimallerini farklılaştırmaktadır. Anayasa hukukçuları ve teorisyenleri, anayasal kültürümüzü oluşturan normlardaki, uygulamalardaki ve düzenlemelerdeki değişimleri dikkate almadıkları takdirde—veya daha kötüsü, anayasal kültüre dair bir değerlendirmeyi teorilerine dahil edecek bir alan yaratmadıkları sürece—hem gelecekte anayasa hukuku gelişmelerini yanlış öngörme hem de geçmişte oluşan anayasa hukuku doktrinlerini yanlış anlama riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

Bu makaledeki birçok betimleyici nokta gibi, bu tespit de normatif bir sonuç doğurmaktadır: Anayasal kurumlar ve normlar sürekli değişim hâlinde olduğundan, çağdaş anayasal aktörlerin eylemlerini anakronistik ölçütlerle değerlendirmemek gerekir. Anayasa hukukunun önde gelen isimlerinden birçoğu, bireysel sağlık sigortası zorunluluğuna karşı alışılmadık yöntemlerle strateji geliştiren ve mevcut içtihatların bu itirazı geçersiz kıldığı yönündeki güçlü mesleki mutabakata rağmen savunularını ısrarla sürdüren akademisyenlerin ve avukatların davranışlarını eleştirel bir gözle değerlendirmiştir (veya bu yeni argümanları kabul eden yargıçların tutumlarını sorgulamıştır).¹⁴⁵ [[145]](#footnote-145) Ancak, bu tür eleştirilerde bulunurken genellikle, yargıçların rolü, anayasal dava süreçlerinin doğası ve doktrinin yapısı hakkında—belirli bir döneme özgü ve belki de Amerikan deneyimiyle geniş ölçüde örtüşen, ancak ne zamansız ne de tartışmasız olan—fikirlerden hareket etmişlerdir. Akademisyenler, bu alt bölümde tanımlanan kültürel değişimlerin arzu edilirliği konusunda yapıcı bir tartışmaya girişebilir ve girişmelidir de. Ancak bunu yaparken, bu değişimleri kendi koşulları çerçevesinde anlamaya ve tartışmaya çalışmalı, onları yalnızca varsayılan ancak temelde geçici bir anayasal yapı ile tutarsız oldukları gerekçesiyle reddetmemelidirler. [1105 - 1106]

## ANAYASAL KÜLTÜR

Bu makale, çağdaş anayasa teorisinin anayasal uygulamaları ele alış biçimine ilişkin iki temel eleştiri ortaya koymuştur. Bölüm I’de, bazı teorisyenlerin en bilinen anayasal uygulamalarımızın ve düzenlemelerimizin kalıcı veya doğası gereği var olan bir anayasal “yapıyı” yansıttığı varsayımına karşı şüpheyle yaklaştım. Aksine, birçok anayasal özelliğin aslında geçici unsurların, tarihsel rastlantıların ve günümüzde de devam eden açık tartışmaların ürünü olduğunu gösterdim.¹⁴⁶ [[146]](#footnote-146) Bölüm II’de, anayasa teorisinin, daha yeni, daha karmaşık veya daha tartışmalı anayasal uygulamaların ve düzenlemelerin önemini göz ardı etme veya hafife alma eğilimine yönelik benzer bir eleştiri sundum. Bu bölümde, söz konusu unsurların aslında anayasa hukuku yapım sürecinde önemli bir rol oynadığını ortaya koydum.¹⁴⁷ [[147]](#footnote-147)

Bu bölüm, eleştiriden kuramsal inşaya geçerek, anayasa teorisyenleri ve genel olarak anayasal yorumcuların çağdaş anayasal düzenlemeleri, uygulamaları ve normları inceleyebileceği, analiz edebileceği ve eleştirebileceği bir çerçeve sunmaktadır. Bu çerçevenin başlangıç noktası, Bölüm I’de ele alınan uygulamalar, düzenlemeler ve normlarla Bölüm II’de tartışılanlar arasında analitik veya kavramsal açıdan önemli bir fark bulunmadığı inancıdır. Her iki durumda da, incelenen unsurlar anayasal karar alma rejimimizin tarihsel olarak rastlantısal ancak son derece önemli özellikleridir ve birlikte ele alınmaları teorik olarak faydalı olabilir. En basit hâliyle, sunduğum çerçeve, ister eski ister yeni, ister yerleşik ister geçici, ister olumlu ister sorunlu olsun, tüm bu unsurların bir \*\*“anayasal kültür”\*\*ün parçaları olarak düşünülmesi gerektiğini öne sürmektedir. [1106 - 1107]

Bölüm III.A’da, bu terime içerik kazandırarak, bu özel kurgu ile ortaya koymak istediğim fikirleri açıklıyorum. Bölüm III.B’de ise, kullandığım terminolojiyi savunarak, “anayasal kültür” terimini nasıl kullandığımın, benzer bir kavramı daha önce benimsemiş diğer akademisyenlerin kullanımından nasıl farklılaştığını ve—önceki kullanımlara rağmen—bu terimi diğer olası alternatiflere tercih etme nedenlerimi açıklıyorum. Son olarak, Bölüm III.C’de, “anayasal kültür” şemsiyesi altına alınabilecek farklı anayasal uygulamaların kavramsal bir haritasını sunuyorum.

###### İçerik ve Temalar

Anayasal kültür, Anayasa'nın kelimelerinin somut sonuçlara dönüştüğü kara kutudur. Anayasal soruların nasıl formüle edildiğini, hangi argümanların dikkate alındığını, uyuşmazlıkların nasıl işlendiğini ve nasıl çözüldüğünü belirleyen, birbirine bağlı uygulamalar, kurumsal düzenlemeler, normlar ve düşünce alışkanlıklarından oluşan bir sistemdir. Tanımı gereği, geniş kapsamlı ve kaygan bir yapıya sahiptir.

Anayasal karar alma süreçlerini anayasal kültür merceğinden incelemek, fiilen, bu süreçlerin nasıl geliştiği ve birbirleriyle nasıl etkileşime girdiğine dair bir dizi varsayımı kabul etmek anlamına gelir. İlk olarak, anayasal kültür kavramı, anayasal karar alma süreçlerini yöneten düzenlemelerin zaman ve mekâna özgü olduğunu ima eder. Bu makalenin ilk iki bölümünde ortaya konduğu gibi, anayasal normlarımız ve uygulamalarımız sürekli değişim hâlindedir; halkın değişen tercihlerini, beklentilerini, umutlarını ve korkularını daha iyi yansıtacak şekilde uyarlanmakta ve dönüşmektedir.¹⁴⁸ [[148]](#footnote-148) Bu nedenle, anayasa hukuku oluşturma süreçlerine ilişkin sorulara verilecek doğru yanıtlar doğası gereği zamana bağlıdır.

Bu özelliğine rağmen, anayasal kültürümüzün içeriği en az iki açıdan derinlemesine tarihsel bir bağlama sahiptir. İlk olarak, mevcut anayasal düzenlemeler ve normlar, belirli tarihsel olayların, hareketlerin, kararların ve uyarlamaların sonucudur. Modern yapılarımızın evrimini, genellikle bu yapıların ortaya çıkışını tetikleyen olaylara veya bunların benimsenmesini savunan daha geniş kültürel hareketlere referans vererek açıklayabiliriz.¹⁴⁹ [[149]](#footnote-149) İkinci olarak, anayasal kültür nominaldir; yani, herhangi bir anda belirli bir biçimde var olmasının nedeni, tarihin belirli bir seyir izlemiş olmasıdır. Eğer tarih farklı bir şekilde gelişmiş olsaydı, anayasal kültürümüz de en azından bir nebze, hatta çoğu durumda büyük ölçüde farklı olabilirdi. Başka milyonlarca alternatif dünyada, anayasal kültürümüz farklı biçimler alabilirdi.

İkinci olarak, anayasal kültürümüzün birçok unsuru derinlemesine kökleşmiştir; bazı durumlarda bu unsurlar tarihimize o kadar sıkı bir şekilde bağlanmıştır ki alternatifleri ya tamamen görünmez hâle gelmiş ya da ancak marjinal düzeyde fark edilebilir olmuştur. Kurumsal düzenlemeler, uygulamalar ve düşünce alışkanlıklarının tarihsel olarak rastlantısal ve evrimsel olması, bunların her an esnek veya açık bir normatif tartışmaya konu olacak nitelikte algılandığı anlamına gelmez. Aksine, anayasal kurumlarımızın ve uygulamalarımızın tarihsel uyum sürecinin bir sonucu olması, genellikle bunların kalıcı olduğu yanılsamasını güçlendirmektedir. Bu yanılsama, ya mevcut neslin değerleri ve varsayımlarıyla çok uyumlu oldukları için ya da zorlu bir süreç sonucunda elde edilmiş bilgelik ürünü gibi göründükleri için ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁰ [[150]](#footnote-150)

Anayasal kurumları, uygulamaları ve normları bir tür kültür olarak düşünmek, bunların rasyonel argümanlarla değiştirilmeye açık olduğunu ancak aynı zamanda daha derin, içgüdüsel ve şekillenmemiş bağlılıkları da yansıttığını ortaya koymaktadır. Anayasal karar alma süreçlerimizi iyileştirmek için belirli önerileri tanıyabilir ve tartışabiliriz. Örneğin, yargıçların eğitimiyle ilgili normları değiştirmek,¹⁵¹ [[151]](#footnote-151) amicus curiae dilekçelerinin kullanımını sınırlamak,¹⁵² [[152]](#footnote-152) veya anayasal yorum algoritmamızı belirli argümantasyon biçimlerine öncelik verecek şekilde değiştirmek gibi öneriler değerlendirilebilir.¹⁵³ [[153]](#footnote-153) Ancak bu tartışmaları boşlukta gerçekleştirmiyoruz; tam aksine, bu tür tartışmalara belirli bir değerler sistemi ve önemli olan, mümkün olan ve dünyanın gerçekte nasıl işlediği hakkındaki içgüdüsel varsayımlarımız çerçevesinde giriyoruz. Bu derin bağlılıklar—yani dünyaya bakış açımız—kullandığımız kelime dağarcığını, dikkate aldığımız argümanları ve algıladığımız ya da göz ardı ettiğimiz meseleleri şekillendirmektedir.

Ayrıca, anayasal kültür kavramı, fikirsel yapılarımız ile daha somut kurumsal düzenlemelerimiz arasındaki karşılıklı ilişkileri vurgulamaktadır. Kültürel tarih, entelektüel tarih ile toplumsal tarih arasında nasıl bir köprü görevi görüyorsa,¹⁵⁴ [[154]](#footnote-154) anayasal kültürün analizi de doktrinsel yaklaşımlar ile kurumsal yaklaşımlar arasında bir köprü işlevi görebilir. Anayasal kültür kavramı, bu hedefi kısmen, hem doktrinel testleri ve yorumlama stratejilerini (bir yandan) hem de mahkeme takvimlerini ve hukuk katibi istihdam uygulamalarını (diğer yandan) kültürel ürünler olarak tanımlayarak gerçekleştirmektedir. Bunun yanı sıra, bu kavram, belli başlı doktrinel formülasyonlara ve belirli kurumsal düzenlemelere karşı gösterdiğimiz kabul edilebilirliği etkileyen şekillenmemiş varsayımlar ve yeterince teorize edilmemiş tutumlar üzerine odaklanarak doktriner ve kurumsal analizler arasındaki ayrımı daha da zayıflatmaktadır.

Son olarak, anayasal karar alma sürecimizi bir kültür sistemi olarak ele almak, hem geleneksel olarak saygı gören hem de yeni ortaya çıkan uygulamaları ve normları benzer şekilde ve birbirleriyle bağlantılı olarak tartışmamıza olanak tanır. Kültürel tarihçiler, hem yüksek kültür hem de popüler kültür unsurlarını inceler,¹⁵⁵ [[155]](#footnote-155) bunlardan içgörüler elde eder ve sıklıkla aralarındaki bağlantıları ortaya koyar. Anayasal kültür çalışmaları da aynı yaklaşımı benimsemelidir. Eğer amacımız, anayasa hukukunun belirli bir zaman ve mekânda nasıl ve neden şekillendiğini anlamaksa, karşılaştığımız kurumları, uygulamaları, normları ve düşünce alışkanlıklarını sorgulamalı, hem sembolik hem de pratik önemlerini değerlendirerek, bunların ne kadar eski olduğu veya ahlaki açıdan nasıl algılandığına takılmadan analiz etmeliyiz. [1109 - 1110]

###### Terminoloji (Nomenclature)

“Anayasal kültür” (constitutional culture), hukuk akademik literatüründe oldukça yaygın bir terim olup, yaygın olarak erişilebilen makalelerde binin üzerinde kez geçmektedir.¹⁵⁶ [[156]](#footnote-156) Bu terimin sıklıkla kullanılmasına rağmen—ya da belki de bu sebeple—tek bir tutarlı veya baskın anlamı bulunmamaktadır. Bu terimi kullanan makalelerin önemli bir kısmı, anayasal fikirler ve mahkemeler dışındaki hareketleri ifade etmek için kullanmakta ve “anayasa hukuku” (constitutional law) ile “anayasal kültür” (constitutional culture) arasında bir ikilik oluşturmaktadır.¹⁵⁷ [[157]](#footnote-157) Başka bir önemli grup makale ise, özellikle fakat yalnızca uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında değil, “anayasal kültür” kavramını anayasal demokrasinin gelişmesi için gerekli kurumsal ve tutumsal önkoşulları ifade etmek için kullanmaktadır.¹⁵⁸ [[158]](#footnote-158) Bazı diğer makaleler ise bu ifadeyi daha gelişigüzel bir şekilde, Anayasa hakkındaki genel fikirleri veya anayasal içtihattaki eğilimleri tanımlamak için kullanmaktadır.¹⁵⁹ [[159]](#footnote-159)

Yukarıdaki bölümün de gösterdiği gibi, ben “anayasal kültür” (constitutional culture) terimini çoğu yazardan biraz farklı bir şekilde kullanmaktayım. Öncelikle, benim anayasal kültür anlayışım kesin bir anlam taşımakta olup, belirsiz bir ruh haline (zeitgeist) veya anayasa hakkında yeterince somut olmadığı için anayasal argüman olarak sınıflandırılamayan bir dizi fikre değil, geniş ancak belirli bir dizi somut unsura atıfta bulunmaktadır. Dahası, odak noktam bir anayasal sistemin kültürel önkoşulları değil, anayasal sistemin unsurlarıdır. Son olarak, benim “anayasal kültür” anlayışım, yalnızca yargı sisteminin dışındaki aktörlerin düşünce alışkanlıkları ve kurumsal tepkileriyle sınırlı olmayıp, yargı sistemi içindeki aktörlerin davranışlarını şekillendiren düşünce alışkanlıkları ve kurumsal düzenlemeleri de kapsayacak kadar geniş bir çerçeveye sahiptir.

“Anayasal kültür” (constitutional culture) terimi üzerindeki belirgin tartışmalara rağmen, anayasa hukukunun oluşturulduğu tarihsel olarak değişken kurumlar, uygulamalar ve düşünce alışkanlıklarını tanımlamak için en uygun kavram olmaya devam ettiğine inanmak için birçok neden bulunmaktadır. Öncelikle, bu kurum ve normları bir kültür biçimi olarak ele almak, bunları haritalamak veya kuramsallaştırmakla görevli olanların, özellikle tarihçilerin, antropologların ve edebiyat kuramcılarının çalışmaları başta olmak üzere, “kültür” üzerine zengin sosyal bilimler literatüründen yararlanmalarına olanak tanımaktadır.¹⁶⁰ [[160]](#footnote-160) Anayasa teorisinin belirli bir sosyal bilimcinin çerçevesini benimsemesini veya kültürel biçimlerin doğası ve evrimi hakkında süregelen disiplinler arası tartışmalarda belirli bir görüşü savunmasını önermemekle birlikte,¹⁶¹ [[161]](#footnote-161) kültürün merkeziliği ve tanımlayıcı özellikleri konusundaki anlayışım, çeşitli disiplinlerde uzun yıllar boyunca yaptığım okumalar üzerine kuruludur. Bu disiplinlerin her biri, çağdaş anayasal karar alma sürecimizi şekillendiren karmaşık düzenlemeler, kurumlar ve normlar bütününü çözümlemekte yol gösterici olmaktadır.

İkinci olarak, “kültür” (culture) terimi, yukarıda açıklanan ikilikleri en iyi şekilde yansıtmakta olup, bu ikilikler anayasal karar alma kurumlarımızın temel belirleyici unsurlarıdır. Bu makalenin ilk iki bölümünde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, anayasal hukuk yapma sistemimizin her önemli özelliği (1) tarihimize derinlemesine kök salmış olmakla birlikte olumsal (contingent) ve evrimsel bir niteliğe sahiptir; (2) belirli bir düzeyde entelektüel tartışmaya konu olmakla birlikte, aynı zamanda daha belirsiz bağlılıkları ve varsayımları yansıtmaktadır; ve (3) karmaşık ve birbirini destekleyen bir dizi diğer düzenleme ve norma dayanmaktadır. Bu makaleyi kaleme alırken zaman zaman yöneldiğim tüm diğer kavramsal çerçeveler de dâhil olmak üzere, önerilebilecek neredeyse her başka terim bu unsurların bazı önemli yönlerini göz ardı etmektedir. En basit örneği ele alacak olursak, anayasa kuramcılarının bu unsurların çoğunu anayasal “yapı” (structure) olarak tanımlama kararı, bazı düzenlemelerimizin istikrarı ve kalıcılığına gereğinden fazla vurgu yapılmasına ve belirli bir eşiği karşılamayan düzenlemelerin göz ardı edilmesine yol açmıştır. Benzer şekilde, anayasal kültürün geniş alanını anayasal “kurumlar” (institutions) veya “uygulamalar” (practices) çerçevesinde tanımlamaya yönelik bir girişim, kültürün yapısal olmaktan ziyade düşünsel (ideational) olan temel yönlerini önemsizleştirmektedir. Anayasal bir “süreç” (process) veya “karar alma süreci” (decisionmaking process) kavramı ise, anayasal yaşamımızın günlük karmaşık gerçekliğini tam olarak yansıtmayan bir resmiyet, düzenlilik, tutarlılık ve kasıtlılık düzeyini ima etmektedir. Dahası, bu alternatif ifadelerin hiçbiri, anayasal düzenlemelerimizin, uygulamalarımızın ve normlarımızın, belirli bir anda kim olduğumuza dair temel gerçekleri hangi ölçüde yansıttığını tam anlamıyla ifade edememektedir. [1111 - 1112]

###### Anayasal Kültürün İçeriği: Kavramsal Bir Harita

Yukarıda tanımlandığı üzere, anayasal kültürümüz, Anayasa’nın kelimelerinden somut sonuçlara nasıl ulaşıldığını belirleyen kurumsal düzenlemeler, uygulamalar, normlar, düşünce alışkanlıkları ve diğer çeşitli unsurlar bütünüdür.¹⁶² [[162]](#footnote-162) Bu unsurlar, zamanlamaları ve konumları temelinde çeşitli kategorilere ayrılarak verimli bir şekilde tasnif edilebilir.¹⁶³ [[163]](#footnote-163)

