

^HANAYASALAR YOLUYLA TOPLUM TASARIMI VE İNŞASI: ANAYASALARIN GERÇEK SAHİPLERİ VE ANAYASACILIK SÜREÇLERİNDE BİREY*

Yrd. Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ**

GİRİŞ

Dünyada her yıl, hemen hemen dört ya da beş anayasanın yerine yenileri yapılıyor ve yine her yıl, en az on veya on beş anayasa değiştiriliyor. Diğer yirmi ve daha fazla anayasa için de değişiklik önerileri veriliyor. Dünyada bir anayasanın ortalama ömrünün, yaklaşık on yedi yıl olduğu belirtiliyor¹. 1946-2012 yılları arasında yüz seksen altı devlet tarafından farklı tarihlerde toplam yedi yüz elli bir anayasanın kabul edildiği görülüyor². Bu müthiş hız ve değişim içinde hep şu soru akla geliyor: Anayasalar kime aittir? Birey/vatandaş/halk/ulus, anayasaların neresindedir? Bu soruların cevabı net olmamakla birlikte, Amerikan Anayasasının bilindik başlangıç cümlesinin aksine, anayasaların “biz” “sıradan” insanlara ait olmadığı kesin. Yuvarlak masalar etrafında, farklı meslek ve gelir gruplarından kişilerin birkaç saat veya gün, belirli konuları görüşmesi ve konuştukları başlık-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu makale, 4-6 Aralık 2013 tarihleri arasında ODTÜ-Ankara’da düzenlenen “13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi”ne sunulan tebliğin yazılı hale getirilerek gözden geçirilmesi ve güncellenmesi sonucu hazırlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Ginsberg/Elkins/Blount**, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860392.

² **Versteeg**, s. 1149.

ları, temenniler şeklinde alt alta sonuç bildirgesi olarak sunmaları, yönetilenlerin anayasa yazım sürecine doğrudan katkı sağladığını maalesef göstermiyor. Bu, sadece anayasa yazımının müsamere kısmını oluşturuyor.

İktidar eksenlerinin ve iktidarı biçimlendiren etkenlerin değişip çeşitlendiği günümüzde, ulus-devlet anayasalarının sınırlarının zorlandığı hatta aşıldığı aşikâr. Bu nedenle anayasaların, sadece yerel ve ulusal önceliklerin ürünü olduğunu söylemek, her geçen gün güçleşiyor. Anayasalar, kalabalıklara atfediliyor ancak kalabalıklar, anayasa yapımı noktasında engel olarak görülebiliyor. Bu nedenle anayasayı biçimlendiren ve onu kaleme alan bireylerden ziyade tasarlanmış ve hazırlanmış bir anayasanın atfedildiği bireyleri görüyoruz. Makaledeki temel amacımız, anayasalar ile ulusun/halkların/kişilerin arasındaki uyumsuzluğun hatta karşıtlığın fotoğrafını çekmektir.

A. Anayasal Tasarımın/Anayasa Mühendisliğinin Amacı ve Anayasaların İdeolojik Yönünün Tasarıma Eşlik Etmesi

Anayasaların amacı, siyasi sisteme ilişkin temel ilkeleri ve kuralları koymaktır; aslında tüm bu kurallar, aynı zamanda siyasi sistemin kendisini yöneten kurallardır³. Kontrol etme amacıyla yola çıkan siyasi iktidarın, anayasacılığın yöntemleriyle kontrol edilmesi hedeflenmektedir. Anayasacılık fikri, liberal değer ve özlemlerle yakından ilişkili olsa da bu dengeyi sağlamak güçtür. Bir anayasada kusurlar, ihmaller bulunabileceği gibi bir anayasa, zamanla anti-demokratik veya otoriter bir niteliğe bürünebilir⁴.

“Eğer insanlar melek olsaydı, hiçbir hükümete ihtiyaç olmazdı. Eğer melekler, insanları yönetseydi hükümet üzerinde ne dış ne de iç bir kontrole ihtiyaç olurdu. İnsanın insan tarafından yönetildiği bir hükümetin sınırlandırılmasında yer alan büyük zorluk şudur: Öncelikle hükümete, yönetilenleri kontrol etmesini sağlayacaksınız ve sonra da hükümetin kendini kontrol etmesini zorunlu

³ Heywood, s. 374.

⁴ Heywood, s. 374. “(...) Kurulu bir yönetime sahip her devletin bir anayasası vardır. Nazi Almanyası, Franko İspanyası, Stalin Rusyasının anayasası ile herhangi bir liberal demokratik ülkenin anayasası arasında bu bakımdan hiçbir fark yoktur. Bir devletin anayasaya sahip olması onun demokratik ya da diktatöryel karakteri hakkında bir bilgi vermez.” **Dikmen Caniklioğlu**, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 72.

kılacaksınız. İnsanların bağımsızlığı kuşkusuz hükümet üzerindeki ilk/öncelikli (primary) kontroldür ama tecrübe, insanoğluna ek (auxiliary) önlemler ihtiyacını öğretmiştir⁵.

Anayasaların sahip olduğu işlevler elbette bunlarla sınırlı değildir. Aslında her yeni anayasa, içinde yeni bir toplum veya birey tasarımı barındırır. Anayasal tasarım ya da anayasa mühendisliği, ifade olarak otoriter veya totaliter yapıları çağırırsa da tasarım, bizatihi modern anayasacılığın önem verdiği konulardan biridir. Zaten anayasanın (constitution), terminoloji olarak tesis etmek, kurmak, oluşturmak anlamında kullanıldığı⁶ esas alınır; inşa etmenin, anayasaların öncelikli amaçlarından biri olduğu söylenebilir. Anayasal tasarımdan anlamamız gereken anayasanın yapımı ve onun içeriğidir⁷. Ancak anayasanın ideolojik unsurlarla birleşmesi, tasarıma farklı anlamlar yükleyecektir.

Gönenç'e göre anayasa; uygulandığı toplumdaki hakim ideolojiyi yansıtan, siyasi iktidara meşruiyet kazandıran ve siyasi iktidarı organize eden üstün kurallar bütünüdür. Anayasaların üç temel işlevi bulunmaktadır ki bunlar; toplumun dayandığı temel prensip ve değerleri ifade etmek ve pekiştirmek (ideolojik manifesto), siyasi iktidarı meşru kılmak (normatif şelale) ve siyasi iktidarı organize etmektir (iktidar haritası)⁸. Heywood'un deyişiyle "(...) anayasalar, yansız olamaz; daima, az veya çok ideolojik önceliklere bulaştırılmıştır. Bu yüzden anayasa yapıcıları, bir bakıma ideolojik bir amaçla, rejimlerini birleştirici değerler dizisiyle ve siyasi davranışlarda kullanılabilen bir lügatla yetkilendirmeye çalışırlar⁹."

⁵ **Madison**, s. 288.

⁶ **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Metodoloji*, s. 131 vd.; **Şahin**, s. 6.

⁷ **Özbudun**, *Constitutional Design in Islamic Countries*, <http://northwesternlaw.comparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudun-constitutional-design-in-islamic-countries.pdf>, 03.09.2014. Dikmen Caniklioğlu'na göre "anayasa, devlet yapısının ve güçlerinin, yurttaş hak ve görevlerinin temel bir tasarımıdır." **Dikmen Caniklioğlu**, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, s. 72.

⁸ **Gönenç**, *Where to Start to Discuss*, s. 4; **Gönenç**, *Siyasi İktidar Kavramı*, s. 155. Anayasalar, "toplum içindeki farklılıkları bir arada yaşama kültürüne çeviren tutkal görevi"ne sahiptir. **Şahin**, s. 24.

