

“Tasarım Bilimleri” ve Anayasal “Başarı”(*)

Ran HIRSCHL(**)

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Duygu ŞİMŞEK DÜLGER(***)

“Hepimiz şemsiye kuralını biliyoruz.
Şemsiyenizi eğer yanınıza alırsanız yağmur yağmaz;
eğer almazsanız yağacaktır.”

Ralph Waldo Emerson (Amerikalı düşünür)¹

“Tasarım, sanat olabilir.
Tasarım, estetik olabilir. Tasarım çok basittir.
Bu denli karmaşık olması bu yüzdendir.”

Paul Rand (Amerikalı grafik tasarımcı)²

Anayasal tasarım üzerine literatür geniştir. Konunun ana hatları, uzmanların bir araya geldiği bu forumun katılımcılarının malumu olduğundan bunları burada bir kez daha ortaya koymaya lüzum yoktur.³ Kavram, özet olarak, arzu edilen sosyal ve siyasi çıktılara elverişli kurumsal planlama ve uygulamalar ile ulaşılabileceğini ifade etmektedir. Tasarım, sıklıkla, verili bir yönetim biçiminde en iyi uygulamayı veya belirli rejim için kuralların ve kurumların elverişli kombinasyonunu gösterecek kültürler arası “en iyi” veya en elverişli anayasal kuralı bulma arayışına girer. Demokratik yapılarda, bu tür bir tasarımın sözde

(*) Bu makale, ilk olarak, 29-31 Ocak 2009 tarihlerinde toplanan Texas Law Review Sempozyumu'nda sunulmuştur. “Design Sciences” and Constitutional “Success” başlıklı İngilizce orijinalinden Dr. Öğr. Üyesi Duygu ŞİMŞEK DÜLGER tarafından tercüme edilmiştir.

Çeviri Hakem denetiminden geçmiştir.

Çevirinin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 29.07.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 17.08.2022.

(**) Siyaset Bilimi ve Hukuk Profesörü, Toronto Üniversitesi.

(***) Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-posta: duygu.simsek@ibu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0224-1417>.

¹ Ralph Waldo Emerson, Journal Entry (1873), in 16 THE JOURNALS AND MISCELLANEOUS NOTEBOOKS OF RALPH WALDO EMERSON 293 (Ronald A. Bosco et al. eds., 1982).

² FRANK W. LIOU, RAPID PROTOTYPING AND ENGINEERING APPLICATIONS 48 (2007).

³ Son dönemde alana yapılmış bazı katkılar arasında DONALD S. LUTZ, PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN (2006); WALTER F. MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (2007); EDWARD SCHNEIER, CRAFTING CONSTITUTIONAL DEMOCRACIES (2006); and ADRIAN VERMEULE, MECHANISMS OF DEMOCRACY (2007).

normatif hedefi, siyasi sistemin demokratik yeterliliklerinin (örneğin katılım ve temsil) güçlendirilmesi, hesap veriliğinin ve şeffaflığın artırılması; ve çoğunluğun tahakkümüne ilişkin ilkeler ile demokrasinin yalnızca bu ilkelere bağlı kalmaktan daha fazlası olabileceği fikrinin dengelenmesi olabilir. Uygulama düzeyinde ise bu tür tasarım, kamu politikalarının oluşturulmasında kaliteyi ve etkinliğini artırmayı; ve bunun bir uzantısı olarak belirli bir rejimdeki siyasi, kültürel, ve ekonomik gelişmeyi hedefleyebilir. Etkili anayasal tasarımın ayrıca ekonomik büyümeyi de, özellikle verili rejimdeki uluslararası güvenilirliği yabancı yatırımcılar nezdinde artırmak sureti ile, olumlu yönde etkilediği ifade edilmektedir.⁴ Geçiş ortamlarında (genellikle de otoriter bir rejimden demokratik veya en azından yarı-demokratik bir rejime geçişte) anayasal tasarım, geçiş paktını sürdürme ve belirtilen hedeflerine ulaşma yönünde büyük paydaşların teşviklerini korurken etkili geçişi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, anayasal tasarımın kısa ve orta vadeli hedefi, şiddet düzeyini düşürmek, ilgili paydaşlar, koalisyonlar ve muhalefetler arasında güvenilirliği ve güveni artırmak ve en nihayetinde uzun vadeli birlik, barış ve istikrarı sağlayacak bir siyasi kurumlar ve usüller irtibatının temellerini oluşturmaktır. Bu kapsamda, bu tür anayasal tasarımla ilgili literatür sıklıkla “eştoplumlaştırmacılık/eştoplumsalcılık” olarak anılır ve ortak yönetim kurumlarının, karşılıklı veto noktalarının, güç paylaşım mekanizmalarının ve benzerlerinin önemini vurgular.⁵ Daha sofistike “bütünleştirici” görünümüyle bu bilim dalı, siyasi süreci inatçı paydaşlar için daha çekici hale getirecek, ılımlılığı teşvik edecek ve grup çizgileri arasında oy kullanma teşvikleri sağlayarak çekişme nedenlerini dağıtacak kurumların benimsenmesini savunur.⁶

Anayasal tasarıma yönelik tüm bu yaklaşımlar, anayasal hükümlerin, kurumların ve düzenlemelerin sosyal ve politik değişimi teşvik edecek, destekleyecek veya buna izin verecek şekilde optimize edilebileceği ve olması gerektiğine dair ortak bir inancı paylaşır. İdealist açıklamalara göre anayasalar organik

⁴ Burada literatür oldukça geniştir. Bkz. Alvaro A. Montenegro, *Constitutional Design and Economic Performance*, 6 CONST. POL. ECON. s. 161, 169 (1995) (Anayasal tasarımın ekonomik açıdan öngörü sağlayabileceğini ileri sürer; buna göre daha uzun anayasalar daha düşük düzeyde tutarlılığa işaret ederken daha kısa anayasalar ise daha iyi ekonomik performansa önyak olacaktır); Douglass C. North & Barry R. Weingast, *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, 49 J. ECON. HIST. s. 803, 806, 805-06 (1989) (Anayasaların “uzun vadede büyümeyi besleyen kurallar”ı belirlemede kritik bir rol üstlendiğini ileri sürer); alt notlar s. 129-31 ve ekli metin.

⁵ E.g., Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, J. DEMOCRACY, Apr. 2004, at 97, 99-107.

⁶ *Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies*, in *CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* 3 (Sujit Choudhry ed., 2008).

olarak gelişirken ve gerçek halkın iradesini veya bir yönetimin kalıcı değerlerini yansıttığı söylenirken, anayasal tasarım, somut sorunlara ve zorluklara yanıt olarak ikinci dereceden, pragmatik bir anayasa yapma vizyonunu savunur. Bu hedeflere ulaşmak için anayasalar tasarlanabilir. Bu bağlamda, anayasal tasarım girişimi, “modernist anlatı” olarak adlandırılabilir temel unsurları paylaşır. İnsan, rasyonel, hedefe yönelik veri toplama, planlama ve uygulama yoluyla doğayı evcilleştirme ve gerçekliği yeniden şekillendirme yeteneğine sahip olduğundan, kader önlenemez ve tutkular kontrol edilebilir. Doğa korkutucu ve muhtemelen kaotik olsa da, dikkatli kurumsal mühendislik, düzeni getirebilir, zorlukların üstesinden gelmeye yardımcı olabilir, sorunları çözebilir ve nihayetinde kamu yararına hizmet etmek için daha iyi fırsatlar yaratabilir.

Bu makalede, anayasal tasarım teorisinin iki önemli -ancak sıkça değinilmeyen- yönüne ilişkin kısa bir düşünce deneyine katılacağım. İlk olarak, anayasal tasarımı, büyük, asil hedeflere ulaşmak için tasarıma dayanan, kentsel planlamadan uzay araştırmalarına kadar pek çok disiplin, alan ve faaliyet olan “tasarım bilimleri” dediğim daha geniş bağlamda ele alacağım. İkinci olarak, anayasal tasarımda “başarı” sorusuna, yani anayasal yapıların istenen hedeflere ulaşmada gerçek etkisinin nasıl tanımlanıp değerlendirileceğine değineceğim. İncelediğim olası kriterler arasında zaman ufku ve dayanıklılık; anayasal amaçların fiilen uygulanması; anayasal tasarımın demokrasi, refah ve insani gelişme gibi önemli hedeflere ulaşmadaki katkısı; anayasaların çatışma veya çatışma sonrası ortamlarda varoluşsal gerilimleri azaltmadaki gerçek başarı oranı; ve anayasaların sağlık salgınları veya iklim değişikliğinden genişleyen sosyal ve ekonomik boşluklara, zorunlu göçe, kitle imha silahlarının çoğalmasına veya insanlığa karşı büyük çaplı suçların devam etmesine kadar dünyanın en büyük zorluklarından bazılarına ele alma becerisi - bunların tamamı, küresel işbirliğini gerektiren ve bu nedenle büyük ölçüde anayasaların ulaşamayacağı yere dindir.

I. “TASARIM BİLİMLERİ”

Anayasal tasarımın yanı sıra, son iki yüzyılda çeşitli diğer tasarım bilimleri ortaya çıkmıştır. Bentham’ın panoptikonundan Marx’ın proletarya devletine kadar modern siyaset teorisi, sık sık makropolitik tasarımla ilgilenmektedir.⁷ Yirminci yüzyıl, Batı’da modern zamanların tüm makropolitik planlama uygulamalarının tartış-

⁷ Bkz., e.g., SHLOMO AVINERI, HEGEL’S THEORY OF THE MODERN STATE 176-93 (1974); KARL MARX & FREDERICK ENGELS, THE MANIFESTO OF THE COMMUNIST PARTY 12 (Frederick Engels ed. & trans., Charles H. Kerr & Co. 1906) (1848); NIKOLAS S. ROSE, POWERS OF FREEDOM 187 (1999).

masız en büyüğü olan, kapitalist demokrasinin yayılmasına tanık olmuştur. Genel oy hakkı, kurumsal kontroller ve dengeler, bireysel özgürlükler ve piyasa ekonomisinin birleşiminin uzun vadeli siyasi istikrar ve ekonomik refah sağladığı söylenmektedir. Eski Sovyetler Birliği'ndeki komünizm, en azından ilk birkaç on yılında, sosyal tasarımda mega bir uygulama olmuştur. Bu deneyin temellerinin kırılmaya başlaması çok uzun sürmemiş, ancak merkezi planlama yoluyla herkese eşitlikçi bir sosyal adalet nosyonu geliştirme arzusu, onu kesinlikle yakın tarihin en iddialı siyasi tasarımlarından biri olarak nitelendirmiştir. Çin gibi geleneksel olarak az gelişmiş yerlerde insani gelişme açısından merkezileştirilmiş mega planlamanın başarıları hafife alınamaz. Bu arada, planlamanın arzu edilen hedeflere ulaşmak için etkili bir yol olduğu varsayımıyla birlikte daha özelleşmiş kamu politikası alanı ortaya çıkmıştır. Günümüzde, sağlık hizmetlerinden ormancılığa kadar kamu politikasının neredeyse her yönü, en azından kısmi olarak uzman planlamasına dayanmaktadır (örneğin, bütçeleme, hedef belirleme, performans izleme vb.). Makroekonomik planlama belki de bu eğilimin en bariz tezahürüdür. Halk eğitim sistemi de aynı şekilde yarının vatandaşlarını üretken bir yaşam için eğitmeyi ve hazırlamayı hedeflemektedir. Muhtemelen tüm zamanların en hırslı devasa sosyalleşme ve beyin yıkama mekanizmalarından biridir. Özel sektörde gelişmiş kapitalizmin yükselişi, büyük ölçekli iş planlaması ve strateji gibi alanları ön plana çıkarmıştır.

Ve modern devletin yükselişi ve kitlesel insan hareketleri ile mekânsal tasarım ön plana çıktı. Bölgesel ve kentsel planlama, bölgesel kalkınmayı ve kentsel yaşamı (Kuzey ve Güney) düşünceli ve akılcı bir şekilde tasarlama girişiminde akademik ve pratik bir alan olarak ortaya çıktı.⁸ Büyük ölçekte gerekli hizmetlerin sağlanması (ör. altyapı ve ulaşım, ticaret, temizlik, eğitim ve kültür), bölge ve mahalle gelişimi, hatta şehirlerin belirli endüstrilere nasıl hitap edebileceği ve belirli sosyal tabakalar ve profesyoneller için nasıl etkili miktatıslar haline gelebileceği gibi konular planlama ve tasarım meseleleri haline geldi.⁹ Brasilia, Abuja ve İslamabad gibi yeni başkentler sıfırdan tasarlandı ve inşa edildi. Tokyo'dan Dubai'ye, denizde inşa edilen yapay adalar artık tüm havalimanlarını veya birinci sınıf turizm merkezlerini taşımakta. Bu arada uzay keşfi, bazen büyük başarı ile bazen de mutlak fiyaskoyla sona ererken, inanılmaz teknolojik beceri ve bilinmeyen fethetmek için harcanan sonsuz finansal kaynaklarla yirminci yüzyılın en büyük tasarım alanlarından biri haline geldi.¹⁰

⁸ John Friedmann, *The Future of Comprehensive Urban Planning: A Critique*, 31 PUB. ADMIN. REV. s. 315, 315-16 (1971).

⁹ Id. s. 316.

¹⁰ Bkz. s. 28-32 alt notlar ekinde yer alan metin.

Plânlama ve tasarım da mikro düzeyde yaygın hale geldi. Plânlama ve tasarım mikro düzeyde de yaygın hale geldi. Mimarlar ve inşaat mühendisleri; iç mekan, peyzaj veya özel tasarımcılar; pazarlama uzmanları ve bilgisayar programcıları; beslenme uzmanları ve plastik cerrahlar; film yönetmenleri ve askeri müfreze memurları; vergi kaçırıcılar ve banka soyguncuları; ve seyahat acenteleri ve düğün planlamacılarının hepsi ayrıntılı, mikro düzeyde planlamayı kullanır ve bunlara güvenir. Tarımsal ürünler, raf ömürlerini uzatacak, şekil ve renklerini değiştirecek ve mahsullerin doğal ortamlarının veya mevsimlerinin dışında yetişmesine izin verecek şekilde tasarlandı. Ve evet, biz amatör aşçılar, Yahudi ya da İtalyan büyükanne olmayanlar, iyi bir akşam yemeği veya sofistike bir tatlı yapabilmek için genellikle yemek tarifleri kitaplarından yararlanırsınız. Aslında, bir dakika durup bunu düşündüğümüzde, hayatımızın birçok yönünü değişken derecelerde başarı ile planlarız. Yani plânlama ve tasarım her yerdedir - modern yaşamın kesinlikle vazgeçilmez unsurlarıdır. Aslında, tüm çeşitlilikleriyle - en büyük girişim ölçeğinden nanoteknolojinin atomik veya moleküler ölçeğine, en asil ve hırslı sosyal deneylerden günlük yaşamın en önemsiz ve dünyevi yönlerine kadar, modernitenin kendisinin özüdür. İyi tasarlayın, dikkatli uygulayın ve başarı size daha yakın.