* Mahkemelerin Yapısını ve Personelini Belirleyen Unsurlar: Mahkemelerin tasarımı ve bu mahkemelere kimlerin atanacağına ilişkin tercihler, anayasal kültürün etkili düzenlemeleri ve normlarından bir grubunu oluşturmaktadır. Bu kategoriye dâhil olan kültürel unsurlar arasında, Yüksek Mahkeme’nin büyüklüğü; alt federal mahkemelerin varlığı, büyüklüğü ve konumu; yargıç olarak kimin atanıp onaylanacağını belirleyen kurallar ve normlar; diğer hukuk profesyonellerinin (örneğin, hukuk kâtipleri veya personel avukatları) istihdam edilip edilmeyeceği kararı ve bunların seçimi için kullanılan mekanizmalar yer almaktadır.
* Yargısal Denetim İçin Hangi Meselelerin Sunulacağını ve Bunların Nasıl Çerçeveleneceğini Belirleyen Unsurlar: Anayasal kültürün etkili norm ve uygulamalarından bir diğer grubu, toplumsal huzursuzluğun somut anayasal iddialara dönüştürülmesi ve bu iddiaların yargısal denetim için şekillendirilmesi süreciyle ilgilidir. Bu kategori, mahkemelerin diğer devlet organlarıyla olan uygun ilişkisine ve hangi tür uyuşmazlıkların anayasal dava yoluyla çözüme kavuşturulmasının uygun olduğuna dair normları ve düşünce alışkanlıklarını; belirli iddiaların mahkemeler önüne getirilme maliyetini ve kolaylığını belirleyen kurallar ve mesleki uygulamaları; bireylerin veya grupların yeni ve yaratıcı anayasal argümanlar geliştirmesini ve test etmesini kolaylaştıran ya da zorlaştıran kurumsal düzenlemeleri ve teknolojik gelişmeleri; ve anayasal düşünceyi belirli yönlere yönlendiren doktrinsel yapıları ve düşünce alışkanlıklarını içermektedir. [1112 – 1113]
* Mahkemelerin Bu Meseleleri Nasıl İnceleyeceğini ve Karara Bağlayacağını Belirleyen Unsurlar: Anayasal kültürün etkili unsurlarından üçüncü ve özellikle geniş bir kategori, yargı organlarının uyuşmazlıkları ele alması, bunları karara bağlaması ve belirli bir yargısal yanıt üretmesi sürecini içermektedir. Bu kategori, davaların sunulması ve savunulması için geçerli olan normları, uygulamaları ve düzenlemeleri; mahkemelerin yazılı karar üretip üretmeyeceğini, ne zaman ve nasıl üreteceğini belirleyen kuralları, uygulamaları ve normları; karar yazarlarının seçeneklerini algılama biçimini ve bu seçenekler arasında yapacakları tercihleri şekillendiren normları ve düşünce alışkanlıklarını; ayrıca, hâkimlerin farklı türdeki iddialara, argümanlara ve davacılara karşı duyarlılığını belirleyen kurumsal ve siyasi düzenlemeleri kapsamaktadır.
* Mahkeme Dışındaki Aktörlerin Yargı Kararlarını Nasıl Değerlendireceğini ve Bunlara Nasıl Tepki Vereceğini (veya Anayasal Normları Bağımsız Olarak Nasıl Takip Edeceğini) Belirleyen Unsurlar: Anayasal kültürümüzün dördüncü büyük kategorisi, yargı kararlarının yargı dışı yorumlanması, uygulanması ve bu kararlara karşı direniş gösterilmesi süreçlerini içermektedir. Bu kategori, ilgili kesimlerin ve genel kamuoyunun yargı kararlarının içeriğinden nasıl haberdar olduğunu belirleyen mekanizmaları; bu kararların popüler algısını şekillendirme yetisine sahip diğer kurumsal aktörlerin niteliğini ve yaygınlığını; ayrıca, diğer siyasi ve toplumsal aktörlerin yargı kararlarına uymak zorunda hissedip hissetmeyeceğini ve bunu başarıyla gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini belirleyen normları ve düzenlemeleri kapsamaktadır.¹⁶⁴ [[164]](#footnote-164) Aynı zamanda, bireylerin ve grupların anayasal motivasyonlarla yargı dışı alanlarda hedeflerine ne sıklıkla ve hangi yöntemlerle ulaşmaya çalıştığını belirleyen normları ve düzenlemeleri içeren bir alt veya paralel kategori de bu çerçevede yer almaktadır.¹⁶⁵ [[165]](#footnote-165)

## YENİ BİR PARADİGMAYA DOĞRU?

Önceki bölümlerde, anayasa teorisinin çoğu zaman anayasal uygulamayı yanıltıcı ve faydasız bir şekilde ele aldığını savundum¹⁶⁶ [[166]](#footnote-166) ve ortak teorik çabamızın, teorik olarak zengin bir anayasal kültür kavramının geliştirilip kullanılmasıyla güçlendirilebileceğini ileri sürdüm.¹⁶⁷ [[167]](#footnote-167) Bu bölümde, bu projenin kolektif yönüne vurgu yaparak, öncelikle anayasal kültürün kolektif anlayışını ilerletebilecek akademik çalışmaların türlerine örnekler sunmakta, ardından anayasal kültür yaklaşımıyla uyumlu yöntemler kullanan veya bu doğrultuda sorulara eğilen çeşitli çağdaş eserleri ele alıp tartışmaktayım.

1. **Bir Entelektüel Gündem**

Çağdaş anayasal kültürümüzün dinamiklerini anlamamıza katkıda bulunabilecek çok çeşitli çalışmalar hayal edilebilir. Bu çalışmaların büyük bir kısmı betimleyicidir. Makro düzeyde, antropoloji ve kültürel tarih disiplinlerinin araçlarını kullanarak anayasal kültürümüzü veya onun belirli önemli yönlerini (örneğin, Yüksek Mahkeme'nin karar alma süreçlerini) ayrıntılı ve nüanslı bir şekilde haritalayan, kitap uzunluğunda çalışmalar büyük fayda sağlayacaktır. Bu tür çalışmalar açıkça tarihsel olabilir ve zaman içindeki değişime odaklanabilir ya da doğrudan günümüze yönelerek çağdaş kurumların çok katmanlı portrelerini çizmeyi tercih edebilir. Ancak özünde, bu projeler kapsamlı olmayı hedefleyerek, çağdaş anayasa hukukunun oluşumunu şekillendiren ve yönlendiren çeşitli normları, düzenlemeleri, uygulamaları ve düşünce alışkanlıklarını kataloglamaya çalışacaktır. Aynı zamanda, yalnızca bu unsurların varlığını haritalamakla kalmayıp, bunların birbirlerini nasıl güçlendirdiğine veya zayıflattığına ve ortak entelektüel ve kültürel köklerine nasıl dayandığına dair ince bağlantılara da dikkat edecektir.

Mikro düzeyde, belirli kurumsal düzenlemeleri (örneğin, *amicus curiae* görüşlerinin artışı, karar yazımı protokollerindeki değişimler veya federal yargıçlar için uygun niteliklere ilişkin normlardaki dönüşümler) evrimleşen kültürel biçimler olarak inceleyen çeşitli betimleyici projeler tasavvur edilebilir. Bu projeler, söz konusu düzenlemelerin neden tam da bu dönemde ortaya çıktığını ve anayasal karar alma süreçlerimizin içeriği üzerindeki etkilerini ve sonuçlarını analiz edebilir. Ayrıca, belirli davaları, meseleleri veya temaları anayasal kültürün “bölümleri” olarak ele alarak, bu davaların seyrini yönlendiren, meselelere ilişkin etkileşimimizin çerçevesini çizen veya belirli bir temanın öne çıkmasını açıklayan kurumsal düzenlemeleri, normları ve unsurları çözümleyen projeler de tanımlanabilir. Bu perspektiften hareketle, *Lawrence*¹⁶⁸ [[168]](#footnote-168), *Kelo*¹⁶⁹ [[169]](#footnote-169) veya sağlık hizmetlerine ilişkin davalar¹⁷⁰ [[170]](#footnote-170) üzerine kapsamlı çalışmalar hayal edilebilir; 11 Eylül sonrası dönemde Anayasa ve terörle mücadeleye yaklaşımımız incelenebilir; ya da Yüksek Mahkeme’nin modern dönemde dava yoluyla hak arayışına karşı gösterdiği mesafe araştırılabilir.¹⁷¹ [[171]](#footnote-171) Bu tür çalışmalar, bağımsız olarak değerli bilgiler sunmanın yanı sıra, çağdaş anayasal karar alma süreçlerine ilişkin vaka incelemeleri olarak da işlev görecektir. [1114 - 1115]

Anayasal kültür perspektifi aynı zamanda değerlendirmeye ve normatif analizlere dayalı bir gündemi de önermektedir. Özellikle, bu makalenin içgörülerini benimseyen, kurumlarımızın ve normlarımızın olumsal (contingent) ve evrimsel doğasını kabul eden ve analizlerine hukuk kâtiplerinin yükselişi, *amicus curiae* görüşlerinin değişen rolü ve Yüksek Mahkeme kararlarının kamuoyuna sunumunda televizyon yorumcuları ve basın açıklamalarının artan önemi gibi güncel gelişmeleri entegre eden anayasa teorisi çalışmaları büyük bir fayda sağlayacaktır. Böyle çalışmalar, anayasa hukukunun ideal bir dünyada ya da tarihsel deneyimimizden soyutlanmış bir çerçevede değil, günümüzün gerçek dünyasında nasıl şekillendiğini açık bir şekilde değerlendirecektir. Anayasal kültürümüze farklı perspektiflerden yaklaşan akademisyenlerin oldukça farklı normatif ve değerlendirmeye dayalı sonuçlara ulaşması muhtemeldir. Örneğin, internetin yükselişi, artan partizanlık, hukuk kâtiplerinin büyüyen etkisi ve anayasal içeriğin televizyon yorumcuları aracılığıyla yaygın bir şekilde filtrelenmesi gibi olgulara odaklanan ve yargının belirgin rolünü haklı kılan unsurları zayıflattığını savunan sert bir eleştiri düşünülebilir. Öte yandan, mevcut anayasal kültürümüzü tutkuyla savunan ve kurumlarımızın ve uygulamalarımızın daha temsili ve katılımcı hale gelecek şekilde evrildiğini ileri süren, böylece geleneksel karşı çoğunlukçu (countermajoritarian) eleştiriyi zayıflatan bir değerlendirme de yapılabilir.

1. **Gelişmekte Olan Bir Literatür**

Her ne kadar entelektüel bir gündemi gelecekte yapılacak çalışmaları dikkate alarak ortaya koyuyorsam da, anayasal teori projesiyle ortak etkilere ve içgörülere sahip olan ve hâlihazırda gelişmekte bulunan bir literatür de mevcuttur. Makro düzeyde, pozitif siyaset teorisinin derslerinin anayasal teorisyenler tarafından dikkate alınmasını tekrar tekrar teşvik eden Barry Friedman’ın;¹⁷² [[172]](#footnote-172) yargıçların kararlarını aldığı kurumlara ve normlara özel önem atfeden bir anayasal karar alma anlatısı sunan Richard Fallon’ın;¹⁷³ [[173]](#footnote-173) ya da yargının daha açık bir şekilde siyasi bir nitelik taşımasını savunan çeşitli teorisyenlerin çalışmaları incelenebilir.¹⁷⁴ [[174]](#footnote-174) Daha mikro düzeyde ise, Josh Blackman’ın sağlık hizmetlerine ilişkin dava üzerine yazdığı kitap, davanın seyrini şekillendiren yakın tarihli birçok kültürel yeniliğe odaklanırken,¹⁷⁵ [[175]](#footnote-175) başka akademisyenler de *amicus curiae* görüşlerinin değişen rolü,¹⁷⁶ [[176]](#footnote-176) hukuk kâtiplerinin etkisi¹⁷⁷ [[177]](#footnote-177) veya Yüksek Mahkeme avukatları alanının yeniden uzmanlaşması¹⁷⁸ [[178]](#footnote-178) gibi belirli anayasal uygulamalar ve kurumlar üzerine ikna edici ve ayrıntılı çalışmalar ortaya koymuştur. Daha soyut bir düzlemde ise, anayasal kültür perspektifi, anayasal yorumlamayı soyut bir entelektüel faaliyet olarak tasvir etmek yerine siyasi mücadele, kültürel adaptasyon ve hatta açık güç kullanımının bir alanı olarak gören ve anayasa teorisyenlerinin bu konudaki çabalarına meydan okuyan Derrick Bell gibi eleştirel yaklaşıma sahip akademisyenlerin projeleriyle de ortak bir ruhu paylaşmaktadır.¹⁷⁹ [[179]](#footnote-179) [1115 - 1116]

Bir anayasa hukukçusunun kısa süre önce *Harvard Law Review*’de belirttiği gibi, son yıllarda genel olarak anayasal gelişmelerin daha geniş kültürel dinamikleri yansıttığını vurgulayan akademik çalışmaların çoğaldığı gözlemlenmektedir.¹⁸⁰ [[180]](#footnote-180) Bu çalışmalar¹⁸¹ [[181]](#footnote-181) farklı biçimlerde olup, farklı metodolojiler benimsemekte ve çeşitli normatif gündemler öne sürmektedir. Ancak ortak noktaları, anayasa hukukunun oluşturulma sürecinin belirli bir zaman ve mekâna özgü kültürel akıntılarla derin bir şekilde iç içe geçtiğine dair paylaştıkları temel inançtır.¹⁸² [[182]](#footnote-182) [1116 – 1117 ]

Bu kültürel dönüşü besleyen entelektüel güçler son derece çeşitlidir. Anayasa hukuku üzerine bu bakış açısıyla yazan birçok akademisyen tarihsel eğitim almış olup, bu nedenle kültürel bağlantıları belirlemeye ve anayasal evrimin nominal ve olumsal (contingent) yönlerini kavramaya yatkındır.¹⁸³ [[183]](#footnote-183) Oldukça fazla sayıda akademisyen, anayasa hukukunu siyasi mücadele ve olumsal deneyim alanı olarak kavramsallaştıran Derrick Bell ve diğer erken dönem eleştirel ırk kuramcılarının çalışmalarından açıkça ilham almaktadır.¹⁸⁴ [[184]](#footnote-184) Diğerleri ise, pozitif siyaset teorisinin sunduğu derslere duydukları ilgi ve anayasa teorisinin bu literatürü dikkate almaya yanaşmamasının neden olduğu betimleyici yanlışlıklara yönelik kaygıları nedeniyle bu yönde bir yaklaşıma yönelmiştir.¹⁸⁵ [[185]](#footnote-185)

Günümüz olayları da anayasa hukukunu olumsal (contingent) ve kültürel terimlerle düşünme eğilimini teşvik etmiştir. Anayasal hukuk yapımının dinamiklerine dair en ilginç ve yaratıcı çağdaş düşüncelerden bazıları, eşcinsel evlilik,¹⁸⁶ [[186]](#footnote-186) din özgürlüğü,¹⁸⁷ [[187]](#footnote-187) Kongre’nin yetkilerinin kapsamı¹⁸⁸ [[188]](#footnote-188)ve İkinci Değişiklik¹⁸⁹ [[189]](#footnote-189) gibi alanlarda anayasal değişimin hızını açıklamayı amaçlayan akademik projelerden doğmuştur. Benzer ancak daha az dramatik bir şekilde, toplumumuzun Yüksek Mahkeme’nin işleyişi ve müzakere süreçlerinin ayrıntılarına artan ilgisi, yukarıda bahsedilen belirli anayasal uygulamalara yönelik ayrıntılı ve titiz betimlemelerin gelişmesinde merkezi bir rol oynamıştır.¹⁹⁰ [[190]](#footnote-190) [1117 - 1118]

Özgüncülüğün (originalism) anayasal tartışmalarımızı şekillendirmedeki merkezi rolü, anayasal kültürümüzün sınırlarını haritalandırmaya yönelik akademik çalışmaları teşvik etmede yeterince takdir edilmeyen ve bir ölçüde ironik bir işlev görmüştür. Tarihsel uygulamalar ve anayasal tasarım hakkında argümanları anlamak ve harekete geçirmek yetisi, günümüzde hem anayasa teorisi hem de maddi anayasa hukuku tartışmalarına katılım için bir *sine qua non* haline geldiğinden,¹⁹¹ [[191]](#footnote-191) ideolojik yelpazenin her kesiminden akademisyenler, anayasal kurumlarımızı keşfetme, farklı dönemleri karakterize eden anayasal uygulamaları ve varsayımları anlama ve anayasal değişimi yönlendiren dinamikleri ve araçları belirleme konusunda daha yetkin hale gelmiştir. Siyasi yelpazenin her tarafında, bu yöntemlere hâkim olan ve biriktirdikleri bilgiyle donanmış akademisyenler, anayasal uygulamalarımıza ve tarihsel olarak değişken geleneklerimize dair kritik ayrıntıları tamamlayan önemli çalışmalar üretmiştir.¹⁹² [[192]](#footnote-192)

Son olarak, daha kişisel bir düzeyde, kültürel dinamikler, anayasal pratik ve anayasal doktrin arasındaki karmaşık ilişkilerin akademik düzeyde anlaşılmasını ilerletme konusunda Sandy Levinson, Jack Balkin, Robert Post ve Reva Siegel dörtlüsünden daha fazla katkıda bulunan çok az kişi vardır, belki de hiç yoktur.¹⁹³ [[193]](#footnote-193) Onlar, burada ayrıntılı olarak ele alınamayacak kadar çok ve karmaşık olan onlarca yıllık kitap ve makalelerinde, bu iç içe geçmiş dinamiklerin sınırlarını keşfetmiş,¹⁹⁴ [[194]](#footnote-194) anayasal değerlerin eşitlik ve adalet mücadelesinde nasıl harekete geçirilebileceğine dair kritik sorular sormuş,¹⁹⁵ [[195]](#footnote-195) ve anayasal tasarımımızın merkezi yönlerine keskin eleştiriler getirmişlerdir.¹⁹⁶ [[196]](#footnote-196) Bu sorular üzerine üretken bir şekilde çalışarak ve sık sık seminerlere, akademik mentörlük faaliyetlerine ve diğer akademisyenlerle ortak projelere katılarak, anayasa hukuku çalışmalarında Anayasamızın anlaşılmasına yönelik bitmeyen akademik mücadelenin ikinci bir cephesini açmada etkili olmuşlardır. Bu ikinci cephe, bu makalenin sunduğu perspektifle çok daha uyumlu bir yaklaşımı temsil etmektedir.¹⁹⁷ [[197]](#footnote-197) [[198]](#footnote-198) [1118 - 1119]

1. **Mevcut Literatürün Ötesine Geçmek**

Yukarıda tartışılan çalışmalar, bu makalede önerilen anayasal kültür çerçevesiyle varsayımlar ve yaklaşım açısından benzerlikler taşımaktadır. Ancak nadir istisnalar dışında,¹⁹⁹ [[199]](#footnote-199) bu çalışmalar içgörülerini belirli olaylar veya bağlamlarla sınırlamakta ve anayasal karar alma sürecine dair geniş kapsamlı içgörüler sunma çabasına girişmemektedir. Analizlerinden daha geniş dersler çıkarmaya çalışanlar bile, yaklaşımlarının ana akım anayasa teorisine ne ölçüde temel bir meydan okuma sunduğunu tam anlamıyla kavrayamamakta, özellikle de benzer düşüncelere sahip akademisyenlerin içgörüleriyle birleştirildiğinde bu meydan okumanın gücünü göz ardı etmektedir. Bu kitaplar ve makaleler, anayasa hukuku ve teorisinde yeni bir paradigmanın tezahürleri olarak değerlendirildiği ölçüde, bu paradigma henüz tam anlamıyla kabul edilmemiş ve teorik olarak bütünüyle ele alınmamıştır. [1119 - 1120]

Ayrıca, anayasal kültür ve anayasal pratik üzerine mevcut literatür, anayasal karar alma sürecine dair açık veya örtük bir teorik model öne sürdüğü ölçüde, bu makalede önerilen yaklaşımla hem benzerlikler hem de farklılıklar göstermektedir. İlk olarak, yukarıda belirtildiği²⁰⁰ [[200]](#footnote-200) ve aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacağı²⁰¹ [[201]](#footnote-201) üzere, bu tür çalışmaların birincil odak noktası, daha geniş kültürdeki olayların, fikirlerin ve hareketlerin mahkemelerin kararlarını nasıl etkilediği üzerinedir. Bazı durumlarda bu analiz, mahkemelerin kararlarının geniş kültüre olan etkilerine yönelik karşılıklı bir ilgiyle birleşmektedir.²⁰² [[202]](#footnote-202) Bu makale ise, hem “anayasal kültür”ün doğasını hem de anayasal karar alma sürecini daha geniş bir perspektiften anlamayı öneren bir bakış açısını savunmaktadır. Aşağıda daha ayrıntılı olarak geliştirileceği üzere,²⁰³ [[203]](#footnote-203) burada taslak olarak sunulan anayasal kültür yaklaşımı, mahkemelerin nasıl yapılandırıldığı ve işleyişinin nasıl düzenlendiği sorularını, diğer kültürel biçimlerden ayrıştırılamayacak kültürel unsurlar olarak ele almaktadır. Dahası, bu makale anayasa teorisinin hedeflerini daha geniş bir çerçevede değerlendirmekte ve anayasal metin ve düşüncenin somut sonuçları hakkında sorular sormayı ve bunlara yanıt aramayı önermektedir. Bu doğrultuda, anayasa adına oluşturulan doktriner ve karar hukukundan ziyade, anayasanın pratik etkileri ve sonuçları üzerine odaklanan bir yaklaşımı benimsemektedir.

