

- Araştırma Makalesi -

⚡ ANAYASAL ZEMİNDE BİRLEŞMEK:

KAVRAMLAR VE YOL HARİTALARINA GİRİŞ*

(UNITING ON CONSTITUTIONAL GROUND: INTRODUCTION TO CONCEPTS AND ROADMAPS)

Ahmet Erdem**

ÖZ

Anayasal zeminde ya da anayasa yoluyla birleşme sıkça arzulanan ancak gerçekleştirilmesi zor bir hedeftir. Çalışmada anayasaların birleştirici etkisi ve anayasalarda birleşme perspektifinden arayışlara ve bu arayışlarla ilintili olduğu düşünülen kavramlara odaklanılmaktadır. Anayasaların hem yapım süreçleri hem de uygulanma aşamalarındaki sürdürülebilirlik bu çalışma kapsamında ele aldığımız kavramlarla doğrudan ilişkilidir. Birleşmek özellikle derinden bölünmüş bir toplum için hayati önem taşıyabilir. Bu doğrultuda anayasal zeminde nasıl birleşilebileceği ve bir anayasanın kendinden beklentileri nasıl karşılayabileceği sorularına cevap aranmaktadır. Temel iddiamız anayasal zeminde birleşmek için anayasanın uzlaşmaya zorlayıcı değil uzlaşmayı yansıtıcı olması gerektiği şeklindedir. Nasıl bir zeminde buluşulacağı araştırılırken tasviri değil normatif yani olması gereken ile ilgilenen bir araştırma sorusuna cevap

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 01.01.2024 tarihinde Yayinevimize ulaşılmış olup, 04.07.2024 tarihinde birinci hakem; 14.08.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu çalışma Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin 10 Aralık İnsan Hakları Günü vesilesiyle düzenlediği toplantıda sunulan bildirinin makale haline getirilmiş halidir.

** Arş. Gör., Dokuz Eylül Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü, erdem.ahmet@deu.edu.tr, ORCID ID: orcd.org/0000-0001-9935-4578.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; Erdem, Ahmet, "Anayasal Zeminde Birleşmek: Kavramlar ve Yol Haritalarına Giriş", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 13, Sayı No.: 25, 2024, s. 207-230.

aranmıştır. Teorik araştırma yöntemi kullanılarak karşılaştırmalı hukuktan faydalanılmış, özellikle yabancı literatür incelenmiştir. Çalışmanın anayasa tartışmalarına sıklıkla maruz kalan Türk okuyucusuna ortak bir zeminde buluşmanın ilk adımı olan ortak bir kavram setiyle konuşmak ve önce terminolojide buluşmak noktasında katkı sağlaması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasalarda Birleşme, Anayasal Meşruiyet, Anayasal İnanç, Anayasal Sadakat, Anayasal Çoğulculuk, Anayasal Temsiliyet

ABSTRACT

Unification on constitutional grounds or through constitutions is a goal that is often desired but difficult to realise. The study focuses on the unifying effect of constitutions and the searches from the perspective of unification in constitutions and the concepts thought to be related to these searches. The sustainability of constitutions, both in the process of making them and in their implementation, is directly related to the concepts we address in this study. Unification may be of vital importance especially for a deeply divided society. Accordingly, this study seeks answers to the questions of how to unite on constitutional grounds and how a constitution can fulfil expectations. Our basic claim is that in order to unite on constitutional grounds, the constitution should be reflective of consensus rather than coercive. While investigating how to meet on what kind of ground, an answer has been sought to a research question that is not descriptive but normative, that is, dealing with what should be. The theoretical research method has been used, comparative law has been utilised and especially foreign literature has been examined. It is aimed that the study will contribute to the Turkish reader, who is frequently exposed to constitutional debates, to speak with a common set of concepts and to meet first in terminology, which is the first step to meet on a common ground.

Keywords: Constitutional Unification, Constitutional Legitimacy, Constitutional Faith, Constitutional Loyalty, Constitutional Pluralism, Constitutional Representantation

I. Giriş

Bu çalışmada anayasaların birleştiriciliği/anayasalarda birleşme üzerinden; yapılış/yürütülüş aşamalarında bir anayasanın kendisinden beklenenleri karşılayabilmesi için önemli görülen bazı kavramların açıklanması ile çeşitli seçenekler/yol haritalarının tercihe sunulması ve altının çizilmesi amaçlanmıştır. Çalışma temel olarak anayasal bir zeminde nasıl buluşulabileceği ve bir anayasanın bu ortak zeminde buluşmayı sağlayıp sağlayamayacağı arayışı ile kaleme alınmıştır. Bu çaba kotarılmaya çalışılırken karşılaştırmalı anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründen geniş bir biçimde faydalanılmıştır.

Karşılaştırmalı olarak örnekler incelendiğinde karşımıza çıkarak önermemizi oluşturan örüntü şudur: Beklentileri karşılayan ve hedeflene ulaşan, kısaca etkili bir anayasa için o anayasaya asgari anlamda da olsa bir sadakatin tesisi şarttır. Bu sadakati tesis eden ise anayasal inancıdır. Anayasal inancın kurulumu kolay değildir ve kurulmuş bir anayasal inancın yitimi de mümkündür. Bu inancın tesisinde kanaatimizce en önde zikredilmesi gereken hususlar anayasal temsilîyet ve çoğulculuk ile meşruiyettir.

Yapılış ve yürütülüş aşamasında yönetilenlerin sadakati gibi farklı boyutlara değinecek olsak da etkili bir anayasanın varlığının sürdürülmesi ve toplumsal tabanın/kitlelerin zihinlerinde ve kalplerinde kabul görmesi için anayasal inanç kavramının önemi büyüktür. Bu sebeple kavramın incelenmesi önem taşır. Derinden bölünmüş toplumlar ile anayasaya sadakati tesis edebilmiş ve bundan fayda görmüş toplumlar arasındaki temel farklardan birisi anayasal inanç olarak karşımıza çıkar. Anayasal inancın incelenmesinde ise sekülerleşme ile ilişkisi göz ardı edilemez. Görece istikrarlı bir siyasî düzene sahip Amerika Birleşik Devletleri'nde sivil din olarak anayasanın yıllar boyu sürdürdüğü işlevin altı çizilmiştir¹. Kurulumu ve sürdürülmesi oldukça incelik gerektiren bu anayasal inancın yitimi tartışılmaya başlanmış olsa da uzun müddet toplumuna hizmet ettiği de bir gerçek olarak kabul edilmektedir.

Lieblich araştırma sorularını tasvir edici, normatif ve eleştirel olarak üçe ayırır. Elbette Lieblich'in de belirttiği gibi araştırma soruları bu tipler arasında geçişkenlik gösterebilir ve tasnife tam manasıyla uyumlu

¹ Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (Princeton and Oxford: Prince University Press, 2011), 52.

değildir². Çalışmamız daha ziyade normatif bir araştırma sorusuna yani olması gerekene dair bir arayışa dayanmaktadır. Bu bakımdan karşılaştırmalı bir yöntem ve yabancı hukuk sistemlerinden yararlanılması zorunlu görülmüştür.

Bilindiği üzere Türkiye kamuoyu sıklıkla anayasa değişikliği tartışmalarına maruz kalmaktadır. Politikacılar sıklıkla Anayasayı sorunların kaynağı anayasa değişikliklerini ise kurtarıcı olarak kamuoyuna sunma eğilimindedir. Çalışmamızın çıktısı olarak hedeflenen uzlaşıdan doğmamış veya toplumsal uzlaşmayı yansıtmayan bir anayasa metninin kurtarıcı olmaktan çok uzak olduğunun gösterilmesidir. Anayasadan samimi ve gerçekçi beklentilere girildiğinde ise arzulanan hedeflerin nasıl gerçekleştirilebileceği anayasal zeminde buluşmanın yol haritalarını oluşturur. Bu yol haritalarının kullanımı için ortak bir dilde buluşmak şarttır. Önce terminolojimizin ortaklaşması sayesinde kullandığımız kavramlardan anladıklarımız ortaklaşmalı ve bu sayede birbirimizi anlar hale gelmek ortak zeminde buluşmanın ilk adımı olarak görülmektedir.