⁹ **Heywood**, s. 381. Ancak Sartori'ye göre anayasalar, politikaların içeriğini saptarsa halk iradesinin yerine geçer. Bu nedenle anayasalar, içerik bakımından tarafsız olmalıdır. O

İdeolojik manifesto olma niteliği, anayasacılığın siyasi yönünü ortaya koyar. Sarıbay'ın da belirttiği üzere anayasanın ve anayasacılığın özündeki hukukî değil siyasi mesele öncelikle dikkate alınmalıdır. Bir halkın yeni anayasa yapmaya yönelik niyeti, o halkın içinde bulunduğu ulusal, uluslararası politika ve kültürel ortamın telkinleri doğrultusunda toplumu yeniden inşa etme arzudur¹⁰. Toplumu yeniden inşa ediş, her yerde ve her zaman siyasi bir içeriğe sahiptir. Yeni bir toplum arayışının yöntemi siyasi; dili siyaset dilidir¹¹. Gönenç'e göre de anayasalar, hukuki metinler olmalarına rağmen siyasi süreçlerden bağımsız değerlendirilemez. Anayasalar, siyasi sistemin unsurlarını dengeleme ve denetleme işlevine de sahiptir¹². Çağlar'dan alıntılırsak, anayasaların "önlenemez yükselişi", politikanın sonu değildir; sadece politığın kavranmasında hukukun artan payına işaret eder¹³. Başka bir deyişle; "geleceğe bazı şeyler bırakmak, anayasal tasarım deponunun önemli bir parçasıdır. Sonuçta anayasal tasarımın dehası, sıradan siyasetin masasından hangi kararların alınacağını değil aynı zamanda bu masaya hangilerinin konulacağını belirlemektir¹⁴."

Anayasalar yoluyla bireyi, toplumu ve siyasi yapıya ait unsurları tasarlama arzusu, anayasalar yoluyla meşrulaştırılmak istenen siyasi dönüşümlerin varlığına işaret etmektedir. Tasarım veya mühendislik sadece anayasa metniyle sınırlı değildir. Maddi anlamda anayasanın erişebildiği her konu, anayasal tasarımın parçasıdır. Siyasi kurumlar, seçimler veya siyasi partilere

halde anayasacılığın temel hedefinde politik içeriği saptamak yoktur. Eğer bir anayasa, politik bir içerik saptıyorsa orada anayasacılığın rotasından sapılmış mı demek olacaktır? Sartori'ye göre 18. ve 19. Yüzyıl anayasa yapımcıları anayasacılığın telosunu anlamışlardı ve onlar "doğal" mühendislerdi. **Sartori**, s. 257. Anayasa, fikirleri, arzuları, planları, siyasetleri değil, olanak olduğu ölçüde tam anlamıyla hukuk kuralları olanları belirtmekle kendini sınırlamalıdır. Kurallar; az, genel ve temel olmalıdır. Dil, müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır. **Wheare**, s. 66-67.

¹⁰ **Sarıbay**, s. 385.

¹¹ **Dikmen Caniklioğlu**, Yeni Bir Anayasa İçin, s. 234.

¹² **Gönenç**, Siyasi İktidarın Denetlenmesi, s. 1.

¹³ **Çağlar**, s. 5.

¹⁴ **Dixon/Ginsburg**, s. 668.

ilişkin düzenlemeler, anayasada düzenlenmemiş olsa bile anayasa mühendisliğinin konusunu oluşturur¹⁵.

Anayasayı kaleme alan asli kurucu iktidar, kendisiyle yarışan/çarpışan diğer iktidarların karşısında zafer kazanır ve bu başarısını da yeni bir anayasa ile taçlandırır. Ancak mağlup iktidarlar, hayata geçiremedikleri anayasa önerilerini ve beklentilerini yeri geldiğinde kullanmak üzere muhafaza ederler. Tam da Çağlar'ın ifade ettiği gibi her yazılı anayasanın yanında, siyasi güçler dengesine göre yeniden şekillenen bir "yazısız anayasa" vardır ve bu anayasanın kavranmasında partizan faktörler, kurumsal faktörlerden çok daha önemlidir¹⁶. Eski ve yeni düzen/toplum/anayasa gibi tartışmalar, işte böyle zamanlarda ortaya çıkar. Toplum tasarlama isteği, yeni bir anayasayı beraberinde getirir. Anayasalar, yeni dönemlerin habercisi ve simgesidir. Eğer eskinin muhafazası isteniyorsa yani inşa edilmiş yapının sadece güçlendirilmesi ve korunması hedefleniyorsa; eski, gözden geçirilir. İngiltere'deki Restorasyon Dönemi, eskinin muhafazasına dair önemli bir örnektir.

İngiltere tarihinde kopma, 1642 yılında iç savaşla ve I. Charles'ın idam edilmesiyle ortaya çıkmıştır ve 1649-1660 yılları arasında "Protectorat" ve "Commonwealth" döneminde anayasa yapma girişimlerinde bulunulmuştur. Cromwell, İngiltere, İskoçya ve İrlanda'yı bu dönemde bir hükümet altında birleştirmiştir. Bu dönemin önemli bir anayasa yapma girişimi, 1653 tarihli Hükümet Senedi'dir (Instrument of Government). Ancak bu hayata geçirilememiştir. Sonrasında II. Charles taç dönmüş ve Restorasyon dönemi başlamıştır. Wheare'a göre 1660 yılında niye bir anayasa yapılmadığını, "Restorasyon" kelimesi özetlemektedir. Restorasyon, eski sisteme dönüş demektir; bir anlamda eskinin muhafazası hedeflenmektedir. Kopmayan tarihsel bir çizgide yazılı bir anayasaya sahip olmamak, bu ihtiyacı ortaya çıkaracak nedenlerin oluşmadığına işarettir¹⁷. Eski düzene sahip çıkılması yönünde bir kararlılık varsa, yeni bir anayasa yapımı tercih edilmemektedir.

¹⁵ **Horowitz**, s. 6, dipnot 1; **Sartori**, s. 9. Sartori'ye anayasacılığın iki temel motoru var. Mühendisliğin (engineering), motor (engine) kelimesinin türevi olduğu ele alınırsa; anayasa mühendisliğinin iki motoru cezalar ve ödüllerdir. Bu anlamda cezalar ve ödüller kullanılmazsa anayasalar tasarlandıkları gibi işleyemez. **Sartori**, s. 9.

¹⁶ **Çağlar**, s. 5.

¹⁷ **Wheare**, s. 12-13.

B. Asli Kurucu İktidar ve Anayasal Tasarım

1. Anayasal Müzakerenin Anayasa Metnine Aktarılması

Asli kurucu iktidarın, anayasa yazımını sonuçlandırması ve bu anayasanın ister halkoylamasıyla ister farklı yolla kabul edilmesi, anayasanın ve pek tabii ki asli kurucu iktidarın meşruiyetini sağlar¹⁸. Asli kurucu iktidar, kendisine yönelen tehditleri bertaraf edebilmek için kendi lehine anayasaya hükümler koyabilir. Hatta kendinden önceki anayasalara tepki niteliğinde hükümler koyarak bu tavrını netleştirir. Yine asli kurucu iktidar, özellikle anayasada çıkış güvencelerini düzenleyerek kendisini garanti altına alır¹⁹. Bir anayasa, demokratik bir usulle hazırlanmasa da halkoylamasına sunulurken “demokratik” hale getirilebilir. Asli kurucu iktidar, çoğu kez halkoylaması yoluyla kendini aklar. 1950 yılında halkoylaması yoluyla anayasaların kabul edilmesinde oran, yüzde yedi iken şimdi bu oran, yüzde otuz dörde yükselmiştir. Versteeg’e göre “ülkenin en yüksek belgesini” tasarlarken, uzmanlar genellikle çoğunluğun duyarlılığını dikkate almamakta ancak bu duyarlılıklarla, çelişebilecek değerler arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır²⁰. Bu nedenle halkoylaması, bu çelişkinin giderilmesinde ve meşruiyetin sağlanmasında önemli bir işleve sahiptir.