İkinci olarak, tarih, siyaset ve kültürün anayasal uygulamalarımızı nasıl şekillendirdiğine dair en iyi çalışmaların bazıları, zaman ufuklarını yapay bir şekilde daraltarak anayasal yapımızın istikrara kavuştuğu yönündeki yanlış algıyı doğurmaktadır.²⁰⁴ [[204]](#footnote-204) Bu tür çalışmalar, anayasal uygulamalarımızın, kurumsal düzenlemelerimizin ve düşünce alışkanlıklarımızın olumsallığını (contingency) kabul etmekle birlikte, kasıtlı veya kasıtsız olarak, ana akım anayasa teorisinin bazı kusurlarına düşmektedir: mevcut anayasal kültürümüzün istikrarını gereğinden fazla vurgulamak, daha yeni anayasal uygulamaları göz ardı etmek veya önemini azaltmak, belirli bir zamandaki anayasal uygulamalarımızın ve kurumlarımızın ayrıntılı betimlemelerini daha geniş zaman dilimleri için geçerli olan yüzeysel anlatılara feda etmek ve anayasal düzenimizin ne kadar iyi işlediğine dair bir tür Whig tarih anlayışıyla aşırı iyimser bir bakış açısını içeriye sızdırmak.²⁰⁵ [[205]](#footnote-205) Bu çalışmalar, kendi içlerinde çoğu zaman son derece başarılı olsa da, nihayetinde bu makalenin projesinden farklı bir yaklaşıma dayanmaktadır ve yalnızca kısmen bu makalenin perspektifiyle uyumludur. [1120 - 1121]

## TEMALAR VE GÖZLEMLER

Bu makalenin temel amaçları, anayasa teorisinin anayasal pratiği ele alış biçimlerini eleştirmek ve bunun yerine alternatif bir çerçeve sunmak olsa da, bu süreçte zorunlu olarak anayasa teorisi ve anayasal kültür hakkında çeşitli özlü gözlemler ve hipotezler geliştirmiş bulunmaktayım. Bu bölüm, makaleyi sonlandırırken bu gözlemlerden bazılarını ve ilgili temaları ana hatlarıyla ortaya koymaktadır.

1. **Yargı Görüşünün Tuhaf Fetişleştirilmesi**

Çoğu anayasa hukuku çalışması—ister teorik, ister betimleyici, isterse öngörüye dayalı olsun—yoğun bir şekilde yargı görüşüne odaklanmaktadır. Bir noktaya kadar, yargıçların söylediklerine duyulan bu ilgi anlaşılabilirdir; zira yargı görüşleri hukuk fakültelerinde temel metin olarak kullanılmakta, federal yargıçlar için birincil iletişim yöntemi işlevi görmekte ve anayasal analiz açısından en kolay erişilebilir birincil kaynak niteliği taşımaktadır. Yine de, üzerine biraz düşününce, Anayasa'nın kelimelerinin yargı görüşlerine nasıl dönüştüğüne odaklanan anayasal analizlerin eksik kaldığı açıktır. Anayasal görüşler, anayasal fikirleri aktarmak ve belirli anayasal sonuçları teşvik etmek için kullanılan bir araçtır—belki de en önemli araçtır—ancak nihayetinde sadece bir araçtır.

Anayasal karar alma sürecini, yargı görüşlerinin üretilme süreci olarak tanımlamak, bir aracı amaçla karıştırmak veya sürecin bir aşamasını sürecin bütünü olarak görmek anlamına gelir. Anayasa hukukunun insanların yaşamlarında nasıl etkili bir güç haline geldiğini ve onların refahı açısından somut sonuçlar doğurduğunu tam olarak anlayabilmek için yalnızca mahkemelerin ne söylediğini incelemek yeterli değildir; aynı zamanda bu sözlerin nasıl aktarıldığını, anlaşıldığını, manipüle edildiğini, göz ardı edildiğini ve uygulandığını da araştırmak gerekir. Yargı kararları bazen herhangi bir gerekçeli görüş olmadan verildiğinde bile önemli sonuçlar doğurabilir, kapsamlı gerekçeler içermesine rağmen sınırlı etkiye sahip olabilir veya en dikkatli okumalara rağmen beklenenden tamamen farklı sonuçlar doğurabilir. [1121 - 1122]

Anayasal kültür perspektifi, anayasa hukuku çalışmalarının yargı görüşlerini fetişleştirme eğilimine karşı bir denge unsuru oluşturur. Eğer görüş yazımı normları ve uygulamaları, anayasal kültürümüzü oluşturan olumsal (contingent) ve evrimleşen unsurlardan sadece biri ise, o halde üretilen belgeye (yargı görüşüne) odaklanırken, onun benimsenmesini ve uygulanmasını belirleyen paralel unsurları göz ardı etmek için sağlam bir analitik gerekçe bulunmamaktadır. Dahası, anayasal karar alma sürecinin bir kültür sistemi olarak ele alınması, anayasa hukukunun soyut bir entelektüel faaliyet olmadığını; aksine, bireylerin birbirleriyle ve birbirlerine karşı etkileşimde bulunduğu, somut hedeflere ulaşmak, yaşamlarının çerçevesini şekillendirmek ve bu yaşamları anlamlandıran sistemler geliştirmek için mücadele ettikleri bir alan olduğunu vurgulamaktadır.²⁰⁶ [[206]](#footnote-206)

1. **"Anayasa Hukuku" ve "Anayasal Kültür"ün Yapay Ayrımı**

Benzer bir noktada, benim yaklaşımım, anayasa hukuku çalışmalarında açıkça²⁰⁷ [[207]](#footnote-207) ve çoğunlukla örtük olarak kabul edilen “anayasa hukuku” (constitutional law) ile “anayasal kültür”ün (constitutional culture) ayrı ve bağımsız kavramlar olduğu inancını sorgulamama yol açmaktadır. Yukarıda da tartışıldığı üzere,²⁰⁸ [[208]](#footnote-208) “anayasal kültür” terimini kullanan birçok teorisyen, bu kavramı mahkemelerin dışında var olan anayasa hakkındaki fikirleri ve anayasal meselelere ilişkin kurumsal düzenlemeleri temsil edecek şekilde kullanmaktadır. Bölüm III’te, benim terminolojimin neden onlarınkinden farklı olduğunu açıkladım. Burada ise, benim analitik perspektifimin, yalnızca terminolojik bir ayrımdan öte, onların yaklaşımının özüne dair de bazı kaygılar doğurduğunu vurgulamak istiyorum. [1122 - 1123]

Bu tür akademisyenlere göre, mahkemeler içinde gerçekleşen süreçler, tanım gereği “kültür” değildir. Kültür tarafından etkilenebilir veya kültürü yansıtabilir, ancak kendisi kültür değildir. Bunun yerine, otoriter bir nitelik taşıyan “hukuk” (law) adı verilen farklı bir şey olarak kabul edilir.

Bu sonucun yanlış olduğunu objektif olarak söylemek mümkün değildir—çünkü bu, söz konusu yazarların belirlediği tanımsal çerçeve içinde doğrudur—ancak yine de yanıltıcı bir tablo çizmektedir. Birincisi, yargı görüşlerinin birer kültürel belge olduğu gerçeğini kabul etmeyerek ve bu görüşlerin, kültürel biçimler gibi işleyen mahkeme içi normlar ve uygulamalar tarafından üretildiğini göz ardı ederek, yargı görüşlerinin fetişleştirilmesine katkıda bulunmakta ve bunu pekiştirmektedir. İkincisi, mahkemelerde gerçekleşen süreçleri kültürel bir olgu yerine bir yasa yapma faaliyeti olarak ele alarak, yargıçları doğrudan etkileyen düzenlemelerin, uygulamaların, normların ve düşünce alışkanlıklarının değişken ve olumsal (contingent) değil, kalıcı veya yarı kalıcı yapılar olduğu fikrini güçlendirmektedir. Üçüncüsü, belki de kasıtsız olarak, anayasal mahkemeleri, dış güçlerin sürekli baskısı altında olan bir kale olarak görme anlayışını pekiştirmekte ve onları daha geniş toplumun bir parçası olarak ele almaktan kaçınmaktadır.

Burada dile getirdiğim kaygılar, hukuk ve kültür tarihçilerinin bazı yaklaşımlarına paralel olarak şekillenmektedir. Bu tarihçiler, “hukuk ve toplum” (*law and society*) çalışmaları yaptığını iddia edenlerin inşa ettiği ayrımlara itiraz etmekte ve bunun yerine, hukukun toplum tarafından sadece etkilenen bir şey değil, bizzat toplumun bir parçası olduğunu vurgulamak amacıyla “toplum içindeki hukuk” (*law in society*) gibi bir kavramsallaştırmayı tercih etmektedirler.²⁰⁹ [[209]](#footnote-209) Benzer şekilde, benim analizim de, anayasal karar alma sürecini tarif ederken—hem terminoloji hem de içerik açısından—mahkemelerde olup bitenlerin ve mahkemelerden çıkan sonuçların yalnızca kültürden etkilenmediğini, aksine bizzat kültürün kendisi olduğunu kabul eden bir yaklaşımı tercih etmeme yol açmaktadır.

1. **“Resmî Kayıtlara Geçmeyen” Anayasal Kararların Önemini Vurgulamak**

Anayasal kültür perspektifi, anayasal normların nasıl ve ne şekilde uygulanacağına ilişkin alınan birçok önemli kararın, Anayasa’nın kelimeleriyle veya yargı kararlarında açıkça ele alınan metin dışı hususlarla doğrudan bağlantılı olmadığı gerçeğini vurgulayan akademik çalışmaların önemini de öne çıkarmaktadır. Bu, belirli sınırlar içinde tartışmasız bir görüştür. Lawrence Sager ve Sandy Levinson gibi akademisyenler uzun süredir anayasal değerlerin, çoğu zaman yargı kararlarından bağımsız mekanizmalar aracılığıyla anayasal sonuçlar doğurduğunu hatırlatmaktadır.²¹⁰ [[210]](#footnote-210)Benzer şekilde, Akhil Amar, David Strauss ve diğerleri, anayasal karar alma süreçlerinin çoğu zaman metinsel yoruma dayanmayan normlar ve uygulamalar aracılığıyla işlediğini göstermiştir.²¹¹ [[211]](#footnote-211)[1123 - 1124]

Son dönemde, çok farklı alanlara ilgi duyan ve çeşitli ideolojik yönelimlere sahip geniş bir akademisyen grubu, anayasal anlamın hem yargısal hem de yargı dışı değerlendirilmesinin, anayasal metinde açıkça belirtilmemesine ve çoğu zaman anayasal davalarda görünmez olmasına rağmen, anayasal kültürümüze derinlemesine yerleşmiş unsurlara dayandığını daha ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Bu bağlamda, Ted White’ın doktrinel biçimlerin entelektüel ve kültürel tarihine dair çalışmaları,²¹² [[212]](#footnote-212) Ernie Young’un “kanonik olmayan” (*extracanonical*) Anayasa hakkındaki tartışmaları,²¹³ [[213]](#footnote-213) Tommy Crocker’ın “zorunluluk” (*necessity*) kavramının anayasal söylemimize nasıl ve neden yerleştiğine ilişkin geniş kapsamlı incelemesi²¹⁴ [[214]](#footnote-214) ve Caleb Nelson’ın, yargıçların kelimeleri nasıl yorumlaması, yasaları nasıl anlamlandırması ve görevlerini nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkin tarihsel beklentileri ayrıntılı bir şekilde ele alan çalışmaları²¹⁵ [[215]](#footnote-215) gibi birbirinden farklı birçok eseri bu noktada önemli katkılar sunmaktadır.

Anayasal kültür perspektifi, bu çalışmalar arasındaki benzerlikleri vurgulamakta ve onları daha geniş bir teorik çerçeve içine yerleştirmektedir. Her biri, temel hukukumuzu nasıl kavramsallaştırdığımızı ve uyguladığımızı şekillendiren yorum normlarını, düşünce alışkanlıklarını veya diğer entelektüel yapıları incelemektedir. Bu yapılar, belirli tarihsel süreçlere, yönelimlere ve diğer önemli kültürel alanlarla bağlantılara sahip anayasal sistemimizin unsurlarıdır. Aynı zamanda belirleyici bir güç olarak işlev görmekte, hem yargı görüşlerinin içeriğini şekillendirmekte hem de Anayasa adına halka dayatılan veya sağlanan belirli kısıtlamaları ve fırsatları belirlemektedir.

1. **"Yaşayan Anayasa" Yerine "Yaşayan Anayasal Kültür"**

Anayasal kültür perspektifi, anayasal yorumun en büyük bilmecelerinden birini, Ernie Young’un “anayasal değişimin büyük bilmecesi” olarak adlandırdığı sorunu²¹⁶ [[216]](#footnote-216) açıklamaya yardımcı olmaktadır. Basitçe ifade etmek gerekirse, Anayasa’nın kendisi durağan bir belge olduğuna göre, anayasa hukukunun içeriği neden sürekli değişmektedir ve bu değişim olasılığı neden anayasal gözlemcilerin büyük çoğunluğu tarafından kabul görmektedir?²¹⁷ [[217]](#footnote-217) Bu soruya hâkim olan metafor, halkın değişen arzularına, ihtiyaçlarına, umutlarına ve korkularına yanıt olarak evrilen “yaşayan bir Anayasa” (*living Constitution*) olduğu fikridir.²¹⁸ [[218]](#footnote-218) Ancak burada temel sorun, “yaşayan” veya “evrilen” olduğu iddia edilen nesnenin, belirli bir tarihe ve büyük ölçüde istikrarlı bir metne sahip yazılı bir belge olmasıdır. Oysa yaşayan bir organizmaya ya da karmaşık bir sosyal sisteme benzetilebilecek türden dinamik bir yapı değildir. Bu hâkim metaforun, atıfta bulunduğu nesneyle tam olarak örtüşmemesi sadece rahatsız edici bir çelişki yaratmakla kalmaz, aynı zamanda Anayasa’nın evrimsel bir yorumunu benimseyen metodolojilerin geçerliliğine meydan okuyanlara ek bir argüman sağlar. Daha açık bir ifadeyle, bu metaforun betimleyici açıdan inandırıcı olmaması, onu normatif açıdan da zayıflatmaktadır. [1125 - 1126]

Bu sorunlar büyük ölçüde ortadan kalkar ve daha yüksek betimleyici doğruluk sağlanmış olur, eğer elimizde “yaşayan bir Anayasa” (*living Constitution*) değil, “yaşayan bir anayasal kültür” (*living constitutional culture*) olduğunu kabul edersek. Anayasal kültürümüz durağan bir belge değil, tarihe sahip, yaşam döngüsünden geçen, sürekli evrilen ve çeşitli türdeki uyaranlara doğrudan tepki veren karmaşık bir sistemdir. “Yaşayan bir anayasal kültür”den bahsettiğimizde hâlâ bir metafor kullanmaktayız, ancak bu metafor, çok daha makul ve kabul edilebilir bir benzetmedir.

Odağımızı “yaşayan bir Anayasa” (*living Constitution*) fikrinden “yaşayan bir anayasal kültür” (*living constitutional culture*) kavrayışına kaydırmak, anayasa hukukunun evrimsel bir yapıya sahip olmasının bir tercih değil, kaçınılmaz bir zorunluluk olduğunu anlamamıza da olanak tanır. Bu makalenin başlangıcında vurgulanan noktayı tekrar etmek gerekirse, anayasa hukuku anayasal metinden tam ve değişmez bir biçimde doğmaz; aksine, bu metin, somut kurumlar, uygulamalar ve düşünce alışkanlıkları aracılığıyla filtrelenerek oluşturulur. Deneyimlerimizden biliyoruz ki bu unsurlar sürekli olarak evrilmektedir; ancak bu tür ampirik verilere sahip olmasak bile, böyle bir dönüşümün kaçınılmaz olduğunu varsayabiliriz. İnsanların kurumları oluşturma ve normları tanımlama özgürlüğüne sahip olduğu ölçüde, farklı topluluklar farklı tercihlerde bulunacaktır. Öte yandan, uygulamaların, normların ve entelektüel yapıların benimsenme süreci tam anlamıyla bilinçli bir süreç olmadığından, bu kültürel unsurlar da belirli bir zaman ve mekâna bağlıdır; çünkü onları şekillendiren etkenler sabit değil, sürekli değişen unsurlardır.