Aşağıda görüleceği üzere üçüncü başlıktan itibaren çalışmamızın başlıklarını kritik önemi haiz görülen kavramlar oluşturmaktadır. Önce giriş niteliğinde anayasa yoluyla birleşme arayışını genel olarak anlatma çabasına girilmiştir. Daha sonra bu başlığı takip eden kavramlar sıralama itibarıyla bilinçli seçilmiştir. Anayasal ortak zeminin inşası için aşağıdan yukarıya bir tuğla duvar metaforu akılda tutulmuştur. İlk başta olması gerekenin meşruiyet olduğuna işaret etmek için anayasa yoluyla birleşme arayışı başlığını meşruiyet takip edecektir. Anayasanın meşruiyetinin inşasının ise anayasal temsiliyet ile mümkün olduğu görülmüştür. Meşruiyet doğuran bir temsiliyet için çoğulculuk kaçınılmaz bir şarttır. Bu sebeple anayasal temsiliyet ve çoğulculuk incelenecek ve bir çıktı olarak anayasal inanç başlığına ulaşılacaktır. En son inancın sürdürülmesi bakımından yine zamansal sonralık içeren anayasal sadakat kavramının üzerinde durulacaktır.

II. Anayasa Yoluyla Birleşme Arayışı

Bir anayasa, devletin tarihî kimliğini ifade etmenin yanında bu kimliğin değişebilmesi için bir yapı da kurabilir. Bu iki işlev önem bakımından birbirlerine denktir. Zira bir devletin varlığının devamı hem

² Eliav Lieblich, “How to Do Research in International Law? A Basic Guide For Beginners”, Harvard International Law Journal Online, no. 62 (2021): 44-49.

geçmişin doğru analizine hem de gelişme ve dönüşme kapasitesine bağlıdır. Anayasa bu doğrultuda süreklilik ve değişim için diyalog ve uzlaşının zeminini sağlayabilir³. Burada kastımız anayasanın tarafları uzlaşmaya zorlamadığı ancak bir uzlaşma arayışında olan tarafların bu arayışlarının meyve vermesini sağlayacak ortak bir zeminin sağlanmasıdır. Anayasalardan bölünmüş bir toplum için mucize yaratmasının beklenmesini aşırı bulsak da anayasanın böyle bir uzlaşmaya sadece zemin olabilme potansiyelinin sağlaması bile küçümsenmemesi gereken bir işlemdir.

İktidarın nasıl hukukî olarak kullanılacağına ölçütü olan ve hukuka aykırı iktidar kullanımının sonuçlarını düzenleyen anayasalar sonuç olarak kendileri tarafından kurulan düzenin her zaman “iyi” ve “adil” olduğunu iddia ederler. Anayasa oluşturduğu kamu kurumları için bir davranış standardı oluştururken ona tabi olanlar açısından ise kurallara uyulup uyulmadığının görülmesini sağlayan bir yargı standardı oluşturur⁴. Anayasaların birleştirici etkisi denildiğinde hukuki bir varlığın hukuk ötesi bir etkisine işaret edilmektedir. Nitekim anayasalar özel bir normlar bütünüdür ve diğer normlardan konu ve statü olarak ayrılırlar. Anayasaların bu birleştirici etkisi birliğin ve ortaklaşa hareketin yanı sıra çeşitliliğin ve farklı taleplerin yaşamasına izin verilmesi anlamında da görülebilir⁵. Anayasaların normatif etkileri ile bütünleştirici etkileri farklı değerlendirilmelidir. Bunun nedeni, toplumsal bütünleşme sürecinin normatif bir düzeyde ortaya çıkmamasıdır. Zira birleşme gerçek dünyada gerçekleşir. Birleşme süreci anayasa tarafından teşvik edilebilen ancak anayasa tarafından kontrol edilmeyen toplumsal bir süreçtir. Bu sınırlama genellikle hukuk normlarının karakteristik özelliğidir. Yasalar bu tür süreçleri etkileyebilir ancak asla belirleyemez⁶. Yasa aracılığıyla dayatılabilen eylemlerden farklı olarak toplumun zihni süreci olan birleşme emirle gerçekleştirilemez. Toplumu oluşturan bireyleri birleşmeye zorlayan bir düzenlemeye girişmek gerçekten boşa kürek çekmekten ibaret olacaktır. Toplumu bir arada tutan diğer değerler ve faktörlerin birleştirici-

³ Paul M. Schwartz, "Constitutional Change and Constitutional Legitimation: The Example of German Unification," *Houston Law Review* 31, no. 4 (Winter 1994): 1027-1104, 1028.

⁴ Dieter Grimm, "Integration by Constitution," *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 2 & 3 (May 2005): 193-210, 194.

⁵ Grimm, "Integration," 193.

⁶ Grimm, "Integration," 195.

ci gücü sayesinde anayasa yoluyla birleşme çabasının akîm kalması da telafi edilebilir⁷. Zira anayasal değerlere ilişkin yelpazenin bütününde anlaşmazlık olabilir ancak daha temel değerler üzerinde anlaşmak mümkündür. Örneğin Batı demokrasilerinde ortaklaşma veya ortak bir zeminde birleşme unsurlarından biri insanların temel haklarının açıkça ifade edilmesidir⁸. Güney Afrika Cumhuriyeti'nde ise kendine özgür bir yol ile belirli bir başarı dillendirilmektedir. Parçalı yapıdaki toplumların anayasal süreçlerinin yönetiminde ortaya çıkan neticeler açısından Güney Afrika Cumhuriyeti örneği takdir edilen bir noktaya gelmiştir. Her ne kadar anayasal süreç sıra dışı ve kendine özgü olması sebebiyle başka örneklere uygulanamaz gözükse de Güney Afrika örneği öğreticidir. Güney Afrikalılar, yeni, demokratik bir anayasanın parametreleri ve bunun gerçekleştirileceği nispeten açık ve katılımcı süreç üzerinde anlaşmayı kolaylaştırmak için paydaşlar arasında yeterli düzeyde bir güven oluşturmayı başardılar. Bunu yaparken, meşruiyeti tartışmalı bir hükümetten, yetkisini meşruluğu şüphe götürmez yeni bir Anayasadan alan yeni bir yönetim rejimine geçiş sorununu çözmek için geçici bir anayasa kullandılar. Bu yöntem, faydalı olduğu yönünde yorumlanmaktadır⁹. Güney Afrika örneği derinden bölünmüş bir toplumun ortaya konan mucizevi bir belgeyle veya sihirli bir değnekle topluma dokunmayla problemlerin bir günde çözülemeyeceğinin kabul edilmiş olması bakımından önem taşır. Hedeflenen uzlaşa ne kadar uzak veya zor bir hedefse aşılması gereken aşamalar artıp, harcanması gereken mesai ve süre artacaktır. Bu derece derinden bölünmüş bir toplum için uzlaşının kademeli olarak inşa edilmeye çalışılması ufuk açıcıdır.

III. Anayasanın Meşruiyeti

Anayasaların uzun erimli olmaları ve yaşayan bir anayasa olmaları meşruiyet ile sıkı şekilde ilişkilidir. Gönenç, anayasal meşruiyeti siyasi kültür, fonksiyonel etkinlik ve anayasa yapımından oluşan bir sacayağıyla açıklamaktadır. Bu modelde siyasi kültürün en önemli parçasını toplumu oluşturan bireylerin anayasaya inanmaları, anayasal değerleri ve

⁷ Grimm, "Integration," 196.

⁸ H. P. Lee, "A Unifying Constitution for a Diverse Nation," *University of New South Wales Law Journal* 24, no. 3 (November 2001): 605-609, 607.

⁹ Saunders, "Constitution-making," 6.

anayasaya ilişkin tavırları oluşturmaktadır¹⁰. Anayasanın meşruiyetine ilişkin algıda toplumsal grupların bakış açıları ve anayasadan beklentileri de rol oynamaktadır. Örneğin iktidardaki sosyal grupların anayasadan beklentisi anayasanın yapılmak istenenlere engel olmamasıdır. Bu en azından “engel olmama” halinin sağlanması için istikrarsızlığın önlenmesi araçları ve hükümet krizlerinin çözümü araçları mevcut olmalıdır. İktidardaki gruplardan farklı olarak iktidar çeperinin dışında kalanlar ise çoğunluğun dayatmalarına karşı anayasanın kendilerini korumasını bekler ve bu beklentinin karşılandığı oranda anayasal meşruiyet ve anayasadan beklenti içinde olanların meşruiyete inançları tesis edilir¹¹. Görüldüğü üzere iktidarın merkezinde olanlar ile bu çeperin dışında kalanların anayasal düzenden ve anayasadan beklentileri doğal olarak farklıdır. Diğer bir ifadeyle bir “çıkar çatışması”na rastlanılmaktadır. Anayasanın sadece bu beklentiler nazarından zihinlerde meşruiyet kazanması tesisi güç bir denge ile mümkün görülür. Diğer taraftan pozitivist bir hukuk anlayışı ile normlar hiyerarşisindeki konumuna bakarak anayasanın yeterli meşruiyete sahip olduğu kabulü daha kolay bir meşruiyet tesisi aracı olarak varsayılabilir. Salt hukuk ilmi içerisinden anayasaya bakarak pozitivist hukuk anlayışı çerçevesinde bir meşruiyetin varlığını kabul etmek cezbedici olsa da sosyal bilimin geniş sahasında ve içtimai anlamda meşruiyetin tesisini ve kabulünü sağlamak bu derece kolay gözükmemektedir. Anayasa yapım süreçlerine toplumsal katılım ve aşağıda değineceğimiz diğer unsurlar bu bakımdan önem taşır.

