

POPÜLER OLMAYAN ANAYASACILIK*

*Doç. Dr. Mila VERSTEEG***

*(Çev.) Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIS****

Öz

Anayasaların ekseriya ulusların üstün değerlerini ifade ettiği düşünülür. Anayasalar, sıkça “Biz, Halk” adına kabul edilmekte ve -benzer şekilde akade-

* **Çevirmen notu:** Çeviride “popular”, “populist”, “populism” kavramlarının doğrudan Türkçe karşılığına yer verilmemektedir. Çünkü bu kavramların, farklı konu başlıklarında farklı anlamlara yol açabilme ihtimali yüksektir. Örneğin “popular” yerine “halka ait” karşılığı kullanılabilirdi ancak farklı paragraflarda anlam bütünlüğü bakımından “popüler”i, her zaman “halka ait” anlamında kullanabilmek mümkün değildir. Çünkü “popular constitutionalism” iki anlamı içerebilir: Birincisi, anayasa yapım sürecinde halkın katılımı; ikincisi ise anayasanın halkın değerlerini yansıtmaması. Makalede de yer aldığı üzere yapım sürecinde yer alan halkın, kendi değerlerini anayasaya yansıtabilmesi her zaman mümkün değildir. Ya da tam tersi, halkın değerlerinin yansıtıldığı anayasaların yapım sürecinde halk her zaman yer almayabilir. Bu anlamda “halka ait” ifadesi bazı cümlelerde fazla ya da eksik bir çağrışım yaratabilecektir. Ayrıca başka bir karşılık olarak kullanılabilir “toplumcu” ifadesi de anayasaların ideolojik yönüne vurgu yapabilecek ve anayasal tasarımı akla getirebilecektir. Yine “popular constitutionalism” veya “popular constitutionalist” ifadeleri, anayasacıların ya da anayasaların popülerliğini değil tüm makale boyunca değinilmeye çalışılan ilgili düşünce akımının öğretilerini ve destekçilerini ifade etmektedir. Ayrıca “populist” yerine “moda olan” ya da “rağbet gören” kullanılabilirdi. Ancak bazı paragraflarda bazı değerlere “rağbet gösteren” ya da “belirli değerleri moda haline getiren” kitlenin, halk değil anayasa yapımcıları olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda değerleri “popüler” kılan her zaman halk olmayabilir. Özetle, bu gibi çekinceler “popüler”, “populist” ve “popülizm” ifadelerinin çeviride tercih edilmesine yol açmıştır. Copyright © 2014 Mila Versteeg. (Makalenin yayımlandığı yer: Versteeg, Mila, Unpopular Constitutionalism (January 11, 2013). Indiana Law Journal, Vol. 89, 2014).

** Hukuk Doçenti, Virginia Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lisans ve Yüksek Lisans Tilburg Üniversitesi; Yüksek Lisans, Harvard Hukuk Fakültesi; Doktora Oxford Üniversitesi. Yardımcı olan değerlendirmeler ve söyleşileri için teşekkürler: Lonna Cope, Michelle Cowley, Shai Dotan, Justin Driver, John Duffy, David Erdos, Denis Galligan, Richard Goldstone, Tom Ginsburg, Mike Gilbert, Rich Heinz, Sarah Hardin, Dick Howard, Jeff King, David S. Law, Pedro Magalhães, Greg Mitchell, Jide Nzelibe, Ana Maria Ibarra Olquin, John Setear, Paul Stephan, James Stern ve Virginia Üniversitesi Fakülte Çalıştayı’ndaki katılımcılar, Virginia Üniversitesi bilimsel öğle yemeği buluşmaları, Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bölgesel Uluslararası Hukuk Kolokyumunu. Elizabeth Drake, Benjamin Rogahn, Vahid Gholamapour, and Heidi Schramma size de araştırmaya ilişkin müthiş yardımınız için teşekkür ederim. Kevin L. Cope’a ise bu çalışmanın birçok taslağına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu için özel teşekkür ederim. 2007-2010 döneminin veri kısmı için Washington Üniversitesi/St. Louis Ampirik Hukuk Araştırması Merkezi’nin cömert mali yardımını da belirtmek isterim.

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: safakevran@yahoo.com) (Çeviri Gönderim Tarihleri: 27.03.2018-27.03.2018/Çeviri Kabul Tarihleri: 21.05.2018-30.04.2018)

misyenler ve kamuoyu tarafından- halkın görüş ve değerlerinin ifadesi olarak kabul edilmektedir. Bu makale, anayasaların bu şekilde ortaya konulan imajının, dünyadaki anayasa yapımı gerçeğiyle ampirik olarak bağdaşmadığını göstermektedir. Bu makale, doksan ülkenin 1981 ve 2010 yılları arasındaki anayasal hak tercihlerini aynı dönemde geçerli olan kültürel, dini ve popüler değerlere ilişkin yaklaşık yarım milyon anket cevabından elde edilen veriyle birlikte karşılaştırmaktadır. Araştırma, ulusların bu dönemde belirli anayasal tercihleri ile vatandaşların değerleri arasındaki bağın genellikle çok zayıf olduğunu hatta olmadığını şaşırtıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Makale, bu orijinal araştırmadan hareketle ek bir kanıt sunarak, halkın baskın bir şekilde, sahip oldukları değerleri kendi anayasalarında yer almasını istediğini ortaya koymaktadır. Bu sonuçlar, dünya anayasalarının temsil ettikleri halk tarafından tam anlamıyla desteklenmediğini ve anayasa yapımının global pratiğinin, “popüler olmayan anayasacılık” uygulaması olarak nitelendirilebileceğini ortaya koymaktadır.

Makale, bu tespiti anayasal tasarımın özünde yer alan çelişkiye dayandırmaktadır. Anayasalar, ulusal idealleri ve popüler değerleri tanımlayan yegâne beyanlar işlevi gördüğünde evrensel insan hakları normlarını veya anayasal tasarımın yerleşik ilkelerini gözardı edebilir. Diğer yandan anayasal kurallar, sadece sağlam bir anayasal tasarımı ve evrensel hak normlarını yansıttığı zaman toplumun değer ve geleneklerinden uzak kalabilir ve bu nedenle pratikte başarısız olabilir. Bu tespitler, anayasa yapımcılarının büyük çapta bu çelişkiyi, evrensel hakların ve mevcut anayasal modeller lehine çözdüğünü göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

Anayasalar, anayasacılık, kamuoyu, anayasal teori, ampirik hukuk çalışmaları

UNPOPULAR CONSTITUTIONALISM

Abstract

Constitutions are commonly thought to express nations' highest values. They are near-universally proclaimed in the name of “We the People” and regarded - by scholars and the general public alike - as an expression of the people's views and values. This Article shows empirically that this widely held image of constitutions does not correspond with the reality of constitution-making around the world. The Article contrasts the constitutional-rights choices of ninety countries between 1981 and 2010 with data from nearly one-half million survey responses on cultural, religious, and social values conducted

over the same period. It finds, surprisingly, that in this period, the link between nations' specific constitutional choices and their citizens' values has generally been weak or non-existent. The Article presents additional evidence from an original survey that reveals that, overwhelmingly, people want to enshrine their values in their constitution. Together, these findings suggest that the world's constitutions are not meaningfully supported by the people they represent, and that the global practice of constitution-making can be characterized as an exercise in "unpopular constitutionalism."

The Article attributes this finding to a dilemma that lies at the heart of constitutional design. When constitutions serve as unique and defining statements of national ideals and popular values, they may flout universal human rights norms or well-established principles of constitutional design. On the other hand, when constitutional rules merely reflect sound constitutional design and universal right norms, they may be remote from the people's values and traditions and therefore fail in practice. The findings suggest that constitution-makers have largely resolved this dilemma in favor of universal rights and ready-made constitutional models, which explains the disconnect from popular values.