Bununla birlikte, dikkatli olunması gerekir. Anayasa hukukunun zorunlu olarak sürekli evrim geçirdiğini savunmak, yargıçların bilinçli olarak evrimsel yorum yöntemlerini benimsemeleri gerektiğini iddia etmek anlamına gelmez. Örneğin, belirli bir düzeyde doktrinsel uyumun mevcut kültürel normlara kaçınılmaz olduğunu kabul eden biri, ancak bu etkinin en aza indirilmesi gerektiğini²¹⁹ [[219]](#footnote-219) veya bu uyumu sağlamanın yargıçların görevi olmadığını²²⁰ [[220]](#footnote-220) düşünebilir. Bu görüşleri benimseyen yargıçlar, mevcut neslin değerlerini ve tercihlerini bilinçli olarak dikkate alma yetilerini kısıtlayan bir metodoloji—örneğin, özgüncülüğün (*originalism*) çeşitli biçimlerinden biri—benimsemeyi tercih edebilirler. Hatta diğer yargıçların da böyle bir metodolojiyi benimsemelerinin zorunlu olması gerektiğini savunan makul bir argüman öne sürebilirler.²²¹ [[221]](#footnote-221) [1126 - 1127]

1. **Anayasa Hukuku ve Demokratik Yönetişim**

Yukarıda birçok kez tartışıldığı üzere, anayasa teorisine kurumsal bir yaklaşım benimsemek, anayasa hukukunun nasıl oluşturulduğunu şekillendiren çeşitli kurumları, uygulamaları, normları ve düşünce alışkanlıklarını incelememizi gerektirir. Bu tür bir yaklaşım, anayasal kültürümüz içinde bireylerin ve çıkar gruplarının anayasal sonuçları etkileme fırsatlarına sahip olduğu alanlarla sürekli olarak karşı karşıya gelmektedir. Örneğin, mevcut anayasal kültürümüz, potansiyel yargıçları anayasal içtihatlarının içeriğine dair öngörülere dayanarak değerlendirme eğiliminde olan normlar geliştirmiştir.²²² [[222]](#footnote-222) Ayrıca, çıkar grupları ve ideolojik müttefiklerin siyasi saiklerle mevzuata yönelik itirazları teşvik etmelerini kolaylaştıran kurumlar ve teknolojiler geliştirilmiştir.²²³ [[223]](#footnote-223) Bunun yanı sıra, Yüksek Mahkeme’de geniş *amicus curiae* katılımını teşvik etmiş bulunmaktayız. Bu kısmen, Mahkeme’ye çeşitli kesimlerin tercihleri ve çıkarları hakkında bilgi sağlamak amacıyla yapılmıştır.²²⁴ [[224]](#footnote-224) Ayrıca, Yüksek Mahkeme kararlarının içeriği ve sonuçları hakkında kamuoyunu bilgilendirme görevini büyük ölçüde çıkar gruplarına, siyasi örgütlere, blog yazarlarına ve giderek ideolojik olarak kutuplaşan medya organlarına bırakmış durumdayız.²²⁵ [[225]](#footnote-225)

Yukarıda Bölüm IV’te tartıştığım gibi,²²⁶ [[226]](#footnote-226) bu kültürel evrimlerin normatif sonuçları konusunda farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Ancak, bu değişimleri görmezden gelmek zordur. Bir araştırmanın normatif, değerlendirmeye yönelik veya sadece betimleyici olup olmadığı fark etmeksizin, doğruluğu ve işlevselliği, mevcut anayasal kültürümüzün anayasal karar alma sürecini bir tür demokratik yönetişime dönüştüren katılımcı normlar oluşturma biçimlerini ciddiye almasına bağlıdır. [1127 - 1128]

## SONUÇ

Bu makalenin ilk iki kısmının ortaya koyduğu üzere, anayasa teorisyenleri ve diğer anayasal yorumcular, mevcut anayasal karar alma sürecimizin belirli yönlerini anayasal yapımızın ayrılmaz parçaları olarak yanlış değerlendiren ve bu sürecin diğer önemli yönlerini tamamen göz ardı eden bir paradigma kullanmaktadır. Bu tür çarpıtmalar ve atlamalar, birçok betimleyici anayasa yorumunun doğruluğu ile daha normatif ve değerlendirmeye dayalı çalışmaların temelleri hakkında kaygılar doğurmaktadır. Gelişmekte olan bir literatüre kısmen dayanarak, bu makale, anayasa hukuku yapma sürecine dair yeni bir paradigma önermektedir. Bu paradigma, kurumsal düzenlemelerimizin, uygulamalarımızın, normlarımızın ve düşünce alışkanlıklarımızın neredeyse tamamının nominal, tarihsel olarak belirlenmiş (historically-contingent) ve sürekli değişen unsurlar olduğunu kabul etmekte ve bunları karmaşık, birbiriyle iç içe geçmiş bir anayasal kültür (constitutional culture) olarak ele almayı amaçlamaktadır.

Makalenin son iki kısmı, bilinçli olarak, belirli bir merak uyandırmayı amaçlamakta olup, benim çizdiğim yol doğrultusunda sürdürülen akademik çalışmaların sağlayabileceği betimleyici açıklık ve analitik içgörülere dair yalnızca kısa bir bakış sunmaktadır. Anayasal kültürümüzün zenginliğini bu perspektiften inceleyen herkesin, onun özelliklerine dair betimlemelerime ya da çıkardığım sonuçlara katılacağına dair hiçbir yanılsama içinde değilim. Nitekim, kendi çalışmam açısından dahi, bu nitelendirmeler ve gözlemler geçici (contingent) olup, bu makalede ana hatlarıyla sunduğum entelektüel gündemi ilerlettikçe önemli değişikliklere uğramaya açıktır. Bu da yine bilinçli bir tercihtir. Bu makale, basit bir eleştiriden hareket etmektedir; ancak birçok eleştiride olduğu gibi, bu eleştiri basit bir çözüme değil, aksine önemli bir entelektüel çabaya kapı aralamaktadır.