Anayasa yapım sürecinde toplumu oluşturan geniş kesimlerin yaygın şekilde katılımıyla ortaya çıkan bir anayasa meşruiyeti ve ortaya konan belgenin desteğini/destekçilerini artırır¹². Bu desteğin korunması ise yukarıda değindiğimiz anayasadan beklenti içinde olan grupların anayasal işlevlerle tatmininden geçmektedir. Yeni bir Anayasanın tasarlanmasına ve onaylanmasına ilişkin süreç, meşruiyet ve etkililik akıldan çıkarılmadan ele alınmalıdır. Uygulamada, tercih edilen yolun anayasal gelenek ve sahadaki koşulların birleşiminden de etkilenmesi muhtemel-

¹⁰ Levent Gönenç, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyet Problemi,” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50, no. 1 (Şubat 2001): 140, 131-152.

¹¹ Gönenç, “Meşruiyet,” 146.

¹² Gönenç, “Meşruiyet,” 148.

dir¹³. Meşruiyet bağlamında anayasa yapım süreçlerinde referandumlar da önemli bir enstrüman olarak görülmektedir. Buna rağmen belirtmek gerekir ki referandum tek başına bir anayasa değişikliği sürecini ifade etmekten acizdir. Anayasanın teorik olarak tasarlanması ve taslağının hazırlanması ile referanduma sunulan versiyonun onaylanması başka süreçleri ifade eder. Teorik olarak, referandum yoluyla onaylama yüksek derecede meşruiyet sağlar. Ancak referandum aynı zamanda sadece onay veya ret isteyen açık bir araçtır. Anayasanın kalitesi, referandumdan önceki sürece bağlıdır. Referandum sonucunun siyasi güçler tarafından manipüle edilmesi veya oyların, Anayasa taslağıyla pek ilgisi olmayan, bunun yerine popülist politikalara yanıt niteliğindeki konulara atıfla kullanılması riski yüksek bulunmaktadır. Her halükârda, eğer sonucun yeni Anayasa hakkında gerçek kamuoyunu yansıtmaya şansına sahip olması isteniyorsa, referandumun çok etkili bir kamuyu bilgilendirme kampanyasıyla birlikte yapılması gerekir¹⁴. Uygulamada ise referandum kampanya süreçlerinin özlenen nispette teklif edilen anayasal değişikliğe veya yeni anayasaya odaklanmadığından sıkça şikâyet edilir. Bölünmüş toplumlarda referandum süreçleri ve teklif edilen metinler kolaylıkla siyasi partilerin mülküne dönüştürülür.

Diğer taraftan yapılan anayasa, dayatılan bir anayasa kimliğindeyse bu anayasanın meşruiyetine zarar verir ve bu doğuştan eksiklik anayasada birleşmeyi imkânsız kılar. Örneğin Birleşik İtalya kendisine bir Anayasa üretmemiş bunun yerine, Birleşik İtalya'nın öncülü yedi devletten biri olan ve birleşme sürecine liderlik eden Piedmont-Sardunya Krallığı'nda yürürlükte olan belgeyi miras almıştır¹⁵. Sonuç olarak 1848 Anayasası döneminde verimli ve işler bir hukuki mimari sağlanamamıştır. 1848 "Statüsü" çok yumuşak bir mimari sunmuş ve çok fazla seçeneğe açık bırakılmış, böylece birçok farklı siyasi deneyin gerçekleşmesine ve oligarşik, liberal-demokratik ve faşist biçimlerdeki hükümetlerin kurulmasına olanak tanımıştır¹⁶. Nihayetinde de İtalya faşizm yönetimini tecrübe etmiştir. Bu tip sonuçlar sağlıklı bir anayasal düzen ihtiyacının

¹³ Cheryl Saunders, "Constitution-making in the 21st century," *International Review of Law* 4, (2012): 7.

¹⁴ Saunders, "Constitution-making," 7.

¹⁵ Sabino Cassese, "The Italian constitutional architecture: from unification to the present day," *Journal of Modern Italian Studies* 17, no. 1 (2012): 2-9, 3.

¹⁶ Cassese, *The Italian*, 8.

insanlığın belleğinde canlı kalmasına vesile olan acı tecrübelerdir. Menfi örnekler anayasanın bir sebepten çok bir netice olarak ortaya çıkmasına işaret etmektedir. Toplumun ekseriyeti tarafından destekleniyor olsa bile bir iktidar grubu tek başına bir anayasa dayatarak toplumsal uzlaşma kurmaktan acizdir. Zaten bir uzlaşmanın yalnız anayasa metni aracılığı ile elde edilmesi de oldukça güçtür. Arzu edilenin mevcut bir uzlaşmanın anayasa ile taçlandırılması olmalıdır.

IV. Anayasal Temsiliyet

Demokratik kurumsallaşmada kurallara uymanın önemi uzun zamandır vurgulanmaktadır. Anayasacılık, demokratik ilkelere yaygın bağlılık olarak da tanımlanabilir. Anayasada ve siyasi hayatı düzenleyen diğer temel kanunlarda yer alan kural ve normlar; demokratik uzlaşmanın genel kabul görmüş bir şartıdır¹⁷. Halkın özyönetimi de denilen halk için ve halk tarafından yönetim olan demokrasinin önemi inkâr edilemez olsa da seçimlere indirgenmesi halkın egemenliği ve temsiliyetinin çok dar bir anlama hapsedilmesi demektir. “Biz halk” kolaylıkla “Biz temsilciler anayasayı halk için yapıyoruz ve kendimize anayasal sınırlar ve kontrollere takılmadan özgürce yönetme otoritesini tanıyoruz.”a dönüşür¹⁸. Özgürlükçü demokrasinin varlığı sorgulanırken özgürlükçü demokrasiye atfedildiği için aranan temel değerlerden birisi de temsiliyettir¹⁹. Bu temsiliyetin ise sahici bir temsiliyet olması gerekmektedir. Anayasa yapım sürecinin ilk aşamasında halkın katılımı zorlayıcı olabilir. Genellikle bu aşama daha az resmi ve şeffaftır. Paydaşlar arasındaki müzakerelerin sonuç doğurabilmesi için gizli olması gerekebilir. Öte yandan, sürecin meşruiyetinin kamuoyu tarafından kabulü ve yeni anayasanın kritik özellikleri hakkında bilgilendirmek için halkın katılımı gerekli olabilir²⁰. İşte halkın anayasa yapım sürecine kabulünden bahsedildiğinde bir anayasa koyucudan bahsetmeye başlarız. Genellikle ise karşımıza bu görevi ifa

¹⁷ Susan Alberts, “How Constitutions Constrains,” *Comparative Politics* 41, no. 2 (January 2009): 127.

¹⁸ Denis J. Galligan, “The Sovereignty Deficit of Modern Constitutions,” *Oxford Journal of Legal Studies* 33, no. 2 (Winter 2013): 730.

¹⁹ Joe Foweraker ve Roman Krznaric, “Measuring Liberal Democratic Performance: an Empirical and Conceptual Critique,” *Political Studies* 48, no. 4 (2000): 760; Joe Foweraker ve Todd Landman, “Constitutional Design and Democratic Performance,” *Democratization* 9, no. 2 (2002): 43.