Lijphart makalesinde, bölünmüş toplumlar için anayasa yapım önerisini şu şekilde sunar:

¹⁸ Asli kurucu iktidarın niteliği ve sınırları hakkında bkz. **Gözler**, Kurucu İktidar, s. 55-61; **Şahin**, s. 135-146. Gözler’e göre asli kurucu iktidarın sahibinin kim olduğu sorusu, hukuken cevaplandırılacak bir soru değildir. **Gözler**, Kurucu İktidar, s. 64. “Kurucu iktidarın ulusal irade bünyesinden nasıl ve kime ait bir yetki olarak çıkacağı sorunu, yapılan anayasanın meşruiyetini de doğrudan etkileyen bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.” **Dikmen Caniklioğlu**, Anayasal Devlette Meşruiyet, s. 72.

¹⁹ “Çıkış güvenceleri (exit guarantees), askeri rejimlerden demokrasiye geçerken ya da dönerken, silahlı güçlerin yeni anayasa hükümleri arasında katıştırdıkları hak, yetki, güvence ve ayrıcalıkları ifade eder.” **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 38.

²⁰ Karşılaştırma ve yorum için bkz. **Versteeg**, s. 1142, 1180. Bazı durumlarda anayasaların yapım safhasında doğrudan halk yer almaktadır. Anayasal meclise doğrudan üye seçebilmektedir. Örneğin İzlanda’da anayasayı yapacak 31 kişi, halk tarafından “sıradan” insanlar arasından seçilmiştir. **Sigmundsdottir**, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/

“Anayasayı kaleme alanların, farklı tercihleri incelemeden benim önerilerimi kabul etmelerini tartışmıyorum. Partilerin ve politikacıların gündemi ve çıkarları, diğer alternatiflerin dikkate alınmasına neden olabilir. Bir ülkenin tarihi ve gelenekleri de anayasayı kaleme alacakları etkileyecektir. Bu profesyonel tavsiye her zaman ve çok akılcıca bir şekilde birden fazla anayasa uzmanından istenecektir. Yine de burada belirttiğim öneriler benim kendi kişisel tercihlerime dayanmamaktadır. Ancak güçlü akademik konsensüs ve sağlam ampirik kanıtlara göre, en azından başlangıç noktası olarak anayasal müzakerelerden başlamaları gerekir²¹.”

“En azından başlangıç noktası olarak anayasal müzakereden başlamak”, halkın görüşlerinin, anayasalara yansıdığına göstergesi midir? Anayasal belgeler halkın değerlerine (popüler values) bağlılık gösterebilir: (1) Başlangıç bölümünde, halka ait değerleri ve ulusal karakteri ilan eder; (2) Anayasa yapım sürecinde halkın katılımı, onayı yer alabilir. (3) Halkın görüşünü yansıtan haklarla ilgili politikalara ve haklara yer verilir. Bu görüşe göre, anayasalar halkın makul müzakeresini yansıtır; ancak sıradan yasama işlemi; seçilmiş temsilcilerin öngörüsüz pazarlıklarını, korkularını ve tutkularını ifade eder²². Ancak anayasa yapıcılarının, evrensel haklar listesini ve hazır anayasal modelleri tercih etmesi, anayasaların popüler değerlerden ayrıldığına göstermektedir²³.

Vergreed’e göre anayasa yapıcılar, halkın kendisini ifade etmesinden öte fonksiyonalizmi ve evrenselciliği tercih etmektedir. Evrenselcilik, çoğunluğun isteklerine aldırılmaksızın belli evrensel değerlerin tüm anayasalarda yer almasını savunur. Evrenselcilik, popüler söylemlere karşı anayasa yapıcılarını uyarır. Çünkü popülist anayasalar, potansiyel olarak evrensel insan haklarını ihlal edebilmektedir. Fonksiyonalizm ise popüler anayasaların teknik olarak mükemmel olmadığını çünkü genellikle geniş bir haklar listesi sunduğunu belirtir. Fonksiyonalizme göre anayasa yapıcılar, teknik uzmanlığa sahip mühendisler olarak optimal anayasal sonuçları sağlamak ve neredeyse toplum için gerekli işletim sistemini inşa etmelidirler. Anayasal tasa-

²¹ Lijphart, s. 107.

²² Versteeg, s. 1136, 1139.

²³ Versteeg, s. 1138.

rım yoluyla anayasalar ekonomik refah, hak ve özgürlüklere saygı, istikrarlı demokrasi yaratabilir²⁴.

Peki anayasalar halka ait olan değerleri ne kadar yansıtmadır? Wheare'in de belirttiği üzere, "hukuki kavramların çoğu birer hukuki fiksiyonu andırır". "Halk", İrlanda Anayasasını yapmaktadır ama gerçekte yalnızca halkın çoğunluğu anayasayı uygun bulma işleminde bulunmuştur. Yine Hindistan'da "halk", kendi "Kurucu Meclisi"nde anayasasını yapmaktadır. Ancak Kurucu Meclis, Hindistan halkının azınlığı tarafından seçilen temsilcilerden oluşturulmuştur ve anayasa hiçbir zaman doğrudan halk onayına sunulmamıştır²⁵.

2. Anayasalar Yoluyla Toplum/Vatandaş/Kimlik İnşasının Başarısı

Asli kurucu iktidar, anayasanın yürürlüğe girmesiyle kendi meşruiyetini sağlar ancak bu meşruiyetin sürdürülebilmesi ve korunması için bu meşruluğun paydaşlarını yani vatandaşların, anayasanın hedefleri doğrultusunda seferber edilmesi gerekir. Bu yönüyle anayasalar, bir ulusu tasarlama aracıdır²⁶.

Tarihte ulus-devletin, anayasacılığın ve vatandaşlığın ortaya çıkışı eşzamanlıdır. Sınırları belli bir coğrafyada yani günümüzün modern devleti ulus-devlette, homojen insan topluluğunu yaratabilmenin ve ortak hedefler, idealer peşinde bu topluluğu birleştirmenin anahtarlarından biri vatandaşlıktır. Vatandaşlık, anayasada veya ilgili kanunlarda tanımlanır ve böylece vatandaş kimliği kurgulanmış olur²⁷. Modern ulus devletler için bir anayasa

²⁴ Evrenselcilik ve fonksiyonalizm için bkz. **Versteeg**, s. 1181.

²⁵ Örnekler için bkz. **Wheare**, s. 1181.

²⁶ **Versteeg**, 1138.

²⁷ Anayasalar "biz"e ait olmadığı gibi "biz"den neyi anlamamız gerektiği de tartışmalıdır. Örneğin *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990), kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, "halk (people)"ı ulusal topluluğun parçası olan kişiler olarak tanımlamıştır. Mahkeme'ye göre halk, ABD'yle somut bağları olan kişidir. Buradaki mihenk taşı, vatandaşlık değil ABD'yle olan bağlantısının boyutudur. *District of Columbia v. Heller* (2008) kararında ise Yüksek Mahkeme, *Verdugo-Urquidez* kararındaki tanıma yer vermiştir. Ancak Heller'da ayrıca "kişiler" (people) ifadesinin, siyasi topluluğun tüm üyelerini ifade ettiğini belirtilmiştir. Heller kararıyla "kişiler" anlam değişikliğine uğramakta ve siyasi topluluğun tüm üyeleri, "uygun/makbul seçmenler" olarak ifade edil-

sadece siyasi kurumları belirlemez ayrıca ulusal kimlikleri, değerleri, beklentileri de inşa eder. Anayasal tasarım, o halde siyasi sistemlerin özüdür. Özellikle anayasaların başlangıç bölümünde, ulusal kimliğin ve popüler değerlerin yer aldığı görülmektedir. II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar dünya anayasalarının sadece yüzde beşinde başlangıç bölümü bulunurken II. Dünya Savaşı sonrası bu oran yüzde yirmi beşe yükselmiştir. Sıklıkla anayasa tasarımcıları başlangıç bölümlerini, insanların ve ulusun yüksek değerlerini veya uluslararası değerleri ifade etmek için kullanmaktadır²⁸.