1. ¹ Anayasa hukukçuları ve yargıçlar, anayasa hukuku oluşturma sürecinden bahsederken, özellikle de profesyonel olmayan kitlelere hitap ettiklerinde, genellikle yargıcın rolünü esasen veya tamamen "metinleri yorumlamak" olarak kavramsallaştıran bir dili tercih etmektedirler.  
   Bkz. örn., ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1997) (anayasal yoruma ilişkin tartışmayı, yorum yöntemleri arasındaki bir mücadele olarak çerçevelemektedir); Owen M. Fiss, Objectivity and Interpretation, 34 STAN. L. REV. 739, 739 (1982) (“Yargılama, yorumlamadır: Yargılama, bir yargıcın otoritatif bir hukuki metnin anlamını kavrama ve ifade etme sürecidir... .”); ayrıca bkz. MICHAEL J. GERHARDT ET AL., CONSTITUTIONAL THEORY: ARGUMENTS & PERSPECTIVES vii (3. baskı, 2007) (anayasa hukuku oluşturma ve tartışma sürecini, Anayasa’nın doğru “yorumu” (interpretation) etrafında şekillenen bir süreç olarak tanımlayan ve anayasa teorisi üzerine sofistike bir ders kitabının önsözünde ilk dört cümlede dahi bu kavrama yer veren eser). [↑](#footnote-ref-1)
2. ² Anayasa hukukunun en azından kısmen, zaman içinde gelişen metin dışı kurumlar ve normlar aracılığıyla üretildiğini gözlemleyen ilk kişi ben değilim. Bu yaklaşım, Yüksek Mahkeme’ye ilişkin siyaset bilimi literatürünün temel bir unsurudur. Ayrıca, modern anayasa düşüncesinin en önemli isimlerinden bazılarının çalışmalarının da merkezinde yer almaktadır.  
   Bkz. örn., JACK M. BALKIN, CONSTITUTIONAL REDEMPTION: POLITICAL FAITH IN AN UNJUST WORLD 1 (2011) (kamunun anayasal girişimlere yönelik tutumunun bu girişimlerin meşruiyetini nasıl etkilediğini incelemektedir); RICHARD H. FALLON JR., THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW AND PRACTICE 1-2 (2. baskı, 2013) (anayasa hukukunu, anayasa hukukunun ortaya çıktığı birçok dışsal faktörü ifade etmek amacıyla bir "uygulama" (practice) olarak ele almaktadır); SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH 10 (1988) (Anayasa ile Amerikan politik öz-kavrayışı arasındaki karmaşık ilişkiyi incelemektedir); H. JEFFERSON POWELL, A COMMUNITY BUILT ON WORDS: THE CONSTITUTION IN HISTORY AND POLITICS 7 (2002) (Anayasa’nın tarihsel süreç içinde değişen yorumlarını keşfetmektedir); Robert C. Post, The Supreme Court 2002 Term—Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law, 117 HARV. L. REV. 4, 8 (2003) (2002 Yüksek Mahkeme dönemi boyunca verilen üç önemli kararı inceleyerek, yargı dışı aktörlerin değerlerinin anayasa hukukunu nasıl etkilediğini analiz etmektedir); Reva B. Siegel, Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto ERA, 94 CAL. L. REV. 1323, 1323-25 (2006) (anayasa kültürünü, anayasal anlam üzerine vatandaşlar ve kamu görevlileri arasındaki etkileşimlerin bir ürünü olarak çerçevelemektedir). Bu çalışmalardan bazı yönleriyle yararlanıyor ve bazılarını IV. Bölüm’de eleştiriyorum. [↑](#footnote-ref-2)
3. ³ Son birkaç on yılda anayasa teorisinin olağanüstü derecede yaygınlaşmasını birçok teorisyen belgeledi veya bundan yakınmıştır. Bu durumu en özlü şekilde dile getirenlerden biri Rebecca Brown’dır.  
   Bkz. Rebecca L. Brown, Accountability, Liberty, and the Constitution, 98 COLUM. L. REV. 531, 531 (1998) (“Anayasa teorisinden yorulduysanız kornaya basın.”). [↑](#footnote-ref-3)
4. ⁴ Bkz. infra notlar 18-23; ayrıca bkz. Helen Hershkoff, State Courts and the “Passive Virtues”: Rethinking the Judicial Function, 114 HARV. L. REV. 1833, 1914 & n.424 (2001) (eyalet mahkemesi yargıçlarının rolünü belirleme sürecini, "kurumsal tasarım" (institutional design) ve "anayasal yapı" (constitutional structure) oluşturma süreci olarak birbirinin yerine kullanılabilecek kavramlar şeklinde tanımlamakta ve farklı bağlamlarda "anayasal yapı" kavramını benzer şekillerde kullanan çalışmalara atıfta bulunmaktadır); Jonathan T. Molot, Reexamining Marbury in the Administrative State: A Structural and Institutional Defense of Judicial Power Over Statutory Interpretation, 96 NW. U. L. REV. 1239, 1246-48 (2002) (yargısal yetkinin yasaların yorumu üzerindeki güçlü rolünü savunmakta ve çağdaş yargısal uygulamalara ilişkin birçok normun "anayasal yapının" bir parçası olduğunu ileri sürmektedir). [↑](#footnote-ref-4)
5. ⁵ Bkz. infra **Bölüm I** (bu noktayı ayrıntılı olarak geliştirmektedir). [↑](#footnote-ref-5)
6. ⁶ Bkz. infra **Bölüm II** (bu noktayı ayrıntılı olarak geliştirmektedir). [↑](#footnote-ref-6)
7. ⁷ Bkz. infra notlar 156-159 ve ilgili metin (bu kullanım örneklerini listelemektedir). [↑](#footnote-ref-7)
8. ⁸ Bkz. örn., Paul Horwitz, The Hobby Lobby Moment, 128 HARV. L. REV. 154, 158-60 (2014) (Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc. davası etrafındaki tartışmanın önem kazanmasına yol açan sosyal ve kültürel faktörleri incelemektedir); Michael J. Klarman, Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality, 127 HARV. L. REV. 127, 128-29 (2013) (Brown ve Windsor davalarında Yüksek Mahkeme kararlarını mümkün kılan politik ve sosyal bağlamdaki değişiklikleri tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-8)
9. ⁹ Bkz. örn., Post, supra not 2, s. 8 (2002 Yüksek Mahkeme dönemine ait önemli davaları analiz ederek, anayasa hukukunun şekillenmesinde yargı dışı aktörlerin rolünü vurgulamaktadır); Siegel, supra not 2, ss. 1323-25 (tarih boyunca vatandaşlar ile kamu görevlileri arasındaki anayasal diyaloğun, Anayasa’nın demokratik meşruiyetini nasıl koruduğunu tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-9)
10. ¹⁰ Bkz. genel olarak, POWELL, supra not 2 (anayasal doktrinin şekillenmesinde tarihsel bağlamın etkisini ele almaktadır); ayrıca bkz. Akhil Reed Amar, The Supreme Court 1999 Term—Foreword: The Document and the Doctrine, 114 HARV. L. REV. 26, 26-28 (2000) (anayasal içtihat hukukunun çoğu zaman Anayasa metninde ortaya konan vizyondan fazla uzaklaştığını savunmaktadır); Ernest A. Young, The Constitution Outside the Constitution, 117 YALE L.J. 408, 413 (2007) (anayasa hukukunun büyük bir kısmını, “Anayasa’nın kendisi dışındaki hukuki kaynaklardan türeyen” bir yapı olarak tanımlamaktadır). [↑](#footnote-ref-10)
11. ¹¹ Bkz. infra Bölüm IV (bu noktayı ayrıntılı olarak geliştirmektedir). [↑](#footnote-ref-11)
12. ¹² Terminoloji seçimimi savunurken, aşağıdaki odak noktası isim olan “kültür” (culture) üzerinedir. Meslektaşım Charlotte Garden’ın faydalı hatırlatmasıyla, sıfat olan “anayasal” (constitutional) teriminin de birkaç kelimeyle açıklanması gerektiğini belirtmek isterim. Bu makalede "anayasal" terimi, hem ele aldığı temel analitik soruları vurgulamak (Anayasa hukukunu gerçekte nasıl oluşturuyoruz?) hem de makaleyi belirli bir akademik topluluk içine (anayasa teorisi) yerleştirmek amacıyla kullanılmaktadır. Bununla birlikte, makaledeki birçok çıkarım, temyiz mahkemelerine dair yapılan gözlemlerden türetilmiştir ve yasa (statutory) ve düzenleme (regulatory) davalarına da aynı ölçüde uygulanabilir niteliktedir. [↑](#footnote-ref-12)
13. ¹³ Analizimize, dünyayı "olduğu haliyle" ele alan daha gerçekçi bir noktadan başlamak gerektiğini söylemek, dünyayı tamamen nesnel ve aracısız bir şekilde kavrayabileceğimizi iddia etmek ya da tüm gözlemcilerin anayasa kültürümüzü tamamen aynı veya benzer terimlerle tanımlayacağını varsaymak anlamına gelmemektedir. Bunun yerine, bu yaklaşımın temel savı, anayasal kurumlarımızı, uygulamalarımızı ve normlarımızı daha kapsamlı bir şekilde kataloglamaya çalışan, bunların tarihsel gelişim süreçlerini dikkate alan ve anayasal karar alma sürecimize olan etkilerini soğukkanlı ve nesnel bir şekilde değerlendiren bir yöntemin önemine işaret etmektir. [↑](#footnote-ref-13)
14. ¹⁴ Bkz. örn., **LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE** 5-10 (2004) (anayasal yapımızın doğasında var olan unsurları, hükümetin farklı organları arasındaki bir iş birliği olarak tanımlamakta ve yargının, halkın siyasi kurumlarının çözmeye daha yatkın olduğu anayasal yetersiz uygulama (constitutional underenforcement) alanlarına müdahil olduğunu savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-14)
15. ¹⁵ Bu bölüm, söz konusu eleştirinin normatif sonuçlarını yalnızca kısaca ele almaktadır. Bu konuya daha doğrudan bir şekilde makalenin ilerleyen bölümlerinde geri döneceğim. [↑](#footnote-ref-15)
16. ¹⁶ Bkz. ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-17 (1962) (bu sorunun klasik bir açıklamasını sunmaktadır); ayrıca bkz. Barry Friedman, The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship, 95 NW. U. L. REV. 933, 933 (2001) (bu meselenin anayasa teorisinde ne kadar yaygın olduğunu listelemektedir). [↑](#footnote-ref-16)
17. 17 Aslında, anayasa hukuku (constitutional) akademisyenlerinin, temel varsayımlarını paylaşan kişilerle bile tartışmayı ne kadar sevdiği göz önüne alındığında, bu anlatıyı benimseyen teorisyenler muhtemelen pastanın (cake) hangi unsur olduğu ve yemeyi (eating) neyin temsil ettiği konusunda hararetli bir tartışma yürüteceklerdir. [↑](#footnote-ref-17)
18. 18 Bkz., örneğin, SAGER, supra dipnot 14, s. 5-10 (anayasal yetersiz uygulama (constitutional underenforcement) yargısal pratiğini içkin anayasal yapımızın (constitutional structure) bir bileşeni olarak kavramsallaştırmaktadır). [↑](#footnote-ref-18)
19. 19 Bkz., örneğin, CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO 239-43 (2001) (“demokrasinin anayasası”nın (democracy’s constitution) rolünü, farklı aktörler arasında anayasal diyalogu kolaylaştırmak ve gerektiğinde kurumların uzlaşma sağlamasına imkân tanımak olarak nitelendirmektedir). [↑](#footnote-ref-19)
20. 20 Bkz., örneğin, RONALD DWORKIN, LAW’S EMPIRE 355-57, 365-67 (1986) (Amerika Birleşik Devletleri’nin anayasal pratiğinin istikrarı nasıl teşvik ettiğini tartışmaktadır); ayrıca bkz. id. s. 356 (“Amerika Birleşik Devletleri, anayasal haklarının (constitutional rights) çoğunlukçu kurumların (majoritarian institutions) vicdanına bırakıldığı bir toplum olsaydı, bugün olduğundan daha adaletsiz bir toplum olurdu.”). [↑](#footnote-ref-20)
21. 21 Bkz., örneğin, CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 2-3, 10-11 (2001) (Anayasa’nın (Constitution) soyut hükümlerinin ve yargısal denetimin (judicial review) halkın anayasal diyalogunu teşvik edecek şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-21)
22. 22 Bkz., örneğin, JAMES E. FLEMING, SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE CASE OF AUTONOMY 3-5 (2006) (anayasal düzenimizin (constitutional scheme) “temel yapılarını” (bedrock structures) “müzakereci siyasi ve kişisel özyönetim” olarak tanımlamaktadır). [↑](#footnote-ref-22)
23. 23 Bkz., örneğin, RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 1-2 (2001) (Amerikan yargısal üstünlüğünün (judicial supremacy), Amerika Birleşik Devletleri’nin değişen anayasal kültüründen (constitutional culture) geliştiğini tanımlamaktadır). [↑](#footnote-ref-23)
24. 24 Bu argümanların en kapsamlı açıklamalarından biri için bkz. Paul E. McGreal, Ambition’s Playground, 68 FORDHAM L. REV. 1107, 1171-85 (2000) (Amerikan anayasal güç dengesi (constitutional scheme of balanced powers) içerisinde yargının, federal yargıçların kendine özgü geçmişi ve eğitimi nedeniyle hukuku yorumlamada karşılaştırmalı bir avantaja sahip olduğunu savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-24)
25. 25 Karşılaştırınız: RICHARD A. POSNER, REFLECTIONS ON JUDGING 3, 5, 8-9 (2013) (yazarın, çağdaş yargıçların dava çözümünde kullandıkları yöntemlere yönelik süregelen eleştirisini özetlemekte ve bu yöntemlerin kendi ortaya koydukları birçok soruya yanıt verebilme yetisini sorgulamaktadır); ERIC J. SEGALL, SUPREME MYTHS: WHY THE SUPREME COURT IS NOT A COURT AND ITS JUSTICES ARE NOT JUDGES 5-6 (2012) (Yüksek Mahkeme’nin (Supreme Court) anayasal davalarda yaptığı çoğu şeyin özel bir uzmanlığa dayanmadığını savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-25)
26. 26 Karşılaştırınız: L.A. Powe, Jr., The Not-So-Brave New Constitutional Order, 117 HARV. L. REV. 647, 672-75 (2003) (MARK TUSHNET, THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER (2003) adlı eserinin incelemesi) (günümüz Yüksek Mahkeme yargıçlarının (Supreme Court Justices), ortak mesleki kimlikleri temelinde hissettikleri kolektif amaç duygusunu ve yüzeysel yoldaşlığı tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-26)
27. 27 Yüksek Mahkeme yargıçlarına (Justices) ilişkin biyografik veriler için genel olarak bkz. LEE EPSTEIN ET AL., THE SUPREME COURT COMPENDIUM (5th ed. 2012). [↑](#footnote-ref-27)
28. 28 Bkz., örneğin, Lee Epstein et al., Circuit Effects: How the Norm of Federal Judicial Experience Biases the Supreme Court, 157 U. PA. L. REV. 833, 835-36 (2009) (Başkan Eisenhower’ın, önceki federal yargı deneyimini bir norm olarak yerleştirme hedefini ve bu hedefin ne kendi başkanlığı döneminde ne de onu izleyen beş on yılda tam olarak hayata geçirilemediğini açıklamaktadır). [↑](#footnote-ref-28)
29. 29 Bkz. RICHARD SEAMON ET AL., THE SUPREME COURT SOURCEBOOK 21, 22-23 (2013) (Yüksek Mahkeme yargıçlarının (Supreme Court Justices) tarih boyunca kişisel ve mesleki geçmişlerini tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-29)
30. 30 Bkz. id. (Yüksek Mahkeme yargıçlarının üçte ikisinden daha azının daha önce yargı deneyimine sahip olduğunu, buna karşın yaklaşık yarısının yasama deneyimi bulunduğunu belirtmektedir). [↑](#footnote-ref-30)
31. 31 Resmî hukuk eğitimi almamış son Yüksek Mahkeme yargıcı (Justice) olan Stanley Reed, 1957 yılına kadar görevde kalmıştır. Id. s. 23. [↑](#footnote-ref-31)
32. 32 Bu yoldan küçük sapmalar kabul edilebilir—örneğin, Yargıç Sonia Sotomayor’un katiplik (clerkship) yapmamış olması, Yargıç Elena Kagan’ın daha önce yargı deneyimine sahip olmaması ve Yargıç Clarence Thomas’ın akademik açıdan öne çıkmamış olması—ancak yalnızca aday, bu ölçütlerin çoğunu karşılıyor ve aday havuzunda başka hiçbir yerde bulunamayacak belirli nitelikler sunuyorsa. Harriet Miers’in hikâyesinin gösterdiği gibi, bu normlardan önemli ölçüde sapma gösteren adaylar (veya aday gösterilenler), mesleki başarı ve hukuki yetkinlik açısından güçlü göstergelere sahip olsalar bile süreçte ilerlemekte zorlanmaktadır. [↑](#footnote-ref-32)
33. 33 Bkz. DAVID ALISTAIR YALOF, PURSUIT OF JUSTICES: PRESIDENTIAL POLITICS AND THE SELECTION OF SUPREME COURT NOMINEES 44 (2001) (Başkan Eisenhower’ın, adaylarını “federal temyiz mahkemeleri (federal courts of appeals) ve eyalet yüksek mahkemeleri (state supreme courts) saflarından” seçme tercihine ilişkin açıklama yapmaktadır); Epstein et al., supra dipnot 28, s. 835 (Başkan Dwight D. Eisenhower’ın, temyiz mahkemesi yargıçlığı atamalarını Yüksek Mahkeme’ye (Supreme Court) giden bir basamak olarak kullanacağını açıkça belirttiğini açıklamaktadır). [↑](#footnote-ref-33)
34. 34 Bkz. SEAMON ET AL., supra dipnot 29, s. 24, 26-27 (Başkanlar Eisenhower, Kennedy, Johnson ve Nixon dönemlerindeki aday gösterme süreçlerini ve seçimlerini tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-34)
35. 35 Bkz. Warren E. Burger: 1969-1986, THE SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY, <http://www.supremecourthistory.org/timeline_burger.html> (son ziyaret: 24 Şubat 2016) (Yargıç Burger’in, bir hayat sigortası şirketinin muhasebe departmanında çalışırken dört yıl boyunca gece derslerine katıldığını açıklamaktadır). [↑](#footnote-ref-35)
36. 36 Bkz., örneğin, Mark Tushnet, Statement and Testimony, The Senate's Role in the Confirmation Process: Whose Burden?: Hearings Before the Senate Comm. on the Judiciary, Subcommittee on Administrative Oversight and the Courts, 107th Cong. 1st Sess. 179 (4 Eylül 2001) (bazı Yüksek Mahkeme yargıçlarının (Supreme Court Justices) daha fazla siyasi deneyime sahip olması gerektiğini savunmaktadır), reprinted in 50 Drake L. Rev. 511, 561 (2002). [↑](#footnote-ref-36)
37. 37 Başkan Clinton’ın siyasi dünyadan potansiyel adaylarla (özellikle Mario Cuomo, George Mitchell ve Bruce Babbitt) yaptığı görüşmelere dair bir anlatı için bkz. JEFFREY TOOBIN, THE NINE: INSIDE THE SECRET WORLD OF THE SUPREME COURT 60-73 (2007). [↑](#footnote-ref-37)
38. 38 Bu konudaki keskin görüş ayrılıklarının Jackson dönemi (Jacksonian era) sırasında nasıl ortaya çıktığına dair özlü bir tartışma için bkz. LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 79-90 (3d ed. 2005). [↑](#footnote-ref-38)
39. 39 Bkz., örneğin, Theodore W. Ruger, The Chief Justice’s Special Authority and the Norms of Judicial Power, 154 U. PA. L. REV. 1551, 1551 (2006) (“Yargıçlar, az ya da çok, biçimsel ‘hukuk’ (law) tarafından kısıtlanmaktadır, ancak takdir yetkileri ayrıca federal yargının kolektif yapıları ve yargıçların kararlarına açıkça gerekçe sunması yönündeki normatif beklenti tarafından da sınırlandırılmaktadır.”); ayrıca bkz. Frederick Schauer, Giving Reasons, 47 STAN. L. REV. 633, 648, 654-56 (1995) (yargıçların kararlarına gerekçe sunduklarında, bu gerekçelerin kararlarını sürdürmeye yönelik bir taahhüt anlamına geldiğini savunmaktadır). Karşılaştırınız: Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, Unpacking the Court, 96 YALE L.J. 82, 100-02 (1986) (çok üyeli mahkemelerin (multi-member courts) yargılama sürecine ilişkin temel tartışmalarımız üzerindeki etkilerini ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-39)
40. 40 Bkz. M. Todd Henderson, From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent, 2007 SUP. CT. REV. 283, 292-303 (İngiliz ve erken dönem Amerikan uygulamasında kararların seriatim olarak, yani her yargıcın ayrı görüş bildirmesi şeklinde verildiğini açıklamaktadır). Benzer şekilde, Yargıçların kararlarına imza atmalarının zorunlu olduğu fikri en iyi ihtimalle tam olarak hayata geçirilememiş bir normdur. Federal temyiz mahkemeleri (federal appellate courts), birçok davayı imzasız (ve çoğu zaman emsal teşkil etmeyen) kararlarla çözmektedir. Yüksek Mahkeme (Supreme Court), her dönem yaklaşık yarım düzine davada, sözlü tartışma için fazla basit görülen meselelerde imzasız per curiam kararlar vermektedir. Ayrıca, Mahkeme, özellikle zorlu bazı davalarda per curiam karar yöntemine, belirsiz nedenlerle başvurmuştur; buna örnek olarak *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000) davası verilebilir. [↑](#footnote-ref-40)
41. 41 Bkz., örneğin, Henderson, supra dipnot 40, s. 304-07 (John Marshall ile Thomas Jefferson arasında seriatim görüşlerden (seriatim opinions) vazgeçilmesi konusunda yaşanan tartışmayı, yargı yetkisinin kapsamına ilişkin bir tartışma olarak ele almakta; Jefferson, seriatim görüşlerin yargının aşırı yetki kullanımını sınırlamak için arzu edilen bir mekanizma olduğunu savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-41)