Kabul edelim, gerçeklik geri tepebilir. Muhtemelen şimdiye kadarki en büyük sosyal deneylerden biri olan komünizmin çöktüğünü ve Casa Hirsch’deki en iyi meyveli turta tariflerinden bağımsız olarak fırını çalışmaz halde bırakan beklenmedik elektrik kesintisini de unutmamak gerekir. Dahası, 11 Eylül’ün muazzam başarısızlıklarının, yavaş Katrina yardım operasyonlarının ve ipotek piyasasındaki çöküşün öne sürdüğü gibi, planlama eksiklikleri ve yanlış risk değerlendirmeleri en güçlü ülkeleri bile batırabilir. Ancak tasarım bilimlerinin genel tonu son derece iyimserdir. Kadere ve kaderciliğe kızar. Teknoloji ve bilim dönüştürücü güçlerdir. Ve böylelikle, kötü genlerin veya kötü şansın üstesinden gelinebilir. Yapısal, organik süreçler kontrol edilebilir. Ve göz kamaştırıcı politik gerçekliklerin (mikro veya makro) daha azının etkileri hafifletilebilir ve hatta dikkatli, rasyonel kurumsal planlama yoluyla tersine çevrilebilir.

Tasarım bilimleri, planlama ve uygulama arasındaki boşluğa ilişkin sorular ortaya çıkarır. Hangisi “başarı” olarak kabul edilir; planın fiili uygulanması mı veya belirtilen hedeflerine ulaşılması mı? Tasarım süreci ne kadar “rasyoneldir” ve ne ölçüde değerler, fikirler, kurumlar ve çıkarlar tarafından yönlendirilir (veya bunlardan izole edilir)? Araya giren faktörlerin ve beklenmedik durumların uygulama üzerindeki etkisi nedir? Programa entegre edilmiş, hareket halin-

deyken öğrenmeye, değiştirmeye ve ayarlamalara izin veren uyarlama tekniklerimiz veya kendi kendine öğrenme mekanizmalarımız var mıdır? Planlama sırasında genellikle olumsuz, öngörülemeyen, ancak plan çizim tahtasından gerçekliğe hareket ettiğinde büyük görünen istenmeyen sonuçlar ne olacak? Burada gevşek bir şekilde ifade edilebilecek olan tasarım bilimleri, bunları ve anayasal tasarımla ilgili diğer ilgili sorunları değerlendirmek için zengin, disiplinler arası karşılaştırmalı bir bağlam sağlar.

Peki tasarım bilimleri bize anayasal tasarım hakkında ne söylüyor? Birincisi, boyut ve kapsam önemlidir. Küçük ölçekli, odaklanmış ve sıkı bir şekilde tasarlanmış bir planın başarılı olma şansı, anayasa mühendisliği gibi büyük ölçekli, mega tasarım işletmelerinden belirgin şekilde daha yüksektir. Böylesine geniş bir tasarım uygulamasındaki olası müdahale faktörlerinin ve öngörülemeyen engellerin sayısı ölçülemez. İstatistiksel olarak konuşursak, diğer değişkenler eşit olduğunda, böylesine büyük ölçekli bir tasarımın başarılı olma olasılığı düşüktür. Kibbutz'un küçük ölçekli eşitlikçi deneyi, sert telkinler, gizli servisler, vitrin davaları veya gulaglar olmaksızın yıllarca oldukça iyi işlerken, komünist dünyada çok daha büyük ölçekte aynı sosyal deneyin sürdürülmesi çok daha zor olmuştur.¹¹ Yani küçük, daha iyidir.

Başarılı bir küçük ölçekli tasarımın nihai örneği, Polgár kız kardeşler deneyidir. Polgár kız kardeşler, Macaristan'dan dünya çapında üç satranç oyuncusudur, çocukların çok erken yaşlardan itibaren uzman bir konuda eğitilirse olağanüstü başarılar sergileyebileceklerini kanıtlamak için, sıkı bir satranç meraklısı ve evde eğitim savunucusu olan babaları tarafından benzersiz ve dikkatlice düşünülmüş bir girişiminin ürünleridir.¹² Polgár kardeşler, küçük yaşlardan itibaren ağırlıklı olarak satranç ve Esperanto alanında, evde eğitim görüyorlardı.¹³ Sloganları "Dahiler yaratılır, doğmaz" idi.¹⁴ Kardeşlerden en büyüğü Susan, on beş yaşında dünyanın en iyi kadın oyuncusu oldu.¹⁵ Düzenli yarışmada Büyük Usta unvanını kazanan ilk kadındı ve 1996'dan 1999'a kadar Kadınlar Dünya Satranç Şampiyonu oldu.¹⁶ Ortaanca kardeş Sofia, satranç tarihinde "Roma'nın yağmalanması" olarak bilinen 1989 yılında Roma'da bir

¹¹ Bkz. DANIEL GAVRON, THE KIBBUTZ 152 (2000).

¹² CATHY FORBES, THE POLGAR SISTERS 14, 24 (1992).

¹³ Id. s. 24-25.

¹⁴ Id. s. 13.

¹⁵ Id. s. 49.

¹⁶ Tex. Tech Univ., Susan Polgar Inst. for Chess Excellence, Grandmaster Susan Polgar, http://www.depts.ttu.edu/spice/Susan_Polgar.php.

turnavadaki muhteşem performansı ile on dört yaşında satranç dünyasını şaşkına çevirdi.¹⁷ En küçük kız kardeş Judit Polgár, tarihteki en güçlü kadın satranç oyuncusudur.¹⁸ 1991'de, on beş yıl dört aylıkken Büyük Usta unvanını elde etti ve o dönemde bunu başaran en genç kişi oldu.¹⁹ Şu anda En İyi 100 Oyuncu listesinde yer alan tek kadın ve 8. sırada yer alıyor.²⁰ Polgár kız kardeşler deneyinin başarısını anlamak için, Michael Phelps'in iki varsayımsal kardeşi John ve Jane Phelps'in yüzmede ünlü gerçek erkek kardeşleriyle aynı düzeyde uluslararası başarılar ulaştığı düşünülebilir. İnanılmaz!

Yelpazenin diğer ucunda, uygulamanın çeşitli aşamalarında yanlış gidebilecek şeylerin sayısı çok daha fazladır. Bu, kamu politikası çalışmalarında geniş ölçüde belgelenmiştir. Klasik parçalar, federal düzeydeki iyi niyetlerin sahadaki fiili uygulamaları sırasında ne kadar batağa saplandığına bakmaktadır.²¹ 1970'lerden bu yana, konuya çeşitli merceklerle bakan başka birçok çalışma yapılmıştır: nicel, nitel, aşağıdan yukarıya, yukarıdan aşağıya, vb.²² Hepsi aynı sonuca varıyor: Uygulama zinciri boyunca veto noktalarının sayısı, genellikle tam uygulamaya giden yolda, bazen aşılamaz, önemli engeller yaratacak kadar büyüktür.²³ Benzer bir argüman, dönüm noktası niteliğindeki mahkeme kararlarının etkisi sorusundaki en etkili çalışmalardan biri olan Gerald Rosenberg'in *The Hollow Hope*²⁴ adlı eserinde ileri sürülür.

Tasarım bilimlerinden öğrenilecek ikinci bir içgörü, dikkatli tasarımlar gevşek olanlardan daha iyi olsa da, en dar tasarımların bile (ve şimdilik tarif kitabı

¹⁷ Bkz. FORBES, supra note 12, at 120-21.

¹⁸ Robert Byrne, A Spirited Polgar Pushes a Fist Through Chess's Glass Ceiling, N.Y. TIMES, Nov. 2, 2003, at N34.

¹⁹ Bkz. FORBES, supra note 12, s. 162, 171.

²⁰ Byrne, supra note 18 (recording Judit's ascendance to the number 8 ranking); FIDE World Chess Federation, Top 100 Players April 2009, <http://ratings.fide.com/top.phtml?list=men>.

²¹ E.g., EUGENE BARDACH, THE IMPLEMENTATION GAME: WHAT HAPPENS AFTER A BILL BECOMES A LAW? 3 (1978) (kamusal politikalarda gerçekleşen çok sayıda başarısızlığı irdelemektedir); JEFFREY L. PRESSMAN & AARON WILDAVSKY, IMPLEMENTATION: HOW GREAT EXPECTATIONS IN WASHINGTON ARE DASHED IN OAKLAND, at xx-xxiv, 69 (3d ed., 1984).

²² E.g., Marie-Louise Bemelmans-Videc, Introduction: Policy Instrument Choice and Evaluation, in CARROTS, STICKS AND SERMONS 1 (Marie-Louise Bemelmans-Videc et al. eds., 1998); Paul A. Sabatier, Top-Down and Bottom-Up Approaches to Implementation Research: A Critical Analysis and Suggested Synthesis, 6 J. PUB. POL'Y 21, 21 (1986); Malcolm Gladwell, Wrong Turn: How the Fight to Make America's Highways Safer Went Off Course, NEW YORKER, June 11, 2001, s. 50, 52-54.

²³ Bkz., e.g., Richard F. Elmore, Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions, 94 POL. SCI. Q. 601, 607 (1979).

²⁴ Bkz. GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 35-36, 420-22 (2d ed. 2008).

ile yemek pişirmeyi hariç tatalım) yoldan çıkabileceğidir. Muhtemelen Amerika Birleşik Devletleri'ndeki modern inşaat mühendisliğinin en önde gelen projelerinden biri olan Boston'daki Big Dig, çok sayıda sorun, uzun gecikmeler, sayısız sızıntı, standart altı malzemeler ve ölümcül bir çöküşle gölgelenmiştir.²⁵ Robert F. Scott, Antarktika fethini mükemmel bir şekilde planladığına inanmasına rağmen, Güney Kutbu'na yarısı kaybetmiştir.²⁶ Hollywood'un tarihi, tam bir iflase dönüşen multi-milyon dolarlık megastar filmlerle doludur; ancak bu başarısızlıkların yanı sıra uluslararası gişe rekorları kıran pek çok mütevazı prodüksiyon da bulunmaktadır.²⁷ NASA'nın uzay araştırmalarındaki sayısız başarısı iyi belgelenmiştir.²⁸ Ancak kayıtlar, 1986'daki Challenger mekik görev kazasını ve 2003 Columbia mekik kazasını da içermektedir.²⁹ Daha genel olarak, örneğin NASA'nın (veya Rus muadilinin) Mars'a ulaşmak için planladığı girişimlerin birçoğu başarısız olmuştur.³⁰ Pathfinder (1997), Spirit (2004) ve Opportunity (2004) üzerlerine düşen görevi³¹ yerine getirirken, diğer mega projelerin çok daha az başarılı olduğu kanıtlanmıştır.³² Londra'nın Docklands finans bölgesi projesi, ivme kazanmadan ve on yıl sonra dönüştüğü parlak, modaya uygun bir yer olmadan önce tam bir çöküş olarak başlamıştır.³³ Efsanevi mimar Oscar Niemeyer tarafından tasarlanan Brasilia, birkaç anıtsal hükümet binası dışında, belirtilen hedeflerinin çoğuna ulaşamamış, megalomana yakın kentsel planlamanın paradigmatik bir örneğidir.³⁴ Aslında, bir alan olarak kentsel planlama, sahadaki gerçek başarı söz konusu olduğunda karışık sonuçlarla karakterize edilmiştir. Her ikisi de hedeflenen, somut alanlar olan inşaat mühendisliği ve mimaride uygulama oranı çok yüksekken, makro-kentsel veya bölgesel planlamada tasarım başına uygulama oranı kaçınılmaz olarak daha düşüktür.

²⁵ Bkz. Pam Belluck & Katie Zezima, 4 Ceiling Panels in Boston's Big Dig Fall, Killing Woman in Car, N.Y. TIMES, July 12, 2006, at A16.

²⁶ ROBERT FALCON SCOTT, SCOTT'S LAST JOURNEY 114 (Peter King ed., 2000).

²⁷ Bkz. A.O. Scott, A Territory Alexander Couldn't Conquer, N.Y. TIMES, Dec. 26, 2004, § 2.

²⁸ Bkz. ROGER E. BILSTEIN, TESTING AIRCRAFT, EXPLORING SPACE: AN ILLUSTRATED HISTORY OF NACA AND NASA 37-40, 98-102, 128-31 (4th ed., Johns Hopkins Univ. Press 2003) (1965).

²⁹ William J. Broad, The Shuttle Explodes: 6 in Crew and High-School Teacher Are Killed 74 Seconds After Liftoff, N.Y. TIMES, Jan. 29, 1986, at A1; David E. Sanger, Loss of the Shuttle: The Overview; Shuttle Breaks Up, 7 Dead, N.Y. TIMES, Feb. 2, 2003, § 1, at 1.

³⁰ Bkz., e.g., R. Cowen, Reviewers Bkz. Red over Recent Mars Programs, 157 SCI. NEWS 212, 215 (2000).

³¹ Bkz. H.R. Res. 67, 111th Cong. (2009); Richard A. Kerr, Pathfinder Strikes a Rocky Bonanza, 277 SCI. 173, 173-74 (1997).

³² William J. Broad, Experts Warn of Mars on the Cheap, N.Y. TIMES, Dec. 8, 1999.

³³ Bkz. JANET FOSTER, DOCKLANDS: CULTURES IN CONFLICT, WORLDS IN COLLISION 152-57, 209-11 (1999).

³⁴ Bkz. JAMES HOLSTON, THE MODERNIST CITY: AN ANTHROPOLOGIST CRITIQUE OF BRASILIA 14-23, 89 (1989); JAMES C. SCOTT, SEEING LIKE A STATE 117-28 (1999).