Kurgu sağlam olduğu sürece vatandaşın, ulus-devlete olan bağı kuvvetlenecektir. Bu kurgunun inşasında izlenen metot başarısız olursa, o zaman vatandaşlık yerine kimlik problemlerinin konuşulduğu ve ulus-devletin meşruiyetinin tartışılır hale geldiği görülmektedir. Anderson'a göre millet, hayal edilmiş siyasi bir topluluktur, çünkü en küçük ulusun üyeleri bile diğer üyeleri tanımayacak, onlarla tanışmayacak, çoğu hakkında hiçbir şey işitmeyecektir ama yine de her birinin zihninde toplumların hayali yaşamaya devam edecektir²⁹. Anderson'un "Imagined Communities" kitabı, Türkçe'ye "Hayali Cemaatler" olarak çevrilmiştir. Özcan'a göre, çevirideki "hayali" sözcüğü konuyu biraz hafifletmektedir. Çünkü hayali sözcüğü, sanki ulusların rastgele oluşturulduğuna dair bir izlenim vermektedir. Oysa kitapta ifade edilen, ulusların tasarlanmış siyasi varlıklar olarak bilinçli bir inşa sürecinin ürünü oldukları ve bu inşanın, ağırlıklı olarak dil, yazılı kültür, edebiyat ve diğer estetik ürünlerle geliştirildiğidir³⁰.

Anayasalar yoluyla tasarım, her zaman başarılı olamaz. Çünkü anayasaların toplumu doğrudan biçimlendirecek olması, tüm sosyal gelişmelerin öngörülemez hareketliliğini görmezden gelmek demektir. Anayasaların

mektir. *Dred Scott v. Sandford* kararında Baş Yargıç Taney, Birleşik Devletler'in "halk"ı ile vatandaşların eş anlamlı olduğunu belirtirken; *Verdugo-Urquidez* kararında Baş Yargıç Rehnquist, "halk" ifadesinin; vatandaşları ve bu ülkeyle somut bir bağı olan vatandaş olmayanları da kapsadığını ifade etmiştir. Karşı oyda Yargıç Brennan, "halk"ın yani Birleşik Devletler kanunlarına tabi herkesin, anayasal himayeden yararlanacağını belirtmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, "halk"ın açıkça bir tanımı henüz kabul etmemiştir. **Harvard Law Review Notes**, s. 1088-1089.

²⁸ Versteeg s. 1141.

²⁹ Anderson, s. 22.

³⁰ Özcan, Hukuk Devleti, s. 71.

“ruhu”, bireylere nüfuz edebilir mi? Baskıcı anayasa-baskılanan birey veya özgürlükçü anayasa-özgür bireyler anlamına gelebilir mi? Bu sorulara yanıt vermek kolay değil çünkü bu sorular, iki önemli tuzağı barındırıyor. Bunlardan ilki, hangi dönemdeki, hangi anayasanın esas alınacağı problemidir. Anayasacılığın anlamı değişirken bireyin de anlamı, anayasal mekân bağlamında farklılık gösteriyor. İkincisi, bu soruya “evet, anayasalar bireylere nüfuz eder” dersek anayasa fetişizmine düşüp anayasacılığa aslında hiç de sahip olmadığı bir önem atfetmiş olur muyuz? Veya “hayır, nüfuz etmez” dersek, anayasacılığın gerçek anlamını ıskalamış olur muyuz?

Elster’e göre anayasal değişimlerinin sonuçlarını takip edebilmek mümkün değildir. Sartori ise Elster’in “büyük kurumsal değişimlerin uzun vadeli global net dengelerinin” tahmin edilemeyeceğini tezinin geçerli olabileceğini ancak bu muhakeme tarzının, anayasaların ne yaptığını ve ne yapması gerektiğini üzerinde bir etkisi olmadığını söyler. Sonra Fransız Anayasasının bütçeyle ilgili maddesinden hareketle önceden tahmin edilebilir etkinin olduğunu ortaya koymaya çalışır. Kitabın genelinde de Sartori, seçim sistemlerinin etkileri hakkında çıkarımlarda bulunmakta ve “anayasal reformların amaçlanan sonuçlara neden olmalarının muhtemel şartlarını belirlemeye çalışmaktadır.” Bu nedenle anayasaların bir yol olduğunu ve en önemli özelliğinin, devletin karar alma disipliniyi sağlayan biçim olduğunu belirtir. “Anayasalarda normların nasıl yaratılacağı gösterilir; normlarla neyin emredileceğini göstermezler ve göstermemeleri gerekir³¹”.

3. Anayasal Belgelerdeki Değerlerin Toplumsal Değerlerle Uyumu

Versteeg’in halkın sahip olduğu değerler ile anayasal değerler arasındaki ilişkiyi değerlendirdiği makalesi oldukça ilgi çekicidir. Versteeg, yaptığı araştırmanın sonucunda anayasada yer alan değerler ile o ülkede yaşayanların değerleri arasında ciddi farklar olduğunu tespit etmektedir. Ulusun belli anayasal tercihleri ile vatandaşların değerleri ya çok zayıf ya da uyumsuzdur. Anayasalar tam olarak temsil ettikleri kişiler tarafından desteklenmemektedir ve bu yönüyle dünya anayasacılığı, halkın görüşlerini yansıtmaktan çok uzaktır³². 1996’da Güney Afrika Anayasası kaleme alınırken;

³¹ Elster’in yaklaşımı ve bu yaklaşıma ilişkin değerlendirme için bkz. Sartori, s. 254- 257.

³² Versteeg, s. 1133.

Güney Afrika'nın %88'i eşcinselliğin ahlaken kabul edilemez olduğunu düşünmekteydi ancak yeni anayasada, buna rağmen cinsel yönelime bakılmaksızın eşit koruma düzenlemiştir. Yine Hollanda'da nüfusun sadece %22'si eşcinselliğe karşıyken anayasada eşcinsellerin hakları hiçbir zaman düzenlenmemiştir³³.

Örneğin Fas Anayasasında grev hakkı, ülkenin önemli değerlerinden biri olarak düzenlenirken; yakın zamanda yapılan kamuoyu yoklamalarında, nüfusun %95'i hiçbir durumda greve gitmeyeceğini belirtmiştir. Britanya'da ise halkın %99'u greve gitmek istediğini ortaya koysa da grev hakkı, Britanya hukukunda anayasal bir statüye sahip değildir. Fas, Macaristan, Romanya, El Salvador, Belarus/Beyaz Rusya, Venezüella, Slovakya, Kırgızistan, Filipinler Anayasasında grev hakkı yer alsa da bu ülkelerde, halkın %90'nın üzeri hiçbir koşulda yasal greve katılmayacağını belirtmektedir. Dominik Cumhuriyeti'nde halkın %86'sı, yüksek vergiler pahasına güçlü bir çevre korumasından yana olsa da anayasal belge, çevrenin korunması hususunda sessizdir. Litvanya Anayasasında ise sağlıklı çevre hakkı düzenlense de halkın sadece %24'ü çevrenin korunması için ödeme yapmaya isteklidir³⁴.

Bu ilgi çekici makalenin kamuoyu araştırmaları ve anketler üzerinden toplumun değerlerini belirlemeye çalışması ve bu değerlerin anayasal belgelerdeki izini sürmesi, yöntem açısından eleştirilebilir. Ancak anayasal belgelerin, halkın tercihleri doğrultusunda kaleme alınmadığını derinlemesine incelemesi bakımından, makale son derece orijinal ve önemli analizleri içermektedir.

C. Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku ve Anayasal Tasarım: Anayasa Yapımında Farklılaşarak Artan Aktörlerin Anayasal Tasarıma Etkileri

Tanıklık ettiğimiz çağ, anayasaların işlevlerine ve amaçlarına bakışımızı değiştirmektedir. Örneğin Lassalle, 1860'larda 19. Yüzyıl Almanya'sında "anayasanın kağıt parçası haline geldiğine" tanıklık ettiği için "Kağıt Parçası Anayasa" tezini geliştirmiştir. Kelsen ise 1920'li yıllarda, Anayasa

³³ Versteeg, s. 1133-1134.

³⁴ Örnekler için bkz. Versteeg, s. 1154, 1133-1134.

Mahkemeleri'nin Çekoslovakya, Avusturya, İrlanda, Romanya ve Yunanistan'da kurulduğu yıllara şahitlik edecek ve "Anayasanın Kazai Teminatı: Anayasa Yargısı" formülünü geliştirecek ve "politiğin hukukla düzenlenmesinde anayasa mahkemeleri rolünün erken teşhislerinden" birini yapacaktır³⁵. Günümüzde ise öne çıkan tezin/formülün adı, karşılaştırmalı anayasa hukukudur. Dünyada anayasa yapımı hız kazanırken özellikle son on yıldır karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarının büyük ölçüde arttığı görülmektedir. Bu, elbette bir tesadüf değildir. Çok geniş bir perspektifle, farklı ülkelerdeki anayasal problemler, düzenlemeler ve öneriler ele alınmakta; değişik anayasal deneyimler ışığında ortak çözümler bulabilme ve ortak değerler üretebilme hedeflenmektedir³⁶.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında özellikle anayasaların ve anayasacılığın değişen anlamları, anayasal tasarım, anayasa mühendisliği, anayasal rıza, kurucu iktidarın işlevi ve sınırları, anayasaların sürekliliği/dayanıklılığı, anayasaların meşruiyeti, anayasaların türleri, bir hukuk sisteminde anayasa hukukunun yeri, anayasalar yoluyla anayasal kimliğin inşası, karşılaştırmalı olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin, siyasi partilerin, hükümet sistemlerinin, devlet yapılarının, anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemelerinin anayasal yorumlarının değerlendirilmesi, bireyin hakları ve devletin yükümlülükleri, çoğulculuk ve demokrasi, sosyal devlet ve anayasalar gibi birçok konunun ele alındığı görülmektedir³⁷.

³⁵ Örnekler için bkz. **Çağlar**, s. 4. Örneğin Kaboğlu da Akdeniz mekanında yer alan anayasacılık hareketlerini, "Akdeniz-Anayasacılığına doğru" şeklinde ifade etmektedir. **Kaboğlu**, dipnot 27, s. 49.

³⁶ **Horowitz**, s. 1.

³⁷ Karşılaştırmalı anayasa hukuku alanındaki temel çalışmalar için bkz. **Ginsburg**, Tom/**Dixon**, Rosalind (edited by), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, USA 2011.; **Hirschl**, Ran, *Comparative Matters-The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, USA 2014; **Jackson**, Vicki/**Tushnet**, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Second Edition, Foundation Press, USA 2006; **Jackson**, Vicki/**Tushnet**, Mark (edited by), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, USA 2002; **Zachary**, Elkins/**Ginsburg**, Tom/**Melton**, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, USA 2009; **Dixon**, Rosalind/**Ginsburg**, Tom (edited by), *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing, USA 2014; **Rosenfeld**, Michel/

Bu çalışmalar, bir yandan anayasa hukukunun farklı disiplinlerle kesişmesine olanak sağlarken diğer yandan dünyada anayasa yapım yöntemlerinin ve tekniğinin değiştiğinin kanıtı olmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa hukuku, farklı anayasal tecrübelerin öğrenilmesi ve depolanması yoluyla farklı ülkelerin anayasa yapım süreçlerinde belli ülkelerin/kişilerin/akademisyenlerin ön plana çıkmasına neden olmaktadır³⁸. Anayasacılık konusunda tecrübeli devletlerdeki akademisyenler, düşünce kuruluşları ve hükümet dışı organizasyonlar başka ülkelerin anayasa yapımında etkin rol oynamaktadır³⁹. Dikmen Caniklioğlu'nun belirttiği üzere;

Sajo, Andras (edited by), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Great Britain 2012.

³⁸ Bu deneyim ve bilgi aktarımının en önemli göstergelerinden biri de “Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi”dir³⁸. Bu projenin içeriği sadece internet ortamında dünya anayasalarına ulaşılabilir sınırlı değildir. Özellikle bu proje bağlamında her bir anayasanın zaman içinde geçirdiği değişiklikler takip edilebilmekte ve belirli anahtar kelimelerin (örneğin hukuk devleti, vicdan özgürlüğü, anayasa mahkemesi gibi) tüm dünya anayasaları içinde taranması mümkün hale gelmektedir. Aynı konunun farklı anayasalarda nasıl düzenlendiğine tek bir tuşa basarak ulaşabilmek mümkündür. Bu bilginin herkes tarafından paylaşılabiliyor olması elbette çok kıymetli. Ancak bu projeyi önemli kılan bu projeden yararlananlar değil elbette bu proje inşa edenler. Comparative Constitutions Project: <http://comparativeconstitutionsproject.org/>, 20.08.2014, <https://www.constituteproject.org/> da bu proje tarafından üretilmiştir. Bu proje, Teksas Üniversitesi'nden Zachary Elkin, Chicago Üniversitesi'nden Tom Ginsburg ve Londra College Üniversitesi'nden James Melton tarafından hayata geçirilmiştir. Yine Northwestern Hukuk Fakültesi'nin “Constitutional Design in the Muslim World”-Müslüman Dünyasında Anayasal Tasarım, Profesör Erin Delaney and Kristen Stilt tarafından yönetilmektedir. Bu kapsamda, İran, Mısır, Tunus, Sri Lanka, Pakistan, Hindistan, Bangladeş, Türkiye, Endonezya ve Malezya gibi ülkelerdeki anayasal deneyimler ve anayasal tasarım üzerine konferanslar düzenlenmektedir: <http://constitutionaldesign.law.northwestern.edu/>, 20.08.2014. Yine Anayasa Yapımı ve ConstitutionMaking.org, uluslararası gazetesini Blogu: <http://www.iconnectblog.com/>, 20.08.2014., mevcuttur. Blok yöneticileri de Richard Albert, Tom Ginsburg, David Landau'dur. Ayrıca New York Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasal Dönüşümler Merkezi: (Centre For Constitutional Transitions at NYU Law) <http://constitutionaltransitions.org/>, 20.08.2014 ve Melbourne Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Çalışmaları Merkezi, <http://www.law.unimelb.edu.au/cccs/>, 20.08.2014., bu alanda önemli çalışmalar yürütmektedir.

³⁹ Anayasalar çoğu kez uluslararası organizasyonlara ve ulusal veya uluslararası hükümet dışı organizasyonları gibi özel çıkar gruplarına danışan bir küçük uzman grup tarafından kaleme alınmaktadır. Versteeg, s. 1180.

“(…) Anayasalar, siyasal sistemin tüm sorunlarını çözmek gibi bir beceriye sahip olmadıklarından; toplumun, en iyi anayasayı yaparsak en iyi toplum olacağız gibi bir beklenti içine sokulmasının yanlış olduğu, anayasa hukukçularının da kendilerine en iyi anayasayı yazmak gibi bir misyon vehmetmemeleri gerektiği öncelikle belirtilmelidir⁴⁰.”