42. 42 Görüş yazımı protokollerinin tarihsel evrimi hakkında genel bir değerlendirme için bkz. John P. Kelsh, The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945, 77 WASH. U. L.Q. 137 (1999) (1790-1801 dönemindeki belirsiz uygulamalardan Marshall dönemi ve bireysel yargıç ifadelerine yönelik günümüz anlayışına kadar görüş yazımı protokollerinin gelişimini ayrıntılı olarak incelemektedir). Muhalefet şerhi (dissent) yazma kararına ilişkin değerlendirme için genel olarak bkz. Antonin Scalia, The Dissenting Opinion, 1994 J. SUP. CT. HIST. 33 (muhalefet görüşü yazmanın avantajlarını, dezavantajlarını ve etkilerini tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-42)
43. 43 Bkz., örneğin, THE SUPREME COURT IN CONFERENCE (1940-1985): THE PRIVATE DISCUSSIONS BEHIND NEARLY 300 SUPREME COURT DECISIONS 79 (Del Dickson ed., 2001) (“[1]935 yılında... [Mahkeme] caddenin karşısındaki yeni Yüksek Mahkeme binasına taşındı... Sadece George Sutherland ve Owen Roberts yeni binada odalar aldı. Geri kalanlar... evlerinde çalışmaya devam etti.”). [↑](#footnote-ref-43)
44. 44 Mahkeme konferanslarının evrimi hakkında bkz. WILLIAM H. REHNQUIST, THE SUPREME COURT 254-58 (2d ed. 2001) (Yargıçların konferansları yönetirken benimsedikleri farklı stilleri karşılaştırmakta; özellikle “Hughes konferanslarının gergin atmosferine,” Stone konferanslarının tartışma odaklı yapısına ve Warren Burger dönemindeki konferansların “bu ikisinin arasında bir yerde” olduğuna dikkat çekmektedir). [↑](#footnote-ref-44)
45. 45 Bkz. **infra** dipnotlar 80-91 ve ilgili metin. [↑](#footnote-ref-45)
46. 46 Bkz., örneğin, Fiss, supra dipnot 1, s. 744-45 (tüm yorum alanlarında, özellikle anayasal yorum (constitutional interpretation) dâhil olmak üzere, “yorumcunun özgürlüğünün mutlak olmadığı, aksine belirli kurallar tarafından disipline edildiği ve bu kuralların ilgili materyale atfedilecek önem ve ağırlığı belirlediği” hususunu tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-46)
47. 47 Bkz., örneğin, Patrick J. Schiltz, The Citation of Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals, 74 FORDHAM L. REV. 23, 49 (2005) (“Her yargıç, başlangıçta verilen bir kararın ‘yazılamaz’ olduğunu fark etme deneyimini yaşamıştır ve dolayısıyla her yargıç, gerekçelendirme ile yazımın birbirinden ayrılabileceği iddiasının açıkça yanlış olduğunu bilir.”). [↑](#footnote-ref-47)
48. 48 Bkz., örneğin, Schauer, supra dipnot 39, s. 651-52 (yargıçların kararları için belirli türde gerekçeler sunmalarını gerektiren kuralların, karmaşık ve sınırlı olsa da, yine de gerçek anlamda onların gelecekteki davranışlarını nasıl “sınırlandırdığını” tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-48)
49. 49 PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 12-13 (1991) (bu “altı anayasal argüman modalitesini” listeleyen); PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE: THEORY OF THE CONSTITUTION 5-8 (1982) [bundan sonra BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE olarak anılacaktır]. [↑](#footnote-ref-49)
50. 50 BOBBITT, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, supra dipnot 49, s. 22. [↑](#footnote-ref-50)
51. 51 Bkz. BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE, supra dipnot 49, s. 6 (hukuki dilbilgimizin [“legal grammar”] parçası olmayan argümanların başka toplumlarda geçerli olabileceğini açıklayarak, “[b]u, argümanların aslında gelenekler olduğu ve farklı olabilecekleri, ancak o durumda bizim de farklı olacağımız” sonucuna varmaktadır). [↑](#footnote-ref-51)
52. 52 Bkz. James E. Ryan, *Does it Take a Theory? Originalism, Active Liberty, and Minimalism*, 58 *STAN. L. REV.* 1623, 1623-24 (2006) (STEPHEN BREYER, *ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION* (2005); CASS R. SUNSTEIN, *RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA* (2005) adlı eserleri inceleyerek) (“Son on beş yıl boyunca, Yargıç Antonin Scalia ve akademi içindeki ve dışındaki destekçileri, Anayasa’nın en iyi nasıl yorumlanması gerektiğine dair tartışmalara ve akademik söyleme hâkim olmuştur.”). [↑](#footnote-ref-52)
53. 53 Bkz. Jamal Greene, *Selling Originalism*, 97 *GEO. L.J.* 657, 678 (2009) (“1970'lerde başlayan orijinalist proje büyük ölçüde savcılar ile eyalet yasama organlarına yetkiyi geri kazandırmayı amaçlıyordu.”); *ayrıca bkz.* STEVEN M. TELES, *THE RISE OF THE CONSERVATIVE LEGAL MOVEMENT: THE BATTLE FOR CONTROL OF THE LAW* 2-3 (2008) (“Muhafazakâr koalisyonun belirli şikâyetleri farklılık gösterse de, ‘katı yorumculuk’ [strict constructionism] ve ‘yargısal itidal’ [judicial restraint] talepleriyle birleşmişlerdi.”); Robert Post & Reva Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*, 75 *FORDHAM L. REV.* 545, 546-48 (2006) (orijinalizmin, Warren Mahkemesi'nin eleştirmenleri arasında etkili olan ve Reagan Başkanlığı dönemindeki aktivistler tarafından güçlendirilen “muhafazakâr seferberlik için güçlü bir araç” olduğunu açıklamaktadır). *Karşılaştırınız* Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 *EMORY L.J.* 1195 (2009) (Amerikan kamuoyuna, uygun yargısal rol normlarının benimsetilmesine yönelik paralel süreci tanımlamaktadır). [↑](#footnote-ref-53)
54. 54 Bkz. örneğin, Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *Yüksek Mahkeme ve Yabancı Hukuk Kaynakları: İki Yüz Yıllık Uygulama ve Çocuk Yaşta İşlenen Suçlar İçin Ölüm Cezası Kararı*, 47 WM. & MARY L. REV. 743, 838-83 (2005) (bu tür atıfların tarihini, bu konudaki en yoğun tartışmaların yaşandığı dönemde incelemektedir). [↑](#footnote-ref-54)
55. 55 Bkz. karşılaştırınız, Bobbitt, *Anayasal Yorum* (Constitutional Interpretation), supra not 49, s. 22 (altı yorumlama biçiminden birine uymayan argümanların, diğer erdemlerinin yanı sıra, “şiirsel” olabileceğini, ancak anayasal açıdan ilgili olmadığını belirtmektedir). [↑](#footnote-ref-55)
56. 56 Bkz. örneğin, William H. Rehnquist, *Federal Mahkemelerin Geleceği* (The Future of the Federal Courts), 46 AM. U. L. REV. 263, 274 (1996) (bağımsız yargıyı, “bugün hükümet sistemimizin en değerli unsurlarından biri” olarak tanımlamaktadır). Bu fikirlerin erken dönem evrimi ve bunlara karşılık gelen kurumsal düzenlemelerin en kapsamlı analizi için bkz. Scott Douglas Gerber, A Distinct Judicial Power: The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787 (2011). [↑](#footnote-ref-56)
57. 57 ABD Anayasası, madde III, § 1. [↑](#footnote-ref-57)
58. 59 Bu konuda en dikkat çekici çalışmalar Larry Kramer’a (bazı durumlarda John Ferejohn ile birlikte) aittir. *Bkz. örneğin*, **Larry D. Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review** 7-8 (2004); John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, **Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint**, 77 **N.Y.U. L. REV.** 962, 1038 (2002); Larry D. Kramer, **The Supreme Court 2000 Term—Foreword: We the Court**, 115 **HARV. L. REV.** 5, 6 (2001) (bundan sonra **Kramer, We the Court** olarak anılacaktır). [↑](#footnote-ref-58)
59. 58 Bu noktada klasik başvuru kaynağı *The Federalist* No. 78'dir (Alexander Hamilton); ayrıca bkz. genel olarak Gerber, supra not 56. [↑](#footnote-ref-59)
60. ⁶⁰ *Bkz. supra* not 59; ayrıca bkz. genel olarak Stephen B. Burbank, The Architecture of Judicial Independence, 72 S. CAL. L. REV. 315 (1999) (yargı bağımsızlığı kavramını bileşenlerine ayırarak her birini tarihsel bağlamda incelemekte ve anayasal kültürümüzde yargı bağımsızlığının özünde var olan ya da genel kabul gören temel bir anlayış olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır). [↑](#footnote-ref-60)
61. ⁶¹ *Bkz. genel olarak* Kramer, We the Court, supra not 59. [↑](#footnote-ref-61)
62. ⁶² ABD Anayasası, madde III, § 1. *Ayrıca bkz. infra* not 68 ve ilgili metin (bu yetkinin en ünlü kullanımına ilişkin tartışma). [↑](#footnote-ref-62)
63. ⁶³ ABD Anayasası, madde I, § 8, bent 9; ABD Anayasası, madde III, § 1. [↑](#footnote-ref-63)
64. ⁶⁴ ABD Anayasası, madde III, § 2. [↑](#footnote-ref-64)
65. ⁶⁵ ABD Anayasası, madde III, § 1. [↑](#footnote-ref-65)
66. ⁶⁶ ABD Anayasası, madde I, § 3. [↑](#footnote-ref-66)
67. ⁶⁷ *Bkz.* Richard E. Ellis, The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic 69-108 (1971) (Yargıç John Pickering’in başarılı bir şekilde azledilmesini ve Yüksek Mahkeme Yargıcı Samuel Chase’in azledilme girişiminin neredeyse başarılı olmasını detaylandırmaktadır). [↑](#footnote-ref-67)
68. ⁶⁸ *Id.* at 59-60. Geciken davalar, elbette Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) ve Stuart v. Laird, 5 U.S. 299 (1803) davalarına dönüşmüştür. [↑](#footnote-ref-68)
69. ⁶⁹ *Bkz.* Ellis, supra not 67, at 36-52; *ayrıca bkz.* Stuart, 5 U.S. at 301-02 (1800 tarihli Yargı Yasası’nın devre mahkemeleriyle ilgili hükümlerinin iptal edilmesini, en azından davacıların getirdiği itirazlar açısından, onaylamaktadır). [↑](#footnote-ref-69)
70. ⁷⁰ *Bkz.* F. Andrew Hessick & Samuel P. Jordan, Setting the Size of the Supreme Court, 41 ARIZ. ST. L.J. 645, 647, 664-71 (2009) (bu tarihsel süreci tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-70)
71. ⁷¹ Bu tür girişimlerin yaygınlığına ilişkin klasik bir değerlendirme için, otuz yıl önce yazılmış olmasına rağmen temel unsurları hâlâ geçerliliğini koruyan *bkz.* Gerald Gunther, Congressional Power to Curtail Federal Court Jurisdiction: An Opinionated Guide to the Ongoing Debate, 36 STAN. L. REV. 895, 896-97 (1984). [↑](#footnote-ref-71)
72. ⁷² Bu sürecin rastlantısallığını vurgulayan kısa bir özet için *bkz.* Barry Friedman, “Things Forgotten” in the Debate Over Judicial Independence, 14 GA. ST. U. L. REV. 737, 748-52 (1998). [↑](#footnote-ref-72)
73. ⁷³ *Bkz. genel olarak* **Seamon *et al., supra*** not 29, at 24-28 (Yüksek Mahkeme yargıçlarının seçilme sürecinin "evrimsel sürecini" tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-73)
74. ⁷⁴ *Bkz. id.* [↑](#footnote-ref-74)
75. ⁷⁵ *Bkz. infra* notlar 133-141 ve ilgili metin (bu noktayı geliştirerek bazı sonuçlarını açıklamaktadır). [↑](#footnote-ref-75)
76. 76 Bu liste—yukarıda Bölüm I’de tartışılan uygulamalar listesi gibi—örnekleyici nitelikte olup, kapsamlı değildir. Bu bölüm, aynı kolaylıkla, Yüksek Mahkeme’nin takviminin yoğunluğunu, uzmanlaşmış ve seçkin bir Yüksek Mahkeme avukat grubunun yeniden doğuşunu ya da çağdaş anayasal karar alma süreçlerinin (constitutional decisionmaking) diğer birkaç yönünü de ele alabilirdi. [↑](#footnote-ref-76)
77. 77 *Bkz. örn.*, EDWARD LAZARUS, *CLOSED CHAMBERS: THE RISE, FALL, AND FUTURE OF THE MODERN SUPREME COURT* (1998) (eski bir katip tarafından yazılan ve Mahkeme içindeki güç dinamiklerini ve hem Yargıçlar hem de katipler arasındaki iddia edilen partizan gerilimleri vurgulayan ünlü bir içerden anlatım sunan eser); BOB WOODWARD & SCOTT ARMSTRONG, *THE BRETHREN: INSIDE THE SUPREME COURT* (1979) (Yüksek Mahkeme içindeki yaşamı anlatan ve katiplere önemli, belki de abartılı bir güç atfeden eser); Adam Liptak, *The Polarized Court*, N.Y. TIMES, 11 Mayıs 2014, s. SR1, SR6 (federal mahkemelerde artan siyasileşme ve ideolojik kutuplaşmayı tartışan makale). [↑](#footnote-ref-77)
78. 78 *Bkz. örn.*, PAUL M. COLLINS, JR., *FRIENDS OF THE SUPREME COURT: INTEREST GROUPS AND JUDICIAL DECISION MAKING* (2008) (Yüksek Mahkeme karar alma süreçlerinde çıkar gruplarının amicus curiae faaliyetlerinin etkisini analiz eden ve açıklayan eser); TODD C. PEPPERS, *COURTIERS OF THE MARBLE PALACE: THE RISE AND INFLUENCE OF THE SUPREME COURT LAW CLERK* (2006). [↑](#footnote-ref-78)
79. 79 *Bkz. örn.*, Joseph D. Kearney & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. PA. L. REV. 743, 749-50 (2000) (Yüksek Mahkeme davalarında amicus curiae katılımındaki belirgin artışı belgeleyen ve amicus dilekçelerinin, yeni ve değerli bilgiler sundukları ölçüde davaların sonucunu etkilediğini tespit eden çalışma); Kelly J. Lynch, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, 20 J.L. & POL. 33, 33-35, 72 (2004) (eski Yüksek Mahkeme katiplerinin etkili amicus curiae dilekçeleri hakkındaki görüşlerini içeren mülakat yanıtlarını detaylandıran çalışma); Linda Sandstrom Simard, *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, 27 REV. LITIG. 669, 675, 710-11 (2008) (modern federal yargılamada amicus curiae dilekçelerinin rolünü analiz eden ve bu dilekçelerin sunulmasına yönelik usule ilişkin sınırlamaların bulunmamasının yargısal etkinliğe zarar verdiği sonucuna ulaşan çalışma). [↑](#footnote-ref-79)
80. 80 Ekim Dönemi 2014 için katiplerin listesi ve Ekim Dönemi 2015 için erken işe alımların bir kısmı ile ilgili özgeçmiş bilgilerini içeren açıklamalar için *bkz.* David Lat, *Supreme Court Clerk Hiring Watch: Looking Ahead to October Term 2015*, ABOVE THE LAW (27 Haziran 2014, 10:08 AM), <http://abovethelaw.com/2014/06/supreme-court-clerk-hiring-watch-looking-ahead-to-october-term-2015/>. [↑](#footnote-ref-80)
81. 81 *Bkz.* ARTEMUS WARD & DAVID L. WEIDEN, *SORCERERS’ APPRENTICES: 100 YEARS OF LAW CLERKS AT THE UNITED STATES SUPREME COURT* 200-36 (2006) (Yüksek Mahkeme Yargıçlarının odalarındaki farklı görüş yazımı süreçlerini tanımlayan ve son yıllarda Yargıçların, görüşlerin fiili taslağının hazırlanmasında katiplere daha fazla sorumluluk devrettiğini ileri süren çalışma). [↑](#footnote-ref-81)
82. 82 Hukuk katiplerinin rolüne ilişkin en kapsamlı akademik çalışmalar için genel olarak *bkz.* Peppers, *supra* not 78; Ward & Weiden, *supra* not 81. [↑](#footnote-ref-82)
83. 83 *Bkz.* Peppers, *supra* not 78, s. 3. [↑](#footnote-ref-83)
84. 84 *Bkz.* Martha Swann, *Clerks of the Justices*, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* 159, 159–60 (Kermit L. Hall ve diğerleri ed., 1992). [↑](#footnote-ref-84)
85. 85 *Bkz.* *id.* Bu olayların daha ayrıntılı bir anlatımı için genel olarak *bkz.* Peppers, *supra* not 78. [↑](#footnote-ref-85)
86. 86 *Bkz.* *supra* notlar 43–45 ve ilgili metin. [↑](#footnote-ref-86)
87. 87 *Bkz.* Adam Liptak, *A Sign of Court’s Polarization: Choice of Clerks*, N.Y. Times, 7 Eylül 2010, s. A1, A16. [↑](#footnote-ref-87)
88. 88 *Bkz. örn.*, Posner, *supra* not 25, s. 238–55 (ilk taslakların hukuk katiplerine devredilmesi uygulamasını hem içerik hem de üslup açısından eleştiren çalışma). [↑](#footnote-ref-88)
89. 89 *Bkz.* *supra* notlar 43–45 ve ilgili metin. [↑](#footnote-ref-89)
90. 90 Yüksek Mahkeme’nin *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) kararını vererek *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) kararını ilga ettiği ve On Dördüncü Değişiklik’in (Fourteenth Amendment) **usulüne uygun yargılama** (Due Process Clause) hükmünün, eşcinsel yetişkinler arasındaki özel ve rızaya dayalı cinsel ilişkiyi suç sayan eyalet yasalarını yasakladığını belirttiği günden bu yana, söz konusu kararın analitik netlikten yoksun olmasının kısmen, Yargıç Kennedy’nin görüşünü, sonucu konusunda aynı fikirde olmayan katibine “karşı yazarak” kaleme almasından kaynaklandığına dair sürekli söylentiler dolaşmaktadır. *Karş.* Toobin, *supra* not 37, s. 189 (o dönemde Yargıç Kennedy’nin dört katibinden üçünün "muhafazakâr" olduğunu belirten çalışma). [↑](#footnote-ref-90)
91. 91 *Bkz. örn.*, Richard L. Hasen, *Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law*, 61 *Emory L.J.* 779, 780–81 (2012) (Yüksek Mahkeme Yargıçlarının ve katiplerinin, mevcut davada açıkça hukuku değiştirmeden gelecekteki içtihat değişikliklerine zemin hazırlamak için başvurdukları çeşitli yöntemleri tanımlayan çalışma). [↑](#footnote-ref-91)
92. 92 *Bkz.* Simard, *supra* not 79, s. 677–79 (Yüksek Mahkeme’de sunulan amicus curiae dilekçelerinin 1965 ile 1999 yılları arasında %800 oranında arttığını belirten çalışma). [↑](#footnote-ref-92)
93. 93 *Bkz.* Paul M. Smith, *The Sometimes Troubled Relationship Between Court and Their “Friends,”* 24 *Litig.* 24, 24–25 (1998) (amicus curiae dilekçelerinin artan yaygınlığını ve Yüksek Mahkeme’nin kötüye kullanımı önleme çabalarını tartışan çalışma). [↑](#footnote-ref-93)
94. 94 *Bkz. örn.*, Seamon ve diğerleri, *supra* not 29, s. 380 n.3 (ABD Ticaret Odası ve diğer "muhafazakâr" grupların, "liberal" grupların daha aktif olduğu algısına karşılık olarak amicus curiae katılımlarını artırmaya yönelik son çabalarını ele alan çalışma). [↑](#footnote-ref-94)
95. 95 Amici’nin davalara katılmasının en yaygın nedenlerinin iyi bir özeti için *bkz.* Simard, *supra* not 79, s. 680–84; *ayrıca bkz.* Reagan Wm. Simpson & Mary R. Vasaly, *The Amicus Brief: How to Be a Good Friend of the Court* 24–25 (2. bas. 2004) (benzer nedenlerin listesini sunan çalışma). [↑](#footnote-ref-95)
96. 96 *Bkz.* Simard, *supra* not 79, s. 680–84. [↑](#footnote-ref-96)
97. 97 *Bkz.* *id.* [↑](#footnote-ref-97)
98. 98 *Bkz.* *infra* notlar 107–108 ve ilgili metin (böyle bir davayı ele alan bölüm). [↑](#footnote-ref-98)
99. 99 *Bkz.* Simpson & Vasaly, *supra* not 95, s. 21–22. [↑](#footnote-ref-99)
100. 100 *Bkz.* Robert S. Chang, *The Fred T. Korematsu Center for Law and Equality and Its Vision for Social Change,* 7 *Stan. J. C.R. & C.L.* 197, 200–01 (2011) (amicus curiae kampanyalarının örgütlenme potansiyelini açıklayan çalışma). [↑](#footnote-ref-100)
101. 101 *Bkz. örn.*, Kearney & Merrill, *supra* not 79, s. 749–50. [↑](#footnote-ref-101)
102. 102 Yakın dönemde yapılan akademik çalışmalar, amicus curiae dilekçelerinde yer alan bilgilerin doğruluğu konusunda kaygı verici sorular ortaya koymuştur. *Bkz.* Allison Orr Larsen, *The Trouble with Amicus Facts*, 100 *Va. L. Rev.* 1757, 1758, 1761 (2014). Bu gelişmeler, anayasal karar alma süreçlerine ilişkin kurumların ve uygulamaların dürüst ve bağlamsal bir şekilde incelenmesi gerekliliğini daha da vurgulamakta ve anayasa teorisinin sağlam bir temel üzerine inşa edilmesini sağlama ihtiyacını ortaya koymaktadır. [↑](#footnote-ref-102)
103. 103 *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). [↑](#footnote-ref-103)
104. 104 *Bkz. örn.*, Lt. Gen. Julius W. Becton, Jr. ve diğerleri tarafından *Grutter*, 539 U.S. 306 (No. 02-241) davasında davalıları desteklemek üzere sunulan amicus curiae birleşik dilekçesi, s. 5; 65 önde gelen Amerikan şirketi tarafından *Grutter*, 539 U.S. 306 (No. 02-241) davasında davalıları desteklemek üzere sunulan amicus curiae dilekçesi, s. 1–4. [↑](#footnote-ref-104)
105. 105 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567–68, 570, 574–75 (2003). [↑](#footnote-ref-105)
106. 106 *Bkz.* George Chauncey ve diğer tarih profesörleri tarafından *Lawrence*, 539 U.S. 558 (No. 02-102) davasında davacıyı desteklemek üzere sunulan amicus curiae dilekçesi, s. 2–4, 6–7. [↑](#footnote-ref-106)
107. 107 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 57 (2000). [↑](#footnote-ref-107)
108. 108 *Bkz.* *id.* s. 59, 63, 73 (birden fazla görüş içeren çoğunluk görüşüyle yasayı dar gerekçelerle iptal eden, farklı gerekçelerle karara katılan iki ayrı görüş ve üç ayrı muhalif görüş içeren karar); Lambda Legal Defense and Education Fund ile Gay and Lesbian Advocates and Defenders tarafından *Troxel*, 530 U.S. 57 (No. 99-138) davasında davalıyı desteklemek üzere sunulan amicus curiae dilekçesi, s. 3–5 (Mahkeme’yi aşırı dikkatli olmaya çağıran dilekçe). [↑](#footnote-ref-108)