Keywords

Constitutions, constitutionalism, popular opinion, constitutional theory, empirical legal studies

GİRİŞ

Anayasal değerler, sıkça popüler değerler ile çatışma içindedir. Güney Afrika'nın ırkçılık sonrası 1996 tarihli Anayasası yazıldığında, Güney Afrikalıların yüzde 88'i eşcinselliğin ahlaken kabul edilemez olduğunu düşünüyordu¹ ancak yeni anayasa yine de cinsel yönelimlere bakmaksızın eşit korumayı garanti altına aldı². Aksine, nüfusunun yüzde 22'sinin eşcinselliğe karşı olduğu Hollanda'da³ eşcinsel haklar, anayasada hiçbir zaman korunmamıştır. Fas'ta, yakın zamanda yapılan bir kamuoyu yoklamasında, nüfusun yüzde 95'i hiçbir durumda yasal greve gitmeyeceğini ortaya koyarken⁴; Fas Anayasası, grev hakkının ülkenin en üstün değerlerinden biri olduğunu belirtmektedir⁵. Tam tersine Britanya nüfusunun yüzde 99'u greve gitmeyi istemekteyken, grev hakkı, Britanya'da anayasal değer taşımamaktadır⁶. Dominik Cumhuriyeti'nde nüfusun yüzde 86'sı daha güçlü bir doğal

¹ World Values Survey Ass'n, *World Values Survey 1981-2008 Anketin Official Aggregate v.20090901* (2009), <http://www.wvsevsdb.com/wvs/WVSDData.jsp>; Anketin, eşcinselliğe ilişkin sorusunun detayı için bkz. Tablo 1.

² Güney Afrika Anayasası 1996 § 9(3) "Devlet ırk, cinsiyet, hamilelik, medeni durum, etnik veya sosyal köken, renk, cinsel yönelim, yaş, engel, din, vicdan, inanış, kültür dâhil olmak üzere bir veya birkaç nedenle bir kişiye karşı haksız bir şekilde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapamaz."

³ World Values Survey Ass'n, *supra* not 1.

⁴ *Id.*; *bakınız infra* grev hakkında ilişkin anket sorusunun detayı için bkz. Tablo 1.

⁵ ROYAUME DU MAROC [Anayasa], Eylül 13, 1996, madde 14 (Fas) "Grev hakkı, güvence altındadır."

⁶ Bu makaleye analiz konusu edilen ülkelerin çoğu, tek bir belgeden oluşan yazılı anayasalara sahiptir. Britanya Anayasası farklıdır çünkü anayasa, yazılı olmayan göreneklerden, mahkeme yorumlarından ayrıca yarı anayasal statüye sahip yasalardan oluşmaktadır. *Bakınız*. A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 22 (8th ed. 1915) (anayasayı, "devlette egemen olan gücün dağılımını veya kullanımını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen tüm kurallar" olarak tanımlamaktadır.) Bu makalede ortaya konulan analizin amacı bakımından şu belgeler anayasal olarak değerlendirilmiştir: Magna Carta, 1297, 25 Edw. 1, cc. 1, 9, 29; Habeas Corpus Act, 1640, 16 Car. 1, c. 10; Habeas Corpus Act, 1679, 31 Car. 2, c. 2; Bill of Rights, 1689, 1 W. & M., c. 2; Parliament Act, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 13; Human Rights Act, 1998, c. 42; Freedom of Information Act, 2000, c. 36. Grev hakkı, bu belgelerin herhangi birinde düzenlenmediği gibi yargı veya görenek yoluyla da anayasal bir statüye sahip değildir. *Bakınız* Federico Fabbrini, *Europe in Need of a New Deal: On Federalism, Free Market, and the Right to Strike*, 43 GEO. J. INT'L L. 1175, 1191-94 (2012) (Birleşik Krallık'ın greve yasal bir özgürlük olarak yaklaşmak yerine grevi bir hak olarak tanımayı reddettiğini belirtir.)

çevre korumasını -yüksek vergi bedelleri pahasına⁷- isterken; anayasa metni, çevrenin korunması hususunda sessizdir. Bunun aksine, sağlıklı çevre hakkı Litvanya Anayasasında korunmaktadır⁸; ancak Litvanyalıların ancak yüzde 24'ünü aşmayan bir oranı, daha iyi çevre koruması için bir bedel ödemeye hazırdır⁹.

Anayasal metinler ile popüler değerler arasındaki böylesi kopukluklar, anayasanın anayasa hukukçuları ve kamuoyu tarafından nasıl algılandığıyla ilgili tam bir tezat oluşturmaktadır. Köklerini “yönetilenlerin rızasından¹⁰” alan anayasalar, yazıldıkları günden bu yana birey ve devlet arasındaki toplum sözleşmesi olarak kavramsallaştırılmıştır. Günümüzde anayasalar, genellikle “Biz, Halk¹¹” adına ilan edilmekte ve sıkça halk oylamasıyla kabul edilmektedir¹². Anayasa hukukçuları, anayasa hukukunun başlıca rollerinden birinin her zaman ulusun ve halkın en yüksek değerlerini ifade etmek, korumak ve inşa etmek olduğunu ileri sürmektedirler¹³.

⁷ World Values Survey Ass'n, *supra* note 1; *Evrensel değerler hakkındaki anket sorusuna ilişkin detaylar için bkz. Tablo 1.*

⁸ LIETUVOS RESPUBLIKOS KONSTITUCIJA [CONSTITUTION], 25 Ekim, 1992, madde 53 (Litvanya) (“Devlet ve her birey, çevreyi zararlı etkilerden korumak zorundadır.”) Madde 54 (“Devlet, doğal çevrenin, vahşi yaşamın ve bitkilerin, doğanın her bir parçasını ve belli değerdeki alanların korunmasını gözetmelidir ve doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımını, yenilenmesini ve geliştirilmesini gözetmelidir.”)

⁹ World Values Survey Ass'n, *supra* not 1.

¹⁰ *Bakınız*, e.g., THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776) (“Bu doğruları aşkar olmak için muhafaza ediyoruz....Bu....hükümetlerin....kendi haklı güçleri, yönetilenlerin rızasından kaynaklanır.”)

¹¹ Denis J. Galligan, *The Sovereignty Deficit in Modern Constitutions*, 33 OXFORD J. LEGAL STUD. 702, 707 (2013) (demokratik anayasaların büyük bir çoğunluğunun, halk adına ilan edildiğini göstermektedir.)

¹² Bkz. Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, 5 ANN. REV. LAW & SOC. SCI. 201, 207 fig.1 (2009) (Ampirik olarak belgelenen şudur ki günümüzde anayasaların yüzde 40'ndan fazlasının onaylanması için halk oylaması gerekmektedir.)

¹³ *Bakınız* e.g., BEAU BRESLIN, *FROM WORDS TO WORLDS: EXPLORING CONSTITUTIONAL FUNCTIONALITY* 5 (2009) (Anayasaların en önemli işlevinin “hayal etmek ve sonrasında paylaşılan ortak varlığın gerçeklik kazanmasına yardımcı olmak” olduğunu belirtir.); ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* 38 (2009) (“anayasaların hizmet ettiği işlev, ulusu ve onun değerlerini tanımlayan sembollerden biri olmaktır”); VICKI C. JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA* 155 (2009) (Anayasaları, “ulusun kendi çekişmelerinin, bağlılıklarının ve kimliğinin belli usullerini geliştirilmesi için bir çerçeve sunan ulusun

Hem popüler anayasacılar hem de hukukun üstünlüğünü savunanlar dâhil olmak üzere çağdaş anayasa hukuku teorisyenleri, sıradan yasalara nazaran anayasaların daha geniş bir demokratik meşruiyete sahip olması gerektiğine inanır. Popüler anayasacılar, anayasaları hem halk tarafından hem de halk için¹⁴ yapılan belgeler olarak görür. Popüler anayasacılar, anayasaların sadece popüler değerleri yansıtmayacağını¹⁵; aynı zamanda “halkların kendilerinin” de bu değerleri, açıklamak ve tamamlamak zorunda olduğunu ileri sürer¹⁶. Popüler yorumlar ve uygulamalar arasında ihtilaf olabılırken anayasaların popüler değerleri yansıtmasına ilişkin görüş ihtilafli değildir¹⁷. Hatta hukukun üstünlüğünü savunanlar, anayasaların halkın en

kendini ifade etme şekilleri” şeklinde tanımlar. (atf belirtilmemiştir); GARY JACOBSON, CONSTITUTIONAL IDENTITY 3 (2010) (anayasa hukukunun en önemli işlevinin ulusun özgün kimliğinin ifade edilmesi olduğunu ileri sürer.); MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 14 (2008) “Dışavurumculuk, anayasanın ifade ettiği şekilde ulusların, kendi kendini anlamaya sahip olduğunu ileri sürer.” (aslındaki vurgu) ; Geoffrey Brennan & Alan Hamlin, Constitutions as Expressive Documents, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY 329, 333-38 (Barry Weingast & Donald A. Wittman eds., 2006) (yazılı anayasaların, ulusların kendi kendilerini anlamalarını ifade ettiğini belirtir.); Seth F. Kreimer, Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing, 1 U. PA. J. CONST. L. 640, 648-50 (1999) (diğer şeylerin arasında, anayasaların ulusal kimliği ifade ettiğini ileri sürer.); H.W.O. Okoth-Ogendo, Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD 65, 65-66 (Douglas Greenberg et al. eds., 1993) (Anayasaların ayrılmaz bir şekilde egemenliğe bağlı olduğunu ve ulusun en üstün değerlerini ortaya koyduğunu belirtir.)