²⁰ Saunders, “Constitution-making,” 6.

etmek üzere teşkil edilmiş bir parlamento çıkar. Anayasayı yapmakla mesul parlamento yalnız bu işe özgülenmiş ya da mevcut bir yasama organının bu işe soyunmuş veya bu işle görevlendirilmiş hali de olabilir. Mevcut bir anayasal düzendeki yasama organına ilişkin temsil kavramı bakımından sorgulamalar anayasa yapmaya koyulmuş bir parlamento için de ekseriyetle geçerlidir. Hatta demokratik bir temsil bu hayatî meselede daha da önem kazanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Temsil, Batı ülkelerinde demokratik anayasaların istikrar kazanmasıyla birlikte demokratik paradigma açısından bir itibar kazanmıştır²¹. Zira çabuk bir çıkarımla anlaşılacağı üzere demokrasi hedefi olmayan bir anayasal düzen için temsilin itibarlı olması beklenmez. Nitekim anayasa yapımında temsilcilerin ve onlara ilişkin toplum içerisindeki mitlerin rolünün önemine Friedman ve Stokes tarafından dikkat çekilmektedir. Temsilcilerin ve onların rollerine ilişkin algı birçok zaman yasal süreçlerin ve (anayasayı yapan) meclisin iç yapısından fazla önem arz edebilir²². Bu paralelde bağlam ve süreç anayasa yapımında içeriğe üstün gelir²³. Hatta bir anayasa yapım süreci ilk bakışta katılımcı ve demokratik gibi gözükse bile nihai bir bakış açısına sahip olabilmek için anayasa yapım sürecini derinlikli olarak incelemek gerekmektedir. Örneğin Arap Baharından sonra Mısır'da anayasa yapım süreçlerinde hedeflenenler ve beklentiler karşılanmamıştır. Mısır'da anayasa yapım sürecinde Kurucu Meclis için bir Facebook sayfası kuruldu ve burada 68.000'den fazla Mısırlı anayasa taslağı hakkında geri bildirimde bulunarak 78.000 öneri sundu. Yanı sıra ülke genelindeki çalıştaylar sırasında Kurucu Meclis üyelerine 35.000 Mısırlı yazılı önerilerde bulunuldu²⁴. Belki de bu anayasa yapım sürecinde 1988 Brezilya sürecinde olduğu gibi katılım halk tarafından geçici ve kaçırılmaması gereken bir fırsat olarak algılanmıştır. 1988 Brezilya anayasa yapımı sürecinde vatandaşların katkı sunduğu

²¹ Nadia Urbinati, "The Democratic Tenor of Political Representation," içinde *Reclaiming Representation*, ed. Monica Brito Vieira (New York and London: Routledge, 2017), 184.

²² Robert S. Friedman ve Sybil L. Stokes, "The Role of Constitution-Maker as Representative," *Midwest Journal of Political Science* 9, no. 2 (May 1965): 166; Todd A. Eisenstadt, A. Carl LeVan, Tofigh Maboudi, *Constituents before Assembly* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 3-4.

²³ Eisenstadt, LeVan ve Maboudi, *Constituents before Assembly*, 1.

²⁴ Kurucu meclisin gelen 113.000 öneriye bakmaya vakti dahi olmadığı söylenilmektedir. Eisenstadt, LeVan ve Maboudi, *Constituents before Assembly*, 2.

içeriklerle ortaya çıkan belge 40,000 kelime ile dünyadaki en uzun örneklerden biri haline gelmiştir²⁵. Mısır örneğine dönecek olursak; Mısır'daki anayasa yapım süreci, katılımın etkili olmaması dışında demokratik olarak görülmekle birlikte ortaya çıkan ve "dayatılan" anayasanın süreçle uyumlu bir demokratiklikte olmadığı söylenilmektedir²⁶. Mısır örneği sivil toplum ve kamuoyunun anayasa yapım sürecine katılımı ve desteğinin kimi durumlarda yürütme, ordu veya başka güçlü çıkar gruplarının yukardan aşağı bir anayasa dayatmasına fırsat sağlayabileceğini göstermektedir²⁷. Anayasa yapımında müzakere tek başına vatandaşların katılımından daha fazla demokratikleşmeye katkı sunmaktadır²⁸. Katılımın suni versiyonu müzakerenin sahiciliği ve katkı sağlayıcılığından uzak olabilir. Bir görüşe göre ise belki de Arap dünyası anayasacılık için kısır bir zemindir²⁹. Mısır örneği, bölünmelerin yaşandığı yerlerde anayasacılığa ilişkin ibret dolu bir hikâye sunmaktadır. Din üzerinde derin ve varoluşsal ayrılıkların olduğu toplumlarda anayasal tasarı hazırlama sürecinin değişkenliği ve sürece tek bir tarafın hâkim olmaması -ya da çok tarafın bir anayasayı kendi taraflarına çektiğirmesi- altta yatan gerilimleri çözmek yerine daha da kötüleştirebilir³⁰. Burada övülen tek bir toplumsal kesimin sürüklediği bir anayasa yapım süreci değildir. Elbette parçalı bir toplumda tüm paydaşların bir araya gelerek yarattıkları uzlaşmayı metne yansıtmaları en değerli görülür. En sakıncalı durum ise çok taraflı bir güç dengesinde tarafların çatışmacı bir pozisyonda kalmalarıyla ortaya çıkan süreçler ve metinlerdir.

Diğer taraftan parlamentolarda temsilciliğin karakterini belirleyen sadece politik mücadele değildir. Parlamento hukukunun ve yasaların parlamentoda temsilciliğin şekline etki ettiği ve belirleyici olduğu unu-

²⁵ Tom Ginsburg, Zachary Elkins, Justin Blount, "Does the Process of Constitution-Making Matter?," *Annual Review of Law and Social Science* 5, (2009): 215.

²⁶ Eisenstadt, LeVan ve Maboudi, *Constituents before Assembly*, 1.

²⁷ Eisenstadt, LeVan ve Maboudi, *Constituents before Assembly*, 3.

²⁸ Eisenstadt, LeVan ve Maboudi, *Constituents before Assembly*, 25.

²⁹ Nathan J. Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World* (New York: State University of New York Press, 2001), 161.

³⁰ Hanna Lerner ve Aslı Bali, "Constitutional Design without Constitutional Moments: Lessons from Religiously Divided Societies," *Cornell International Law Journal* 49, no. 2, Article 1 (2016): 255.

utulmamalıdır³¹. Örneğin bugün 22/4/1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nu tartışmadan bu ve benzeri düzenlemelere göre faaliyette olan bir meclisin anayasa yaparak anayasa koyucu haline gelmesi hukuki düzen bağlamından ayrı olarak düşünülemez. Zira bugün bildiğimiz manada temsili demokrasinin iki kaynağı; liberal anayasal demokrasilerin kitle demokrasilerine dönüşümü ve seçimli temsiliyetin elitler düzeniyle toplumun sosyal ve politik açıdan demokratikleşmesi arasında denge kurulmasıdır³². Modern temsili demokrasiler, temsilci ve temsil edilen arasındaki ilişkinin ve bu ikisi arasındaki bağ vesilesiyle merkeze/parlamentoya taşınan iletinin büyük önem taşıdığı birer modeldir. Temsilci ile temsil edilen arasındaki bağın sıhhatinin ve taşınması gereken iletinin salahiyeti sorgulanmaktan azade değildir. Temsilin doğru yörengeye oturması için atılacak adımların anayasa koyucu meclisin teşekkülünden önce atılması ortaya çıkacak anayasal belgenin başarısı için belirleyici olabilir. Bu bakımdan ilk düğmesi yanlış iliklenmiş bir gömleğe benzeyen antidemokratik bir temsiliyet ilişkisinin mevcut olduğu bir toplumda parlamentonun uzun erimli bir anayasal belge ortaya koymasını beklemek hayalci bir yaklaşım olacaktır.

Demokratik toplumların anayasaları her zaman egemenliğe atıfta bulunmaz ancak anayasanın arkasında halkın olduğu anlayışına dayanır. Egemenlik dilini kullanan ve halkın egemenliğini ilan eden de yalnızca demokratik uluslar değildir. Demokrasi ve otokrasinin melezi olan hibrit rejimler ve demokratik unsurları eksik olan otokratik rejimler de bu yola başvurur³³. Otokratik veya totaliter rejimler kurulan ülkenin adında sıklıkla demokratik kelimesini kullanabilmektedir. Belki de bu bir yerlere yaslanma ihtiyacı meşruiyet bakımından yönetenlerin dahi bu rejimlere ilişkin kafalarında soru işareti olmasından mütevellit bir meşruiyet devşirme çabasıdır.

³¹ Jonathan S. Gould, "The Law of Legislative Representation," *Virginia Law Review* 107, no. 4 (June 2021): 842.

³² Nadia Urbinati ve Mark E. Warren, "The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory," *Annual Review of Political Science* 11, (2008): 389.

³³ Denis J. Galligan, "Sovereignty," 705.