109. 109 Büyük ölçüde amicus curiae dilekçelerinden oluşturulan bir "kaydın" (record), yasama kayıtları kadar güvenilir olup olmadığı tartışmalı bir sorudur, özellikle de Allison Orr Larsen’in ortaya koyduğu kanıtlar ışığında. *Bkz.* Larsen, *supra* not 102, s. 1759–61. [↑](#footnote-ref-109)
110. 110 *Bkz.* *supra* notlar 1–2 ve ilgili metin. [↑](#footnote-ref-110)
111. 111 *Bkz.* *infra* Bölüm V.A. [↑](#footnote-ref-111)
112. 112 Genel kamuoyunun Yüksek Mahkeme görüşlerini doğrudan, herhangi bir aracı olmaksızın tükettiği pek söylenemez. Ancak, bu aracılığın dinamikleri, partizan haber kanalları, gerçek zamanlı blog yayınları ve taraflar tarafından koordine edilen haber kampanyalarıyla şekillenen bir dünyada değişime uğramıştır. *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480, 2485 (2015) gibi yüksek profilli davalarda (büyük bir sağlık yasasını geçersiz kılabilecek bir yasaya ilişkin itirazı ele alan dava), sözlü argümanlara giden aylarda bu yöntemler dava sürecinin öncesine kadar genişletilmiş ve basın bültenleri, blog yazıları, köşe yazıları ve tweetler aracılığıyla dava, kamuoyuna sunulacak şekilde şekillendirilmiştir. [↑](#footnote-ref-112)
113. 113 Bu konuya ilişkin en kapsamlı literatür, sivil haklar hareketini ve özellikle Güney’de ayrımcı okullara ve tesislere karşı verilen mücadeleyi ele almaktadır. *Bkz. örn.*, Mark V. Tushnet, *The NAACP’s Legal Strategy Against Segregated Education*, 1925–1950, s. 175–76, 183 (2. bas. 2004). Bu konulara ilişkin daha yakın tarihli ve detaylı bir değerlendirme için *bkz.* Lani Guinier & Gerald Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, 123 *Yale L.J.* 2740, 2742–45 (2014). [↑](#footnote-ref-113)
114. 114 *Bkz. örn.*, Tushnet, *supra* not 113, s. 175–76, 183. [↑](#footnote-ref-114)
115. 115 *Bkz.* *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 346–49 (2003) (Scalia, J., karşı oy); *id.* s. 378–79 (Rehnquist, C.J., karşı oy); *id.* s. 387–88, 395 (Kennedy, J., karşı oy). [↑](#footnote-ref-115)
116. 116 Yargıç O’Connor’ın argümanlarının olası yorumlarına ilişkin değerlendirmeler için *bkz.* Joel K. Goldstein, *Justice O’Connor’s Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 *Ohio St. L.J.* 83, 85–86, 143 (2006). [↑](#footnote-ref-116)
117. 117 *Karşılaştırınız* *Grutter*, 539 U.S. 343 (“Hukuk Fakültesi'nin, ‘ırk temelli olmayan bir kabul formülü bulmaktan daha çok isteyeceği bir şey olmadığı’ ve mümkün olan en kısa sürede ırk temelli kabul programını sonlandıracağı yönündeki beyanına itibar ediyoruz. . . . 25 yıl içinde, bugün onaylanan menfaati ilerletmek için ırk temelli tercihlere artık gerek kalmayacağını öngörüyoruz.” (atıflar çıkarılmıştır)), *ile id.* s. 364, 376 & n.13 (Thomas, J., kısmen mutabık ve kısmen karşı oy) (Mahkeme’nin görüşünü, pozitif ayrımcılığın “25 yıl içinde anayasaya aykırı olacağını” hükme bağlayan bir karar olarak tanımlayan görüş). [↑](#footnote-ref-117)
118. 118 *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469, 472, 489 (2005) (Mahkeme, “şehir tarafından [başvuranların] mülküne ilişkin önerilen tasarrufun, Kamulaştırma Maddesi (Takings Clause) anlamında ‘kamusal kullanım’ niteliğini taşıdığına” hükmetmiştir). [↑](#footnote-ref-118)
119. 119 *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618, 621 (2007) (Mahkeme, geçmişteki ayrımcılığın etkilerinin yeni EEOC başvuru süreleri oluşturmadığına ve süresi geçtikten sonra yapılan başvuruların zamanaşımına uğramış olduğuna karar vermiştir). [↑](#footnote-ref-119)
120. 120 *Bkz.* Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009, Pub. L. No. 111-2, 123 Stat. 5 (29 U.S.C. §§ 626, 633a, 794a, 42 U.S.C. §§ 2000e-5, e-16 (2014) şeklinde kodlanmıştır); *ayrıca bkz.* Ilya Somin, *The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo*, 93 *Minn. L. Rev.* 2100, 2101–02 (2009) (*Kelo* kararına yönelik yasama tepkisini anlatan çalışma). [↑](#footnote-ref-120)
121. 121 *Bkz.* *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562–63 (2003). [↑](#footnote-ref-121)
122. 122 *Bkz.* Joseph Landau, *Misjudged: What* Lawrence *Hasn’t Wrought*, *The New Republic* (16 Şubat 2004), <https://newrepublic.com/article/67372/misjudged> (*Lawrence* kararını dar yorumlayan erken dönem davaları tartışan çalışma). *Karş.* *supra* not 90 (*Lawrence* görüşündeki çelişkili dilin olası bir açıklamasını tartışan bölüm). [↑](#footnote-ref-122)
123. 123 *Bkz.* Andrew Siegel, *Justice Stevens and the Seattle Schools Case: A Case Study on the Role of Righteous Anger in Constitutional Discourse*, 43 *U.C. Davis L. Rev.* 927, 933–37 (2010). [↑](#footnote-ref-123)
124. 124 *Bkz. örn.*, Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America’s Struggle for Equality* 700–09 (1976) (Baş Yargıç Warren’ın *Brown v. Board of Education* kararında çoğunluk görüşünü nasıl şekillendirdiğini anlatan süreç analizi). [↑](#footnote-ref-124)
125. 125 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). [↑](#footnote-ref-125)
126. 126 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 495 (1954). [↑](#footnote-ref-126)
127. 127 *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub. L. 111-148, 124 Stat. 119 (2010). [↑](#footnote-ref-127)
128. 128 Hukuk akademisyenlerinin, mahkemelerin ilgili davalara duyduğu ilgiyi neden fark edemediğine dair akademik spekülasyonlar giderek artmaktadır. Bu konuya ilişkin yakın tarihli değerlendirmeler için *bkz.* Randy E. Barnett, *No Small Feat: Who Won the Health Care Case (and Why Did So Many Law Professors Miss the Boat)?*, 65 *Fla. L. Rev.* 1331, 1333 (2013) (hukuk profesörlerinin değişen federalizm doktrinini anlayamadığını öne süren çalışma); *genel olarak bkz.* David A. Hyman, *Why Did Law Professors Misunderestimate the Lawsuits Against PPACA?*, 2014 *U. Ill. L. Rev.* 805 (hukuk akademisyenlerinin yargılama pratiği eksikliği, dar ideolojik yankı odalarında yaşama eğilimleri, büyük teoriler üzerinden düşünmeleri, küçük örneklem büyüklüğünün yol açtığı kötü şans ve bazı akademisyenlerin “öngörü” adı altında kararları etkilemeye yönelik kasıtlı çabaları gibi çeşitli faktörleri sorumlu tutan çalışma); J. Mark Ramseyer, *Biases that Bind: Professor Hyman and the University*, 2014 *U. Ill. L. Rev.* 1229 (ideolojik önyargıyı temel neden olarak gösteren çalışma). [↑](#footnote-ref-128)
129. 129 *Bkz.* Zachary Roth, *Debate Planners Can’t Find Anyone to Argue that Health Reform Is Unconstitutional*, *Talking Points Memo* (31 Mart 2010, 2:09 PM), <http://tpmmuckraker.talkingpointsmemo.com/2010/03/debate_planners_cant_find_anyone_to_argue_that_hea.php> (Washington Üniversitesi'nde düzenlenen bir etkinlik hakkında haber); *ayrıca bkz.* Zaid Jilani, *College Debate Organizers Unable to Find Any Law Professors to Argue Health Reform Is Unconstitutional*, *Think Progress* (31 Mart 2010, 12:16 PM), <http://thinkprogress.org/2010/03/31/college-debatehealth/> (aynı konuya ilişkin haber). [↑](#footnote-ref-129)
130. 130 *Bkz.* *Nat’l Fed’n of Indep. Bus. v. Sebelius*, 132 S. Ct 2566, 2586–87 (2012). [↑](#footnote-ref-130)
131. 131 *Bkz. örn.*, Rachel Weiner, *CBS News: John Roberts Changed His Mind on Health-Care Mandate*, *Wash. Post* (2 Temmuz 2012), <https://www.washingtonpost.com/blogs/the-fix/post/cbs-news-john-roberts-changed-his-mind-on-health-care-mandate/2012/07/02/gJQA52JRIW_blog.html>. [↑](#footnote-ref-131)
132. 132 *Bkz.* *supra* not 128. [↑](#footnote-ref-132)
133. 133 Alt mahkemelere yargıç atanma ve onaylanma sürecinin evrimi hakkında daha fazla bilgi için *bkz.* Lee Epstein & Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments* 3 (2005); Nancy Scherer, *Scoring Points: Politicians, Activists, and the Lower Federal Court Appointment Process* 17 (2005) (çıkar gruplarının ve siyasi aktivistlerin atamaları etkilemek için nasıl seferber olduğunu açıklayan çalışma); Michael A. Shenkman, *Decoupling District from Circuit Judge Nominations: A Proposal to Put Trial Bench Confirmations on Track*, 65 *Ark. L. Rev.* 217, 249–79 (2012) (önceki uygulamaları tanımlayan ve bunların neden gerilediğini açıklayan çalışma). [↑](#footnote-ref-133)
134. 134 *Bkz. genel olarak* Epstein & Segal, *supra* not 133; Scherer, *supra* not 133. [↑](#footnote-ref-134)
135. 135 *Bkz. örn.*, Erik Eckholm, *One Court, Three Judges and Four States with Gay Marriage Cases*, *N.Y. Times*, 7 Ağustos 2014, s. A15 (Altıncı Daire’de eyaletlerin eşcinsel evlilik yasaklarının anayasaya uygunluğuna ilişkin sözlü tartışmalar incelenirken her bir yargıcın hangi Başkan tarafından atandığına yapılan atıf). [↑](#footnote-ref-135)
136. 136 *Bkz. örn.*, Kenneth D. Chestek, *Competing Stories: A Case Study of the Role of Narrative Reasoning in Judicial Decisions*, 9 *Legal Comm. & Rhetoric* 99, 122 n.114 (2012) (ana akım medya yorumcularının yargıçları atayan Başkanın partisini bir ideoloji ölçütü olarak kullanma eğilimini “çürütme” arzusunu dile getiren çalışma). [↑](#footnote-ref-136)
137. 137 *Bkz. örn.*, Deborah Sontag, *The Power of the Fourth*, *N.Y. Times* Mag., 9 Mart 2003 (Dördüncü Daire’yi aşırı tepkisel olarak tanımlayan uzun ve tartışmalı kapak haberi); *The Ninth Circuit Watch*, <http://www.the9thcircuitwatch.com/recent.htm> (21 Ağustos 2014’te ziyaret edildi) (Dokuzuncu Daire’nin “anlaşılmaz” kararlarını rapor eden site). Son on yıldaki atamalar, Sontag’ın Dördüncü Daire’ye ilişkin tanımını geçersiz kılmıştır (eğer baştan doğruyduysa). Günümüzde haberler genellikle Beşinci Daire’yi ülkenin en tepkisel temyiz mahkemesi olarak kategorize etmektedir. *Bkz. örn.*, Mark Curriden, *Meet the Chief Judge of the Nation’s Most Divisive, Controversial and Conservative Appeals Court*, *ABA J.* (1 Şubat 2014), <http://www.abajournal.com/magazine/article/meet_the_chief_judge_of_the_nations_most_divisive_controversial/>. [↑](#footnote-ref-137)
138. 138 *Bkz. örn.*, Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 *Va. L. Rev.* 1717 (1997) (partizan etkileri belirleyen, bunların hangi konularda daha belirgin olduğunu inceleyen ve bir heyetin bileşiminin partizanlık düzeyini nasıl etkilediğini açıklayan çalışma). [↑](#footnote-ref-138)
139. 139 *Bkz. genel olarak* Kevin M. Scott, *Supreme Court Reversals of the Ninth Circuit*, 48 *Ariz. L. Rev.* 341 (2006) (Dokuzuncu Daire’nin görece yüksek bozma oranının olası kaynaklarını tartışan çalışma); *karş.* Dan Horn, *6th Circuit on Losing Streak in Supreme Court Cases*, *USA Today* (20 Şubat 2011, 1:34 AM), <http://usatoday30.usatoday.com/news/nation/2011-02-20-circuit-courtN.htm>. [↑](#footnote-ref-139)
140. 140 *Bkz. örn.*, Kevin Sack, *Lawyer Opposing Health Care Law is Familiar Face to Justices*, *N.Y. Times*, 27 Ekim 2011, s. A1 (sağlık yasasına karşı dava açan avukat Paul Clement’in, Başkan George W. Bush döneminde Başsavcı olarak görev yaptığını ve dava geçmişinin “Cumhuriyetçi Parti platformunu” yansıttığını açıklayan haber). [↑](#footnote-ref-140)
141. 141 *Bkz. örn.*, *Seven-Sky v. Holder*, 661 F.3d 1 (D.C. Cir. 2011) (Yargıç Silberman, Bireysel Sağlık Sigortası Zorunluluğu’nun Anayasa’ya uygun olduğu yönünde oy kullanmıştır); *Thomas More Law Ctr. v. Obama*, 651 F.3d 529, 558 (6th Cir. 2011) (Yargıç Sutton, aynı yönde oy kullanarak çoğunluk görüşüne katılmıştır). [↑](#footnote-ref-141)
142. 142 *Bkz. örn.*, Josh Blackman, *Unprecedented: The Constitutional Challenge to Obamacare* 220–27 (2013); Jack M. Balkin, *From Off the Wall to On the Wall: How the Mandate Challenge Went Mainstream*, *The Atlantic* (4 Haziran 2012), [http://www.theatlantic.com/national/archive/2012/06/from-off-the-wall-to-on-the-wall-how-the-mandate-challenge-went-mainstream/258040/](http://www.theatlantic.com/national/archive/2012/06/from-off-the-wall-to-on-the-wall-how-the-mandate-challenge-went-mainstream/). *Karş.* Randy E. Barnett ve diğerleri, *A Conspiracy Against Obamacare: The Volokh Conspiracy and the Health Care Case* (2013) (yasanın karşıtları tarafından öne sürülen iddiaları geliştiren ve popülerleştiren blog yazılarının derlemesi). Sağlık yasasını hukuki yollarla zayıflatma veya yürürlükten kaldırma çabalarının NFIB kararından sonra da devam ettiği belirtilmelidir. *Bkz.* *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480, 2485 (2015) (yasanın temel bir hükmüne yönelik yasal itirazı reddeden karar); *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 2759 (2014) (bazı şirketlerin, yasanın belirli hükümlerinden dini muafiyet talep edebileceğine hükmeden karar). [↑](#footnote-ref-142)
143. 143 *Bkz.* Rick Hills, *Healthcare and Federalism: Should Courts Strictly Scrutinize Federal Regulation of Medical Services?*, *PrawfsBlawg* (14 Ağustos 2011, 11:39 AM), <http://prawfsblawg.blogs.com/prawfsblawg/2011/08/healthcare-and-federalism-should-courts-strictly-scrutinize-federal-regulation-of-medical-services-.html>. [↑](#footnote-ref-143)
144. 144 *Bkz. genel olarak* Blackman, *supra* not 142. [↑](#footnote-ref-144)
145. 145 Sert eleştirilerin tipik bir örneği için *bkz.* Sheryl Gay Stolberg & Charlie Savage, *Vindication for Challenger of Healthcare Law*, *N.Y. Times* (26 Mart 2012), <http://www.nytimes.com/2012/03/27/us/randy-barnetts-pet-cause-end-of-health-law-hits-supreme-court.html> (önde gelen bir akademisyenin, Randy Barnett’in “tamamen uydurma bir argümanla inanılmaz bir ilgi çektiğini” ve “[m]evcut içtihat çerçevesinde bunun son derece kolay bir dava olduğunu; açıkça anayasaya uygun olduğunu” söylediğini aktaran haber). [↑](#footnote-ref-145)
146. 146 *Bkz. genel olarak* *supra* Bölüm I. [↑](#footnote-ref-146)
147. 147 *Bkz. genel olarak* *supra* Bölüm II. [↑](#footnote-ref-147)
148. 148 Bu makale, "kültür" kavramının ortaya çıkardığı bazı zorlayıcı yorumsal soruları bilinçli olarak dışarıda bırakmaktadır. Bu sorular şunları içermektedir: (1) Kültürel uyum süreci ne ölçüde bilinçli bir süreçtir?  
     (2) Kültür, ağırlıklı olarak elit değerlerini ve tercihlerini mi yansıtır, yoksa daha geniş toplumun çıkarlarını ve tercihlerini anlamlı bir şekilde dikkate alır mı? (3) Kültürel biçimler, esasen altta yatan ekonomik yapıları mı yansıtır, yoksa onlardan bağımsız olarak anlamlı bir varlığa sahip midir? Bu sorulara hem makro hem de mikro düzeyde verilecek yanıtlar, aşağıda Bölüm IV ve V’te ele alınan birçok proje açısından kritik öneme sahiptir; ancak, bu makalenin eleştirileri açısından ikincil bir konumdadır. [↑](#footnote-ref-148)
149. 149 Örneğin, günümüz yargı kültürünün birçok özelliğini—yargıcın nispeten müdahaleci bir iyileştirici rol üstlenmesi ve etki davalarına (impact litigation) yönelik stratejilerin meşruiyeti gibi—20. yüzyılın ortalarındaki sivil haklar davalarının bir ürünü olarak görmekteyiz. Benzer şekilde, New Deal döneminin deneyimleri, hem mahkemelerin biçimsel bağımsızlığının korunmasının gerekliliğini hem de modern toplumun ihtiyaçlarına hizmet edebilecek doktrinel yapıların geliştirilmesinin önemini açıklamak için sıkça referans gösterilmektedir. [↑](#footnote-ref-149)
150. 150 Örneğin, siyasi saikli yargıç azillerine karşı duyduğumuz isteksizlik, Jefferson döneminde edinilmiş bir ders olarak görülmektedir. Benzer şekilde, Mahkeme’nin büyüklüğünde değişiklik yapılmasına karşı direnç (bir zamanlar yaygın bir siyasi taktik olan bu uygulama), New Deal dönemindeki “Mahkeme Paketleme” (Court Packing) krizi sırasında öğrenilmiş bir ders olarak kabul edilmektedir. İlk konu hakkında *bkz.* Ellis, *supra* not 67, s. 67–109; ikinci konu hakkında *bkz.* Jeff Sheshol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court* 59 (2010). [↑](#footnote-ref-150)
151. 151 *Bkz. örn.*, Epstein & Segal, *supra* not 133, s. 17 (Yüksek Mahkeme atamaları için önceden yargıçlık yapmış olma zorunluluğu getirme çabalarını tartışan ve bunun öngörülen ve öngörülmeyen sonuçlarını değerlendiren çalışma). [↑](#footnote-ref-151)
152. 152 *Bkz.* Smith, *supra* not 93, s. 24 (Yüksek Mahkeme’de amicus curiae dilekçelerine bazı sınırlamalar getiren ve Yedinci Daire’de daha kapsamlı kısıtlamalar uygulayan reformları tartışan çalışma). [↑](#footnote-ref-152)
153. See supra notes 52-53 and accompanying text (discussing the effort to reform constitu tional decisionmaking to privilege originalist arguments). [↑](#footnote-ref-153)
154. 154 Kültürel tarihin temaları ve çeşitli nesneleri hakkında bir giriş için *bkz.* Peter Burke, *What Is Cultural History* (2. bas. 2008). [↑](#footnote-ref-154)
155. 155 Kültürel tarihin, geniş bir yelpazedeki kültürel biçimlerle başa çıkmada eşit derecede yetkin bir metodoloji olduğunu açıklayan çalışma için *bkz.* Alessandro Arcangeli, *Cultural History: A Concise Introduction* (2012). [↑](#footnote-ref-155)
156. 156 21 Ağustos 2014 tarihinde Westlaw “JLR” veri tabanında yapılan bir arama, “anayasal kültür” (constitutional culture) terimini tam olarak kullanan 1.661 makale bulunduğunu ortaya koymaktadır. [↑](#footnote-ref-156)
157. 157 Bkz., ör., Post, *supra* dipnot 2; Siegel, *supra* dipnot 2. [↑](#footnote-ref-157)
158. 158 Bkz., ör., John Ferejohn ve diğerleri, *Constitutional Culture and Democratic Rule* (2001); John Liolos, *Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring*, 36 *B.C. Int’l & Comp. L. Rev.* 219 (2013); *cf.* Robert F. Nagel, *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review* (1989) (yargının güçlü bir şekilde kendini ortaya koymasına duyarlı ve buna alışkın bir kültürde yaşamanın sonuçlarını son derece eleştirel bir bakış açısıyla ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-158)
159. 159 Bkz., ör., James E. Fleming & Linda C. McClain, *Ordered Gun Liberty: Rights with Responsibilities and Regulation*, 94 *B.U. L. Rev.* 849, 891 (2014) (“Anayasal kültürümüzde bireyin silah taşıma ve bulundurma hakkından daha kutsal olan çok az hak vardır.”); Joseph Landau, *Presidential Constitutionalism and Civil Rights*, 55 *Wm. & Mary L. Rev.* 1719, 1736 (2014) (anayasal kültür terimini değişen “özgürlük ve eşitlik normları”na atıfta bulunarak kullanmaktadır). [↑](#footnote-ref-159)
160. 160 “Kültür” üzerine kuram geliştiren birçok tarihçi ve sosyal bilimciyi belirtme cazibesine direniyorum, zira “kültür” etrafındaki karmaşık teorik ve eleştirel tartışmalarda gereksiz yere taraf olmak istemiyorum. *Cf. supra* dipnot 148 (bu türden çeşitli meseleleri belirleyerek ayırmaktadır). [↑](#footnote-ref-160)
161. 161 Bu tür bazı meseleler için bkz. *supra* dipnot 148. [↑](#footnote-ref-161)
162. 162 Bkz. *supra* Bölüm III.A. [↑](#footnote-ref-162)
163. 163 Bu kabaca oluşturulmuş kavramsal harita, anayasal kültür başlığı altında kuramsallaştırılabilecek uygulamaların, normların, düzenlemelerin ve düşünsel yapıların genişliğini göstermekle birlikte, bu geniş konunun ayrıştırılıp analiz edilmesini kolaylaştırabilecek bazı geçici analitik kategoriler sunmayı amaçlamaktadır. Ancak, anayasal kültürümüzün tüm unsurlarını içeren eksiksiz bir katalog sunma ya da bu unsurların yerleştirilebileceği kesin bir tasnif oluşturma iddiasında değildir. [↑](#footnote-ref-163)