Ancak anayasacılığa atfedilen anlam, anayasa hukukçularına atfedilen anlamla bütünleşince ve anayasalar “değer” kazanınca anayasa hukukçularının rotası toplum mühendisliği inancı ve kararlılığıyla birleşebilmektedir. Horowitz’in 1999 yılında kaleme aldığı üzere, 19. yüzyıl Hıristiyan misyonerlerin yüzyılıysa; 21. Yüzyıl anayasal misyonerlerin yüzyılı olacaktır⁴¹ ki on beş yıl sonra bu tahminin, artık bir gerçeğe dönüştüğü saptamakla yetiniyoruz. Horowitz, 1978’de Lagos’da seçilmişlerden oluşan ve Anayasa Taslak Komitesi’nin kaleme aldığı metni gözden geçirip tekrar yazan Kurucu Meclis’in oturumuna katıldığını ve o dönemde Amerikan Anayasası hakkında bilgi edinme konusunda büyük bir istek olduğunu; Amerika Büyükelçiliği’nin “Federalist Yazılar”ın kopyalarını sağlarken çok mutlu olduğunu söyler. Amerikan Anayasasının ilk yazılı modern anayasa olması ve yapılan değişiklikler dışında hala varlığını koruması, Amerikan Anayasacılığını hep izlenilesi, örnek alınası ve neredeyse anayasacılık içinde bir moda akımı yaratmaktadır. Karşılaştırma merakı, Amerikan örneğini aşamamıştır; ancak günümüzde durum değişmektedir⁴². Horowitz bu durumun değiştiğini on beş yıl önce belirtmişti. Şimdi anayasa yazımı borsasında, aktörlerin artarak çeşitlendiği saptamasında bulunuyoruz.

D. Küreselleşme ve Anayasa Yazımı

“(…) Bugün 1980 sonrasında dünyanın bütün kredi kartı işlemleri VISA ve Master Card tarafından düzenleniyor; devletler bu konuda karar veremiyor. Bütün kredi piyasası, Bern Kulübü denilen bir bankacılar lobisi tarafından kararlaştırılıyor. De Beers şirketi, dünya elmas piyasasında geçerli olacak olan hukuku belirliyor; bunu yaparken de Yahudi hukukunu uygulamaya koyacak kadar engelsiz bir iktidara sahip (...). Mesela, Amerika Birleşik Devletleri’nde

⁴⁰ **Dikmen Caniklioğlu**, s. 236.

⁴¹ **Horowitz**, s. 5.

⁴² **Horowitz**, s. 1.

hükümet dışı iki kuruluş olan American Law Institute ve Uniform Law Commissioners (bunların kuruluşları 1906'ya kadar geri gidiyor) Birörnek Ticaret Kodu'nu hazırladı. Amerikan yasama organı Ticaret Kanununu hiçbir zaman hazırlamadı. Bugün Amerika'daki Ticaret Kanunu diye uygulananlar bu kuruluşların hazırladığıdır. Küresel ölçekte etkili hale gelen bu gelişmeye bir dizi milletlerarası yargı kurumu ya da yarı-yargısal uyuşmazlık çözümü mekanizmaları ilave edildi; ancak bunların hiç birisi çokuluslu şirketlerin çıkarlarını frenlemekte etkili değildir. Şundan dolayı etkili değil; bu etki gücü sistemi inşa edenlerin iktidarlarına dokunduğunda etkisiz kılınacak bir yol bulunuyor. Bütün bu özel hukuk eksenli sistemin adına international soft law ya da modern ius mercatoria, Türkçe ifadesiyle "modern ticaret hukuku" denilmektedir⁴³."

Özcan'ın belirttiği üzere artık küreselleşme, dünya genelinde kanun yapmanın kimliğini değiştirmektedir. Küreselleşme, hukuk devletinin anlamını değiştirirken elbette anayasacılık da ulusal ölçüğün dışına çıkmaktadır. Beard, 1913 yılında Amerikan Anayasasının kişisel mülkiyete sahip küçük ama etkin bir grup tarafından mülkiyet hakkını esas alan "ekonomik bir doküman"⁴⁴, olduğunu belirtmişti ve Amerikan Anayasasını ekonomik bir yaklaşımla değerlendirmişti. Günümüzün küresel pazarında ise anayasacılığı ve kanun yapma yöntemlerini ekonomik yaklaşımlardan bağımsız olarak değerlendirmek artık mümkün değildir.

Çağlar, 1989'da "anayasa bilimi, her devlet tipiyle ilgili tarihi, sosyolojiyi hesaba katmak zorundadır. Belki de bu nedenle yapılması gereken anayasa teorisi yerine kısmi anayasa teorisi üretmektir⁴⁵", derken elbette yerel sorunlara ve ihtiyaçlara çözüm bulmanın önemine dikkat çekiyordu. Ancak günümüzde sorunlar ve çözümler yerelliğini kaybederken, anayasa-

⁴³ Özcan, Neoliberalizmden Sonra Hukuk Devleti, s. 400, 401.

⁴⁴ Beard, Charles; An Economic Interpretation of The Constitution of The United States, (Macmillan Co.), New York 1913'den aktaran Wheare, s. 90; Heywood, s. 382.

⁴⁵ Çağlar, s. 11. Dünyadaki bütün topluluklar için "uygun, elverişli ve kullanışlı bir anayasanın olmadığı doğrudur. Fakat kabul edildiği ülke açısından en yararlı sonuçları derhal veya gelecekte getirebilecek, kullanılma açısından elverişli ve uygun bir Anayasa biçimi tasarlamak olasıdır. Wheare, s. 46.

ları kaleme alanların o devletin tarihinden ve sosyolojisinden çok uzak olduğu ortadadır⁴⁶.

Örneğin Jed Rubinfeld “Anayasacılığın İki Mefhumu” başlıklı makalesinde bu olgu üzerinde durur. Bu makalede, Rubinfeld, kendi mesleki tecrübelerinden yola çıkarak ulusal ve uluslar arası anayasacılığın anlamını açıklamaya çalışmaktadır. Kendisi, Venedik Komisyonu’nda, ABD adına gözlemci sıfatıyla Kosova’nın anayasa yapımında yer almıştır. Ancak anayasanın yapım sürecinde sadece Avrupalı on iki yargıcın ve anayasa hukukçusunun yer aldığını ve bu kişilerden hiçbirinin Kosovalı olmadığını anlatır. Bu on iki kurucu baba, Kosova için anayasa yazımını Kosova’da bile değil Paris’te ve Venedik’te yapılan toplantılarda gerçekleştirmiştir. Bu yapım sürecinde hiçbir Kosovalıya danışılmamıştır çünkü Komite, hangi ölçüte göre hangi Kosovalıya danışacaktır? Bu durum, Komite için sonu gelmez kavgaların doğmasına ve “gereksiz ve belirgin bir gerileme”ye neden olacaktır Rubinfeld, makalesinin satır aralarında, anayasa yapım yöntemine ilişkin bir sıkıntının olduğunu ima etmeye çalışsa da, O’na göre komite üyeleri bir yanlış yapmamıştır⁴⁷.

İnceoğlu’na göre;

“(…) Yaşayan anayasa- yazılı anayasa arasındaki fark, bizi umutsuzluğa mı sürüklemeli? “Nasil olsa bunun sonucunda uygulamada bir şey değişmeyecek” diye mi düşünmeliyiz? Hayır, elbette öyle düşünmememiz lazım. Anayasalar, -kendi başına- hayatı birden bire değiştirmiyorlar. Ama toplumun algılayışı, Anayasa’ya bakışı, bilgilenme düzeyi değişebiliyor. Bu nedenle anayasa yapım süreçleri son derece önemli. Bir anlamda, kurucu meclislerin oluşması ve anayasa yapım süreçleri bir “toplumsal bilgilenme”, “bilinç düzeyini yükseltme” sürecine dönüşüyor⁴⁸.”