V. Anayasal Çoğulculuk

Çoğunluğun yönetimi ile azınlığın temsili arasındaki gerilim, demokratik siyasetin temel bir ikilemidir³⁴. Ancak hiçbir fraksiyonun kendi görüşünü empoze edemediği, derinlemesine bölünmüş toplumların, anayasada bir dizi siyasi uzlaşmaya varma imkânı yok denemez³⁵. Bu imkânın gerçeğe dönüşmesinde anahtar kavramlardan birisi de çoğulculuktur. Zira anayasalarda birleşmek ve temsil edilmenin önemli ayaklarından birini anayasal çoğulculuk oluşturur. Devlet içindeki farklı gruplar (ulusal, etnik, bölgesel, dini, toplumsal cinsiyet, dilsel veya diğer ayrımlar) arasındaki ilişkilerin geleneksel devlet-içi anayasal alanını, özellikle azınlık haklarının korunması ve azınlık seslerinin siyasi kurumlarda özel olarak temsil edilmesi gibi mevcut anayasal çerçeve ve değerler sistemi içinde rahatça barındırılabilir “kimlik siyasetinin” yasal biçimlerinin ötesine geçecek şekilde yeniden şekillendirmeyi amaçlayan istekli bir anayasal söylemin varlığı dillendirilmektedir³⁶. Nitekim Walker anayasal çoğulculuk arayışında yeni bir çerçeve önerilmesinin sebebi olarak kurumlara dair hayali sınırların ötesinde fetişizm, normatif önyargı, ideolojik manipülasyon ve değişen küresel düzenin karmaşıklığı karşısında anayasal çoğulculuk hedefine yönelecek olan saldırı ve tenkitleri nispeten de olsa bertaraf edebilme hedefini göstermektedir³⁷.

Seçmenlere, çıkar gruplarına ve siyasi partilere karşı duyarlılığın anayasa koyucuyu oluşturan temsilciler açısından çatışmalar yaratması mümkündür. Bir anayasa koyucuyu oluşturan temsilciler, seçmenlerini temsil etmek isterken aynı zamanda parti disiplinine uygun bir çizgi sürdürmek istediğinde ikilemde kalabilir. Kimi durumlarda kendi siyasi görüşleri ile üyesi bulunduğu siyasi partinin görüşü arasında mesafe de açık olabilir³⁸. Anayasa koyucuyu oluşturan temsilcilerden beklentileri olan seçmenler, çıkar grupları ve siyasi parti liderleri gibi çeşitli unsurlar

³⁴ John R. Low-Beer, “The Constitutional Imperative of Proportional Representation,” *The Yale Law Journal* 94, no. 1 (November 1984): 166.

³⁵ Brown, “Constitutions,” 197.

³⁶ Neil Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism,” *The Modern Law Review* 65, no. 3 (May 2002): 354.

³⁷ Walker, “The Idea,” 359.

³⁸ Gould, “The Law,” 782.

bulunur³⁹. Çoğulcu bir temsiliyetin gerçekleşmesi için temsilcilerin bu beklentilere demokratik ve özgürlükçü refleksler göstermesi beklenir.

Anayasalar her zaman bir çoğulculuğu barındırmaz. Örneğin Anayasa, Amerikan halkı için “daha mükemmel bir birlik” sağlamak üzere tasarlanmıştı ve savunucuları bunun ancak farklı birey sınıflarının bakış açılarının ötesine bakmaya istekli temsilciler tarafından başarılabilceğine inanıyordu⁴⁰. Diğer taraftan anayasal çoğulculuk arayışının konjonktürün yönelttiği bir zeminde toplumdaki belirli kesimleri tatmin etmek amacındaki yeni bir toplum modeli yaratma amacıyla anayasal rejimde revizyon çabasına dönüşmemesi gerekir. Aranması gereken toplumsal bütünlüşmeyi sağlayacak anayasa formülleridir. Bu formül arayışında anayasa metinleri aşılmalı ve bu faaliyet anayasal devletin hukuki zemininde yapılırken anayasacılığın asıl gayesi olan iktidarı sınırlama fikri akıldan çıkarılmamalıdır⁴¹. Bunun yanı sıra anayasaların siyasi gücü organize etme ve temel hak ve özgürlükleri sınırlama işlevlerinden söz ettiğimizde birini diğerine göre daha önemli addedemeyiz zira pek çok durumda bu iki işlev birbirini tamamlayıcıdır⁴². Derinden bölünmüş toplumlarda toplumsal grupların çıkarları ve talepleri ancak güç paylaşımının kurulmasıyla karşılanabilir⁴³. Nitekim bu tip derinden bölünmüş toplumlar için güç paylaşımının gerekli olduğunu öne süren ve bunu ön gören modellere çok sayıda eleştiri yöneltilmiş olsa da kayda değer alternatif sunan çalışmaya rastlamak güçtür⁴⁴. Zira gücün tek bir toplumsal kesimin elinde toplanmış olduğu bir yönetim modelinde sıklıkla yaşanacağı gibi anayasal kurgunun da toplumun geniş kesimlerini iktidar alanının dışında bırakma amacıyla tasarlanmış olması veya değerler sistematığı bakımından belirli toplumsal kesimlerin inkâr edilmesi çeperin dışında

³⁹ Gould, “The Law,” 784.

⁴⁰ Monica Brito Viera ve David Runciman, Representation (Cambridge: Polity Press, 2008), 40.

⁴¹ Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler,” Anayasa Hukuku Dergisi 1, no. 1 (2012): 243.

⁴² Levent Gönenç, “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: 3.

⁴³ Arend Lijphart, “Constitutional Design For Divided Societies,” Journal of Democracy 15, no. 2 (April 2004): 96.

⁴⁴ Lijphart, “Constitutional,” 98.

kalan kesimlerde kırılmalara sebebiyet verecektir. Tüm bu gerekçeler, çoğulculuğu anayasa koyucunun yapısında, ortaya çıkan metinde anayasadan beklenen işlevlerin gerçekleşmesinde ve uzun erimli bir siyasî düzenin tesisinde elzem kılmaktadır.

VI. Anayasal İnanç

Levinson, din savaşlarının 16 ve 17'nci yüzyıllarda yaşanıp mazide kalıp, dinin bireyselleşmesinden sonraki süreçte kamu düzeninin esas parçasının değiştiğini söylemektedir. Ona göre ulus-devlet ve anayasacılık gibi kavramlar yeni bir ihtiyacı doğurmuştur. Mezhepler ve dinlerin yerini sivil bir din⁴⁵ gibi anayasa almıştır⁴⁶. Anayasanın muhatapları gelecek nesillerdir⁴⁷. İnsanlar barış içerisinde bir arada yaşamayı amaçladıklarında bir anayasa onlar için oldukça faydalıdır. Genel manada kanaat odur ki, etkili bir anayasa önemli getirilere sahiptir. Barışçıl bir birliklilik ve sürdürülebilir gelişme için ilk atılması gereken adım etkili bir anayasanın geliştirilmesidir⁴⁸.

Anayasalar iktidar haritası, ideolojik manifesto ve normatif şelale olarak üç boyuta sahip olmakla birlikte anayasal demokrasi bu üç boyutun yanına siyasi iktidarı sınırlama ve siyasi iktidarın barışçı biçimde el değiştirme işlevini ekler⁴⁹. İşte bu demokratik şekilde iktidarın el değiştirilebilmesi işlevi toplumda azınlık olan grupların bu şansa sahip olabilmesi ve yok sayılmamasına bağlıdır. Müzakereci bir demokrasi ancak bu çoğulculuğun sağlanmasıyla nefes alır. Özgür bir demokratik düzenin hukuk çemberini oluşturduğu ölçüde başarılı ve meşru kabul edilen anayasaların kurduğu düzen ancak toplum içindeki tüm bireylerin birbirlerinin eşit hak ve ödevlerine saygı duyması ve siyasi erkin bu hak ve öz-

⁴⁵ Sivil din düşüncesine ilk kez Rousseau'da rastlanılır. Bkz. Jean-Jaques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* 10. Basım, çev. Vedat Günyol (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013), 124-136.

⁴⁶ Levinson, *Constitutional Faith*, 52.

⁴⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, "Akdenizde Anayasacılık Hareketleri Karşısında Türkiye," *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (2012): 51.

⁴⁸ John Mukum Mbaku, "Constitutional Engineering and the Transition to Democracy in Post-Cold War Africa," *The Independent Review* II, no. 4 (Spring 1998): 515.

⁴⁹ Levent Gönenç, "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no. 1 (2007): 162.

gürlük alanına belirli bir mesafede kalması/kalmaya mecbur bırakılmasıyla ayakta kalır⁵⁰.