Üçüncü bir ders, kurumsal tasarım söz konusu olduğunda Lamarckçılık'ın Darwinizm'den daha güçlü bir fikir olabileceğidir.³⁵ Darwinizm'in hüküm sürdüğü doğanın aksine, Lamarckçılık çoğu kez daha iyi kentsel tasarım yapar. Darwin'in evrim teorisi, dışsal şokların üstesinden gelmede rastgele mutasyonların değerini vurgularken (bu faydalı özelliklerden yoksun türlerin nesli tükenir),³⁶ Lamarck'ın “edinilmiş karakterlerin kalıtımı” teorisi, öğrenilen deneyimin organik özelliklere dahil edilebileceğini ve dönüştürülebileceğini öne sürer.³⁷ Etkili, yerleşik kendi kendine ayarlama ve otomatik öğrenme mekanizmalarına sahip dönüşlü tasarımlar, bu tür adaptasyon mekanizmaları olmayan katı tasarımlardan daha iyi çalışır. Muhtemelen nihai modernist alan olan bilimin kendisi, kendi kendini düzeltme ve sürekli gelişim için yerleşik bir bağlılığa sahip dinamik bir girişimdir, bazen bu gelişim doğrusaldır ve bazen kuantum sıçramaları gerektirir. Aksine, sabitleme ve katılık - kurumsal veya ideolojik - hafıza kaybına, geri kalmışlığa ve nihayetinde sorunları tahmin edememe veya etkili bir şekilde yanıt verememeye yol açar. Pearl Harbor'dan Yom Kippur Savaşı'na kadar yirminci yüzyılın askeri tarihi, bu tür fiyaskoların örnekleriyle doludur. Dolayısıyla, katılık ve değişememe genellikle kötü şeylerdir. Dolayısıyla, katılık ve değişememe genellikle kötü şeylerdir. Öyleyse konu anayasacılık söz konusu olduğunda, bunlar neden iyi şeyler olarak kabul edilmeli?

Bununla ilgili bir sorun, uygulamalı tasarım biliminin bugünün ve hatta dünün sorunlarını, ancak nadiren yarının sorunlarını ele alma eğilimidir. Bu, kısmen günün yakıcı sorunlarını çözmek için siyasi baskı ve kısmen de ilgili gelecekteki eğilimleri tahmin etmedeki gerçek zorluktan kaynaklanmaktadır. Her halükarda, pek çok hırslı kamu işleri projelerinin ve yüksek teknoloji girişimlerinin mücadele ettiği bir yakalama çemberine yol açar: trafik sıkışıklığını hafifletmek için yeni bir metro hattını veya yeni bir otoyolu tamamlamak için geçen sürede, trafik hacmi, genellikle yepyeni ulaşım sisteminin baş edemeyeceği yeni boyutlara ulaşmıştır. Uzay keşif anekdotlarımızla devam edelim, New Horizons, Ocak 2006'da fırlatılan hipersonik bir robotik uzay aracıdır.³⁸ Hedefine, yani Pluto cüce gezegeni ve onun uyduları Charon, Nix ve Hydra'ya, fırlatıldığından yaklaşık on yıl sonra, Temmuz 2015'te ulaşması planlanıyor.³⁹

³⁵ RICHARD W. BURKHARDT, THE SPIRIT OF SYSTEM 1 (2d ed. 1995).

³⁶ Bkz. CHARLES DARWIN, THE ORIGIN OF SPECIES 93-94 (Collector's Library 2004) (1859).

³⁷ BURKHARDT, üst notlar 36, at 1-2.

³⁸ S. Alan Stern, The New Horizons Pluto Kuiper Belt Mission: An Overview with Historical Context, 140 SPACE SCI. REV. 3, 3 (2008).

³⁹ Id.

Ve bu, saatte 36.000 milin üzerinde (saniyede 10 mil veya yaklaşık 50 Mach) hızla şimdiki kadar yaratılmış en hızlı insan yapımı nesne.⁴⁰ Ancak son teknoloji söz konusu olduğunda on yıl sonsuzluğa yakın. Hız bir yana, 2015 yılında Plüton ve çevresini keşfetmek için New Horizons tarafından kullanılacak teknolojilerin bir kısmı veya çoğu, 2005 teknolojileri olacaktır.

Bu sorunun anayasal tasarımıdaki birçok tezahüründen biri, kentleşme ve megakentin ortaya çıkışı açısından yirminci yüzyıl öncesi anayasaların çoğunun sessizliğidir. İki katmanlı bir sistemde federalizmin ilkeleri genellikle ortaya konulurken, yerel yönetim genellikle anayasal çerçeveçiler tarafından göz ardı edilmiştir. Metropolis fenomeni, ABD Anayasası'nı hazırlayanlar veya 1867'de Britanya Kuzey Amerika Yasası'nı (Kanada'nın konfederasyon belgesi) kabul eden sadıklar tarafından bilinmiyordu. Bu, Los Angeles, New York veya Toronto gibi mega şehirlerin, bağımsız vergilendirme ve yasama yetkileri çok sınırlıyken, sakinlerine çok çeşitli hizmetler sunmaları gerektiği anlamına gelmektedir.⁴¹ Bunun yanı sıra sorun vergilendirmenin ötesine geçmektedir. Şehir özerk anayasal varlık olarak tanınmadığından, genellikle ilgili kamu politikası pazarlık forumlarında (örneğin, refah, çocuk nafakası, barınma, sağlık bakımı ve iş gücü ile ilgili forumlarda) temsil edilmemektedir.⁴² Aynı zamanda, megalopolis pek çok insana ev sahipliği yaptığı için, kaçınılmaz olarak, suç, yoksulluk, evsizlik vb. ile ilgili olarak hükümetin eylemlerinin, ya da eylemsizliğinin, yükünü taşımaktadır. Daha da vahimi, gelişmekte olan dünyada, şehre göçün ve kentsel yayılmanın makul kapasiteyi çoktan aştığı mega şehirlerin durumudur.

Bu konuları ele almaya en yakın anayasal tasarımlar, formülleri değiştirmek, yeni oluşturulan boşlukları doldurmak için belirlenmiş artık yetkiler ve "yaşayan anayasa" yorumlayıcı yaklaşımlar gibi kendi kendini ayarlama mekanizmalarına sahip olmaktır. İyi bilindiği üzere, bazı anayasaların (örneğin Amerika Birleşik Devletleri) değişiklik usulleri belirgin bir şekilde katıdır ve bu nedenle kendi kendini düzenlemeye izin vermede oldukça etkisizdir.⁴³ Başka yerlerde (örneğin Almanya) değişiklik formülleri daha esnek, bu neden-

⁴⁰ Bkz. Basın Açıklaması, Dwayne Brown et al., NASA's Pluto Mission Launched Toward New Horizons, Jan. 19, 2006, available at http://www.nasa.gov/mission_pages/newhorizons/news/ release-20060119.html.

⁴¹ Bkz. Gerald E. Frug, The City as a Legal Concept, 93 HARV. L. REV. 1059, 1064 (1980).

⁴² Bkz. id. at 1062-63.

⁴³ Bkz. U.S. CONST. art. V; see SANFORD LEVINSON, OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT) 21 (2006).

le politik oyunun temel kurallarını sağlamlaştırırken ayarlamalara izin verir.⁴⁴ ABD örneğinin gösterdiği gibi, aşırı sert anayasalar, ana anayasal düzenleme mekanizması değişiklik değil yorumlama haline geldiğinden, yorumlayıcı yaklaşımlarla ilgili şiddetli tartışmalara yol açabilir (örneğin, yaşayan anayasa ve özgünlük).⁴⁵ Aslına bakıldığında, örneğin din alanının yüzyıllar boyunca bu kadar çok içsel yorumlama savaşına tanık olmasının ana nedeninin, kutsal metinlerin yorumlanması veya çarpıtılması kolay, ancak değiştirilmesinin imkansız olmasından kaynaklandığı iddia edilebilir.

Katı anayasal tasarımların değişime izin vermedeki organik zorluğu, belki de en iyi Jacobsohn tarafından “anayasal uyumsuzluktan” muzdarip olarak tanımlanan ortamlarda gösterilebilir.⁴⁶ Bu, bir yönetimin görünüşte çelişen değerlere olan bağlılığından kaynaklanıyor olabilir.⁴⁷ İrlanda’nın Katolikliğini ve AB üyeliğini düşünün. İsrail’in kendini Yahudi ve demokratik bir devlet olarak tanımlaması da organik olarak uyumsuz bir anayasa oluşturuyor gibi görünmektedir.⁴⁸ Bir ülkenin anayasasında korunan değerler ile halkı arasında yaygın olan değerler arasında bir uyumsuzluk da olabilir. Türklerin büyük çoğunluğunun kendilerini dindar Müslümanlar olarak tanımlamalarına rağmen, Türkiye’nin din ve devlet arasındaki katı ayrımını bir düşünün.⁴⁹ Oldukça ironik bir şekilde, belirli bir yönetimin anayasal uyumsuzluğu ne kadar keskin olursa, o ülkede yüksek siyaset ile adli karmaşa olasılığı o kadar artar. Uyumsuzluğun bir sonucu olarak, mahkemenin otoritesine ve yorumlama becerilerine sistemik güven ortaya çıkabilir. Ve böylece, uyumsuz bir anayasa, bunu çözmek için anayasal yaratıma - mahkemelere - güvenmeye yol açar.

Son olarak, (anayasal) tasarımda gerçek yardımseverlik sorunu tartışmaya değer. Çoğu tasarım bilimi, zorlukların üstesinden gelmek ve hayatı iyileştirmek, küçük veya büyük ilam için gerçek bir girişim tarafından yönlendirilir.

⁴⁴ Bkz. GG Madde. 79.

⁴⁵ Bkz. Doni Gewirtzman, Our Founding Feelings: Emotion, Commitment, and Imagination in Constitutional Culture, 43 U. RICH. L. REV. 623, 630 (2009).

⁴⁶ Gary J. Jacobsohn, The Permeability of Constitutional Borders, 82 TEXAS L. REV. 1763, 1773 (2004).

⁴⁷ Bkz. id.; ayrıca bkz. also Gary J. Jacobsohn, Constitutional Identity, 68 REV. POL. 362, 380 (2006).

⁴⁸ Bkz. Walter F. Murphy, Designing a Constitution: Of Architects and Builders, 87 TEXAS L. REV. 1303, 1327-30 (2009).

⁴⁹ Bkz. Gerrit Steunebrink, Liberalism and Nationalism in Europe and Turkey: On the Reception and Application of Modern European Ideas in a New Historical and Cultural Context, in CIVIL SOCIETY, RELIGION, AND THE NATION 153, 168 (Gerrit Steunebrink & Evert van der Zweerde eds., 2004).

Ancak bazı anayasalar aynı şekilde kamu yararını yansıtmak, korumak veya geliştirmek anlamına gelirken, bazı anayasal tasarımlar azınlığın gücünü korumayı veya belirli dünya görüşlerini ve politika tercihlerini demokratik siyasetin değişimlerine karşı yalıtmayı amaçlamaktadır. Kanonik anayasa teorisi, insanlar ve hükümetler, kalın bir demokraside çoğunluk yönetiminin diğer eşit derecede önemli değerlerle, en önemlisi azınlık haklarıyla dengelenmesi gerektiği fikrini kabul ederken, asil, belki de tartışmaya açık şekilde safça, birinci dereceden anayasallaştırma hikayelerini ilerletmektedir.⁵⁰ Anayasacılığın taahhüt öncesi hesapları, bunu kendi kendini bağlayıcı bir sözleşme veya rasyonel insanların belirsizlik koşulları altında seçeceği Pareto-optimal, kamu tercihi çözümü olarak tasvir eder.⁵¹ Anayasa mühendisliği, anayasaların etnik, dinsel veya dilsel hatlar boyunca bölünmüş devletlerdeki gerilimleri hafifletmeyi amaçlayan, rakip partiler arasında müzakere edilmiş anlaşmalar olarak daha pragmatik, daha az idealist bir açıklamasını önermektedir.

Ancak anayasal tasarım aynı zamanda siyasal vücut içindeki güç mücadelelerini ve siyasi manevraları da yansıtabilir. Robert McCloskey, Robert Dahl ve Martin Shapiro'nun (ve diğerlerinin) ufuk açıcı çalışmalarının ortaya koyduğu gibi, anayasa mahkemeleri ve bunların içtihatları (anayasal düzenin yalnızca bir yönünü seçmek için) daha geniş bir siyasi ortamın ayrılmaz unsurlarıdır ve tek başına anlaşılabilir.⁵² Siyasi kurumlar olarak mahkemeler kavramını daha da ileriye götüren son siyaset bilimi araştırması, yargı incelemesinin genellikle siyasi olarak inşa edildiğini ve seçilmiş yetkililerin anayasallaştırma ve yargı yetkilendirilmesi için siyasi ve politik nedenlere sahip olabileceğini öne sürmektedir.⁵³

⁵⁰ Bkz., e.g., BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 172 (1992); CASS SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO 114 (2001); John Ferejohn et al., Editors' Introduction to CONSTITUTIONAL CULTURE AND DEMOCRATIC RULE 25, 25 (John Ferejohn et al. eds., 2001).

⁵¹ E.g., JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY 93 (1988); STEPHEN HOLMES, PASSIONS AND CONSTRAINT 272 (1995).

⁵² Bkz. ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS 187-88 (1991) (discussing the judiciary's role in providing quasi-guardianship within the democratic process); ROBERT G. MCCLOSKEY, THE AMERICAN SUPREME COURT 10-11 (Sanford Levinson ed., 4th ed. 2005); MARTIN M. SHAPIRO, LAW AND POLITICS IN THE SUPREME COURT 6 (1964).

⁵³ Bkz., e.g., Howard Gillman, Courts and the Politics of Partisan Coalitions, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS 644, 645-47 (Keith Whittington et al. eds., 2008); Tom Ginsburg, The Global Spread of Constitutional Review, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS, supra, at 81, 90-91; Mark A. Graber, Constructing Judicial Review, 8 ANN. REV. POL. SCI. 425, 427 (2005); Georg Vanberg, Establishing and Maintaining Judicial Independence, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW & POLITICS, supra, at 99, 114; Keith E. Whittington, "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court, 99 AM. POL. SCI. REV. 583, 583 (2005).

Nispeten açık siyasi ortamlarda, yargı yetkisi, bir yönetimin seçim piyasasının veya yöneten politikacıların zaman ufkunun rekabet gücünü yansıtabilir. “Parti değiştirme” modeline göre, örneğin iktidar partisi defalarca seçimleri kazanmayı beklediğinde, bağımsız ve güçlü bir yargı olasılığı düşüktür.⁵⁴ Bir iktidar partisinin iktidarda kalma beklentisi düşük olduğunda, bir sonraki iktidar partisinin politika hedeflerine ulaşmak için yargıyı kullanamamasını sağlamak için güçlü yargıyı desteklemesi daha olasıdır.⁵⁵ Araştırmacılar, Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki;⁵⁶ on dokuzuncu yüzyılın sonlarındaki Amerika Birleşik Devletleri’ndeki⁵⁷ farklı dönemler arasındaki; üç post-otoriter Asya ülkesi (Güney Kore, Moğolistan ve Tayvan) arasındaki;⁵⁸ Doğu Avrupa’da ki birkaç yönetim arasındaki ve Güney Avrupa’daki yeni demokrasiler arasındaki (İspanya ve Portekiz);⁵⁹ ve iki Arjantin eyaleti arasındaki yargı gücündeki farklılıkları açıklamak için bu “sigorta” mantığından yararlanır.⁶⁰

Daha genel olarak, başka bir yerde “hegemonik koruma” mantığı olarak adlandırdığım şey burada geçerli olabilir.⁶¹ İlgili politika oluşturma süreçleri ve sonuçları üzerindeki kontrolü kaybetme tehdidi, anayasallaşmanın arkasındaki önemli bir itici güç olabilir. Siyasetçilerin, siyasi sistemde mevcut veya olası dönüşümler kendi siyasi statülerini ve politika tercihlerini tehdit ediyor gibi görüldüğünde, politika oluşturma sorumluluğunu görece destekleyici bir yargıya çevirme olasılığı daha yüksektir. Siyasi iktidarı kaybetmekten korkan etkili sosyopolitik gruplar, megapolitikanın yargılaşmasını, yargı denetiminin kurulmasını ve daha genel olarak hegemonya koruyan manevra olarak anayasa mahkemelerinin güçlendirilmesini destekleyebilir. Bu tür grupların ve onların siyasi temsilcilerinin, çoğunlukçu karar alma arenalarında hegemonyaları, dünya görüşleri ve orantısız avantajlara ve çıkarlara sahip olma hakları giderek

⁵⁴ Bkz. Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75 *FORDHAM L. REV.* 721, 746 (2006).