¹⁴ LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW *passim* (2004) (“Popüler anayasacılığın”, anayasal belgenin yazımında, yorumlanmasında ve hayata geçirilmesinde halkın sürekli bir ilgisini gerektirdiğini ileri sürer.)

¹⁵ *Bakınız id. 7*’de (Anayasaları, “temelde toplum iradesinin bir eylemi: Halk tarafından yapılan popüler bildirge” olarak tanımlamaktadır.)

¹⁶ *Id. 7-8*’de (Amerikan tarihinin büyük bir kısmı, “halkın kendisinin”... anayasanın düzgün bir şekilde yorumlandığının ve uygulandığının gözetilmesinden sorumlu olduğunu” belirtir.)

¹⁷ *Bakınız, e.g.,* Laurence H. Tribe, *The People’s Court*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 2004, A32 (Halka anayasa hakkında son sözü vermenin, “hukuku, anayasa hukuku dışına almak” olduğunu ileri sürer. “Eğer anayasalar halkın her durumda istediğini akitabildiği bir boru olsaydı” anayasayı tasarlamadaki tüm amaç kaybolacaktı.)

yüksek değerlerini yansıtmaması gerektiğini düşünürler. Anayasal hükme ilişkin karşıt-çoğunluğun engelini aşabilmek için bu teorisyenler, normatif iddialarını, anayasaların sıradan yasalara göre daha demokratik olması gerektiği üzerine inşa eder¹⁸. “Daha üstün yasa yapımı”nın önemli zamanlarında, anayasaların yapılması gerektiğini ileri sürerler ki bu durumlarda halk bir araya gelir, gündelik kısa vadeli çıkarlarını aktarır ve en üst beklentilerini ve en içten değerlerini dile getirirler¹⁹. Bu mantığa göre anayasalar, halk tarafından yürütülen makul bir müzakereyi temsil ederken; olağan mevzuat, seçilmiş temsilcilerin kısa vadeli pazarlıklarını, korkularını ve tutkularını temsil eder²⁰. Anayasaya aykırı olan olağan mevzuatın geçerliliğini yitirmesi, görüldüğü üzere antidemokratik iken, sadece halkın gerçek iradesini yönlendirmektedir²¹. Anayasa ile “Ayık Peter ile Sarhoş Peter birleşir”; böylece hikâye devam eder²². Sonuç olarak, birleştiren tek bir fikir vardır; diğer taraftan anayasa düşüncesinin farklı okulları, anayasanın halkın kendi iradesini yansıtacağı en üst belge olması yönünde birleşir.

Kamuoyu, genellikle anayasayı ideallerin ve değerlerin dile getirilmesi olarak algılamaktadır. Örnek vermek gerekirse Amerikan Çay Partisi hareketi Anayasanın, Amerika’nın en yüksek değerlerini yansıttığını ileri sürer; bu değerlerin, müdahaleci olduğu düşünülen Kongre’den korunmasını sağla-

¹⁸ *Bakınız, e.g.*, 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 6 (1991).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* (anayasaların halk tarafından yazıldığını, sıradan yasaların ise halkın seçilmiş temsilcileri tarafından yazıldığını vurgular.); ayrıca bakınız JOHN FINN, CONSTITUTIONS IN CRISIS:

POLITICAL VIOLENCE AND THE RULE OF LAW 5 (1991) (1871 tarihli Ku Klux Klan Yasası’na ilişkin tartışmalarda John Potter Stockton’dan alıntılanarak: “anayasalar, halkın çılgın anlarında intihar ederek ölmediği akıllı anlarında bağlandıkları zincirlerdir.” (atf belirtilmemiştir) Jon Elster, *Intertemporal Choice and Political Thought, in CHOICE OVER TIME* 35, 35-45 (George Loewenstein & Jon Elster eds., 1992) (Anayasal bağlılığı, zaman uyumsuzluğu problemi olarak kavramsallaştırır ki burada, gelecek zamanların korkularını ve tutkularını idare etmenin makul ön taahhütleri kutsallaştırılmaktadır.)

²¹ ACKERMAN, *supra* not 18, 6’da. (normal seçim zaferinin, politikacılara “daha önceden halk tarafından elde edilmiş ilgili kararları tersine çeviren sıradan yasa yapımı konusunda yetki vermeyeceğini” belirtir.)

²² STEPHEN HOLMES, PASSION AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL GOVERNMENT 135 (1995) (“Ayık Peter”ın, anayasayı temsil ederken “Sarhoş Peter”ın sıradan yasama sürecini temsil ettiğini ileri sürmektedir.)

mıştır²³. Benzer savlar, diğer ülkelerin anayasal söylemine nüfuz etmektedir. Latin Amerika'nın son zamanlardaki radikal popüler anayasa dalgasından²⁴, 2011 tarihli Macaristan Anayasasına, yeni yazılan Mısır Anayasasına kadar popüler değerlere ve kimliğe ilişkin savlar, sıklıkla yeni anayasal belgelerin kabulünü kuşatmaktadır²⁵.

Makale, yaygın bir şekilde anayasa hukukunun doğasına ilişkin resmedilen imajın, dünyadaki anayasa yapımı gerçeğiyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Makale, devletlerin tüm anayasalarının ilgili hakkı içeren veri setinden yararlanılırken, anayasaların genellikle kamuoyuyla örtüşmediğini göstermektedir. Makale özellikle 1981 ve 2010 yılları arasında devletlerin anayasal hak tercihleri ile doksan ülkede aynı zaman diliminde kültürel, dini ve popüler değerlerine ilişkin yarım milyon hane halkıyla yapılan araştırmadan elde edilen veriyle çalışmaktadır. Bu analiz, belli anayasal tercihler ile kamuoyu arasında genellikle bir bağın olmadığını ortaya koymaktadır²⁶. Örneğin kamuoyunun eşcinsellik konusundaki düşüncesi ile eşcinsel hakların anayasal koruması arasında bir ilişki bulunmamaktadır; kamuoyunun kürtaj konusundaki düşüncesi, doğmamışın anayasal koruması ile örtüşmemekte ve yine kamuoyunun çevre hakkındaki düşüncesi, çevrenin anayasal koruması ile bağdaşmamaktadır.

Dahası, çoğu kişinin anayasalarının değerlerinden koparılmasını istemediği ortaya çıkmaktadır. Bu makale, yazar tarafından geliştirilmiş orijinal çalışmanın bazı ek bulgularını sunmakta ve farklı ülkeden binden fazla kişiye ulaştırmaktadır. Her ne kadar örneklem boyutu, kesin sonuçlara ulaşmak için çok küçük olsa da araştırma, genellikle halkın anayasada kendi değerlerini yansıtmayı tercih ettiğini göstermektedir. Bu tespitler, sonuç olarak halkın anayasalardan istediği ile aslında belgenin sağladığı şey arasında

²³ Bakınız Jared A. Goldstein, *Can Popular Constitutionalism Survive the Tea Party Movement?*, 105 NW. U. L. REV. COLLOQUY 288, 292 (2011) (“Çay partisi, Anayasada Amerika karakterini oluşturan temel ilkeleri merkeze alır ve sadece bu ilkelerin canlandırılmasıyla ulusun yıkılmaktan korunabileceğini ileri sürer.” (atf belirtilmemiştir.)

²⁴ Bakınız Phoebe King, *Neo-Bolivarian Constitutional Design*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 366, 367 (Denis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) (Venezuela, Ekvator ve Bolivya'nın yakın tarihli anayasaları, radikal popüler dokümanlar olarak tanımlanmaktadır.)

²⁵ Bakınız *infra* Part VI.C (Yeni Macaristan ve Mısır Anayasaları kapsamında, ulusal kimliğe ve popüler değerlere ilişkin savları tanımlamaktadır.)

²⁶ Bakınız *infra* Part III.

bir farklılık olduğunu göstermektedir. Anayasa yapımının küresel uygulaması, makalede, *popüler olmayan anayasalar* olarak nitelendirilmiştir.