Halk egemenliği ve halkın kimliği açısından bakıldığında anayasacılığın kimliği zor bir kavşakta dengelediği görülür⁵¹. Anayasalar düşünceden aksiyona politik gerçekliği belirler. Bunu yapabilmenin altında kolektif politik birliğin sembolik yapısını tasvir etme yeteneği yatmaktadır. Artık aşkın bir figürün gücünden kolaylıkla yararlanamayacak olan anayasa koyucu; hayal gücü, özgürlük ve anayasal inanç arasında belirsiz bir uzlaşmayı sürdürmek durumundadır⁵². Nitekim özgürlük muğlak bir terimdir, değişik insanlara ve aynı insanlara da farklı zamanlarda ayrı şeyler ifade eder⁵³. Anayasa ulus gibi esasen tasavvur edilmiş kavramları kullanır. Tasavvur edilen bu kavramların gerçekliği belirlemede anayasal inanç önemli rol oynar. Bu gerçekliği anayasalar yoluyla belirleme çabasında özgürlükler alanının da ihlal edilmemiş olmaması gerekir. İşte burada anayasada hayal edilen topluma anayasa aracılığıyla ulaşma çabası ve mevcudu şekillendirme isteği ancak anayasal inanca dayanır. Bu inancın makes bulabilmesi için ise bireylerin özgürlükler alanının varlığına/devamına inancı önem arz eder. Bu uzlaştırma/uzlaşma görevi hassas ve zor bir dengeye ulaşma mücadelesi gerektirir.

Anayasa'ya sadakat, Anayasa'ya inanmayı gerektirir. Burada kastımız gönüllü bir sadakattir. Zorla elde edilmeye çalışılan bir sadakatin ise gerçekliği, değeri ve kalıcılığı sorgulanabilir. Anayasaya olan inancımız ülkemiz ve anayasal proje içindeki yerimiz hakkında kendimize anlattığımız hikâyeye bağlıdır⁵⁴. Bu hikâye bireylerin edindikleri veya doğuştan sahip oldukları kimlik ile bu aidiyetlerin çoğulcu temsiliyle etkileşim içindedir. Vatandaşların ideal bir anayasanın içeriği hakkındaki görüşleri çatışabilir. İleriye gitmenin en iyi yolu ve anayasayı kurtarmanın en iyi yolu konusunda anlaşma çoğu zaman sağlanamaz. Görüş ayrısı

⁵⁰ Dikmen Caniklioğlu, “Yeni,” 242.

⁵¹ Emilius A. Christodoulidis, “The Aporia of Sovereignty: On the Representation of the People in Constitutional Discourse,” *King's Law Journal* 12, no. 1 (2001): 115.

⁵² Martin Loughlin, “The Constitutional Imagination,” *The Modern Law Review* 78, no. 1 (January 2015): 24.

⁵³ Wheare, K. C., *Modern Anayasalar*, çev. Mehmet Turhan (Ankara: Değişim Yayınları, 1985), 59.

⁵⁴ Jack M. Balkin, *Constitutional Redemption* (Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2011), 2.

lığına düşen vatandaşlar ve savunulan farklı anayasa versiyonları arasında kimin galip geleceğini bilemeyiz. Kimi zaman kimsenin hoşuna gitmeyen bir kombinasyon ortaya çıkabilir. Bu nedenle demokratik meşruiyet, zaman içinde anayasa yapım süreçlerine inanmayı gerektirir. Bu inanma Anayasamızın zaman içinde ideallerimize daha iyi yaklaşacak şekilde restore edilebileceğine veya kurtarılabileceği şeklinde olmalıdır⁵⁵.

Balkin'in dediği gibi çatışmacı bir sürecin sonunda ortaya çıkan anayasa uygulama aşamasında kazananlar ve kaybedenler yaratır. Kazananlar anayasanın iyiliğini savunur; kaybedenler ise marjinalleştirilir veya şeytanlaştırılır. Bu kaybedenler için anayasalar cehennemle yapılan anlaşmalar olarak kalır. Anayasa yapım süreçlerinde toplumsal ve siyasi hareketler büyük önem taşır. Makul ve akla yatkın olanın sınırlarını değiştirerek hem iyi hem de kötü yönde yeni anayasal tahayyül/ütopya biçimleri için alan açarlar⁵⁶. Farklı toplum kesimleri ile siyasi hareketlerin anayasadan beklentileri ve talepleri farklılaşarak bazı çatışmalar yaratsa da bu gerçekliği bütünüyle demokratik bir toplum için olumsuz olarak değerlendirmemek gerekir. Zira farklı talepler/sesler değişime -ki bu değişim birçok zaman daha "iyi"ye dönüktür- ve toplumsal dönüşümlere vesile olur. Ancak toplumsal uzlaşının eksik olduğu durumlarda iyi tasarlanmış bir anayasa yapım süreci bile istikrarlı bir yönetimin asgari gerekliliklerinin karşılandığını garanti etmez. Nitekim anayasalar toplumsal uzlaşmayı inşa etmekten ziyade onu yansıttıklarında daha başarılı kabul edilirler⁵⁷.

VII.Anayasal Sadakat

Anayasaya sadakat kavramına bir anayasanın yürürlüğe konulmasıyla birlikte ihtiyaç duyulur. Anayasayı yaşatacak olan bireylerdir ve anayasa hayatiyetini sürdürmek veya etki doğurabilmek için sadakate ihtiyaç duyar. Anayasa yapım sürecinin son aşaması uygulama aşamasıdır. Anayasanın kabulünden sonraki ilk birkaç yıl yoğunluk yaşanır. Uygulamanın ilk hedefi, Anayasanın etkililiğini sağlamak için yapılması gereken geniş kapsamlı faaliyetlerdir. Bir haklar bildirgesinin çeşitli yönlerine ayrıntılı etki kazandırmak için seçim kanunları ve diğer mevzuat da dahil olmak üzere çeşitli düzenlemelerin yapılması gerekir. Kimi durum-

⁵⁵ Balkin, *Constitutional Redemption*, 10.

⁵⁶ Balkin, *Constitutional Redemption*, 11.

⁵⁷ Bali ve Lerner, "Constitutional," 306

larda bu süreç içerisinde insan haklarına ilişkin kurumlar kurulması ve adli ya da idari pek çok atamanın yapılması ihtiyacı baş gösterir. Bütün bunlar bir yana kamu gücünü kullanma sorumluluğuna sahip olanlar tarafından anayasanın hedeflediklerinin anlaşıldığı ve Anayasanın lafzı ve ruhunun birlikte gözetildiği bir anayasal kültür oluşturma ihtiyacı ilk başta göze çarpmasa da çok önemlidir ve oldukça da zordur⁵⁸.

Anayasaya sadakat yönetenler ve yönetilenlerden her ikisinden de sadakate ihtiyaç duyar. Anayasaya sadakat özellikle devletin tüm yetkili organlarından da saygı talep eder. Nitekim göreve başlamaya ilişkin birçok yeminde bu yönde ifadeler de yer almaktadır⁵⁹. Örneğin 1982 Anayasası'nın 81'inci maddesinde düzenlenen milletvekillerinin göreve başlarken içtikleri andda "...Anayasaya sadakattan ayrılmayacağıma..." ifadesi geçmektedir⁶⁰. Bazı örneklerde söz konusu yeminler tarihsel süreç içerisinde sekülerize olmuştur. Bu durumun sivil din anlayışına paralel olarak okunması da mümkündür. Artık sadık olunan anayasadır ya da en azından olması gerektiği düşünülür. Seküler çağın başlamadığı toplumlarda anayasanın bu tip işleve koşulması toplum ile anayasa arasında bir uçurum yaratabilir. Bu tip bir toplum için anayasaya sadakatin tesisi için referandum gibi yöntemler yeterli olmayabilir. Bu noktada anayasanın "propoganda"sı farklı şekilde ele alınmalıdır. Kastımız toplumla anayasa arasındaki mesafenin kısaltılırken anayasanın, anayasacılık değerlerinden ve geleneğinden koparılması değil bu değerlerin ifadeye dönülmesinin ve geniş toplumsal kesimlere anlatılmasının ustalıkla kotalarınının gereğiğidir.

Anayasaya sadakatin önemli rol oynadığı bir diğer alan ise federal devlet örneklerinde olduğu gibi bileşik devlet yapılarıdır. Zira yetkilerin federal devlet ve federe devletler arasında dağıtıldığı bir federasyon, eğer bir taraf diğerinin alanını kontrolsüz ve tek taraflı olarak ihlal ediyorsa, federasyon niteliğini kaybeder⁶¹. Bu gerekçeyle federasyonu oluşturan federal devlet ve federe devletlerden federasyon yapısına sadakat talep edilir. Bilindiği üzere bu tip bileşik devlet yapılarında kimi ayrılık

⁵⁸ Saunders, "Constitution-making," 9.