⁴⁶ Örneğin Brown’a göre Arap ülkelerinde anayasalar daha çok siyasi otoriteyi arttırmak için yapılır, siyasi otoriteyi sınırlama amacını gütmek yani liberal anayasacılık, genellikle ikincil bir hedeftir. Arap anayasaları, devlet otoritesini sınırlamak istemez, ancak devlet otoritesinin daha etkin kullanımını sağlar; devlet egemenliğini vurgular ve genel ideolojik yönelimi inşa eder. **Brown**, p. XIII.’den aktaran **Özbudun**, Constitutional Design in Islamic Countries, <http://northwesternlawcomparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudun-constitutional-design-in-islamic-countries.pdf>.

⁴⁷ **Rubinfeld**, s. 394-396

⁴⁸ **İnceoğlu**, s. 312.

Ancak “çatışma sonrası devletler” (post-conflict states) için yapılan anayasalar, güç haritaları olarak değerlendirilmekte ve bu anayasalar, genellikle yabancı uzmanlar tarafından kaleme alınan ve seçkin işgüzar anlaşmaların (are products of elite-brokered deals) ürünü olarak görülmektedir⁴⁹. Bu tür anayasalar, seçkinlerin çıkarları doğrultusunda siyasi, sosyal ve ekonomik gücün paylaşımını öngörmektedir. Böylece seçkinlerin siyasi gücü sağlamlaştırılır; siyasi muhalefetin gelişimi ve var olan/olabilecek sorunlara işaret eden kurumsal ve şekli mekanizmalar sınırlandırılır⁵⁰.

Yine II. Dünya Savaşı sonrasında, sömürge ülkeleri yeni anayasa yapımına girişmekte ve sömürgesi oldukları devletlerin anayasalarını kopyaladıkları görülmektedir⁵¹. Birçok Afrika anayasası, Avrupa siyasi modeli üzerine inşa edilmiştir ve bu anayasalar, ekonomik özgürlüklerin ve refahın yaratılmasında, girişimcilere uygun bir yapı sağlamakta başarısızdır. Bu nedenle, yeni devletler inşa edildikten sonra çıkar grubu koalisyonları, siyasi ve kaynak tahsisatına/dağıtımına tamamen egemen olmaktadır⁵². Örneğin Kamerun Cumhuriyeti’nin ilk anayasası hazırlanırken tüm süreç; sömürge hükümeti, Fransız ticaret adamları, sömürgecinin ticaretle uğraşan sınıfı; şehirleşmiş, yerli çok az seçkin, tarafından kontrol edilmişti. Bu yerli seçkin sınıf ise Fransa’da eğitim görmüş ya da Fransız kültürünü benimsemiş kişilerden oluşmaktaydı. Seçkin olmayan yerli halkın etkin katılımı kabul edilmemiştir. Aslında Danışma Komitesi tarafından hazırlanan ve onaylanması için halka sunulan anayasa, Fransa’nın Beşinci Cumhuriyet Anayasasından farklı değildir.

21 Şubat 1960 tarihli referandum yoluyla anayasanın kabulüne karşı olanlar, Kamerunlulara bu anayasayı reddetmeleri konusunda cesaretlendirmek istemiştir. Bu anayasanın, yabancı bir belge olduğunu; Kamerunlu-

⁴⁹ **Banks**, s. 105. Toplumun dinsel, dilsel, ırki veya ideolojik olarak derinden bölündüğü, bölünmüş toplumlar için temel sorunlarda uzlaşmaya varmak güçtür. Bu nedenle kesin çözümlerden kaçınmak, anayasada müphem veya birbiriyle çelişik ifadeler kullanmak ve sorunun çözümünü erteleyerek çözümü, yasama ve yargı sürecine bırakmak olarak tanımlanmaktadır. Aksi durumda çatışmalar daha da büyüyebilir ve problemler derinleşebilir. **Özbudun**, Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem, s. 61.

⁵⁰ **Banks**, s. 105.

⁵¹ **Mbaku**, s. 504.

⁵² Kamerun Anayasasının yapım süreci için bkz. Mbaku, s. 504-506.

ların değerlerini büyütmesine izin vermeyeceğini belirtmiştir. Ancak halkın büyük çoğunluğu, bağımsızlığa kavuşmanın ön şartı olarak anayasayı görmüş ve bağımsızlık kazanıldıktan sonra anayasanın değiştirilebileceğini düşünmüştür. Bu süreç, etkin bir anayasa yapımı olarak değil bağımsızlığı kazanabilmek için siyasi bir zorunluluk olarak değerlendirilmiştir. Ancak yöneticiler, yeni devleti kurarken miras aldıkları tehlikeleri algılamakta başarısız olmuştur.

SONUÇ

Anayasalar, toplumu ve bireyi inşa etme amacıyla yola çıkar çünkü her asli kurucu iktidar, meşruiyetine yönelik tartışmaları bertaraf edebilmek için homojen bir toplumdaki yana tercihini kullanır. Homojenlik, asli kurucu iktidara güvenli bir koruma sağlar. Özellikle anayasaların başlangıç bölümleri, asli kurucu iktidar için paha biçilmez bir ideolojik alan sunar. Ulusun ve ulus-devletin soykütüğü, kimliği anayasalardır ve hukuk-dışı iktidarın, hukuki bir niteliğe dönüşebilmesinin anahtarı da yine anayasadır. Anayasalar, güzergâhı belli bir yol sunar ancak bu yoldaki trafik işaretlerini, çevre düzenlemesini yapacak olan tali kurucu iktidar ve anayasa mahkemeleridir. Anayasalar, bir tasarım içine hapsolmuş metinlerden ziyade anayasacılığın yöntemleriyle yenilenen bir sürecin başlangıç/esas malzemesi olmalıdır.

Adını tasarım veya mühendislik koyduğumuz toplumu yeniden inşa ediş, her zaman siyasi bir içeriğe sahiptir. Anayasayı yapanlar, siyasi yapıları belirlemektedir. Başka bir anlatımla; anayasa yapım yöntemi, siyaseti yaratmanın bir öncülü haline gelmektedir. Siyaseti biçimlendirebilmek için “ehil” anayasa yapıcılarının ve yazarlarının arttığını görmekteyiz. Anayasalar yoluyla toplum ve birey tasarımıdaki sorun, anayasaların özü itibarıyla inşa etme hedefine sahip olmasından ziyade, anayasa tasarımı ve yapımında küresel ve tekel bir misyonun oluşmasıdır. “Modern anayasacılığın yöntemi, anayasada yer alacak evrensel haklar listesi ve iktidarı sınırlandırma araçları benzerdir”, şeklindeki bir öngörüyle anayasayı kaleme almak ve bu sürece ilgili devletin tarihini, sosyolojisini ve coğrafyasını dahil etmemek; anayasaları gerçek zemininden soyutlayarak yerel bilgiyi ve kişileri bu sürece katmamak; anayasa yazımında büyük bir tekel yaratmaktadır. Anayasalar ile toplumlar arasındaki uçurum böylece daha da derinleşmektedir.

Karşılaştırmalı anayasa hukuku, bilgi/tecrübe değişiminin sağlanmasında ve farklı devletlerin anayasal birikimlerini tanımada çok önemli bir kaynak yaratmaktadır. Anayasa hukukunun “silikon vadisi”ni, artık karşılaştırmalı anayasa hukukunun ilkelerini, veritabanlarını, derlemelerini yapanlar oluşturacaktır. Bu çalışmalar, uluslararası örgütlere danışmanlık yapan veya anayasa yapımına katkı sağlayanlar için müthiş bir arama motoru işlevi görmektedir. Dünyada anayasa yapımına ilişkin tekeli kırabilmek ancak karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarında yer alarak mümkün olacaktır. Elbette bu söz söyleme tekelini yaratan küresel ticaretin dilidir. Ancak küresel dil, yerel dillere yine de bağımlıdır. Anayasa yapımına girerken, ilgili anayasada düzenlenmek istenen kavramın, diğer anayasalardaki karşılığını aramak ve tercihleri, var olan anayasaların hükümleriyle sınırlamak anayasacılığın işlevlerini çürütmektedir. Anayasalar bir yandan süslenilip vitrine konulurken diğer yandan içleri boşaltılmaktadır.