Bu makale, ilgili tespiti anayasal tasarımın merkezinde yer alan çelişkiye dayandırmaktadır²⁷. Anayasal teoriye karşın anayasayı kaleme alanlara göre, anayasa sadece popüler değerlerin ifade edildiği bir alan olmayıp ayrıca evrensel insan hakları normlarının korunduğu ve ulusu tasarlayan bir araçtır. Birçok açıdan tüm bu farklı hedefler birbiriyle tutarsız olabilir. Anayasalar, ulusal ideal ve değerlerin benzersiz ve tanımlayıcı ifadeleri olarak işlev gördüğünde, evrensel insan haklarını veya anayasal tasarımın köklü ilkelerini gözardı edebilir. Aynı zamanda, anayasal kurallar sadece kusursuz anayasal tasarımı ve evrensel değerleri yansıttığında da halkın değer ve geleneklerinden uzaklaşabilecek ve uygulamada başarısız olabilecektir. Makalede yer alan ampirik veriler, anayasa yapıcılarının bu çelişkiyi evrensel haklar ve hazır anayasal modeller lehine çözdüğünü göstermektedir ki bu durum, anayasaların popüler değerlerden ayrılışını açıklamaktadır.

Makale, sonrasında şu şekilde devam etmektedir: Birinci bölüm, ulusal anayasalarda popüler değerlerin nasıl yansıtıldığını kavramsallaştırır. Anayasaların başlangıç hükümlerine, katılımcı süreçlere, popüler görüşlere ve değerlere bağlılığın ifadesi olarak haklar bildirgelerine dikkat çekmektedir ve birinci bölüm, bu makalenin odak noktası olarak anayasal hak tercihlerinin popüler değerleri nasıl yansıttığını açıklamaktadır.

II. bölüm, kamuoyunun görüşü ve anayasalar arasındaki bağlantıyı incelemek için kullanılan veriyi tanıtmaktadır. Bölüm III.A ve Bölüm III.B belli değerleri derinden muhafaza eden halkların, bu değerleri kendi anayasalarına dâhil edip etmediğini araştırmaktadır. Bu bölümün temel tespiti, popüler değerler konusunda ülkeler arasındaki farkların, anayasal haklar konusunda ülkelerdeki farklılıkları açıklamamasıdır. IV. Bölüm, her ulusal anayasanın hangi noktaya kadar popüler değerlerle örtüştüğünü incelemektedir. Bölüm IV.A her bir yıl için her bir ülkenin popüler değerleriyle anayasalarının örtüşme derecesini hesaplamakta ve popüler yapısına göre dünya anayasalarını derecelendirmektedir. Bölüm IV.B, anayasal popülizmin gelişigüzel olmadığını; bazı devlet tiplerinin diğerlerine nazaran popüler olmayan anayasalara sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle eski ve zor anlaşılır anayasalara nazaran yakın tarihli ve daha anlaşılır anayasaların kamuoyuyla örtüşmesinin muhtemel olduğunu ortaya koymaktadır. Anayasal popülizmin, ilham veren bir karakterinin olduğunu ortaya koymaktadır:

²⁷ *Bakınız infra* Part VI.C (bu çelişkiyi tanıtmaktadır.)

Anayasal taahhütlerin yerine getirilmediği ülkeler, daha çok popüler anayasalara sahiptir.

V. Bölüm, on bir ülkeden binden fazla kişiyi kapsayan orijinal araştırmayı ortaya koymaktadır ve halkın, kendi değerlerini anayasalarda korumayı tercih edip etmediğini araştırmaktadır. Araştırma, katılımcıların hakim çoğunluğunun, anayasalarda kendi değerlerinin temsil edilmesini istediğini ortaya koymaktadır ki bu durum, anayasal tercihler ve popüler değerler arasında bir ilişki olmadığını göstererek popüler olmayan anayasayı ortaya koymaktadır. Dünya anayasalarının önemli bir bölümü, aslında temsil edildiği düşünülen halkın değerlerini korumamaktadır. V.Bölüm. B sadece Amerikalı katılımcılara ve onların anayasayı nasıl algıladığına odaklanmaktadır. Kendisine benzeyen ülkelere farklı olarak, Amerikalıların kendi değerleriyle uyuşmasına rağmen sosyoekonomik hakları talep etmede ihtiyatlı olduğunu göstermektedir. Bu görüşe dayanarak, bu bölümde Amerikan Anayasasının aslında ne kadar popüler olduğu tekrar değerlendirilmektedir.

VI. Bölüm popüler olmayan anayasalar hakkında muhtemel açıklamaları ortaya koymaktadır. Gerçek dünyanın anayasa yapıcıları, sadece popüler değerleri yansıtan yazılı belgelerle ilgilenmemekte ayrıca birbiriyle yarışan fikirlerle karşılaşmaktadır. İşlevselcilik ve evrenselcilik, anayasa yapıcıları popüler ifadelerden uzaklaştıran böylesi birbirine rakip iki yaklaşımdır. Makale, çağdaş anayasa teorisi hakkındaki temel tespitlere ilişkin çıkarımları yansıtarak sona ermektedir.

I. POPÜLİST BELGELER OLARAK ANAYASALAR

Her ne kadar anayasalar çoğunlukla popüler görüşlerin ve değerlerin ifadeleri olarak kavramsallaştırılsa da farklı akademisyenler, popüler ifade fikrini ciddi manada farklı şeyleri ifade etmek için kullanırlar. Hatta literatür, anayasaların ulusal değerleri ve kimliği yansıtması fikrinden, halkın yöntemsel sürece dâhil olmasına²⁸ ve mahkemelerin popüler değerlerle bağlantılı şekilde anayasaların yorumlanması gerektiğini vurgulayan yargısal yorum teorilerine²⁹ kadar değişiklik gösteren farklı savlarla tanımlanmaktadır³⁰. Bu

²⁸ *Bakınız, e.g.,* JACOBSON, *supra* note 13.

²⁹ *Bakınız, e.g.,* Ginsburg et al., *supra* note 12 (anayasa yapımında halkın katılımını tarif etmektedir.).

³⁰ *Bakınız, e.g.,* Robert Post, *Theories of Interpretation*, 30 REPRESENTATIONS 13, 29 (2009) (Tüm Amerikan anayasal yorumları, “ulusal ethosu vasıflandırmak” olarak

bölüm, anayasal belgelerin popüler değerlere bağlılık gösteren üç farklı yolu ayırmakta ve kavramsallaştırmaktadır: (1) Popüler değerleri ve ulusal karakteri başlangıç hükümlerinde belirtmek (2) Anayasanın yapımında veya onaylanmasında halkın katılımını talep etmek ve (3) Kamuoyunun fikrini yansıtan hakları ve haklarla ilişkili politikaları kabul etmek. Bu bölüm, her bir yolu sırasıyla tartışacak ve makalenin neden öncelikle üçüncü yönteme odaklandığını açıklayacaktır ki bu da anayasal tercihlerin esas itibarıyla popüler değerleri nasıl yansıttığıdır.

A. Başlangıç Hükümleri

Muhtemelen bir anayasa için popüler değerleri anayasanın başlangıç hükümlerinde belirtmek en kolay yoldur. Birleşik Devletler Anayasasının başlangıç hükümleri sadece “Biz, Halk olarak³¹” şeklinde nispeten kısa bir ifadeye yer verirken; birçok anayasa, detaylı tanımlarla halkın en üstün değerlerine, halk yönetiminin başarısına, ulus liderinin başarılarına ve ulusun geçmişteki farklı yönlerine yer verir³². Başlangıç hükümleri, bir yorumcuya göre, “misyonu olan ifadelerdir”: Ulusun geçmiş deneyiminin ışığında, ulusun gelecek için amaçlarını belirtir³³. Muhtemelen anayasanın birçok bölümüne nazaran başlangıç hükümleri, devlet ve halk hakkında farklı olanı ifade etmek için muazzam bir fırsat sunmaktadır³⁴.

tanımlamak-tadır); ayrıca *bakınız* Robert Leider, *Our Non-Originalist Right to Bear Arms*, 89 IND. L.J. (2014’de yayımlanacak.)

³¹ Birleşik Devletler Anayasası Başlangıç Bölümü

³² *Bakınız infra* Tablo 1.

³³ Jeff King, *Constitutions as Mission Statements*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, at 73, 81 (anayasalar, misyonu olan ifadelerdir derken “toplumun öz, kurucu siyasi taahhütleri”ni ve “anayasayı ve politikayı geniş çapta canlandıran dâhil siyasi düşünceleri ve öngördüğü devlet yapılanmasında saygı duyulmasını istediği değerleri ifade eder.”)