⁵⁹ Anna Gamper, "On Loyalty and th (Federal) Constitution," Vienna Journal On International Constitutional Law 4, no.2 (2020): 157. 157-170.

⁶⁰ Anayasanın 103'üncü maddesindeki Cumhurbaşkanı andında benzer yönde "...Anayasaya...bağlı kalacağıma..." şeklinde farklı kelimelerle ifade edilir.

⁶¹ Gamper, "On Loyalty," 169.

talepleri dillendirilebilmektedir. Öte yandan hukuki veya politik birçok alanda paylaşılmış yetkilerin karşılıklı gaspı ya da çizilmiş yetki sınırlarının ihlali vuku bulabilir. Tüm bunlar federasyon olarak kurulmuş bir devletin siyasî düzeninin bu şekilde devamı için federasyonu şekillendiren anayasaya sadakatin gerekliliğini doğurur.

Yönetenler bakımından anayasaya sadakate en çok iktidarların anayasal sınırları aşmaya en yatkın olduğu zamanlarda ihtiyaç duyulur.⁶². Şaşırtıcı değildir ki bu zamanlar zor zamanlar olarak nitelendirilebilecek olan olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli görülebileceği süreçlerdir. Bu tip tecrübeler küresel COVID-19 pandemisi örnek gösterilebilir. Bu süreçlerde yöneticilerin durumun gerektirdiği hak sınırlamalarına giderken anayasanın belirlediği hak ve özgürlükler alanına sadık olmaları önem kazanır. Diğer taraftan alınan tedbirlerin uygulanabilmesi ve iş birliği de vatandaşların sadakatini talep edebilir. Uygulanan tedbirlerin anayasaya uygun şekilde hayata geçiyor oluşu bu tedbirlere ilişkin vatandaşların iş birliğini sağlayabilir. Nitekim yargının anayasaya aykırı bulduğu bir tedbire ilişkin ise vatandaşların onayı azalmaktadır. Sarel ve Voight COVID-19 pandemisi dönemine ilişkin yaptıkları meta-analizde, pandemiye ilişkin uygulanan tedbirlerin anayasaya aykırı olduğuna ilişkin mahkeme kararların mevcudiyetinden haberdar olan kişiler bu tedbirlere uymaya daha az meyilli hale gelmektedir. Bu etki mahkemelere inancı daha fazla olan bireylerde daha da artmaktadır. Yazarlar bu bulgulardan yargının iktidarı sınırlama konusunda anayasaya sadakate dayatabilecekleri sonucuna varmaktadır⁶³. Anayasaya yönetenler ve yönetilenlerin karşılıklı sadakat duygusuna sahip olabilmesi ve karşılıklı olarak inanç, sürdürülebilir/uzlaşma içerisinde bir yönetişimin kapısını aralayabilir. Felsefî yönden sadakati inceleyen Berns'in dediği gibi sadakat büyük ölçüde ülkenin siyasî düzeniyle ilişkili gözükmemektedir. Nitekim "iyi" bir adam özgürce "iyi" bir siyasî düzene sadakat gösterirken "kötü" bir adam "kötü" bir rejime kendi arzusu doğrultusunda sadakat gösterebilir⁶⁴.

⁶² Jerg Gutmann, Roe Sarel, Stefan Voight, "Measuring Constitutional Loyalty: Evidence from the Covid-19 Pandemic," University of Hamburg Institute of Law and Economics Working Paper Series, no. 55 (2022): 1.

⁶³ Gutmann, Sarel ve Voight, "Measuring," 17.

⁶⁴ Walter Berns, "Freedom and Loyalty," The Journal of Politics 18, No. 1 (Feb., 1956): 17-27, 25.

SONUÇ

Anayasa yapım sürecinin ortaya çıkan anayasanın meşruiyeti bakımından önem taşıdığı kuşkusuzdur. Demokratik ve yaygın katılımlı bir anayasa yapım sürecinin ortaya koyduğu metne destek miktarı ve destekçi sayısı fazla olacaktır. Bu bakımdan anayasal zeminde buluşmaya dair ilk adım olan meşruiyetin tesisine dair elde ettiğimiz ilk sonuç anayasa yapım sürecinin önemidir. Bunun yanı sıra anayasa yapım süreci kapsamında karşımıza çıkan temel bir konu da referandumlardır. Referandum yapılmış olması tek başına demokratik, katılımcı ve çoğulcu bir anayasa yapım sürecinin gerçekleştirilmiş olduğunu göstermez. Referandum süreçlerinin kolayca siyasî kampanyalar aracılığıyla menfezinden sapıtılması ve tartışılan/oylanacak anayasa metniyle alakasız konuların kamuoyunun zihni dünyasını kaplaması mümkün ve muhtemeldir.

Anayasal temsil anayasal zeminde buluşmak deyince bir anayasanın yapımında temsilin demokratikliğinin sorgulanmasını gerektirir. Toplumsal uzlaşmayı yansıtacak bir anayasayı ortaya koyacak meclisin demokratik ve sahici bir temsile dayanması gerekmektedir. Uzlaşmayı yansıtacak bir anayasanın ortaya çıkabilmesi için anayasa yapım sürecinde katılımcılığın sahte olmaması beklenir. Katılımcı bir süreç çeşitli çıkar gruplarının anayasa ile elde etmek istediklerini perdelemek için sustimal edilebilir. Kolaylıkla bir anayasa yapım süreci, kökleşmemiş bir demokraside tasarlanmış bir metni seçmenlere kabul ettirme çabasına kırlıf yapılabilir. Antidemokratik bir temsiliyet ilişkisi ile kurulmuş bir meclisin ise anayasa yapım sürecinde demokratik davranmaması evleviyetle beklenecektir. Yeni bir anayasa yapım sürecine girerken demokratik düzenin işlerliği ve siyasi partiler düzeninin halihazırdaki şeklinin kaynağı olan mevzuat da büyük önemi haizdir. Günümüz temsili demokrasilerinde sağlıklı bir temsil sanıldığı kadar kolay gerçekleşmemektedir. Nitekim literatür uzun süredir *Schmittyen* bir bakışla çağdaş temsili demokrasilerin mevcut şeklini sorgulamaktadır. Bu tip inceleme ve sorgulamaların ülkemiz için de daha fazla yapılması gerekmektedir.

Anayasalar ulus gibi tasavvur edilmiş kavramları barındırır. Esasında tahayyül edilen bir gerçekliği belirlemesi için tasarlanmış bir anayasa zor bir göreve talip olması dolayısıyla kendisine inançla bağlı bir topluma ihtiyaç duymaktadır. Anayasal inancın anayasanın kendisinden beklenenlere hizmet edebilmesi için önem taşımasının sebebi budur. Yaşayan anayasa ile yazılı anayasa her zaman aynı olmaz. Yazılı anayasadan beklentiler çok fazla olsa da kimi durumda yazılı anayasa yaşayan

anayasaya yansımayacaktır⁶⁵. Nitekim yaşayan hukukta oluşan bu farklılığa Türkiye iyi bir örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde yeni anayasa arayışlarının çoğulculuk yaldızına bulanmış olması geçmişte inandırıcı bulunmamıştır. Anayasa'nın yazılı değil yaşayan bir anayasa olabilmesi için anayasal inancın tesisi önem arz eder. Kaybedilen bir anayasal inancın geri kazanımı kolay değildir. Anayasal inancın kazanımında derinden bölünmüş toplumların yaşadığı güçlükler göz ardı edilmemelidir. Derinden bölünmüş bir toplumda toplumsal grupların birbirlerine yenilmesi gereken rakipler olarak bakması ile anayasa yapım süreçlerinin neticesi toplumda kaybeden hissiyatına sahip bir grup yaratılması olur. Anayasa yapım süreçlerinde kaybeden hissiyatına sahip olan bu tip geniş gruplar toplumun bütün şekilde bir anayasal inanca sahip olmasının önünde en büyük engel haline gelir. Müzakereci bir demokrasi, katılımcı bir anayasa yapım süreci ile çoğulcu bir anayasa bütüncül şekilde düşünülmelidir. Zira anayasal inanç ancak bu yolla tesis edilir.