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Bkz. J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach*, 23 *J. LEGAL STUD.* 721, 722, 722-23 (1994).

⁵⁷ Bkz. Howard Gillman, *How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*, 96 *AM. POL. SCI. REV.* 511, 512, 511-12 (2002).

⁵⁸ Bkz. TOM GINSBURG, *JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 90-91* (2003).

⁵⁹ Bkz. Pedro C. Magalhães, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, 32 *COMP. POL.* 43, 45 (1999).

⁶⁰ Bkz. Rebecca B. Chavez, *The Construction of Rule of Law in Argentina: A Tale of Two Provinces*, 35 *COMP. POL.* 417, 418 (2003).

⁶¹ RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 11-12* (2004).

daha fazla sorgulanırken, biçimlendirici ulus inşası ve kolektif kimlik sorularının yargıya dönüştürülmesini destekleme olasılıkları daha yüksektir.⁶² Kısacası, tehdit altındaki seçkinleri anayasal korumaların ve yargı denetiminin cazibesini keşfetmeye sevk eden, güvenilir siyasi rekabet potansiyeli veya fiili gelişimi veya yeni seçmenlerin veya iktidar gruplarının ortaya çıkmasıdır. Böylelikle, aşağıdan yukarıya “Biz Halkız” anayasacılığı, yukarıdan aşağıya “değiştir[] ... her şeyi böylece her şey aynı kalsın” kendi çıkarını gözeten anayasal revizyonlarla birlikte yaşarken, anayasallaşmayı en başta yönlendiren şeyin gerçekliği ve yardımseverliği çoğu kez sorgulanabilir.⁶³

II. ANAYASAL TASARIMDA NE “BAŞARI” SAYILIR?

“Başarı” sorusu ve bunun nasıl tanımlanacağı ve ölçüleceği, herhangi bir tasarım girişiminin merkezinde yer alır. Ne yazık ki, kanonik anayasal tasarım literatüründe tam olarak ele alınmamıştır. Dayanıklılık, belirli bir anayasanın göreceli başarısını ölçmek için sezgisel bir kriter olabilir.⁶⁴ Güvenilir bir araca benzer şekilde, belirli bir anayasa zaman testine ne kadar uzun süre dayanabilirse, gösterge o kadar güçlüdür, bu nedenle argüman, iyi veya uygun bir anayasa olabilir. Dolayısıyla bu kriter gere, ABD Anayasası çarpıcı bir başarı öyküsüdür. Ancak bir anayasanın devam eden varlığı, yola bağlı faktörlerin yanı sıra, egemen ideolojik ortamı ve onun dayanıklılığına yardımcı olan güç takımı yıldızlarını yansıtabilir. En uzun süredir devam eden anayasa, ABD Anayasasıdır ve diğer bazı anayasalar da ilk yüzüncü yıl dönümlerini geride bırakmakta veya yaklaşmaktadır. Elkins, Ginsburg ve Melton, dünya çapındaki anayasaların yaşam süresine ilişkin deneysel çalışmalarında, tüm anayasaların yalnızca yarısının dokuz yıldan fazla sürdüğünü bildirir.⁶⁵ Bu nedenle, Ginsburg’a göre, “Kuzey Amerika dışındaki ortalama bir vatandaş, ülkesinin yaşamı boyunca altı veya yedi anayasadan geçmeyi beklemelidir”.⁶⁶ Kalıcı anayasalar nispeten açık bir süreç altında ortaya çıkar, spesifik ve esnek

⁶² Bkz. Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, 11 ANN. REV. POL. SCI. 93, 107 (2008).

⁶³ Michael Mandel, *A Brief History of the New Constitutionalism, or ‘How We Changed Everything So that Everything Would Remain the Same,’* 32 ISR. L. REV. 250, 251 (1998).

⁶⁴ Bkz. genel olarak ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* (forthcoming 2009 *Texas Law Review*; Tom Ginsburg, *The Lifespan of Written Constitutions* (Univ. of Cal., Berkeley Law & Economics Workshop, Paper No. 3, 2008) available at http://repositories.cdlib.org/berkeley_law_econ/Spring2008/3/ (offering other initial observations on the interaction between constitutional design and constitutional lifespan).

⁶⁵ ELKINS, GINSBURG & MELTON, üst not 66.

⁶⁶ Ginsburg, üst not 66.

olma eğilimindedir.⁶⁷ Ancak bir anayasanın asli hedeflere ulaşmayı başarması veya en azından kolaylaştırması beklenir. Başarısının kanıtı, ömründe değil, kullanımındadır. Dolayısıyla oyuncaklar, arabalar veya evlerden farklı olarak, dayanıklılık anayasal bağlamda mutlaka bir başarı göstergesi değildir.

Belirli bir anayasal tasarımın “başarısını” tanımlamanın ve ölçmenin ikinci, daha esaslı bir yolu, geliştirmeyi amaçladığı maddi malları bağımsız olarak veya diğer faktörlerle bağlantılı olarak teslim etme kabiliyetidir. Buradaki bariz metodolojik zorluk, çoklu nedensellik sorunudur: anayasal bir düzenin katkısını diğer toplumsal, politik ve kurumsal faktörlerden ayırmak neredeyse imkansız bir görevdir. Belirli bir anayasal paktın önemli etkiye sahipmiş gibi görüldüğü durumlarda bile, müdahale eden değişkenlerin herhangi bir ölçülebilir etkiyi ne kadar çarpıttığını söylemek zordur. Bununla birlikte, ölçümün karmaşıklığına işaret etmek, anayasal tasarımın politika sonuçları veya sosyal değişim üzerindeki etkisinin ampirik ölçümünün hiçbir değeri olmadığı anlamına gelmez. Anayasal tasarım savunucularının öne sürdüğü gibi, örneğin anayasal haklar kataloğunun benimsenmesi, bir yönetimdeki dezavantajlı azınlıklar için önemli avantaj sağlıyorsa, bu avantaj tespit edilebilir olmalıdır. Tersine, bu tür bağlantıların bulunduğu alan sayısı ne kadar azsa, anayasal tasarımın etkilerinin geleneksel görüşün önerdiği kadar önemli olma olasılığı o kadar azdır.

Anayasal tasarımın sosyal değişim üzerindeki gerçek etkisine dair şüpheli görüşler ABD Anayasasının kabulünden önceki tartışmalara kadar uzanabilir. ABD kurucusu Alexander Hamilton, *Federalist Makaleler (Federalist Papers)*'deki haklar bildirgesi eleştirisinde, ifade özgürlüğünün güvence altına alınmasının, “ona saygı duyan herhangi bir anayasaya her ne olursa olsun, tümüyle kamuoyuna ve halkın ve hükümetin genel ruhuna bağlı olması gerektiğini” savunmuştur.⁶⁸ Aynı anlayışla, ABD İkinci Dairesi Yargıcı Learned Hand şunu söylemiştir:

I Umudumuzu anayasalara, yasalara ve mahkemelere çok fazla bağlayıp bağlamadığımızı sık sık merak ediyorum. Bunlar yanlış umutlar; inanın bana, bunlar sahte umutlar. Özgürlük, erkeklerin ve kadınların kalbindedir; orada öldüğünde, hiçbir anayasa, hiçbir hukuk, hiçbir mahkeme onu kurtarmaz; hiçbir anayasa, hiçbir hukuk, hiçbir mahkeme ona yardım etmek için pek bir şey yapamaz. Oradayken, onu kurtarmak için hiçbir anayasaya,

⁶⁷ Bkz. ELKINS, GINSBURG & MELTON, üst not 66.

⁶⁸ THE FEDERALIST NO. 84, at 514 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1961).

*hukuka, mahkemeye ihtiyacı yoktur.*⁶⁹ Başka bir deyişle, ABD Anayasasının ilk kurucularından bazıları, aynı zamanda Haklar Bildirgesinin daha güncel yorumlayıcılarından birkaçı, yazılı haklar bildirgesine ek olarak hakları destekleyen bir kültürün sivil özgürlüklerin fiilen korunması için gerekli bir koşul olduğuna inanmaktaydı.

Robert Dahl, demokratik siyasi kurumların sürdürülmesinde anayasal düzenlemelerin - ve özellikle haklar bildirgesinin - elverişli sosyokültürel koşulların varlığından daha az önemli olduğunu öne sürmektedir.⁷⁰ Riker'ın anayasa merkezli yaklaşımına yanıt veren Dahl, "anayasal kuralların demokrasiyi sürdürmede hayati, bağımsız faktörler olmadığını" iddia etmiştir.⁷¹ "[Birleşik Devletlerin] Anayasası nedeniyle demokratik kaldığını varsaymak, bana ilişkinin açık bir şekilde tersine çevrilmesi gibi görünüyor; toplumumuz özünde demokratik olduğu için Anayasanın kaldığını varsaymak çok daha makul."⁷²

Aynı doğrultuda Charles Epp, anayasal haklar kataloglarının etkisinin, bireylerin stratejik dava yoluyla bu haklara başvurma konusundaki yetersizlikleriyle sınırlı olabileceğini öne sürmüştür.⁷³ Bu nedenle, haklar bildirgesi, yasal seferberlik için destek yapısının (hak savunuculuğu örgütleri, hakları destekleyen avukatlar ve hukuk okulları, devlet haklarını uygulama kurumları ve hukuki yardım programlarından oluşan bir bağlantı noktası) iyi gelişmiş olduğu ölçüde önemlidir.⁷⁴ Diğer bir deyişle, yazılı anayasa hükümlerinin varlığı hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması için gerekli bir koşul iken, kesinlikle yeterli bir koşul değildir. Hak hükümlerinin belirli bir yönetimde toplumsal değişim tohumlarını ekmedeki etkinliği, büyük ölçüde yasal seferberlik için bir destek yapısının ve daha genel olarak misafirperver sosyokültürel koşulların varlığına bağlıdır.

⁶⁹ Learned Hand, The Spirit of Liberty, Address at the "I Am an American Day" Ceremony in New York City's Central Park (Mayıs 21, 1944), in THE SPIRIT OF LIBERTY: PAPERS AND ADDRESSES OF LEARNED HAND 189, 189-90 (Irving Dilliard ed., 3d ed. 1960).

⁷⁰ Bkz. Robert A. Dahl, Thinking About Democratic Constitutions: Conclusions from Democratic Experience, in 38 NOMOS: POLITICAL ORDER 175, 178 (Ian Shapiro & Russell Hardin eds., 1998). Bkz. generally DAHL, üst not 54, s. 220-64.

⁷¹ ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY 137 (expanded 50th anniversary ed., 2006).

⁷² Id. at 143.

⁷³ Bkz. CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION 14 (1998); Charles R. Epp, Do Bills of Rights Matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms, 90 AM. POL. SCI. REV. 765, 766 (1996).

⁷⁴ Bkz. Epp, üst not 76, s. 767.

Hakları destekleyici kültür argümanı da daha genel “sosyal sermaye” argümanı ile tamamlanmaktadır. Robert Putnam ve diğerlerine göre, demokrasinin neden belirli yerlerde daha iyi çalıştığını anlamada kurumsal faktörlerden ziyade sosyokültürel faktörler (örneğin, canlı bir sivil toplum ve demokratik bir yurttaşlık geleneğinin varlığı) en önemli değişkendir.⁷⁵ Dahl-Putnam tezinin, otoriterlik sonrası ortamlarda demokrasiyi yaymak ve geliştirmek için hangi anayasal tasarımın en uygun olduğuna dair “geçiş bilimi” tartışması için çıkarımları açıktır. Bir demokrasinin belirli bir yönetimde varlığını sürdürebilmesi için, o yönetimdeki kurumsal ortamı doğru bir şekilde yapılandırmaktan çok canlı bir sivil toplum ve yönetimde hakları destekleyen bir kültür geliştirmek daha önemlidir.⁷⁶ Resmi kurumsal ortamlar değil, misafirperver yurttaşlık gelenekleri ve sosyokültürel koşullar, anayasal demokrasinin işlemlerini sağlayan önemli faktörlerdir.

Anayasaların genellikle demokrasiyi ileriye taşıdığı söylenir. Bu hedefe ne kadar iyi ulaşıyorlar? Bu sorunun kapsamlı ampirik çalışması bu Makalenin kapsamı dışında olsa da, bazı değerli bilgiler kolayca elde edilebilir. *The Economist* tarafından yürütülen *Demokrasi Endeksi*, beş genel demokrasi kategorisine odaklanıyor: seçim süreci ve çoğulculuk, sivil özgürlükler, hükümetin işleyişi, siyasi katılım ve siyasi kültür.⁷⁷ Rejimlere, bir ülkenin tam demokrasiye ulaşabileceği en yakın noktanın 10 olduğu, 0-10 ölçeğinde bir puan verilir.⁷⁸ 2008 *Demokrasi Endeksi*'ne göre, Kuzey Kore 0,86 ile en düşük puanı alırken, İsveç toplamda 9,88 (en yüksek sonuç) puan almıştır.⁷⁹ İlk on iki ülkenin geri kalanı Norveç, İzlanda, Hollanda, Danimarka, Finlandiya, Yeni Zelanda, İsviçre, Lüksemburg, Avustralya, Kanada ve İrlanda'dır.⁸⁰ Amerika Birleşik Devletleri 8.22 puanla on sekizinci sırada yer almıştır.⁸¹ Ülkeler, “Tam Demokrasi” (8-10 arası puan); “Kusurlu Demokrasi” (6-7.9 arası puan); “Hibrit Rejim” (4-5.9 arası puan); ve “Otoriter Rejim” (4'ten düşük puan) olarak kategorize edilmiştir.⁸² İncelenen 167 ülkeden 30'u Demokra-

⁷⁵ Bkz. ROBERT D. PUTNAM ET AL., MAKING DEMOCRACY WORK 99, 91-99 (1993).