164. 164 Bu dinamikler, *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013) ve *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) kararları arasındaki iki yıl içinde büyük ilgi görmüştür. Bu dönemde, tam kapsamlı bir kamu aktörleri yelpazesi (hukukçular, eyalet mahkemeleri, federal mahkemeler, çıkar grupları ve vatandaşlar dâhil) *Windsor* kararının eşcinsel evlilik hakları açısından anlamı konusunda çok yönlü bir diyalog ve mücadele sürecine katılmıştır. [↑](#footnote-ref-164)
165. 165 Bu konular hakkında bkz. *infra* Bölüm IV.B; *ayrıca bkz.* Levinson, *supra* dipnot 2, s. 129 (bu tür ortamların önemini vurgulamaktadır). [↑](#footnote-ref-165)
166. 166 Bkz. *supra* Bölümler I–II (anayasa teorisi ile uygulaması arasındaki gerilimi ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-166)
167. 167 Bkz. *supra* Bölüm III (anayasa teorisinin geliştirilmesinde anayasal kültürün rolünün artırılması gerektiğini savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-167)
168. 168 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). *Cf.* Dale Carpenter, *Flagrant Conduct: The Story of Lawrence v. Texas* (2012) (bu davanın ayrıntılı bir anlatımını sunarak anayasal kültürün dava sürecini nasıl etkilediğine dair bazı içgörüler sunmaktadır, ancak yalnızca dolaylı olarak ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-168)
169. 169 *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005). [↑](#footnote-ref-169)
170. 170 *Nat’l Fed’n of Indep. Bus. v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012). *Cf.* Blackman, *supra* dipnot 142 (bu davaya dair anayasal kültürün bazı kritik yönlerine duyarlı, kışkırtıcı bir anlatım sunmaktadır). [↑](#footnote-ref-170)
171. 171 *Cf.* Andrew M. Siegel, *The Court Against the Courts: Hostility to Litigation as an Organizing Theme in the Rehnquist Court’s Jurisprudence*, 84 *Tex. L. Rev.* 1097, 1107 (2006) (bu temayı doktrinsel olarak ele almakta ve onu kültürel bir olgu olarak açıklamakta, ancak onu şekillendiren ve yönlendiren kültürel faktörleri yalnızca yüzeysel olarak irdelemektedir). [↑](#footnote-ref-171)
172. 172 *Bkz., örn.*, Barry Friedman, *The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review*, 72 *U. Cin. L. Rev.* 1257 (2004). [↑](#footnote-ref-172)
173. 173 *Bkz., örn.*, Fallon, *supra* dipnot 2; Fallon, *supra* dipnot 23 (anayasal doktrinlerin şekillendirilmesinin, Yüksek Mahkeme’nin Anayasa’nın özgün anlamına tek başına bağlı kalmaksızın pratik yargılarda bulunmasını gerektirdiğini savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-173)
174. 174 *Bkz., örn.*, Terri Jennings Peretti, *In Defense of a Political Court* (1999). [↑](#footnote-ref-174)
175. 175 Blackman, *supra* dipnot 142. [↑](#footnote-ref-175)
176. 176 *Bkz., örn.*, Kearney & Merrill, *supra* dipnot 79, s. 747 (üçüncü taraf *amicus curiae* başvurularının değişen rolünü ve farklı perspektiflerini ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-176)
177. 177 *Bkz., örn.*, Peppers, *supra* dipnot 78 (Yüksek Mahkeme hukuk kâtiplerinin kullanımını ve bunların Yüksek Mahkeme kararları üzerindeki olası etkilerini incelemektedir). [↑](#footnote-ref-177)
178. 178 *Bkz., örn.*, Richard J. Lazarus, *Advocacy Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, 96 *Geo. L.J.* 1487 (2008) (bugünkü Yüksek Mahkeme avukatları alanının geçmişe kıyasla daha az önemli olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme dava avukatlarının sayısında ve etkisinde önemli bir artış olduğunu savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-178)
179. 179 *Bkz., örn.*, Derrick Bell, *Essay—Constitutional Conflicts: The Perils and Rewards of Pioneering in the Law School Classroom*, 21 *Seattle U. L. Rev.* 1039, 1043 (1998) (“Her öğrencinin ulaşmasını umduğum temel ve en önemli anlayış, Anayasa’nın Kurucu Babalar tarafından bırakılmış ve cam fanusta muhafaza edilmesi gereken saygıdeğer bir miras olmaktan ziyade, toplumumuzun şekillendirilmesi üzerine süregelen bir mücadelenin merkezi olduğudur; burada farklı gelecek vizyonları, gerçeğe ve geleceğe dönüşmek için rekabet etmektedir.”). [↑](#footnote-ref-179)
180. 180 *Bkz.* Horwitz, *supra* dipnot 8, s. 157 (“Son dönemde anayasa hukuku alanında yapılan birçok çalışma, toplumsal ve hukuki değişim arasındaki ilişkiyi ve toplumsal hareketler ile mahkemeler arasındaki etkileşimi incelemiştir.”). [↑](#footnote-ref-180)
181. 181 *Bkz., örn.*, Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, *Principles, Practices, and Social Movements*, 154 *U. Pa. L. Rev.* 927 (2006) (yerleşik anayasal ilke ve uygulamaların birbirlerinin otoritesini nasıl sorgulayabildiğini incelemektedir); Tomiko Brown-Nagin, *Elites, Social Movements, and the Law: The Case of Affirmative Action*, 105 *Colum. L. Rev.* 1436 (2005); William N. Eskridge, Jr., *Some Effects of Identity Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century*, 100 *Mich. L. Rev.* 2062 (2002) (bireysel haklar alanındaki yirminci yüzyıl hukuk içtihadındaki değişimlerin büyük ölçüde yaygın toplumsal hareketlerin bir sonucu olduğunu savunmaktadır); Guinier & Torres, *supra* dipnot 113 (sivil haklar dönemi toplumsal hareketlerinin hukukun kaynakları olduğunu ileri sürmektedir); Horwitz, *supra* dipnot 8; Klarman, *supra* dipnot 8 (ırksal ve evlilik eşitliğine ilişkin dönüm noktası niteliğindeki davaları mümkün kılan etkenlerin toplumsal ve kültürel dinamikler olduğunu savunmaktadır); Post, *supra* dipnot 2 (Yüksek Mahkeme’nin 2002 yılında liberal politik tutumlara gösterdiği saygıya dikkat çekmektedir). [↑](#footnote-ref-181)
182. 182 Bu gözlem birçok kişi için neredeyse açık veya hatta totolojik görünebilir. Ancak bu makale, anayasal pratiği görece katı ve soyut bir çerçevede ele alan modern anayasa teorisinin temel bir yönüyle bu gözlemin hâlâ bir gerilim içinde olduğunu öne sürmektedir. [↑](#footnote-ref-182)
183. 183 *Bkz., örn.*, Brown-Nagin, *supra* dipnot 181; Klarman, *supra* dipnot 8; Post, *supra* dipnot 2. [↑](#footnote-ref-183)
184. 184 *Bkz., örn.*, Brown-Nagin, *supra* dipnot 181, s. 1471 (üniversiteye kabulde pozitif ayrımcılık konusunu tartışmak için Derrick Bell’in çalışmalarından yararlanmaktadır); Guinier & Torres, *supra* dipnot 113, s. 2748 (Derrick Bell’in kültürün pozitif ayrımcılık içtihadını etkilediği yönündeki görüşüne atıfta bulunmaktadır). [↑](#footnote-ref-184)
185. 185 *Bkz., örn.*, Friedman, *supra* dipnot 172 (hukuk, Amerikan kültürü ve siyaset arasındaki yakın ilişkiyi tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-185)
186. 186 *Bkz., örn.*, Klarman, *supra* dipnot 8. [↑](#footnote-ref-186)
187. 187 *Bkz., örn.*, Horwitz, *supra* dipnot 8 (Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc. davasında yasaların yorumlanmasını etkileyen toplumsal ve siyasi faktörler arasındaki güçlü ilişkiye dair yorum yapmaktadır). [↑](#footnote-ref-187)
188. 188 *Bkz., örn.*, BLACKMAN, *supra* dipnot 142. [↑](#footnote-ref-188)
189. 189 *Bkz., örn.*, Greene, *supra* dipnot 53. [↑](#footnote-ref-189)
190. 190 *Bkz., örn.*, PEPPERS, *supra* dipnot 78 (hukuk kâtiplerine yönelik artan ilgiyi tartışmaktadır); Kearney & Merrill, *supra* dipnot 79 (amicus curiae görüşlerinin artan rolünü değerlendirmektedir); Lazarus, *supra* dipnot 178 (Yüksek Mahkeme barosunun yeniden ortaya çıkışını ele almaktadır). [↑](#footnote-ref-190)
191. 191 *Bkz., örn.*, Jamal Greene, *Heller High Water? The Future of Originalism*, 3 *Harv. L & Pol’y Rev.* 325, 325 n.3 (2009) (son tartışmalarda tüm tarafların özgüncülük (originalism) argümanlarına aşina olduğunu savunan kaynakları toplamaktadır). [↑](#footnote-ref-191)
192. 192 Özgüncülük eleştirmenlerinin bu tür çalışmaları için bkz., örn., POWELL, *supra* dipnot 2, s. 6-7; Greene, *supra* dipnot 58, s. 661. Özgüncülüğe daha yakın akademisyenlerin bu tür çalışmaları için bkz., örn., Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 519, 521-23 (2003); Young, *supra* dipnot 10, s. 410. [↑](#footnote-ref-192)
193. 193 Bu gruba, üretken ve özgün projeleri genellikle –ancak her zaman değil– kendi çalışmalarının etkisini gösteren Akhil Reed Amar da dâhil edilebilir. *Bkz., örn.*, Amar, *supra* dipnot 10, s. 27-28 (anayasal karar alma süreçlerine dair kültür, kişilik ve olumsallığa dayalı tercihlerin rolünü vurgulayan bir anlatı sunmaktadır). [↑](#footnote-ref-193)
194. 194 Önde gelen çalışmalarının bazıları için bkz. *supra* dipnot 2. [↑](#footnote-ref-194)
195. 195 *Bkz., örn.*, Balkin & Siegel, *supra* dipnot 181, s. 929 (siyasi mücadelenin anayasal ilkelerin anlaşılmasını değiştirebileceğini savunmaktadır); Post, *supra* dipnot 2, s. 8 (anayasa hukukunun yalnızca yargıçlar tarafından şekillendirilmediğini, aynı zamanda yargı dışı aktörlerin inanç ve değerlerinden de etkilendiğini ileri sürmektedir); Siegel, *supra* dipnot 2, s. 1324 (anayasal değişimi teşvik eden vatandaşlar ile kamu görevlileri arasındaki etkileşimleri ele almaktadır); Post & Siegel, *supra* dipnot 53, s. 549-50 (anayasa hukukunu şekillendiren tarihsel süreçleri incelemektedir). [↑](#footnote-ref-195)
196. 196 *Bkz., örn.*, BALKIN, *supra* dipnot 2, s. 4-5 (Amerikan ulusunun tarihinin, sürekli olarak daha fazla eşitlik ve adaletin sağlanmasına dayalı bir anlatıdan ziyade, bir tür "kurtuluş" anlatısıyla daha doğru bir şekilde açıklanabileceğini savunmaktadır); Post, *supra* dipnot 2, s. 81-83 (mahkemelerin değişen kültürel eşitlik anlayışlarını dikkate almak zorunda olduğunu açıklamaktadır); Siegel, *supra* dipnot 2, s. 1327 (harekete geçen vatandaşlar ve toplumsal hareketlerin anayasa hukuku üzerindeki etkisini analiz etmektedir). [↑](#footnote-ref-196)
197. 197 *Bkz., örn.*, Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People Can Correct It)* 6 (2006) (“Günümüzün Anayasası’nı haklı çıkaran, yirmi birinci yüzyıl normlarımızı uygulayan bir demokratik anayasa teorisi inşa etmenin giderek zorlaştığına inanıyorum.”). [↑](#footnote-ref-197)
198. 198 Bu çalışmaların kolektif projelerini, bu makalenin ortaya koyduğu yaklaşımla tutarlı bir şekilde ele alan içgörülü bir tartışma için bkz. Douglas NeJaime, *Constitutional Change, Courts, and Social Movements*, 111 *Mich. L. Rev.* 877, 877 (2013) (JACK M. BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World* (2011) adlı eserini inceleyerek, Balkin’in toplumsal hareketler ve mahkemelerin anayasa hukukunu şekillendirmedeki rolüne dair akademik çalışmalarını tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-198)
199. 199 *Bkz., örn.*, POWELL, *supra* dipnot 2, s. 2-3 (insanların Anayasa’yı düşündüklerinde, belgenin kendisinden çok mahkemelerin siyasi pratiğini akıllarına getirdiklerini belirtmektedir); Post, *supra* dipnot 2, s. 8 (Anayasa’nın yargı dışı aktörlerin inançlarından bağımsız olup olmadığına dair farklı yönleri incelemektedir); Siegel, *supra* dipnot 2, s. 1324-25 (yasama süreci ile anayasal yorum arasındaki ayrımı reddederek, anayasal değişimin vatandaşlar ile kamu görevlileri arasındaki etkileşimler tarafından nasıl şekillendirildiğine odaklanmaktadır). [↑](#footnote-ref-199)
200. 200 *Bkz. supra* dipnot 157-159 ile ilgili metin. [↑](#footnote-ref-200)
201. 201 *Bkz. infra* Bölüm V.B. [↑](#footnote-ref-201)
202. 202 *Bkz., örn.*, Balkin & Siegel, *supra* dipnot 181, s. 928-29 (siyasi mücadelenin insanların anayasal ilkeleri algılama biçimini nasıl etkilediğini ve daha önce kabul gören ilkelerin yeni durumlara uygulandığında nasıl tartışmalı hale geldiğini ele almaktadır); Eskridge, *supra* dipnot 181, s. 2064 (bireysel hakların anayasal korunmasındaki yirminci yüzyıl değişimlerinin toplumsal hareketlerin bir sonucu olduğunu savunmaktadır); Post, *supra* dipnot 2, s. 8 (anayasa hukuku ile kültür arasındaki ilişkiyi incelemektedir); Siegel, *supra* dipnot 2, s. 1324 (anayasal değişimi gerçekleştiren vatandaşlar ve kamu görevlileri arasındaki etkileşimi incelemektedir). [↑](#footnote-ref-202)
203. 203 *Bkz. infra* Bölüm V.A-B. [↑](#footnote-ref-203)
204. 204 Klasik bir örnek için bkz. POWELL, *supra* dipnot 2, s. 7 (anayasa hukukunun, tarihsel bir perspektiften bakıldığında en iyi şekilde anlaşılan “tutarlı bir gelenek” olduğunu savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-204)
205. 205 Bu kusurların tartışılması için bkz. *supra* Bölüm I. [↑](#footnote-ref-205)
206. 206 Bu bölümdeki argümanlar, anayasa hukukunun sürekli bir mücadele sürecinden doğduğunu ve anayasal anlam üzerinde hiçbir organın nihai kontrol sahibi olmadığını ciddiye alan öncü çalışmalarıyla Sandy Levinson’a büyük ölçüde dayanmaktadır. *Bkz., örn.,* LEVINSON, *supra* dipnot 2, s. 29. [↑](#footnote-ref-206)
207. 207 *Bkz., örn.,* Post, *supra* dipnot 2, s. 8 (anayasa hukuku ve anayasal kültür için farklı tanımlar sunmaktadır). [↑](#footnote-ref-207)
208. 208 *Bkz. supra* dipnot 157 ve ilgili metin. [↑](#footnote-ref-208)
209. 209 *Bkz., örn.*, William N. Eskridge, Jr., *Willard Hurst, Master of the Legal Process*, 1997 *Wisc. L. Rev.* 1181, 1183, 1186-87 (Willard Hurst’ün ünlü erken dönem hukuk tarihi çalışmalarına “Toplum İçindeki Hukuk” (*Law in Society*) adını verdiğini belirterek, bu ayrımın Hurst için ve onun entelektüel mirasını sürdürenler için ne anlama geldiğini tartışmaktadır). [↑](#footnote-ref-209)
210. 210 *Bkz., örn.*, LEVINSON, *supra* dipnot 2, s. 191 (Anayasa’yı, “hayal edilebilecek her önemli siyasi meseleyle başa çıkmaya imkân tanıyan, benzersiz bir Amerikan siyasi retoriği oluşturmaya yardımcı olmuş bir dil sistemi” olarak tanımlamaktadır); Lawrence Gene Sager, *Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*, 91 *Harv. L. Rev.* 1212, 1227 (1978) (devlet yetkililerinin, mahkemelerin kurumsal yetkinlik ve uygunluk eksikliği nedeniyle anayasal normları uygulayamayacağı sınır alanlarında, anayasal normlara ilişkin kendi anlayışlarına göre anayasa dışı davranışlardan kaçınmaya çalıştığını savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-210)
211. 211 *Bkz., örn.*, Amar, *supra* dipnot 10, s. 56 (“[Birkaç önemli konuda], Anayasa, dürüstçe okunduğunda, Mahkeme’nin on yıllarca, hatta daha uzun süre boyunca göz ardı ettiği ve günümüz Mahkemesi’nin hâlâ bazen yerine getiremediği çekici bir rejim sunmaktadır.”); David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *U. Chi. L. Rev.* 877, 929 (1996) (son dönemde ortaya çıkan anayasal ortak hukuk ilkelerinin çoğunun, Anayasa metniyle güçlü bir bağa sahip olmadığını savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-211)
212. 212 *Bkz., örn.*, G. Edward White, *Historicizing Judicial Scrutiny*, 57 *S.C. L. Rev.* 1 (2005) (modern denetim standartlarının ortaya çıkışını ele almakta ve bu yaklaşımı önceki paradigmalarla karşılaştırmaktadır). [↑](#footnote-ref-212)
213. 213 Young, *supra* dipnot 10, s. 415. [↑](#footnote-ref-213)
214. 214 Thomas P. Crocker, *Overcoming Necessity: Emergency, Constraint, and the Meaning of American Constitutionalism* (yayına hazırlanıyor, 2016). [↑](#footnote-ref-214)
215. 215 *Bkz., örn.*, Nelson, *supra* dipnot 192, s. 522 (“[Anayasa’nın] erken dönem yorumcuları—sadece mahkemeler değil, aynı zamanda yasama organları, yürütme yetkilileri, eyalet onay konvansiyonları ve geniş halk kitlesi—hem kabul edilen yorum yaklaşımlarının kapsamını daraltmaya hem de belirli hükümlere ilişkin belirli soruları karara bağlamaya yardımcı olmuştur.”); Caleb Nelson, *The Persistence of General Law*, 106 *Colum. L. Rev.* 503, 568 (2006) (“[F]ederal ortak hukuk kurallarını belirleyen mahkemeler, genellikle varsayıldığı kadar geniş bir takdir yetkisi kullanmazlar; genel hukuk, uyguladıkları karar kurallarının içeriğini önemli ölçüde sınırlandırır ve çoğu zaman tamamen tanımlar.”); Caleb Nelson, *State and Federal Models of the Interaction Between Statutes and Unwritten Law*, 80 *U. Chi. L. Rev.* 657, 662 (2013) (“[M]ahkemeler bazen, Kongre’nin yasayı yaygın olarak kabul edilen yazılı olmayan hukuk ilkelerini dikkate alarak çıkardığı ve dolayısıyla yasanın bu ilkeleri örtük olarak benimsediği sonucuna varmaktadır.”). [↑](#footnote-ref-215)
216. 216 Young, *supra* dipnot 10, s. 455. [↑](#footnote-ref-216)
217. 217 Profesör Young’un bu soruya verdiği yanıt, hükümet kurumlarımızdaki ve temel yönetim normları ile bireysel haklara ilişkin anlayışımızdaki değişimlerin büyük ölçüde yasama ve düzenleyici gelişmeler yoluyla gerçekleştiği veya pekiştirildiği gerçeğine odaklanmaktadır. Bu gelişmelerin “kanonik olmayan” Anayasa’nın bir parçası olduğunu savunmaktadır. *Bkz. id.*, s. 454-57 (Amerikan anayasal gelişimini açıklamak için Kurucu Babalar’ın “yer bıraktığı” siyasi kurumların rolünü kabul eden işlevsel bir yaklaşım önermektedir). Bu gözlem şüphesiz doğrudur ve anayasa hukuku ile anayasal kültürün nasıl evrildiğini anlamak açısından son derece faydalıdır. Ancak eksiktir; çünkü “kanonik” Anayasa’ya ilişkin anlayışımızdaki değişimlerle somutlaşan anayasal gelişmeleri açıklamak için bir mekanizma sunmamaktadır ve dolaylı olarak bu tür değişimleri eleştirmektedir. [↑](#footnote-ref-217)
218. 218 Bu metafor ve onun yarattığı rahatsızlıkların kapsamlı bir incelemesi için bkz. Scott Dodson, *A Darwinist View of the Living Constitution*, 61 *Vand. L. Rev.* 1319, 1324 (2008) (“Yaşayan Anayasa doğdu, gelişimi boyunca beslendi ve toplumla birlikte büyümeye devam ediyor.” (iç alıntı işaretleri çıkarılmıştır)). [↑](#footnote-ref-218)
219. 219 *Bkz., örn.*, Brian Z. Tamanaha, *The Distorting Slant in Quantitative Studies of Judging*, 50 *B.C. L. Rev.* 685, 702-05 (2009) (yargıçların belirli politika tercihleri olan öznel modern bireyler olmalarına rağmen, hukuku nesnel veya durağan bir şekilde sadakatle uygulamaya çabalayabilecekleri bazı nedenleri ayrıntılı bir şekilde analiz etmektedir). [↑](#footnote-ref-219)
220. 220 Bu konuyla ilgili kurumsal yetkinlik meselelerini ele alan birçok makaleden biri için bkz. William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*, 91 *Yale L.J.* 635, 666-67 (1982) (Adalet Frankfurter’in yargısal kurumsal yetkinlik eksikliğini tanımasını incelemekte ve bunun siyasi soru doktrininden türediğini, güçler ayrılığı sorularına dayandığını ve belirli kararları vermede siyasi organların üstün yetkinliğine dayandığını savunmaktadır). [↑](#footnote-ref-220)
221. 221 *Bkz.* Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *U. Cin. L. Rev.* 849, 863-64 (1989) (“Yargıçların hukuku kendi arzuladıkları gibi yorumlama eğiliminde olmaları kaçınılmazdır. Bu nedenle, yargısal tarih yazımında yapılan hataların çoğunun, 1789 dönemi üzerine mevcut modern değerlerin yansıtılması yönünde olacağını düşünüyorum. Bu da, en iyi niyetle uygulandığında bile, özgüncülüğün (originalism), tarihsel kayıtlarda da görüldüğü üzere, kaçınılmaz olarak bir tür uzlaşıya dönüşmesine neden olacaktır.”). [↑](#footnote-ref-221)
222. 222 *Bkz. supra* Bölüm II.D. [↑](#footnote-ref-222)
223. 223 *Bkz. supra* Bölüm II.D. [↑](#footnote-ref-223)
224. 224 *Bkz. supra* Bölüm II.B. [↑](#footnote-ref-224)
225. 225 *Bkz. supra* Bölüm II.C. [↑](#footnote-ref-225)
226. 226 *Bkz. supra* dipnot 191 ile ilgili metin. [↑](#footnote-ref-226)