³⁴ *Bakınız, e.g.*, JACKSON, *supra* note 13, at 18 (“Başlangıç hükümleri, böylesi ulusal nitelikler için özel bir yerdir.”); Kevin L. Cope, *South Sudan’s Dualistic Constitution*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 295 ve 314’de (başlangıç bölümünün yeni Güney Sudan Anayasasının anayasal kimliği ifade ettiği bölüm olduğunu belirtir.); Denis Galligan & Mila Versteeg, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, at 3, 10 (başlangıç hükümlerini ulusal değerlerin ifade edildiği bir yer olarak tanımlar.); Mark Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 67, 79 (Sujit Choudhry ed., 2006) (“Anayasaların başlangıç hükümleri, bir expressivist için özellikle faydalı olabilir.”)

Ulusun geçmişini anlatan ve geleceğini tasavvur eden başlangıç hükümleri örneği çoktur. Yaklaşık iki sayfa uzunluğunda, yakın zamanda kaleme alınan 2011 tarihli Macaristan Anayasasının başlangıç hükümleri, anayasanın “ulusun iradesini ve içinde yaşamak istediğimiz şekli ifade eden” “Macarlıların geçmişi, bugünü ve yarını için bir sözleşme” olduğunu; “gururla”, “bin yıl önce... Macaristan Devleti’ni kuran”, “Kral Aziz Stephen”³⁵’a atıfta bulunur; “ulusun korunmasında Hıristiyanlığın rolü”nü tanır ve diğerlerinin içinde “mirasımızı, tek dilimizi (ve) Macar kültürünü koruma”ya söz verir³⁵.

Benzer şekilde 1997 Polonya Anayasası, Polonya’nın “1989’da kaderinin egemen ve demokratik olasılığını nasıl geri aldığından” bahsetmektedir ve “emekleri için atamalarımıza, büyük bir adanmışlıkla kazanılan bağımsızlık adına gösterdikleri çaba” ve “ulusumuzun Hıristiyan geleneğinde ve evrensel insan haklarında köklerini bulan kültürümüz” için şükran ifade edilmektedir³⁶. Belki daha radikal bir şekilde, 1979 tarihli İran Anayasasının başlangıç hükümleri, “İslam ümmetinin en samimi amacını temsil eden İran toplumunun kültürel, popüler, siyasi ve ekonomik kurumları...” olduğunu beyan etmektedir. “İran Büyük İslam Devrimi”nden ve “Yüce, takip edilesi Ayetullah Uzma İmam Humeyni liderliğinde, ulus mücadelesinde gerçek İslamı ve ideolojik çizgiyi takip etme gerekliliğini kavramaya gelen ulusun uyanmış bilinci”nden söz etmektedir³⁷. Başka bir ideoloji harmanında, 1978 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Anayasasında, “büyük lider” Mao Zedong’un ve “Büyük Proletarya Kültür Devrimi’nin” ve aynı zamanda sosyalizmin başarılarını kutlayan altı sayfalık bir başlangıç bölümü yer almaktadır³⁸.

Artan sayıda devlet, popüler değerleri ve ulusal kimliğe ilişkin açıklamalar yapmak için başlangıç hükümlerini kullanmaktadır. 1946 tarihinden bu yana, dünyadaki yazılı anayasalardan tespit ettiğim üzere, bu anayasaların yüzde yirmi beşi başlangıç hükümlerine sahiptir ve bu işlevi görmektedir³⁹. Şekil 1, hem başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesini hem de

³⁵ A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG ALKOTMÁNYA [Macaristan Cumhuriyeti Anayasası], Başlangıç Bölümü.

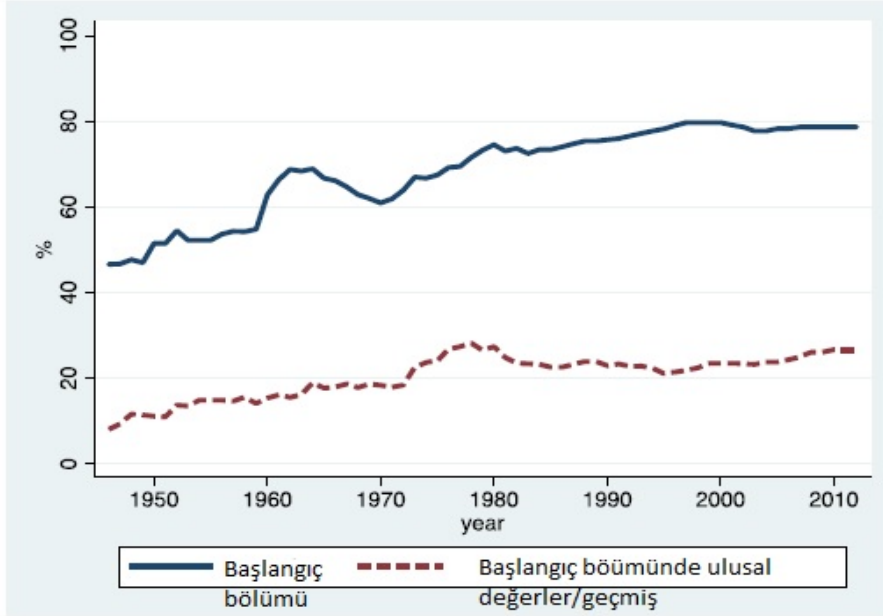
³⁶ KONSTYTUCJA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ [Anayasa] Nisan 2, 1997, Başlangıç Bölümü (Polonya).

³⁷ QANUNI ASSASSI JUMHURII ISLAMAI IRAN [İran İslam Cumhuriyeti Anayasası] 1358 [1980], Başlangıç Bölümü.

³⁸ XIANFA Başlangıç Bölümü (1978) (Çin).

³⁹ Bölüm III’de tüm veri seti ve izlenen yöntem tanıtılacaktır.

popüler değerleri veya ülkenin tarihini aktaran başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesini resmetmektedir. Şekil 1, kimliğe ve değerlere yapılan böylesi referansların, zamanla arttığını ortaya koymaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonunda anayasaların sadece yüzde beşi ulusal kimliğe ilişkin ifadeleri içermekteydi. Bugün ise sayı, yüzde yirmi beştir. Tüm anayasalar, böylesi referanslara sahip değildir: Bazı başlangıç hükümleri, devletin belli bir yabancı devletle veya dünya toplumuyla ilişkini tanımlayan daha evrensel savları içermektedir⁴⁰. Ancak artan sıklıkla, anayasa tasarımcıları, başlangıç hükümlerini devletin ve halkın en üstün değerlerini ifade etmek için kullanmaktadır.



Şekil 1: Başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesi ve ulusal değerlere veya ulusal tarihe atıfta bulunan anayasaların yüzdesi.

Her ne kadar başlangıç hükümleri, ulusal kimliğe ve popüler değerlere bağlılığı ifade etse de son tahlilde sadece retoriktir. Başlangıç hükümleri, genellikle yargıya konu olamamaktadır; bir anlamda mahkemede ileri sürü-

⁴⁰ *Bakınız* Tom Ginsburg, Nick Foti & Daniel Rockmore, “We the Peoples”: The Global Origins of Constitutional Preambles 1, 7 (2012) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (Başlangıç hükümlerinin sadece ulusal değerleri değil aynı zamanda oldukça fazla enternasyonal ifadeyi içerdiğini ortaya koymaktadır.)

lememektedir⁴¹. Bu durum, başlangıç hükümlerinin anlamsız olduğu göstermemektedir: Ulusal karaktere ilişkin ifadeler, ulusu birleştirmede önemli bir işleve sahiptir. Ulusun geçmişine hitap ederek, başlangıç hükümleri şimdiki ve gelecekteki bölünmelerin üstesinden gelmeye yardımcı olabilir⁴². Bununla birlikte, sembolik öneme bakılmaksızın, başlangıç hükümleri genellikle haklı olan ve gelecekteki yapma faaliyetinden kaynaklanan popüler değerleri koruyan ve teminat altına alan anayasa hukukunun gerçek organlarını üretmez.

B. Katılım Süreçleri

Başlangıç hükümleri gibi, katılımcı süreçler (anayasanın hazırlanmasında veya onaylanmasında halkın katılımını öngören süreçler), popüler değerlere saygı duyulduğuna işaret etmektedir ancak başlangıç hükümleri gibi anayasa hukuku pratiğinde, anayasal değerleri yansıtan bir karşılığa erişememiştir.