Sartori, kitabında 1991 ve sonrasında kaleme aldığı konuları bir araya getirdiğini söyler ve ilgili dönemi, “aceleyle yürütülen bir değişen çağı”nın başlangıcı olarak nitelendirir. Kitabın önsözünde ise şu önemli tespitte bulunur:

“Yazım sırasında kendime nasıl değiştireceğimizi ve nelerin değişimi gerektirdiğini sordukça, şunu hayal kırıklığıyla fark ettim ki bu sorunun yanıtı kesin bir Hayır’dır ve “reform oluşumları” pek yeteneksiz reformcuların damgasını taşımaktadır. Öyle olsa bile soru gene de şudur: Kurumsal konularda neyin nasıl ıslah edileceğini acaba biliyor muyuz?⁵³”.

Bataklığı ıslah etme çabasına girişmek; tasarımı haklı, makul veya kabul edilebilir kılar mı? “Keşke anayasalar tasarlama aracı olmasa” ancak modern devletin billurlaştığı bir metin olan anayasaların, tasarımdan uzak kalabilmesi mümkün müdür? Tasarım olmadan modern devlet var olabilir mi? Anayasalar yoluyla toplumu/bireyi tasarlama bir amaç olarak her zaman olacaktır ancak tasarlamanın kim olduğu ve tasarım malzemesinin ne olduğu, tasarımın “gerçek” bir karşılık bulmasını sağlayacaktır. Bataklığı tanımak, bataklığın ıslahını kolaylaştıracaktır.

⁵³ Sartori, s. 12.

Kaynakça

- Anderson**, Benedict; Hayali Cemaatler-Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması, Çev. İskender Savaşır, (Metis Yayınları), İkinci Basım, İstanbul 1995.
- Banks**, Angela M.; “Challenging Political Boundaries in Post-Conflict States”, (University of Pennsylvania Journal of International Law), Volume 29, Issue 1, 2007, s. 105-168.
- Brown**, Nathan J.; Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government (Albany: State University of New York Press), USA 2002.
- Çağlar**, Bakır; Anayasa Bilimi-Bir Çalışma Taslağı, (BFS Yayınları), İstanbul 1989.
- Dikmen Caniklioğlu**, Meltem; “Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt:1, S:1, İstanbul, 2012, s. 233-246. (Yeni Bir Anayasa İçin)
- Dikmen Caniklioğlu**, Meltem; Anayasal Devlette Meşruiyet, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010. (Anayasal Devlette Meşruiyet)
- Dixon**, Rosalind/ **Ginsburg**, Tom; “Deciding Not To Decide: Deferral In Constitutional Design”, (I•CON) , 2011, Vol. 9 No. 3-4, s. 636-672.
- Ginsburg** Tom/**Elkins** Zachary/**Blount** Justin; “Does the Process of Constitution-Making Matter?” (Annual Review of Law and Social Science), No. 5, 2009, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1860392, 20.08.2014.
- Gönenç**, Levent; “Where To Start To Discuss The Constitution? The Importance of Constitutional Engineering in Constitution Debates”, (TEPAV), Nisan 2011, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1304946027Where_to_Start_to_Discuss_the_Constitution.pdf, 20.07.2014, s. 1-4. (Where to Start to Discuss)
- Gönenç**, Levent; “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçinde Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt 56, Sayı: 1, Yıl 2007, s. 145-168, (Siyasi İktidar Kavramı)

- Göneç**, Levent; Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, (Adalet Yayınevi), Ankara 2014. (Siyasi İktidarın Denetlenmesi)
- Gözler**, Kemal. Anayasa Hukukunun Metodolojisi, (Ekin Kitabevi), Bursa 1999, (Anayasa Hukukunun Metodolojisi).
- Gözler**, Kemal; Kurucu İktidar, (Ekin Kitabevi Yayınları), Bursa 1998. (Kurucu İktidar)
- Harvard Law Review Notes**, The Meaning(s) of “The People” in The Constitution, (Harvard Law Review), Vol.126, No:4, s. 1078-1099.
- Heywood**, Andrew; Siyasi İdeolojiler, 2. Baskı, (Adres Yayınları), Ankara 2010.
- Horowitz** Donald L.; “Constitutional Design: Proposals Versus Processes”, (Prepared for Delivery at the Kellogg Institute Conference, Constitutional Design 2000: Institutional Design, Conflict Management, and Democracy in the Late Twentieth Century, University of Notre Dame), December 9-11, 1999, s. 1-38, <http://www3.nd.edu/~kellogg/faculty/research/pdfs/Horowitz.pdf>, 10.08.2014.
- İnceoğlu**, Sibel; “Yazılı Anayasa, Yaşayan Anayasa: Anayasal Süreçte Kimlikler”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt: 1, Sayı: 2, İstanbul 2012, s. 309-314.
- Kaboğlu**, İbrahim; “Akdenizde Anayasacılık Hareketleri Karşısında Türkiye”, (Anayasa Hukuku Dergisi), Cilt: 1 / Sayı: 2, İstanbul 2012, s. 37-67.
- Lijphart**, Arend; “Constitutional Design For Divided Societies”, (Journal of Democracy), Volume 15, Number 2, April 2004, pp. 96-109.
- Madison**, James; Federalist Papers, No: 51, **Hamilton**, Alexander/**Madison**, James/**Jay**, John, The Federalist, Introduction and Notes by Rober A. Ferguson, George Stade Consulting Editorial Director, (Barnes&Noble Classics), New York 2006.
- Mbaku**, John Mukum;”Constitutional Engineering and the Transition to Democracy in Post-Cold War Africa”, (The Independent Review) Volume II, Number 4, Spring 1998, s. 501-517.
- Özbudun**, Ergun; “Constitutional Design in Islamic Countries: Comparative Notes on Turkey, Egypt, and Tunisia”,

<http://northwesternlawcomparativeconlaw.files.wordpress.com/2014/03/c3b6zbudunconstitutional-design-in-islamic-countries.pdf>, 03.09.2014.
(Constitutional Design in Islamic Countries)

Özbudun, Ergun; “Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem”, Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2014. (Anayasa Yapımında Perakendeci Yöntem)

Özcan, Mehmet Tevfik; “Neoliberalizmden Sonra Hukuk Devleti”, (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı), Cilt: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 394-403.

Özcan, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2008.

Rubinfeld, Jed; “Two Conceptions Of Constitutionalism”, (American Society of International Law), Vol: 96, March 13-16, 2002, s. 394-396.

Sarıbay, Ali Yaşar; “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, (Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan), Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 383-397.

Sartori, Giovanni; Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, (Yetkin Yayınları), Çev. Ergun Özbudun, Ankara 1997.

Sigmundsdottir, Alda; “Iceland Elects Ordinary Folk to Draft Constitution”, (BOSTON.COM), November 26, 2010, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/, 10.09.2014.

Şahin, Engin; Kurucu İktidar-Politik Bir Yaklaşım, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2013.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (Yapı Kredi Yayınları), 2. Baskı, İstanbul 2001.

Versteeg, Mila; “Unpopular Constitutionalism”, (Indiana Law Journal), Volume 89, Issue 3, s. 1133-1190.

Wheare, K. C.; Modern Anayasalar, (Değişim Yayınları), Çev. Mehmet Turhan, Ankara 1985.