⁷⁶ Bkz. id. s. 181-85.

⁷⁷ LAZA KEKIC, THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, INDEX OF DEMOCRACY 16 (2008), <http://a330.g.akamai.net/7/330/25828/20081021195552/graphics.eiu.com/PDF/Democracy%20Index%202008.pdf>.

⁷⁸ Id. s. 18.

⁷⁹ Id. s. 8 tablo 2.

⁸⁰ Id. s. 4.

⁸¹ Id.

⁸² Id. s. 4-8.

si, 50'si Kusurlu Demokrasi, 36'sı Hibrit Rejim ve 51'i Otoriter Rejim olarak belirlenmiştir.⁸³ Bu araştırmaya göre, nispeten küçük nüfusa (30 milyona kadar), gelişmiş piyasa ekonomilerine, çoğu temel politika alanındaki (ör. eğitim, sağlık hizmetleri, ulaşım, bankacılık vb.) merkezi düzenlemeye ve nispeten cömert bir Keynesçi-refah devleti geleneğe sahip Batı ülkelerinin (özellikle Kuzey Avrupa'ya ek olarak Kanada, Yeni Zelanda ve Avustralya) tamamı, açıkça dünyadaki en demokratik ülkelerdir. Yine de, listedeki ilk on iki ülkeden hiçbiri, Amerikan tarzı yazılı anayasacılık, aktif yargı denetimi veya kültürel olarak yerleşik bir anayasal kutsallık gibi uzun bir geleneğe sahip değildir. Diğer bir deyişle, Amerikan tarzı anayasal inanç, demokrasi için gerekli bir ön koşul değildir.

ABD Anayasası ile ilgili daha ayrıntılı araştırmalar (örneğin, Robert Dahl veya Sanford Levinson tarafından), demokratik yeterliliğini sorgulama konusunda daha da ileri gidiyor.⁸⁴ Levinson, okuyuculara bu eksiklikleri açıklamayı amaçlayan iki soru sunar. Birincisi: "Temsilciler Meclisine ek olarak bir Senato olmasını destekliyorsunuz bile, Wyoming'e nüfusunun yaklaşık yetmiş katı olan Kaliforniya ile aynı sayıda oyu vermeyi de destekliyorsunuz musunuz?"⁸⁵ Ve ikincisi: "Diğerlerinin yanı sıra, Beyaz Saray'a düzenli olarak halk oylarının çoğunluğunu almayan ve son elli yıl içinde en az iki durumda, bu oylamada birinci gelmeyen adayları yerleştiren bir Seçim Kurulundan memnun musunuz?"⁸⁶ Levinson, bunun bugünün Amerikalılarının ihtiyaç ve isteklerini yansıtan bir cumhuriyetin tarifi olmadığını savunuyor. Anayasa hükümlerinin çoğu, adaletsiz veya etkisiz hükümeti teşvik ediyor. Mevcut plana göre, ne kendimizi liyakatsiz başkanlardan kurtarabiliriz ne de felaket saldırıları sonrasında hükümetin devamlılığını garanti edebiliriz.

Buna ek olarak, ABD Anayasasının özgürlüğü artırıcı yönüyle ilgili olarak bile, kanıtlar tamamen açık değildir. Amerika Birleşik Devletleri, devletin temel siyasi ve ekonomik organizasyonunu bozmayan, özgürlüklerin uzun ve yerleşik bir anayasal koruma geleneğinin ve aktif yargı denetiminin belki de en açık çağdaş örneğidir. Gelişmiş sanayi toplumları arasında en eşitsiz gelir dağılımlarından birine sahiptir, geniş sosyal ve ekonomik eşitsizliğe sahiptir ve büyük ölçüde kurumsal sermayenin katıksız gücü tarafından kontrol edil-

⁸³ Id.

⁸⁴ Bkz. genel olarak ROBERT A. DAHL, HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION? (2001); LEVINSON, üst not 45.

⁸⁵ LEVINSON, üst not 45, s. 6.

⁸⁶ Id.

mektedir.⁸⁷ Dünyanın en gelişmiş ve müreffeh iki ülkesi olan Norveç ve İsveç, uzun zamandır görece eşitlikçi bir demokrasi anlayışına bağlı kalırken (en hafif tabirle) Amerikan haklar kavramına ve yargı denetimine pek de sıcak bakmamaktadır.⁸⁸ Bu, bu ülkelerdeki bireysel özgürlükleri göz ardı etme pahasına mı geldi? Pek sayılmaz. Yakın zamana kadar yargı denetimi fikrine ve uygulamasına şiddetle karşı çıkan birkaç Avrupa ülkesinden biri olan Hollanda’da bireysel özgürlüklerin statüsü,⁸⁹ iki yüz yıldan fazla süredir geniş çapta tanınan bir Haklar Bildirgesi’ni kullanan ve iki yüzyıldır aktif adli incelemeden geçen Birleşik Devletlerdekinden kesinlikle daha düşük olmamıştır.⁹⁰ Robert Dahl’ın kuşkuyla gözlemllediği gibi: “Hiç kimse, yargı denetiminden yoksun Hollanda ve Yeni Zelanda gibi, nadiren ve son derece kısıtlı şekilde uygulandığı Norveç ve İsveç gibi, ya da sadece kanton mevzuatına uygulanabileceği İsviçre gibi ülkelerin, ABD’den daha az demokratik olduğunu kanıtlamadı ve bence kimse makul bir şekilde bunu yapamaz.”⁹¹

Anayasal tasarımın “başarısını” değerlendirmenin başka yolu da insani gelişmeye olan katkısını test etmektir. Bu kavramın ortak bir tanımı, yeterli yaşam standardına, temel ihtiyaçlara, hizmetlere, korumalara ve anlamlı yaşam fırsatlarına erişimi vurgular. İlk etapta sağlıklı ve nezih bir yaşamın temellerinden yoksunsa, hiç kimsenin herhangi bir klasik, negatif kişisel özgürlüğü, anlamlı şekilde tam olarak kullanamayacağı veya bundan faydalanamayacağı fikrine dayanmaktadır.⁹² Bu anlayışa göre, gıda ve güvenli suya erişim, barınma, eğitim ve sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçlar, herhangi bir klasik, negatif haktan hem ahlaki hem de pratik olarak daha temeldir. Kişinin düzgün yaşam sürmesi, yeterince beslenebilmesi ve temel sağlık hizmetlerine, eğitime ve barınağa erişebilmesi, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için temel ön koşuldur.

⁸⁷ Bkz. ROBERT PERRUCCI & EARL WYSONG, THE NEW CLASS SOCIETY 147 (2007); U.N. DEV. PROGRAMME [UNDP], HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2007/2008 at 281-84 tbl.15, U.N. Sales No. 07.III.B.1 (2007), http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_EN_Complete.pdf.

⁸⁸ Bkz. Louis Favoreu, Constitutional Review in Europe, in CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS 38, 48 (Louis Henkin & Albert J. Rosenthal eds., 1990); Nina Witoszek, Moral Community and the Crisis of the Enlightenment: Sweden and Germany in the 1920s and 1930s, in CULTURE AND CRISIS: THE CASE OF GERMANY AND SWEDEN 48, 62 (Nina Witoszek & Lars Trägårdh eds., 2002).

⁸⁹ Martin Shapiro & Alec Stone, The New Constitutional Politics of Europe, in 2 COMPARATIVE POLITICS: CRITICAL CONCEPTS IN POLITICAL SCIENCE 83, 96 (Howard J. Wiarda et al. eds., 2005).

⁹⁰ Bkz. KEKIC, üst not 80; bkz. Ran Hirschl, The Political Origins of the New Constitutionalism, 11 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 71, 76 (2004).

⁹¹ DAHL, üst not 54, s. 189.

⁹² Bkz. ALAN G. SMITH, HUMAN RIGHTS AND CHOICE IN POVERTY 21 (1997).

Nobel ödüllü Amartya Sen, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (UDHR), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ICESCR) ve Birleşmiş Milletler İnsani Gelişme Programı (UNDP) gibi pek çok kaynağa göre, insani gelişmeyi insana yakışır yaşam koşulları, esaslı eşitlik ve eğitim, sağlık hizmetleri, gelir, istihdam vb. için gerçek fırsatlara erişim açısından değerlendirmek oldukça önemlidir.⁹³ Aslında, bu otoritelerin gösterdiği şey, anayasallaşmanın insani gelişme üzerindeki etkilerini incelemenin, usûlî adalet, biçimsel eşitlik ve klasik sivil özgürlüklerin (genellikle mülkiyet haklarının özgürlükçü eklenmesi ile birlikte) yaygın liberal karışımı da dahil olmak üzere, insani gelişmenin nihai göstergelerinin herhangi bir diğer tanımı kadar analitik olarak gerekçelendirilebilir olduğudur.

İnsani Gelişme Endeksi (İGE), dünya genelindeki ülkeler için normalleştirilmiş yaşam beklentisi, okuryazarlık, eğitimsel kazanım ve kişi başına GSYİH ölçümlerini birleştiren, yaygın olarak tanınan bir endekstir.⁹⁴ İGE'nin temel kullanımı, ülkeleri, genellikle bir ülkenin gelişmiş, gelişmekte olan veya az gelişmiş bir ülke olup olmadığını da ifade eden, 0'dan 1'e kadar (karmaşık ama güvenilir bir formüle dayalı) bir ölçekte "insani gelişme" düzeyine göre sıralamaktır.⁹⁵ En son İnsani Gelişme Raporunda (Aralık 2008), her ikisi de 0,968 puanla İzlanda ve Norveç ilk sırada yer alırken, onları Kanada, Avustralya, İrlanda, Hollanda, İsveç, Japonya, Lüksemburg, İsviçre, Fransa, Finlandiya, Danimarka, Avusturya ve on beşinci sırada 0.950 puan ile ABD izlemektedir.⁹⁶

İlk otuzda yer alan diğer ülkeler arasında, Yunanistan, Portekiz, Belçika, Kıbrıs, Slovenya, İsrail, Singapur, Yeni Zelanda ve Hong Kong gibi daha küçük devletlerin yanı sıra Avrupa'daki güç merkezleri (Almanya, İspanya, İtalya ve İngiltere) bulunmaktadır.⁹⁷ Japonya (mütevazı anayasacılık ve sınırlı yargı denetimi)⁹⁸ ve Amerika Birleşik Devletleri (aşırı anayasacılık ve büyük yargı görünürlüğü)

⁹³ Bkz. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (Dec. 16, 1966); Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, art. 25, U.N. GAOR, 3d Sess., 1st plen. mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 12, 1948); Sudhir Anand & Amartya Sen, Concepts of Human Development and Poverty: A Multidimensional Perspective, in READINGS IN HUMAN DEVELOPMENT 228.

⁹⁴ Bkz. UNDP, üst not 90, s. 225-27.

⁹⁵ Id. s. 222.

⁹⁶ UNDP, HUMAN DEVELOPMENT INDICES: A STATISTICAL UPDATE 2008, at 29 tbl.2 (2008), http://origin-hdr.undp.org/en/media/HDI_2008_EN_Tables.pdf.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Bkz. David S. Law, The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan, 87 TEXAS L. REV. 1545, 1574-87 (2009); Jun ichi Satoh, Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight, 41 LOY. L.A. L. REV. 603, 603-06 (2008).

haricinde, dünyanın en kalabalık ülkelerinin hiçbiri insani gelişme açısından dünya liderleri arasında yer almamaktadır.⁹⁹ Hindistan ve Çin bir yana, Meksika, Nijerya, Brezilya, Endonezya, Bangladeş ve Pakistan gibi yüksek nüfuslu ülkeler ilerleme kaydediyor ancak İGE açısından mükemmel değiller.¹⁰⁰ Nüfus büyüklüğü ve istikrarlı seçim süreçlerinin yanı sıra, bilim, eğitim ve sağlık hizmetleri alanlarında kamu yatırımına değer veren merkezi planlama ile birleşen gelişmiş bir piyasa ekonomisinin varlığı, burada kazanan formül gibi görünmektedir.¹⁰¹ Büyük orta sınıf ve iyi gelişmiş sivil toplum, temel toplumsal faktörlerdir.¹⁰² Ve değişimin anayasacılık eksenine etkisi nedir? Açıkçası oldukça ihmâl edilebilir.

İnsani gelişme söz konusu olduğunda haklar tek başına kesinlikle işe yaramaz. Negatif özgürlükler olarak hakim hak kavramı, özerk ve kendi kendine yeten özel bir alanda faaliyet gösteren engelsiz bireylerden oluşan basit bir toplum görüşüne dayanmaktadır.¹⁰³ Böyle bir haklar söylemi bireysel özgürlükler üzerinde büyük olsa da, esaslı eşitliğe veya sonuç eşitliğine, maddi kaynakların yeniden dağıtımına veya yeterli yaşam standardına, temel ihtiyaçlara, hizmetlere, korumalara ve anlamlı yaşam fırsatlarına erişime öncelik vermez. Aslında, “yeni anayasacılık” düzeninin potansiyel olarak daha zengin çerçevesi içinde hakların kanonik yorumu, siyasetlerin içinde ve arasında temel yaşam koşullarındaki genişleyen eşitsizlikleri engellemek için çok az şey yapmıştır.¹⁰⁴ İlk etapta sağlıklı ve düzgün bir yaşam için temel gerekliliklerden yoksunlarsa, hiçbir erkeğin, kadının veya çocuğun klasik sivil özgürlüklerden tam olarak yararlanamayacağı veya bu özgürlükleri anlamlı bir şekilde kullanamayacağı fikrini destekleyememiştir. Örneğin, komünizm sonrası ülkelerin çoğunda, hakların anayasallaştırılması, özel mülkiyet ve diğer ekonomik özgürlükleri çoğunluk siyasetinin ve devlet düzenlemesinin erişiminin ötesine yerleştirerek, tam tersi bir ethos ile ilişkilendirilmiştir. Bu durum, temel yaşam koşullarında daha az yerine daha büyük bir eşitsizlik tohumlarına sahiptir.¹⁰⁵

⁹⁹ UNDP, üst not 99, s. 29-32 tablo.2.

¹⁰⁰ Id. s. 25-28 tbl.1.

¹⁰¹ Bkz. Christoph F. Beuchtemann & Eric Verdier, Education and Training Regimes: Macro Institutional Evidence, 108 REVUE D'ECONOMIE POLITIQUE 291, 299-300 (1998) (Fr.).