Halkın anayasa yapımında katılabileceği farklı yollar mevcuttur. Artan sayıda anayasa, onay için halkoylamasını zorunlu kılmaktadır. Şekil 2’de günümüzde anayasaların yüzde 34’nün onay için halkoylamasını zorunlu

⁴¹ *Bakınız* NATHAN J. BROWN, CONSTITUTIONS IN A NONCONSTITUTIONAL WORLD: ARAB BASIC LAWS AND THE PROSPECTS FOR ACCOUNTABLE GOVERNMENT 11 (2002) Şu şekilde ifade edilmektedir; (Başlangıç hükümlerindeki gibi “devletin temel hedeflerini, ideolojilerini, programını tanımlayan ayrıntılı bölümler”, “yayımlandığında samimi olabilecekken böylesi hukuki bir ağırlığa karşılık verebilmek için belirsiz bir şekilde ifade edilen bu bölümler hükümet sınırlandırmak için tasarlanmamıştır”); Ginsburg, *supra* note 40, 4’de (Dünya anayasalarında başlangıç hükümlerini araştırmaktadır ve birçok başlangıç bölümünün yargıya konu olamadığını ortaya koymaktadır.) Bu konuda dikkat çekici istisna, 1958 tarihli Fransız Anayasası başlangıç bölümüdür. *Bakınız* Conseil constitutionnel [CC] [Anayasa Mahkemesi] Karar No. 71-44. DC, July 16, 1971, J.O. 7114 (Fransızca) (Fransız İnsan Hakları Beyanname-sinin ve 1946 tarihli Fransız Anayasasının başlangıç bölümünün, 1958 tarihli başlangıç bölümünün parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca başlangıç bölümünün yargıya konu olabileceğini belirtmektedir.)

⁴² Örneğin 1999 tarihli Venezuela Anayasasının başlangıç bölümünde özellikle şu husus belirtilmektedir: “Önemli kurtarıcı örneğimiz Simon Bolivar, yerli atalarımızın kahramanlığı ve kendini feda etmesi.” Çünkü anayasa yapımcılar, “[Bolivar]’ı, ulusal birliktelik sembolü olarak gören popüler duyarlılık” olarak kabul etmektedir. *Bakınız* King, *supra* note 24, 373’de (Exposicion de Motivos, Gaceta Oficial, 5453, March 24, 2000’den alıntılanarak).

kılarken bu oranın, 1950’de sadece yüzde 7 olduğu görülmektedir⁴³. Bazı ülkelerde, vatandaşlar sadece anayasanın son halini onaylamamakta ayrıca anayasanın yapım safhasında da aktif şekilde yer almaktadır. Anayasa yapımında daha aktif katılım yollarından biri, anayasal meclisin doğrudan seçilmesidir⁴⁴. Örneğin 2011 tarihli İzlanda Anayasasını kaleme alan ve “adaylarının arasında kamyon şoförleri, üniversite profesörleri, avukatlar, gazeteciler ve bilgisayar uzmanlarının⁴⁵” yer aldığı meclis, ulus çapında yapılan bir seçimle belirlenmiştir. Bir başka aktif katılım yöntemi ise Güney Afrika, Brezilya, Uganda, Eritre ve diğer devletler gibi yeni kurucu belgesinin yapımına doğrudan bir katkı sunmaktır⁴⁶. Güney Afrika’da anayasal meclis, Twitter, Facebook gibi sosyal medyayı kullanarak halkın katkısını amaçlamıştır⁴⁷. Genel olarak anayasa yapımında katılımcı süreçlere doğru güçlü

⁴³ Bu veri, COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT, comparativeconstitutionsproject.org.’dan alınmaktadır. *Bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, 207’de (Onaylanması için halk oylamasının gerekli olduğu anayasalardaki ampirik verinin sunulması ve özetlenmesi)

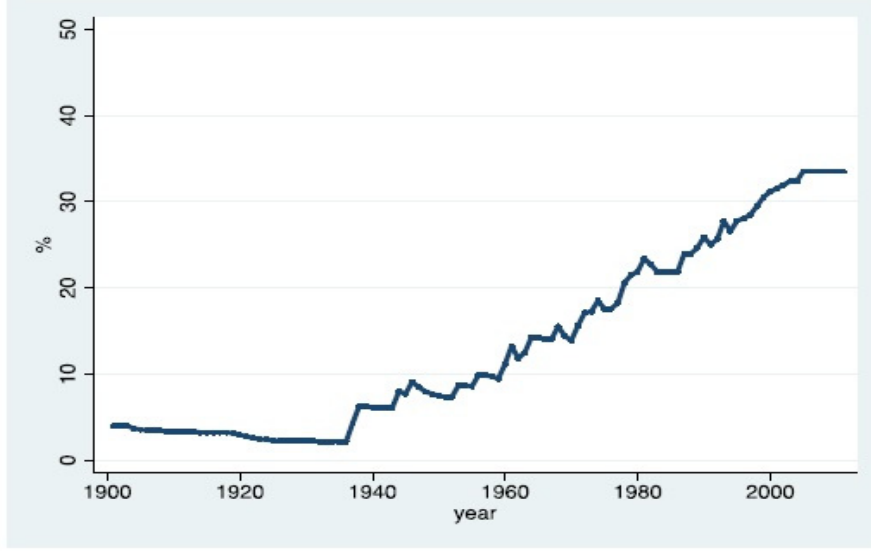
⁴⁴ *Bakınız id.* 208’de (vatandaşların anayasal belgenin yazımında doğrudan katkı sağladığı katılım türlerinin tanıtılması)

⁴⁵ Alda Sigmundsdottir, *Iceland Elects Ordinary Folk to Draft Constitution*, BOSTON.COM, Nov. 26, 2010, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/. *See generally* Jennifer Widner, *Constitution Writing & Conflict Resolution: Data & Summaries*, PRINCETON U. (Aug. 2005), <http://www.princeton.edu/~pcwcr/about/index.html> (doğrudan seçilen anayasal meclislerin önemini tarif etmektedir.)

⁴⁶ *Bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, at 208 (Vatandaşların, anayasal metnin yazımına doğrudan katkı sunduğu katılım türlerini tanımlamaktadır.); Erik Martinez Kuhonta, *The Paradox of Thailand’s 1997 “People’s Constitution”: Be Careful What You Wish For*, 48 ASIAN SURV. 373 (2008) (Tayland “Halk Anayasasının” kabul edime sürecini tanımlamaktadır.); Bereket Habte Selassie, *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*, in FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING 57, 61-65 (Laurel E. Miller ed.,2010) (1997 Eritre Anayasasının hazırlanmasında halkın geniş katılımını açıklamaktadır.); Aili Mari Tripp, *The Politics of Constitution Making in Uganda*, FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, *supra*, 158’de, 165-69 (1995 tarihli Uganda Anayasasının yazımında seçilmişlerden oluşan “kurucu meclis”in somut katkısını incelemektedir.)

⁴⁷ *Bakınız* Hassen Ebrahim & Laurel E. Miller, *Creating the Birth Certificate of a New South African: Constitution Making After Apartheid*, in FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, *supra* note 46, 111’de, 133-39 (“Karşılaştırmalı anayasa hukuku perspektifinden ve önceki oluşumlardan farklı olan” 1994 tarihli Güney Afrika Anayasasının yapımında halkın geniş katılımını anlatmaktadır.); Anne Meuwese, *Popular Constitution-Making: The Case of Iceland*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 469’da, 476-89 (Rastgele seçilmiş 1000 vatandaşın katılımıyla oluşan seçilmiş anayasal meclise kadar İzlanda

bir eğilim mevcuttur ve böylesi bir katılımın, geleceğin hareket dalgası olacağı yönünde giderek artan bir uzlaşma mevcuttur⁴⁸.



Şekil 2: Onaylanması için halkoylamasının arandığı anayasaların yüzdesi

Anayasasının yazımında geniş halk katılımı ve Facebook, Twitter'ın kullanımı yoluyla halkın girdisinin sağlandığı açıklanmaktadır.)

⁴⁸ ABD Barış Enstitüsü Başkanı Richard Solomon'un hakim yeni aklı özetlediği üzere, "her duruma uyan formüller ve modeller yoktur(.) "ancak iyi yönetilen süreçler.... yetersiz yönetilen süreçlerin böylesi çabalara engel olduğu yerlerde; istikrarlı, barışçıl devletlerin inşasına katkı sağlayabilir." Bakınız Richard H. Solomon, Önsöz FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, xi; ayrıca bakınız Louis Aucoin, Başlangıç Bölümü FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, xiii, xiii, (anayasa yapım süreçlerinin demokratik, şeffaf ve katılımcı olmasına ilişkin geliştirilen uluslararası normun var olduğunu ileri sürmektedir); Thomas M. Franck & Arun K. Thiruvengadam, Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process, içinde FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, 3'de, 8 (1990'larda Afrika'da başlayan ve "katılımı vurgulayan ve diyaloga, münazaraya, danışmaya ve katılıma değer veren anayasa yapımına ilişkin "yeni bir yaklaşım"ın varlığını ileri sürmektedir.) Vivien Hart, Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair, içinde FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, 20'de, 20 (geleneksel anlamda, "anayasa düzenlemek uzmanlık işiydi" ancak daha çok halk katılımına yönelik "belirgin bir değişiklik" ortaya çıkmakta iken anayasayı görüşmenin gücü elinde tutan siyasi liderlerin yetki alanı olduğunu belirtmektedir.)