Anayasanın uygulama aşaması anayasal sadakat ihtiyacının baş gösterdiği aşamadır. Zira uzun erimli olarak tasarlanmış bir anayasa yıllarca uygulanacak ve bu yıllar içerisinde kişi ve kurumların anayasaya uymaları beklenecektir. Elbette her toplumda ve her çağda anayasaya sadık olmayan kişi ve kurumlar olsa da bir zaman ve mekânda her kişi ve kurumun saygı göstermediği bir anayasanın yaşayan bir anayasa olduğu iddia edilemez. Yürürlüğe konulan bir anayasayı yoğun bir kanun faaliyeti takip eder. İşte bu nedenle anayasaya sadakat ihtiyacı ilk aşamadan kuvvetli bir şekilde varlığını hissettirir. Kişi ve kurumların anayasaya sadakatleri olağanüstü hallerde yine kuvvetli bir ihtiyaç olarak kendini gösterir ve bir insan hakları, demokrasi testi olarak karşımıza çıkar.

Çalışmamız kapsamında anayasal zeminde birleşmek için alet çantasında bulundurulması gerektiğini düşündüğümüz kavramların incelenmesi aşamasında bu kavramların birbirleriyle olan etkileşimleri açığa çıkmıştır. Esasen sadakat, inançtan beslenmekte; anayasa olan inancın tesisinde ise çoğulculuk ve temsilin doğru şekilde kurgulanması önemli gözükmektedir. Meşruiyet kavramının ise tüm bu kavramsal silsileyle derinden ilişkisi aşıkardır. Kavramların iç içe geçmesi ve çeşitli kombinasyonlar halinde birbirlerini etkilemeleri söz konusudur. Bu girift yapı-

⁶⁵ Sibel İnceoğlu, "Yazılı Anayasa, Yaşayan Anayasa: Anayasal Süreçte Kimlikler," Anayasa Hukuku Dergisi 1, no. 2 (2012): 310.

nın sağlıklı bir siyasi düzene bizi ulaştırabilmesi için ilk tuğlanın döşenmesinde tüm değindiğimiz kavramların iyiniyetli bir şekilde zihinde anayasa koyucu tarafından bulundurulması gerekir. Son olarak işaret etmek gerekir ki, etkili bir anayasa ve anayasaya inanç ile sadakatin tesisi için anayasal istikrar da göz önünde bulundurulmalıdır. Richard S. Kay'ın aktardığı bir fıkra bu anayasal istikrarın önemine ilişkin bir şeyler söylemektedir. Bir gün Paris'teki bir adam Beşinci Cumhuriyetin ilanından kısa bir müddet sonra bir kitapçıya gider ve Fransız Anayasasının bir kopyasını ister. Kitapçının cevabı, üzgünüm efendim ama dönemsel edebiyat satmıyoruz şeklinde olur⁶⁶...

KAYNAKÇA

Alberts, Susan. "How Constitutions Constrains." *Comparative Politics* 41, no. 2 (January 2009): 127-143.

Balkin, Jack M. *Constitutional Redemption*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2011.

Berns, Walter. "Freedom and Loyalty." *The Journal of Politics* 18, No. 1 (February, 1956): 17-27.

Brown, Nathan J. *Constitutions in a Nonconstitutional World*. New York: State University of New York Press, 2001.

Cassese, Sabino. "The Italian constitutional architecture: from unification to the present day." *Journal of Modern Italian Studies* 17, no. 1 (2012): 2-9.

Christodoulidis, Emiliós A. "The Aporia of Sovereignty: On the Representation of the People in Constitutional Discourse." *King's Law Journal* 12, no. 1 (2001): 111-135.

Dikmen Caniklioğlu, Meltem. "Yeni Bir Anayasa İçin/İçinde Haklar ve Özgürlükler." *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2012): 233-258.

Eisenstadt, Todd A., A. Carl LeVan and Tofigh Maboudi. *Constituents before Assembly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Foweraker, Joe and Roman Krznaric. "Measuring Liberal Democratic Performance: an Empirical and Conceptual Critique." *Political Studies* 48, no. 4 (2000): 759-787.

Foweraker, Joe and Todd Landman. "Constitutional Design and Democratic Performance." *Democratization* 9, no. 2 (2002): 43-66.

⁶⁶ Richard S. Kay, "Constitutional Chrononomy," *Ratio Juris* 13, no. 1 (March 2000): 33. 31*48

Friedman, Robert S. and Sybil L. Stokes. "The Role of Constitution-Maker as Representative." *Midwest Journal of Political Science* 9, no. 2 (May 1965): 148-166.

Galligan, Denis J. "The Sovereignty Deficit of Modern Constitutions." *Oxford Journal of Legal Studies* 33, no. 2 (Winter 2013): 703-732.

Gamper, Anna. "On Loyalty and th (Federal) Constitution," *Vienna Journal On International Constitutional Law* 4, no.2 (2020): 157. 157-170.

Ginsburg, Tom, Zachary Elkins ve Justin Blount. "Does the Process of Constitution-Making Matter?." *Annual Review of Law and Social Science* 5, (2009): 201–223.

Gould, Jonathan S. "The Law of Legislative Representantion." *Virginia Law Review* 107, no. 4 (June 2021): 765-843.

Gönenç, Levent. "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyet Problemi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (Şubat 2001): 131-152.

Gönenç, Levent. "Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 56, no. 1 (2007): 145-168.

Gönenç, Levent. "Where To Start To Discuss The Constitution? The Importance of Constitutional Engineering in Constitution Debates." *TEPAV Nisan 2011*, Accessed November, 2023. http://www.tepav.org.tr/upload/files/1304946027Where_to_Start_to_Discuss_the_Constitution.pdf.

Grimm, Dieter. "Integration by Constitution." *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 2 & 3 (May 2005): 193-210.

Gutmann, Jerg, Roe Sarel and Stefan Voight. "Measuring Constitutional Loyalty: Evidence from the Covid-19 Pandemic." *University of Hamburg Institute of Law and Economics Working Paper Series*, no. 55 (2022).

İnceoğlu, Sibel. "Yazılı Anayasa, Yaşayan Anayasa: Anayasal Süreçte Kimlikler." *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (2012): 309-314.

Kaboğlu, İbrahim Ö. "Akdenizde Anayasacılık Hareketleri Karşısında Türkiye." *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (2012): 37-67.

Kay, Richard S. "Constitutional Chrononomy." *Ratio Juris* 13, no. 1 (March 2000): 31-48.

Lee, H. P. "A Unifying Constitution for a Diverse Nation." *University of New South Wales Law Journal* 24, no. 3 (November 2001): 605-609.

Lerner, Hanna and Aslı Bali. "Constitutional Design without Constitutional Moments: Lessons from Religiously Divided Societies." *Cornell International Law Journal* 49, no. 2, Article 1 (2016): 227-308.

Levinson, Sanford. *Constitutional Faith*. Princeton and Oxford: Prince University Press, 2011.

Lieblich, Eliav. "How to Do Research in International Law? A Basic Guide For Beginners." *Harvard International Law Journal Online*, no. 62 (2021): 42-67.

Lijphart, Arend. "Constitutional Design For Divided Societies." *Journal of Democracy* 15, no. 2 (April 2004): 96-109.

Loughlin, Martin. "The Constitutional Imagination." *The Modern Law Review* 78, no. 1 (January 2015): 1-25.

Low-Beer, John R. "The Constitutional Imperative of Proportional Representation." *The Yale Law Journal* 94, no. 1 (November 1984): 163-188.

Mbaku, John Mukum. "Constitutional Engineering and the Transition to Democracy in Post-Cold War Africa." *The Independent Review* II, no. 4 (Spring 1998): 501-517.

Rousseau, Jean-Jaques. *Toplum Sözleşmesi 10. Basım, Çeviren Vedat Günyol. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013.*

Saunders, Cheryl. "Constitution-making in the 21st century." *International Review of Law* 4, (2012).

Schwartz, Paul M. "Constitutional Change and Constitutional Legitimation: The Example of German Unification." *Houston Law Review* 31, no. 4 (Winter 1994): 1027-1104.

Urbinati, Nadia and Mark E. Warren. "The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory." *Annual Review of Political Science* 11, (2008): 387-412.

Urbinati, Nadia. "The Democratic Tenor of Political Representation." In *Reclaiming Representation*, edited by Monica Brito Vieira, 184-210. New York and London: Routledge, 2017.

Vieria, Monica Brito and David Runciman. *Representation*. Cambridge: Polity Press, 2008.

Walker, Neil. "The Idea of Constitutional Pluralism." *The Modern Law Review* 65, no. 3 (May 2002): 317-359.

Wheare, Kenneth C. *Modern Anayasalar. Çeviren Mehmet Turhan*. Ankara: Değişim Yayınları, 1985.