¹⁰² Bkz. William Easterly, The Middle Class Consensus and Economic Development, 6 J. ECON. GROWTH 317, 317 (2001); Osman Mohamed Osman, Preface to UNDP, EGYPT HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2008: EGYPT'S SOCIAL CONTRACT: THE ROLE OF CIVIL SOCIETY, s. ix (2008) http://hdr.undp.org/en/reports/nationalreports/arabstates/egypt/2008_Egypt_nhdr_en.pdf.

¹⁰³ Bkz. SMITH, üst not 95, s. 21.

¹⁰⁴ HIRSCHL, üst not 63, s. 100-48; bkz. ayrıca Marius Pieterse, Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited, 29 HUM. RTS. Q. 796, 797 (2007).

¹⁰⁵ HIRSCHL, üst not 63, s. 151.

Teorik olarak pozitif sosyal hakların resmi anayasal korumasının gerçek statülerini geliştirmesi beklenirken, anayasal statü ile bu tür hakların fiili olarak korunması arasında basit bir korelasyon yok gibi görünmektedir. Brezilya gibi bazı ülkeler anayasalarında nitelsiz geçim hakları hükümlerine sahipken,¹⁰⁶ Güney Afrika gibi diğer ülkeler, mevcut kaynaklara bağlı olarak aşamalı gerçekleştirme, vb. nitelikli hükümlere sahiptir.¹⁰⁷ Hindistan gibi başka ülkelerde, bu tür haklar, insan onuru ve kişinin güvenliği gibi daha genel hükümler altında korunmaktadır.¹⁰⁸ Bu farklılıklara rağmen, gelir ve servet eşitsizliği ölçümleri Brezilya, Güney Afrika ve Hindistan'da kabaca benzer.¹⁰⁹ Ve bu fark aralığı, hiçbir geçim hakkının anayasal statü verilmediği Meksika gibi diğer gelişmekte olan dünya ülkelerinden daha küçük değildir.¹¹⁰

Devletin Keynesçi-refah devleti modelinin nispeten cömert versiyonuna uzun süredir devam eden bağlılığı ile geçimlik sosyal hakların haklar hükümlerinin kapsamından tamamen dışlanması arasında açıklanamaz bir uçurumun olduğu Kanada'yı düşünün. Bu anormallik, anayasal tasarım açısından oldukça belirgindir. Ulusal ve il seçim kampanyaları sırasında Kanadalılar, sürekli olarak sağlık hizmetlerine en çok önem verdikleri kamu politikası sorunlarından biri olarak atıfta bulunur.¹¹¹ Dahası, uygulanabilir, kamu tarafından finanse edilen sağlık hizmetleri sistemi, Kanada'nın güney komşusunda böyle bir sistemin yokluğuyla karşılaştırıldığında, Kanadalılar tarafından defalarca Kanada kolektif kimliğinin en önemli ve ayırt edici belirteçlerinden biri olarak gösterilmektedir.¹¹² Kanada Sağlık Yasası, kamusal söylemde neredeyse kutsal bir

¹⁰⁶ Bkz., e.g., C.F. madde. 6.

¹⁰⁷ Bkz., e.g., S. AFR. CONST. 1996 § 25(5).

¹⁰⁸ Bkz., e.g., INDIA CONST. arts. 38-39: amended by the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976 and the Constitution.

¹⁰⁹ UNDP, üst not 90, s. 281-84 tablo 15.

¹¹⁰ CONST. MEX.

¹¹¹ Bkz. Ran Hirschl & Christopher L. Eisgruber, Prologue: North American Constitutionalism?, 4 INT'L J. CONST. L. 203, 210 (2006) (providing a more extensive discussion of the role of healthcare in the Canadian collective consciousness). For polling data that reflects healthcare's primacy to Canadians, bkz. for example THE STRATEGIC COUNSEL, 2008 FEDERAL PRE ELECTION: WHAT ARE THE PERCEPTIONS OF CANADIANS ON THE EVE OF A POSSIBLE OCTOBER ELECTION? 17 (2008), [http://www.thestrategiccounsel.com/our_news/polls/Pre-Election%20Baseline%20-%20Sep%201%20\(with%20second%20choice\).pdf](http://www.thestrategiccounsel.com/our_news/polls/Pre-Election%20Baseline%20-%20Sep%201%20(with%20second%20choice).pdf) and Press Release, Ipsos, Environment Tops the List of Priorities for Canadians-First Time Since July 1990 (Nov. 6, 2006), (on file at <http://www.ipsos-na.com/news/pressrelease.cfm?id=3252>).

¹¹² Bkz. Robert Steinbrook, Private Health Care in Canada, 354 NEW ENG. J. MED. 1661, 1661 (2006).

konuma sahiptir.¹¹³ Bu statü, Quebec’te özel sağlık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin *Chaoulli - Quebec (Başsavcı)* davasındaki¹¹⁴ dönüm noktası olan Kanada Yüksek Mahkemesine verilen ezici tepki ile yinelenmiştir.¹¹⁵

Yine de, bu konunun Kanada’nın kamu gündemindeki merkezîyetine ve Kanada’nın Keynesçi refah devletinin nispeten cömert versiyonuna uzun vadeli bağlılığına rağmen, geçimlik sosyal haklar, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı¹¹⁶ tarafından korunmamaktadır ve ilgili Kanada Yüksek Mahkemesi içtihadı tarafından tamamen kapsam dışında bırakılmıştır. Yüksek Mahkeme, devletin hak sahiplerine doğrudan sosyal program yoluyla (örneğin sağlık hizmetleri ve işsizlik yardımları) veya dolaylı olarak özel aktörlere yükümlülükler getiren sosyal mevzuat yoluyla (örneğin asgari ücret, ücret eşitliği ve kira kontrolü) fayda sağlamasını gerektiren iddiaları defalarca reddetmiştir.¹¹⁷ Mahkeme, Haziran 2007’ye kadar, yani konuyla ilgili olarak yirmi yıllık belirgin neoliberal yaklaşımın ardından, toplu sözleşme hakkını Bildirge tarafından korunduğu şekilde kabul etmiştir.¹¹⁸

Daha da şaşırtıcı olan, resmi anayasal koruma veya adli incelemenin kurumsal özelliklerinin değil, yargı denetiminin yarattığı farktır. Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı’nın 7. Bölümü şu şekildedir: “Herkesin yaşama, kişinin özgürlüğü hakkı ve güvenliğine ve temel adalet ilkelerine uygun olmadıkça bunlardan yoksun bırakılmama hakkı vardır.”¹¹⁹ Hindistan Anayasasının 21. Maddesi şu şekildedir: “Hiç kimse, yasayla belirlenen prosedürler dışında yaşamından veya kişisel özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.” Bu hükümler-

¹¹³ Canada Health Act, R.S.C., ch. C 6 (1985); bkz. ayrıca Hon. Monique Bégin, Professor Emeritus, Univ. of Ottawa, *Revisiting the Canada Health Act (1984): What Are the Impediments to Change?*, Address at the Institute for Research on Public Policy 30th Anniversary Conference 3 (Feb. 20, 2002) (<http://www.irpp.org/events/archive/020218e.pdf>).

¹¹⁴ [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35 (Can.).

¹¹⁵ The Court ruled that limits on the delivery of private health care in Quebec violated Quebec’s Charter of Human Rights and Freedoms. *Id.* at 860. Three of the judges also ruled that the limits on private health care violated Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Id.* The decision could have significant ramifications on health care policy in Canada and may be interpreted as paving the way to a “two-tier” health care system.

¹¹⁶ Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, ch. 11 (U.K.).

¹¹⁷ *Bkz.*, e.g., *British Columbia (A.G.) v. Christie*, [2007] 1 S.C.R. 873, 2007 SCC 21 (Can); *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (A.G.)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 659, 2004 SCC 78 (Can.); *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.* [2004] 3 S.C.R. 381, 382, 2004 SCC 66 (Can); *Gosselin v. Quebec (A.G.)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 430, 2002 SCC 84 (Can.).

¹¹⁸ *Bkz.* *Health Servs. & Support-Facilities Subsector Bargaining Ass’n v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, 392, 2007 SCC 27 (Can.).

¹¹⁹ Anayasa, 1. Kısım, § 7.

rin neredeyse özdeş ifadelerine rağmen, yorumlarında geçim haklarının anayasal olarak korunmasına ilişkin çok farklı iki yol izlenmiştir. Bu tür haklar Kanada kamuoyunda takdir edilmektedir, ancak Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından sürekli olarak Bölüm 7'nin kapsamının dışına itilmiştir.¹²⁰ Hindistan ise tam tersine, büyük sosyoekonomik boşluklara sahiptir; yine de, Yüksek Mahkemesi, tutarlı bir şekilde, 21. maddeye dayanan anayasal davalar yoluyla, geçimlik sosyal hak taleplerinin hukuka uygun ve icra edilebilir olduğunu beyan etmiştir.¹²¹ Belirli bir yönetimde geçim haklarının anayasal korumasının kapsamı, söz konusu devletin kamusal söyleminde bu tür hakların yaygınlığını yansıtmamaktadır. Buna ek olarak, anayasal tasarımın insani gelişmeye gerçek bağımsız katkısı konusundaki tartışma, Tushnet'in başka bir kitabında "sıfır civarında gürültü" olarak tanımladığı olguya çok iyi ulaşabilir.¹²²

Anayasal tasarımın "başarısını" değerlendirmek için dördüncü olası kriter, insanlığın karşılaştığı en yakıcı zorluklardan bazılarıyla başa çıkma becerisidir. Anayasaların net katkısı, kirlilik ve küresel ısınma; sağlık salgınları ve antibiyotige dirençli hastalıkların yayılması; doğal afetler; kitle imha silahlarının çoğalması veya bunların dünyanın süper güçleri tarafından kontrol edilmeyen birikimi; kitlesel zulümler ve insanlığa karşı suçlar; yaşam koşulları ve yaşam fırsatlarındaki küresel boşlukları genişletmek; nüfus artışı ve gıda arzı; büyük ölçekli zorunlu göç; yaşam bilimlerinde genetik devrimin riskleri ve fırsatları; ya da iç içe geçmiş finansal piyasalar ve küresel ekonomik krizler gibi çekirdek küresel sorunları çözmek bir yana, hafifletmede oldukça mütevazı görünmekte; ki bunların tamamı, kaçınmak ya da üstesinden gelmek için ciddi uluslararası işbirliği gerektirmektedir. Artan sayıda sorunun tam olarak bu türden olduğu düşünüldüğünde, örneğin yirmi ikinci veya yirmi üçüncü yüzyılda, ulusal düzeyde anayasal tasarımın önemi çok az görünecektir. Bu bakımdan, anayasalar ve anayasal tasarım, yirminci yüzyılın ortasındaki koşullara ve ihtiyaçlara (örneğin, İkinci Dünya Savaşı dönemi ve sonrasına) duyarlı, modası geçmiş bir araç olabilir; 21. yüzyılın başlarındaki küresel zorlukları ele alma kapasiteleri sınırlı olabilir.

Anayasal tasarım, ulusal zorluklarla ilgili olarak daha güçlü niteliğe sahip gibi görünmektedir: hükümetleri bir dereceye kadar sınırlamak, seçim süreçleri oluşturmak, haklar ve özgürlükler konusunda farkındalığı artırmak ve

¹²⁰ Gosselin, 4 S.C.R. at 437 (Can.).

¹²¹ Bkz., e.g., Unni Krishnan, JP v. Andhra Pradesh (1993) 1 S.C.R. 594, 706 (India); Olga Tellis v. Bombay Mun. Corp. (1985) 2 S.C.R. 51, 55 (India).

¹²² MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 153 (1999).

muhtemelen bir miktar kurumsal öngörülebilirlik sağlamak ekonomik büyümeyi teşvik edebilir. Kurumların ve anayasaların ekonomik kalkınmayı anlamının ve ilerletmenin anahtarı olduğu fikri, “tarihçiler, siyaset bilimciler ve iktisatçılar arasında uzun ve onurlu bir geleneğe” sahiptir.¹²³ Max Weber’in ünlü bir şekilde belirttiği üzere, her başarılı kapitalist piyasanın temel yapı taşı, öngörülebilir kuralların (keyfi, geçici normların aksine) yanı sıra, rasyonel (geleneksel veya karizmatik olanın aksine) siyasi otoriteye dayanan resmi, açık ve güvenilir bir hukuk sistemine dayanan güvenli öngörülebilirlik çıkarıdır.¹²⁴

Benzer bir şekilde, Douglass North ve Robert Thomas *The Rise of the Western World*’de “[v]erimli ekonomik organizasyonun büyümenin anahtarı olduğunu, Batı Avrupa’da verimli bir ekonomik organizasyonun gelişmesinin Batı’nın yükselişinden sorumlu olduğunu” öne sürmüştür.¹²⁵ “Etkili organizasyon, bireysel ekonomik çabayı özel getiri oranını sosyal getiri oranına yaklaştıran faaliyetlere yönlendirmek için teşvik yaratan kurumsal düzenlemelerin ve mülkiyet haklarının oluşturulmasını gerektirir.”¹²⁶ Bu temele dayanarak, “bir toplum büyümese, bunun nedeni ekonomik inisiyatif için hiçbir teşvik sağlanmamasıdır” sonucuna varmıştır.¹²⁷ Batı’nın rasyonalitesi ve verimliliği, esas olarak mülkiyet haklarının anayasal olarak korunması yoluyla yatırımcıların güvenini artıran yasal mekanizmaları benimsemesine yol açmış ve bunun karşılığında, bunlar da çeşitli tarihsel bağlamlarda ekonomik büyümeye yol açmıştır. Örneğin Douglass North, erken kapitalist Avrupa’da yöneticilerin, keyfi iktidarı üzerindeki yasal sınırlamaların, sermayelerinin ele geçirilmesinden kanunla korunan dış borç verenler için yasal güvenliği ve öngörülebilirliği nasıl artırdığını göstermiştir.¹²⁸ Bu durum, devletlerin, sermayeyi ödünç almak için bu tür sınırlamaların var olduğu ve yöneticinin keyfi gücünün (Weber’in terminolojisinde “irrasyonel sistemler”) kanunla sınırlandırılmadığı rakip devletlere karşı konumlarını iyileştirmelerine izin vermiştir. Daha yakın tarihli ampirik çalışmalar, hükümetin eylemleri üzerindeki kurumsal sınırlamaların varlığı (ör-

¹²³ TORSTEN PERSSON & GUIDO TABELLINI, THE ECONOMIC EFFECTS OF CONSTITUTIONS 63 n.7 (2003).

¹²⁴ Bkz. 2 MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 1094-96.

¹²⁵ DOUGLASS C. NORTH & ROBERT PAUL THOMAS, THE RISE OF THE WESTERN WORLD 1 (1973).

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Id. s. 1-2.