Gerçi halk katılımı, otomatik olarak halkın görüşünü somut olarak yansıtan anayasal metinlere dönüşmemektedir. Örneğin halkoylamaları, somut olarak halk girdisine izin vermemektedir; halkoylamaları sadece halkın evet veya hayır kararını temsil etmektedir⁴⁹. Halkoylamaları çoğunlukla bir hak temelinde yapılmamaktadır ve metnin tümü veya düzenlemeleri içeren bir paket için tek bir oy aranmaktadır. Vatandaş, halkoylamasının tüm hükümlerine katılmadığı durumda bile anayasa için sonuç, olumlu oy olabilir. Hatta otoriter liderlerin kendi dönem sınırlarını genişletmek için halkoylaması yoluyla daha ilgi çekici haklar ve aynı zamanda genişletilmiş yürütme erki önerdiği ve bu anayasa reformu serisinin vatandaşlar tarafından oylanmasının istenebildiği sayısız örnek mevcuttur⁵⁰. Muhtemelen en meşhuru, Napolyon Bonapart'ın halkoylamasını kendini Fransa imparatoru olarak ilan etmesi için kullanmasıydı⁵¹.

Anayasa yapımına halkın dâhil olması, ortaya çıkan metnin halkın görüşünü yansıtacağı garantisini vermemektedir. Bir yorumcuya göre oldukça kapsayıcı olan İzlanda'daki anayasa yapımı süreci, kısmen “ödünc alınan bir alıştırma” olmuştur ki burada anayasal meclis, Profesör Persson ve Tabellini tarafından yürütülen yabancı anayasalar ve sosyal bilim araştırmasına başvurmuştur⁵². Tıpkı Güney Afrika Anayasasının, tüm halk katılımlarını, evrensel normların ve değerlerin ürünü olarak tarif etmesi gibidir⁵³. Profesör Klug'a göre her ne kadar geçmişte yargı, ayrımcı rejimi önlemede bir araç olarak kullanılmışsa da “ince fakat belirgin uluslararası politik kültür”, Güney Afrika'da neden güçlü bir anayasa mahkemesinin kabul edildiğini göstermektedir⁵⁴. Aynı uluslararası kültür, Güney Afrikalı anayasa

⁴⁹ Bakınız Ginsburg et al., supra note 12, 207-08'de (referandumun “sadece hükümler paketine ilişkin olumlu ya da olumsuz oylama olduğu”na işaret etmektedir.)

⁵⁰ Daniel Lansberg-Rodriguez, Wiki-Constitutionalism, NEW REPUBLIC (Mayıs 25, 2010, 12:00), <http://www.tnr.com/article/politics/75150/wiki-constitutionalism> (“Latin Amerika liderleri, daha geniş yürütme fonksiyonlarının yanısıra uzun vadeli vaad ve hakların listesini yaparak, referandumda bunun için oy kullanacak ve kitleleri yeterince kendisine çekecek yeni bir anayasa yapabilir.”)

⁵¹ PETER EMERSON, DEFINING DEMOCRACY 144 (2.baskı, 2012) (“sadece onu tamamen demokratik yapmak” olduğunu belirtir; referandum 1804'de Napolyon'un kralı olmasını onaylamak için yapılmıştır.)

⁵² Meuwese, supra note 47, 485.

⁵³ Bakınız HEINZ KLUG, CONSTITUTING DEMOCRACY: LAW, GLOBALISM AND SOUTH AFRICA'S POLITICAL RECONSTRUCTION 7 (2000).

⁵⁴ Id.

yapıcılarının kendi hak bildirelerini yaparken büyük ölçüde uluslararası antlaşmalara dayanmasına yol açmıştır⁵⁵.

Diğer taraftan, halk katılımının olmadığı yazılı anayasalar, yine de kamuoyunun fikriyle benzerlik gösterebilir. 1946 tarihli Japon Anayasası, çarpıcı bir örnek sunmaktadır. Her ne kadar anayasa, General McArthur tarafından gizlice yapılmış ve II. Dünya Savaşı'nın kazananları tarafından tek taraflı olarak uygulamaya konulmuşsa da anayasanın tercihleri Japon halkının değerleriyle yakından örtüşmektedir⁵⁶. Örneğin tarihi kamuoyu yoklamasındaki veriler, yerel politik seçkinler desteklemese de Japon halkının imparatorun gücünü sınırlamayı ve daha fazla hakkın kabulünü desteklediğini ortaya koymuştur⁵⁷. Sonuç olarak halkın katılımı ile anayasanın somut olarak popüler değerleri yansıtması arasında muhtemel bir ilişki olsa da bu anekdotlar, bu iki kavramın birbirinden ayrı olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bu makalenin odak noktası, prosedür değil temel anayasal tercihlerdir.

C. Haklar Bildirgeleri

Halkın değerlerine saygı duymaya ilişkin taahhüt, Haklar Bildirgesi'nde yer alırken bu daha çok retorik veya prosedürel bir taahhüttür. Haklar Bildirgesi, genel anlamda hukuken zorlayıcı olan ve ulus tarafından geniş çapta kabul gören görüşleri ve değerleri ortaya koyan bir dizi önemli tercihi temsil etmektedir. Her ne kadar haklar, sıkça normatif bir mesele olarak evrensel anlamda kabul edilse de ampirik geçmiş aksini ortaya koymaktadır. Haklar genellikle kültürel açıdan tartışmalıdır örneğin sadece Batılı ve Üçüncü Dünya ülkeleri arasında veya Batılı veya Asyalı değerler arasında değil liberal demokrasiler arasında ve içinde de haklar tartışmaya açıktır⁵⁸.

⁵⁵ Bakınız Richard Cameron Blake, *The Frequent Irrelevance of US Judicial Decisions in South Africa*, 15 S. AFR. J. HUM. RTS. 192, 198 (1999) (1996 Güney Afrika Anayasasını, "çağdaş insan hakları antlaşmalarının ve ...diğer ulusların anayasalarının ürünü olarak tanımlar" (atıf belirtilmemiştir.)

⁵⁶ David S. Law, *The Myth of the Imposed Constitution*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 239'da, 263 (tarihi kamuoyu yoklaması verisine dayanarak Japon Anayasasının popüler değerlere oldukça benzediğini ancak o dönemin yönetici elitlerinin değerlerine benzemediğini belirtmektedir.)

⁵⁷ *Id.* 263'de. (tarihi kamuoyu yoklaması verilerinin tarif edilmesi)

⁵⁸ Kültürel rölativizm tartışmasına giriş için, karşılaştırınız *infra* Bölüm VLB, ile Josiah A.M. Cobbah, *African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective*, 9

Eylül 2012’de Hazreti Muhammed’e yönelik alay içeren Youtube videosu, Arap Dünyası’nda bir protesto dalgasına neden olmuştur. Yirmi kadar ülkede, protestocular “Kapa Çeneni Amerika” yazılı pankartlarla bu meseleyi sokağa taşıdılar ve Başkan Obama’dan özür dilemesini istediler⁵⁹. Protestolar, Hazreti Muhammed’in Danimarka’da yapılan bir dizi karikatürünün 2006 yılında dünyada neden olduğu şiddetli protestolara benzemektedir⁶⁰. Tüm bu olayların merkezi, özellikle ve öncelikle özgür ifadeye değer verenler ile dini değerlerinin çok önemli olduğunu düşünenler arasındaki çatışmaydı. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda Başkan Obama, son zamanlardaki protestolara ifade hürriyetinin tutkulu bir savunması yaparak cevap vermişti⁶¹. Ancak demokratik ülkeler, özgür ifade hakkının kapsamı ve doğası hakkında bölünmüş bir duruş sergilemeye devam etmiştir. Mısır’ın yeni seçilen başkanı, Muhammed Mursi, aynı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda Mısır’ın “ifade hürriyetinin kimseyi düşmanlığa sevk etmek için kullanılmayacağını⁶²” söyleyerek Başkan Obama’ya doğrudan yanıt vermiştir. Bay Mursi’nin görüşü, ifade hürriyetini; nefret söylemine⁶³, soykırımın reddine⁶⁴ hatta Nazilerin özel eşyalarının Yahoo veya eBay üzerinden satıl-

HUM. RTS. Q. 309, 322-29 (1987) (“Afrikalı dünya görüşünü” ve bu anlayışın, yapısı gereği daha toplulukçu olan Afrika’daki hak kavramını nasıl şekillendirdiğini tanımlamaktadır.) ve Bilahari Kausikan, Asia’s Different Standard, 92 FOREIGN POL’Y 24, 34-40 (1993) (insan haklarının daha çok Batılı haklar olduğunu belirtmekte ve sivil ve politik haklar üzerinde sosyoekonomik haklara vurgu yapan haklar konusunda farklı Asya perspektifini ifade etmektedir.)