¹²⁸ Douglass C. North & Barry R. Weingast, Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England, 49 J. ECON. HIST. 803, 804- 05 (1989); bkz. ayrıca Barry Weingast, Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets, 149 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 286, 293-94 (1993).

neğin anayasa hükümleri ve yargı denetimi) ile ekonomik büyüme arasında pozitif bir korelasyon kurmuştur.¹²⁹

Anayasal tasarım da etkili düzenlemeye katkıda bulunabilir. Dış ekonomik şokların önlenmesinde veya hafifletilmesinde merkezi düzenleme rolünü ele alın. Kanada, 2008 ekonomik krizine Amerika Birleşik Devletleri'nden çok daha iyi dayanmıştır.¹³⁰ İki ülkenin bu kadar çok ortak noktası olduğu düşünüldüğünde, bu oldukça dikkat çekicidir. Ancak Kanada'daki menkul kıymetler düzenlemesi eyalet düzeyinde iken, bankacılık sektörünün düzenlenmesi federal bir kaledir.¹³¹ Yakın izlemenin eşlik ettiği katı kurallar ve düzenlemeler, yüksek riskli yatırımları veya vahşi mortgage piyasalarını engeller. Kanada'nın finansal fırtınayı daha iyi atlattığının sıkça belirtilen nedeni, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki açgözlü, çıkarıcı bankacılar tarafından yönlendirilen ve Washington'daki pervasız ekonomik özgürlükçüler tarafından desteklenen mortgage piyasasının deregülasyonuna kıyasla, bankacılık endüstrisinin katı hükümet düzenlemesidir.¹³²

Anayasal tasarımın "başarısını" değerlendirmek için son bir kriter, genel olarak etnik entegrasyona katkısını veya çatışma veya çatışma sonrası ortamlarda gerçek barışçı etkisini ölçmektir. Muhtemelen anayasalara ilişkin en takdire şayan işlevselci veya sonuç odaklı bakış açılarından biri, anayasal tasarımı demokratik müzakere için kurumsal bir çerçeve oluşturmak ve dolayısıyla ulus inşası için etkili bir mekanizma olarak görmektedir.¹³³ Bruce Ackerman'ın otantik halkın iradesiyle şekillenen ve onu yansıtan idealist anayasa yapma anlayışının aksine, pragmatik anayasa yapma vizyonu,¹³⁴ anayasa yapımının demoları oluşturduğunu ve kurulması ve evrimi için bir çerçeve sağladığını görür. (Bu anayasacılık görüşünün, AB anayasası savunucuları arasında popüler olması

¹²⁹ Bkz., e.g., Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, Legal Origins, Q.J. ECON. 1193, 1224 (2002); Rafael La Porta et al., Law and Finance, 106 J. POL. ECON. 1113, 1116-17 (1998); Rafael La Porta et al., The Quality of Government, 15 J.L. ECON. & ORG. 222, 222 (1999); Paul Mahoney, The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, 30 J. LEGAL STUD. 503, 503-04 (2001).

¹³⁰ Bkz. Erik Heinrich, Why Canada's Banks Don't Need Help (But Got It Anyway), TIME, Nov. 10, 2008, <http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1855317,00.html>.

¹³¹ Bkz. Constitution Act §§ 91-92 (denoting that banking falls exclusively under the legislative authority of the Canadian Parliament while securities regulation is encompassed within the provisions of the provincial legislatures).

¹³² Bkz. Vincent DiLorenzo, Mortgage Market Deregulation and Equity Stripping Under Sanction of Law 2-3 (St. John's Sch. of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 08- 0146, 2008); Heinrich, üst not 136.

¹³³ Bkz. JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS 127-28 (William Rehg trans., MIT Press 1996) (1992).

¹³⁴ Bkz. ACKERMAN, üst not 52, s. 4-5.

şaşırtıcı değildir.)¹³⁵ Daha pratik görünümünde, anayasal tasarım ve mühendislik üzerine büyük bir literatür gelişmiştir. Kanonik eğilim, anayasallaşmanın pragmatik ikinci derece önlem (daha ilkeli, birinci derece “Biz Halkız” bakış açısını içeren anayasallaştırma örneklerinin aksine) olarak görüldüğünde, federalizm, güvenli temsil ve diğer güven inşa etme, güç paylaşım mekanizmalarının benimsenmesi yoluyla etnik olarak bölünmüş devletlerdeki gerilimleri azaltma girişimlerinin kurumsallaştırılmasına yardımcı olabileceğini öne sürmektedir.¹³⁶ Burada, anayasalar uzlaşmayı teşvik ettikleri ve şimdiki kadar çekişmeli yönetimde yerleşik ve icra edilebilir iki veya çok partili bir siyasi anlaşma oluşturdukları ölçüde “iyi bir şey” olarak kabul edilir. Anayasa mühendisleri bize, anlaşmazlıkları anayasacılık yoluyla çözenin anahtarının ya uzlaşma (şaka yapmıyorum) ve güç paylaşım mekanizmaları (ör. Lijphart modeli eştoplumlaştırmacılık)¹³⁷ ya da işbirliği yapmak ve farklılıkları çözmek için teşvikler yaratmak (ör. Horowitz)¹³⁸ olduğunu söyledi. Amaç, tüm taraflara hitap eden, zamanla dağılmayan ve böylece etnik grup çıkarlarının uyumlu hale getirilmesi için kalıcı temel sunan kurumsal teşvikler yaratmaktır.

Anayasaların ve anayasal düzenlemelerin etnik entegrasyonu teşvik etme konusundaki bağımsız katkısını değerlendirmek zordur. Ancak çoğu cömert değerlendirmeye göre bile, anayasal tasarımın sicili burada da pek iyi değildir; kutuplaşmış ortamlarda, zorunlu bir anayasa tek başına farklı grupları bir araya getirmeyecektir. Tabii, anayasal bilgelik Kanada’daki dilsel gerilimleri hafifletmekle övülür, ancak kendi önsezim, Kanadalıların iyi huy ve nezaketinin en azından Quebec meselesinin başarılı bir şekilde kontrol altına alınmasında çok önemli olduğu yönündedir.¹³⁹ İrlanda’da, anayasal tasarım şöhret listesinde onursal üye olan Hayırlı Cuma Anlaşması¹⁴⁰ (Belfast Anlaşması) (1998), her iki taraftaki siyasi elitler tarafından imzalanmış ve kısmen uygulanmasına rağmen iki tarafı bir araya getirememiştir.¹⁴¹ Federalizm, şimdiki kadar anayasal tasarım literatürünün diğer iki eski destekçisi olan

¹³⁵ Bkz. PHILIPP KLIVER, THE NATIONAL PARLIAMENTS IN THE EUROPEAN UNION: A CRITICAL VIEW ON EU CONSTITUTION-BUILDING 5-6 (2006).

¹³⁶ Bkz., e.g., AREND LIJPHART, DEMOCRACY IN PLURAL SOCIETIES 1 (1977); DONALD L. HOROWITZ, ETHNIC GROUPS IN CONFLICT 573 (2000).

¹³⁷ LIJPHART, üst not 142, s. 5.

¹³⁸ HOROWITZ, üst not 142, s. 573-78.

¹³⁹ Bkz. Sujit Choudhry, Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?, üst not 6, s. 141, 145.

¹⁴⁰ Agreement Reached in the Multi-Party Negotiations, U.K.-Ir., Apr. 10, 1998, 37 I.L.M. 751 (1998).

¹⁴¹ Bkz. John MacGarry & Brandon O’Leary, Consociation and Its Critics: Northern Ireland After the Belfast Agreement, in CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETIES: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?, üst not 6, s. 69, 407-08.

Malezya ve Nijerya’da teokratik yönetim ilkelerine yönelik sürekli artan desteği içerebilmiştir.¹⁴² Ancak işler başka yerlerde daha da kötüye gitmiştir. Belçika’daki Valon-Flaman entegrasyonu (eştoplumlaştırıcılığın 1970’lerdeki altın çocuklarından biri) çöküyor.¹⁴³ Eştoplumlaştırıcı literatürün bir başka eski poster çocuğu olan Lübnan’da, Hizbullah (“Tanrı’nın partisi”) şimdi devletin kırılğan çok partili koalisyonunu devirmekle tehdit ediyor.¹⁴⁴ Milliyetçi El Fetih hareketi ile dini Hamas hareketi arasındaki mücadele, Filistin halkını etkili bir şekilde ikiye böldü.¹⁴⁵ Fildişi Sahili bilfiil iki ülkeye bölündü.¹⁴⁶ Afganistan ve Irak’taki durumlar,¹⁴⁷ son anayasal yenilemelerine (2004’te Afganistan; 2005’te Irak) rağmen, çözülmekten çok uzak.¹⁴⁸ Ruanda, Kongo ve Darfur’daki kitlesel zulmü çok az şey (ki bunların arasına kesinlikle anayasacılık dahil değil) önleyebilir veya durdurabilirdi.¹⁴⁹ Sri Lanka’da on yıllardır süren Sinhalese-Tamil anlaşmazlığının çözümünde tek başına anayasal tasarımlar neredeyse hiç bir faktör değildi.¹⁵⁰ Sömürgecilik sonrası dünyada anayasacılığın daha başarılı örneklerinden biri olan Hindistan’da bile, Hindutva (“Hinduluk”) kavramı büyük bir siyasi güç olarak yeniden tesis edilirken,¹⁵¹ Müslüman-Hindu halk şiddeti kısır döngüsü önemli ölçüde arttı.¹⁵²

¹⁴² Bkz., e.g., Ran Hirschl, *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-conflict States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1179, 1209 (2008).

¹⁴³ Bkz. *The BHV Question: Belgium’s Governmentlessness*, ECONOMIST, Nov. 10, 2007, s. 38.

¹⁴⁴ Bkz. *Lebanon: Peace for a While*, ECONOMIST, May 24, 2008, s. 67.

¹⁴⁵ Bkz. *Lift the Siege of Gaza: Israel and the Palestinians*, ECONOMIST, Dec. 20, 2008, s. 16.

¹⁴⁶ Bkz. *Cote d’Ivoire: Country Outlook*, EIU VIEWSWIRE, Mar. 1, 2009, at 2, available at 2009 WLNR 4572534.

¹⁴⁷ Bkz. Johanna Mendelson Forman, *Striking Out in Baghdad: How Postconflict Reconstruction Went Awry*, in *NATION-BUILDING: BEYOND AFGHANISTAN AND IRAQ* 196, 208-09 (Francis Fukuyama ed., 2006); Margin G. Weinbaum, *Rebuilding Afghanistan: Impediments, Lessons, and Prospects*, in *NATION-BUILDING: BEYOND AFGHANISTAN AND IRAQ*, s. 125.

¹⁴⁸ Bkz. Barnett R. Rubin, *Crafting a Constitution for Afghanistan*, J. DEMOCRACY, July 2004, s. 5, 5, 10; Edward Wong, *Iraqi Officials Declare Charter Has Been Passed*, N.Y. TIMES, Oct. 26, 2005, at A1.

¹⁴⁹ Bkz. John F. Clark, *The Collapse of the Democratic Experiment in the Republic of Congo: A Thick Description*, in *THE FATE OF AFRICA’S DEMOCRATIC EXPERIMENTS*, 96, 99-100 (Leonardo Alfonso Villalón & Peter Von Doepp eds., 2005); Filip Reyntjens, *Constitution-Making in Situations of Extreme Crisis: The Case of Rwanda and Burundi*, 40 J. AFR. L. 234, 235-36 (1996). Christina Murray & Catherine Maywald, *Subnational Constitution-Making in Southern Sudan*, 37 RUTGERS L.J. 1203, 1207-08 (2006). Samantha Power, *Dying in Darfur: Can Ethnic Cleansing in Sudan Be Stopped?*, NEW YORKER, Aug. 30, 2004, at 56, 60-61.

¹⁵⁰ Bkz. *Sri Lanka Says Leader of Rebels Has Died*, N.Y. TIMES, May 18, 2009, at A4.

¹⁵¹ Bkz., e.g., Dibyesh Anand, *The Violence of Security: Hindu Nationalism and the Politics of Representing ‘the Muslim’ as a Danger*, 94 THE ROUND TABLE 203, 203-04 (2005).

¹⁵² Celia W. Dugger, *Hindu Justifies Mass Killings of Muslims in Reprisal Riots*, N.Y. TIMES, Mar. 5 2002, s. A4..

Aslında, başka bir yerde tartıştığım gibi, teokratik zorluk, dünya siyasetinde ve anayasa hukukunda önemli bir faktör haline geldi.¹⁵³ İran, Irak ve Afganistan gibi mevcut medyanın odak noktalarını da aştı ve çatışma sonrası ortamlarda her zamankinden daha ilişkili olan seküler/evrensel ile dini/tikelci ayrıma yakından dikkat etmeksizin anayasa taslağı hazırlamanın karmaşıklıklarını incelemeye yönelik herhangi bir girişim sonuçsuz kalmaya mahkûmdur. Dinin siyasi manzara üzerinde yeniden ortaya çıkışı, ortak güç paylaşım mekanizmalarının teokratik zorluğu yeterince ele almadaki etkinliğini (ve aslında uygulanabilirliğini) sorgular. Kanonik eştoplumlaştırmacı literatür, olgusal geçerliliği sorgulanabilir ideal tipte beş ana varsayıma dayanmaktadır: grupların bölgesel yoğunlaşması ve sınırlarının belirlenmesi; belirli bir grubun üyeleri arasında sosyal ve demografik uyum; sabit, gerçek, araçsal olmayan kimlikler; grup üyeleri arasında birleşik çıkarlar, dünya görüşleri ve politika tercihleri; ve uygulanabilir bir uzlaşma forumu olarak anayasacılığın altında yatan bir vizyon.¹⁵⁴ Bu varsayımlar milliyet, etnik köken veya dil gibi bölücü faktörlere ilişkin makul bir çalışma hipotezleri dizisi sağlasa da, seküler-dinsel ayrımın gerçeklerini yakalama ile daha az ilişkilidir. Burada özellikle önemli olan, bir yanda modern anayasacılığın ilkeleri ile hukukun üstünlüğü ve diğer yanda teokratik yönetişimin temelleri arasındaki içsel gerilimlerdir.

Bu bağlamda görece iyi çalışmış gibi görünen ana uzlaşma yanlısı ve işbirliği vektörleri, karşılıklı çıkarları için birlikte çalışmalarını (ör. karlı üretim süreçlerinde karşılıklı bağımlılık) ve şiddeti onaylayan ve işbirliğini ödüllendiren etkili dış teşvik yapısının varlığı için rakip tarafların ortak çıkarlarıdır. İnançlar arası işbirliği, örneğin, ortak bir rakibin varlığından kaynaklanabilir (örneğin, Güney Sudan’da hegemonik Kuzey’e karşı dinler arası işbirliği). Benzer şekilde, inanç-üstü ortak ilişki, işbirliğini destekleyebilir; ortak etnik kimliğin dini bağlılıktan daha güçlü olarak algılanmasından ötürü, Nijerya’daki Yoruba halkı arasında Hristiyanlık ve İslam, cemaati bölmeden eşzamanlı olarak gelişmiştir.¹⁵⁵ Ya da, inanç içi sınıf tabakalaşmasının inançlar arası gerilimlerden daha güçlü olduğu bir durum olabilir. Hindistan’daki Hindu milliyetçileri genellikle Müslümanlara saldırıları kışkırtmaya çalışır, ancak Hindular arasındaki kast ilişkilerinin Hindu-Müslüman kutupluluğuna kıyasla daha etkili olduğu güney

¹⁵³ Hirschl, üst not 148, s. 1179-81, 1184-85.

¹⁵⁴ RAN HIRSCHL, SACRED JUDGMENTS: THE CHALLENGE OF CONSTITUTIONAL THEOCRACY ve RAN HIRSCHL, Constitutional Theocracy, in THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (Stephen Macedo & Jeffrey Tulis, eds.).

¹⁵⁵ Bkz. DAVID LAITIN, HEGEMONY AND CULTURE: POLITICS AND CHANGE AMONG THE YORUBA, s. x-xi (1986).

eyaletleri Kerala ve Tamil Nadu'da nadiren başarılı olur.¹⁵⁶ Ve dinler arası işbirliği hesabı daha da doğrudan ekonomik olabilir. Seçim siyaseti, bazı partilerin seçmen desteğini en üst düzeye çıkarmak için dini veya etnik farklılıkları vurgulamasına yol açabilir. Bununla birlikte, aksi takdirde rakip olacak tarafların ortak ekonomik çıkarları, onları karşılıklı çıkarları için birlikte çalışmaya yönlendirdiği durumlarda, inançlar arası veya mezhepsel şiddetin önemli ölçüde azaldığı gösterilmiştir (örneğin, her bir grubun üretim sürecinin en az bir temel yönünü kontrol ettiği karlı üretim süreçlerinde karşılıklı bağımlılık).¹⁵⁷ Hindu- lar ve Müslümanların işbirliğinin karşılıklı fayda sağlayan bir ekonomik girişim veya endüstriyi sürdürmek için gerekli olduğu Hindistan bölgelerinde mezhepsel şiddet, pazarın daha az birbirleriyle ilişkili olduğu bölgelere göre belirgin bir şekilde daha düşük olmuştur.

Avrupa Birliği'ne katılmanın olası büyük ödülü veya Avrupa Birliği'nin güç merkezi üyelerinin ekonomik ve siyasi gazabından kaçınma tercihi, post-komünist dünyadaki rakip tarafların işbirliği yapması veya en azından gerilimlerini düşük ateşte tutması için güçlü bir dışsal teşvik sağlamaktadır.

İyi ama nadiren atıfta bulunulan bir örnek, etnik olarak Makedonlar ve Arnavutlar arasında bölünmüş olan Makedonya'dır.¹⁵⁸ İki toplum, Kosova ihtilafı sırasında çok sayıda etnik Arnavut'un Makedonya'ya kaçmasının ardından şiddetli bir iç savaşın içine girdi ve daha sonra Makedonya'da Kosova ve Arnavutluk'u kapsayacak bir "daha büyük Arnavutluk" çağrısı ortaya çıktı.¹⁵⁹ Makedonlar bu plana şiddetle karşı çıktı.¹⁶⁰ Acımasız bir iç savaş patlak verdi ve ancak yoğun uluslararası baskı altında 2001'de Ohri Anlaşması'nın imzalanmasıyla sona erdi.¹⁶¹ Anlaşma, birkaç önemli güç paylaşım mekanizmasını, gücün alt ulusal birimlere devredilmesini içermekle beraber, Arnavutça'ya Makedoncanın yanı sıra resmi dil statüsü verdi.¹⁶² Ancak her iki toplum için de ana teşvik, iki toplumun Ohri Anlaşmasını sürdürebilmesi ve istikrarlı, ortak bir yönetim kurması

¹⁵⁶ STEVEN I. WILKINSON, VOTES AND VIOLENCE: ELECTORAL COMPETITION AND ETHNIC RIOTS IN INDIA 17-18 (2006).

¹⁵⁷ Bkz., e.g., ASHUTOSH VARSHNEY, ETHNIC CONFLICT AND CIVIC LIFE: HINDUS AND MUSLIMS IN INDIA 14-15, 173-80 (2002); id. s. 259.

¹⁵⁸ Gaurav Toshniwal'a buradaki örneklerle dikkatimi çektiği için teşekkür ederim.

¹⁵⁹ Bkz. John R. Schindler, Europe's Unstable Southeast, 14 NAVAL WAR C. REV. 15, 29.

¹⁶⁰ Bkz. id.

¹⁶¹ Bkz. Ian Fisher, Macedonia Peace Signed, but Soon After, Artillery Booms, N.Y. TIMES, Aug. 14, 2001, s. A3.

¹⁶² Bkz. Ohrid Framework Agreement §§ 3.1-3.3, Aug. 13, 2001, [://faq.macedonia.org/politics/framework_agreement.pdf](http://faq.macedonia.org/politics/framework_agreement.pdf); id. § 6.5.

halinde nihai AB üyeliği olasılığıydı. Ve böylece "2001 yılındaki topyekün bir iç savaşın eşliğinden itibaren, etnik Arnavutlar ve Makedonlar büyük ölçüde AB'ye katılma konusundaki ortak umutları nedeniyle hükümette birlikte çalıştılar."¹⁶³

Bunun tersine, Yunanlılar ve Türklerin uzun zamandır acı bir tartışmaya hapsediği Kıbrıs'ta, uluslararası toplumun çoğu Kıbrıslı Türklerin otonomi haklarını tanımadığı için böyle bir işbirliği teşviki mevcut değildir.¹⁶⁴ Ayrıca, belki daha da önemlisi, Kıbrıslı Rumlara, Kıbrıslı Türklerle anayasal pazarlıklarının sonuçlanmasından önce AB üyeliği verilmiş olmasıdır.¹⁶⁵ Beklediği gibi, BM destekli anayasal çözüm referandumu (2004), anavatanı Türkiye ile birlikte Avrupa Birliği dışında kalan bir topluluk olan Kıbrıslı Türkler tarafından kabul edilirken (%65 ila %35), AB üyeliğini halihazırda elde etmiş bir topluluk olan Kıbrıslı Rumlar tarafından reddedildi (%76 ila %24).

III. SONUÇ

Anayasal tasarım, modernist bir uygulamadır. Diğer tasarım bilimlerinin çoğunda olduğu gibi, kaos yerine düzene, tutku yerine mantığa ve doğaçlama ve içgüdüler yerine kanıta dayalı planlamaya yönelik, her zaman ampirik olarak doğrulanmamış olsa da, tamamen optimistik eğilimlere dayanır. Aynı zamanda, oldukça Hobbescu bir insan doğası varsayar. İnsanlar esasen çıkarıcıdır ve bu nedenle, esasen kendi çıkarlarına hizmet etmesi halinde bir sınırlama anlaşmasına katılabilirler. Belirli bir yönetimin üyeleri, gönüllü olarak bir sosyal sözleşmeyi imzalamaya uygun olmayabilir ve bu nedenle kendilerini düzensizlik, şiddet ve çürüme kısır döngüsünün içinde bulabilir. Bu durum, insan davranışını değiştirebileceği varsayılan dikkatli kurumsal tasarımla, aydınlanma ve eğitim yoluyla, caydırıcılık ve yaptırım yoluyla veya insanların (veya grupların) arzu edilen şekilde davranması için anlamlı teşvikler yaratarak önlenabilir. Anayasacılığın kamusal yaşamı organize etmenin rasyonel ve etkili bir yolunu sağladığı söyleniyor. Bu, ortak fayda ve bireysel özgürlükleri, temel demokratik yönetim ilkelerini çok sayıda katılımcı ve girdinin gerçekleri ile dengelemeyi, katılımcılar arasında değerler, dünya görüşleri, kimlikler, politika hedefleri ve yöntemler konusunda ciddi anlaşmazlıkları ve amaçlar ile gerçekler arasındaki kaçınılmaz boşlukları içerir.

¹⁶³ Approaching Europe: The Balkans, ECONOMIST, Nov. 5, 2005, s. 55.

¹⁶⁴ Bkz. S.C. Res. 541, ¶¶ 1-2, U.N. Doc. S/RES/541 (Nov. 18, 1983); S.C. Res. 550, ¶ 2, U.N. Doc. S/RES/550 (May 11, 1984).

¹⁶⁵ VAN COUFOUDAKIS, CYPRUS: A CONTEMPORARY PROBLEM IN HISTORICAL PERSPECTIVE 36, 57 (2006).

Makro ve mikro diğer tasarım alanlarına hızlı bir bakış, ayrıntılı planlar, yönetilebilir boyut ve kapsam, az sayıda müdahale eden faktör, etkili kontrol mekanizmaları, yerleşik kendi kendine öğrenme ve ayarlama mekanizmaları ve hepsinden önemlisi, katıksız bağlılık ve gerçek yardımseverlik gibi faktörlerin birçok planlama deneyinin başarı şansını artırabileceğini göstermektedir. Ancak anayasal tasarım söz konusu olduğunda, ticaretin bu derslerinin çoğu ya göz ardı ediliyor ya da başarılması zor gibi görülüyor. Hatta daha da temelde, yönetilebilir nüfus büyüklüğü, yüksek eğitim ve beşeri sermaye, işlevsel sosyal güvenlik ağının yanı sıra gelişmiş piyasa ekonomisi ve güçlü devlet kapasitesi gibi faktörler, genellikle anayasa mühendislerinin kelime dağarcığını işgal eden kurumsal faktörlere kıyasla, demokrasi, refah ve insani kalkınmadan daha çok sorumludur.

Anayasal tasarımın öyküsü iyimser ya da kötümser bir hikaye olarak anlatılabilir. Mühendislik ustalığının yanı sıra büyük amaçlar, eski Mısır piramitleri ve Hannibal'in Alpler boyunca yürüyüşü gibi olağanüstü başarılarla yol açmıştır. Son iki yüzyılın bilimsel ve teknolojik ilerlemeleri akıl almaz derecededir. Doğumda küresel ortalama yaşam beklentisi, yirminci yüzyılın başlarından (yaklaşık 35 yıl) yirmi birinci yüzyılın başlarına (66 yıldan fazla) neredeyse iki katına çıkmıştır.¹⁶⁶ Eğer insan tüm engellerin üstesinden gelebilirse ve Mars'a (yaklaşık 300 milyon mil uzaklıkta) kendi kendine yön belirleyebilen keşif aracı gönderip, aracı tam olarak inmesi gereken noktaya indirip (bunun gerçekleşme olasılığı, Los Angeles'tan atılan bir basketbol topunun, New York'taki Madison Square Garden'da bulunan bir potanın çemberine değmeden içine girmesinden oldukça daha düşüktür) ve bu uzak gezegenden, inişinin üzerine on dakikadan kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen canlı, yüksek çözünürlüklü fotoğraflar aldıysa, insanın yapamayacağı çok az şey vardır.¹⁶⁷ Son iki yüzyılın siyasi ilerlemeleri, en önemlisi, mülk sahipliği ile siyasi ses arasındaki bağların bozulması ve ardından gelen genel oy hakkının zaferi, daha az gösterişli olsa bile, aynı derecede etkileyicidir. Bu yüzden, yalnız gezegenimizdeki bazı karanlık noktaları aydınlatmadaki başarısının yerinde kanıtları en iyi ihtimalle karışık olsa bile, anayasa mühendisliği üst anlatisında bir şeyler vardır.

¹⁶⁶ Thomson Prentice, World Health Org., Health, History and Hard Choices: Funding Dilemmas in a Fast-Changing World, Presentation at the Center on Philanthropy at Indiana University Symposium: Health and Philanthropy: Leveraging Change 7 (Aug. 24-25, 2006), http://www.who.int/global_health_histories/seminars/presentation07.pdf.

¹⁶⁷ ROVING MARS (Walt Disney Pictures 2006).

Kudüs'teki Hebrew Üniversitesi'nde önemli bir şehir planlama profesörü olan merhum kayınpederimle ilk tanıştığımda, ona kentsel gelişim planları ile bu planların gerçek uygulaması arasındaki ilişkinin ne olduğunu sordum. Kısa bir süre durakladı ve şöyle dedi:

"Sıfırdan büyük olma olasılığı olan her şey olabilir ve olacaktır. istisnası yoktur. Yani Murphy "Her ne ters gidebilirse, ters gidecektir." dediğinde, şehir planlaması hakkında düşünmüş olmalı. Toplamda en iyi ihtimalle yaklaşık %40 uygulamaya ulaşabiliriz; uzun vadeli asıl başarıyı ölçtüğümüzde çok daha azına ulaşabiliriz. Ancak şehirlerin gerçekte nasıl geliştiğinin %5 veya %10'unu kontrol etsek bile, bu sonsuz bir şekilde hiç yoktan fazlasıdır."

Elbette anayasal tasarım için de aynı şey söylenebilir. Aynı zamanda, herhangi bir ön planlamaya atfedilemeyecek tam anlamıyla şans eseri gerçekleşen penisilin keşfi, insanlığa anayasal tasarımdan daha fazla fayda sağlamış gibi görünüyor. Geleneksel anayasa mühendisliğinin yirmi birinci yüzyılda karşılaştığımız bazı temel zorlukları ele alma yeteneği oldukça sınırlı görünüyor, bunun başlıca nedeni, bu zorlukların doğası gereği küresel olması ve çözmek için büyük ölçekli kolektif eylem ve küresel işbirliği gerektirmesidir. Dünya çapında genişleyen ekonomik ve yaşam fırsatları boşlukları, küresel tatlı su rezervuarları ve gıda üretim modelleri, büyük zorunlu göçler, küresel iklim değişikliği, sağlık salgınları ve antibiyotiğe dirençli hastalıklara ek olarak kitle imha silahlarının çoğalması; bunların tamamı tek bir devletin sınırlarının çok ötesine geçiyor, bu nedenle, kendimizi anayasacılık yoluyla bu meseleleri başarıyla çözemeyecek durumda buluyoruz. Bunun yanı sıra, bu, öngörülemeyen dönüşümler hakkında tek bir söz bile söylemeden - başka bir gezegendeki zeki yaşamın ani keşfini düşünün. Hiçbir başkanlık, orantılı temsil, yargı denetimi, yetki paylaşımı veya veto noktaları bu konuyu ele alamaz veya almaz. Böylelikle, bunun bile çok şey istemek olabileceğini keşfetmeden önce, bu zayıf %5 veya %10'u kabul etsek iyi olacaktır.