⁵⁹ David D. Kirkpatrick, Cultural Clash Fuels Muslims Raging at Film, N.Y. TIMES, 17 Eylül, 2012, A1’de (Geniş çaptaki protestoları, Arap Dünyasındaki dini değerler ile “bireyci Batı”daki ifade özgürlüğü arasında değerler çatışması olarak tanımlamaktadır.)

⁶⁰ Mutual Incomprehension, Mutual Outrage, ECONOMIST, 11 Şubat, 2006, 26’da (Danimarka gazetesinde yayımlanan karikatürlerin yayımı sonrasındaki şiddetli protestoları tarif etmektedir.)

⁶¹ *Bakınız* Baş makale, *President Obama at the U.N.*, N.Y. TIMES, 26 Eylül, 2012, A26’da (Başkan Obama’nın “nefret söylemine karşı en güçlü silahın baskı değil daha fazla ifade” şeklindeki ifadesini belirtmektedir.)

⁶² Neil MacFarquhar, At U.N., *Egypt and Yemen Urge Curbs on Free Speech*, N.Y. TIMES, 27 Eylül, 2012, A10’da.

⁶³ *Bakınız* VENICE COMMISSION, BLASPHEMY, INSULT AND HATRED: FINDING ANSWERS IN A DEMOCRATIC SOCIETY 11 (2010) (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ışığında ifade özgürlüğünün, nefret söylemine nasıl genişletilemeyeceğini anlatmaktadır.)

⁶⁴ *Bakınız* Ronald Sokol, Op-Ed., *Is It a Crime or an Idiocy?: Holocaust Denial*, INT’L HERALD TRIB., 20 Ocak, 2007, 5’de, <http://www.nytimes.com/2007/01/19/opinion/19ihtedsokol.4264282.html>’den ulaşılabilir. (Birçok Avrupa ülkesinde soykırımın inka-

masına⁶⁵ kadar genişletmeyen Avrupa ülkelerinin bakış açısına benzemektedir.

İfade hürriyet gibi din hürriyeti de demokratik ülkeleri ayırmaktadır. Örneğin İslami burkanın giyilmesine ilişkin tartışma konusunu ele alalım: Belçika, Fransa ve Hollanda'da, kadınların kamuda tüm yüzlerin örtünün giyilmesini engelleyen burka yasağına ilişkin geniş halk ve yasama erki desteği vardır⁶⁶. Temel endişe, burkanın kadın haklarını ihlal etmesidir. Burka, Fransız Başbakan'ı Sarkozy'nin deyişiyle "kadınları hapseder" ve "barışın ve eşitliğin ulusal değerlerine" karşıdır⁶⁷. Ancak İngiliz ve Amerikan milletvekilleri ve yetkilileri buna büyük ölçüde katılmıyorlar. Eski Birleşik Krallık göç bakanı Damian Green "oldukça İngiliz olmayan"⁶⁸ diyerek yasağı reddetmiştir. Ayrıca Amerikan Dışişleri Bakanlığı yetkilileri, din özgürlüğünün gereksiz sınırlanması olarak adlandırdığı Fransız önlemine ilişkin açık bir kınama yayımlamıştır⁶⁹. İlginç bir şekilde, kamuoyu yoklamaları ABD vatandaşlarının % 70'inin, Fransa'da sadece % 17'ye karşılık yasağı karşı olduğunu ortaya koydu⁷⁰.

rının nasıl bir suç olarak kabul edildiğini tarif etmektedir ve Birleşik Devletler'in bu konuda nasıl farklı bir tavır takındığını belirtmektedir.)

⁶⁵ Sean Dodson, *The Very Long Arm of the Law*, GUARDIAN (9 Kasım, 2001, 13:15), <http://www.theguardian.com/technology/2001/nov/09/internetnews>

⁶⁶ *Bakınız The Islamic Veil Across Europe*, BBC NEWS (22 Eylül, 2011, 17:20), <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-13038095> (Kadınların tüm yüzü kapatan İslami giysi giymesini yasaklayan yasaların Fransa'da ve Belçika'da kabul edildiğini belirtmektedir.); Bruno Waterfield, *Netherlands to Ban the Burka*, TELEGRAPH (15 Eylül, 2011, 17:40), <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/netherlands/8765673/Netherlands-to-ban-theburka.html> (Hollanda'da benzer bir yasa olduğunu belirtmektedir.)

⁶⁷ Mark McGivern, *Two Women Arrested in Paris for Defying Ban on Islamic Veils*, DAILY REC. (12 Nisan, 2011), <http://www.dailyrecord.co.uk/news/uk-world-news/two-women-arrested-in-paris-for-defying-1100115>.

⁶⁸ David Mitchell, Op-Ed., *If Britain Decides to Ban the Burqa Then I Might Just Start Wearing One*, OBSERVER, 25 Temmuz, 2010, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2010/jul/25/david-mitchell-burqa-ban-tattoos>.

⁶⁹ *Bakınız US Reiterates Disappointment over French Burqa Ban*, FRANCE 24, 15 Haziran, 2010, <http://www.france24.com/en/20100715-usa-tells-france-not-ban-burqa-senate-bill-washington>.

⁷⁰ *French Senate Approves Burqa Ban*, CNN (15 Eylül, 2010, 05:17), http://articles.cnn.com/2010-09-14/world/france.burqa.ban_1_burqa-overt-religious-symbols-ban-lastyear?_s=PM:WORLD (kamuoyu yoklama verilerini göstererek).

Ulusal değerlerdeki bu farklılıklar, bir ülkenin anayasasındaki belirli haklar listesini etkileyebilir. Örneğin oldukça dini bir belge olarak 1937 tarihli İrlanda Anayasası, “En Çok Kutsal Üçlü’nün Adına⁷¹” kabul edilmiştir, açıkça “doğmamışların yaşam hakkını⁷²” açıkça tanır. Ancak diğer birçok Avrupa ülkesi, kürtajın yasaklanmasını reddetmektedir ve İrlandalı kadınların haklarını koruma çabasında olan ve İrlanda sınırları dışında kürtaj hizmetleri öneren “Women on Waves” gibi kuruluşlara desteğini açıklamaktadır⁷³. Bu ulusların anayasaları, yaşamı korumakta ancak bu hakkı, doğmamış olana teşmil etmemektedir. Latin Amerika ülkelerinin çoğu, İrlanda ile aynı saftadır ve anayasal korumayı, fetüse de teşmil etmektedir⁷⁴. Bu ülkelerde, görünüşte yaygın olarak kabul edilen popüler değerler anayasaya yansıtılmaktadır.

Sosyoekonomik hakların anayasal statüsü, anayasalarda insan hakları değerlerinin yeri hakkında farklı görüşlere başka bir örnektir. Günümüzde çoğu anayasa, sadece geleneksel liberal hakları değil aynı zamanda beslenme hakkından, eğitim hakkına ulaşma hakkına kadar değişkenlik gösteren bir dizi pozitif sosyal refah hakkını da kapsamaktadır⁷⁵. Örneğin Portekiz’de sağ diktatör rejimin yıkılmasından sonra halkın taleplerine cevap olarak detaylı bir sosyoekonomik haklar katalogu oluşturulmuştur⁷⁶. Yine de diğer bazı ülkeler, bu eğilime oldukça dirençlidir. Birleşik Devletler Anayasası, sosyal hakları dâhil etmemekte aynı zamanda genel olarak pozitif yetkilendirme-

⁷¹ I R. CONST., 1937, pmb1.

⁷² *Id.* m. 40(3) (“Devlet, doğmamışın yaşama hakkı ile annenin eşit yaşam hakkını gözeterek kabul eder. Kanunlarında buna saygı duyar ve olabildiğince elverişli şekilde kanunlarıyla bu hakkı savunur ve korur.

⁷³ *Bakınız Who Are We*, WOMEN ON WAVES, <http://www.womenonwaves.org/en/page/650/who-are-we>.

⁷⁴ Tüm yazılı anayasaları kodlamama göre on dört anayasa doğmamışın yaşama hakkını korumaktadır ki bunların altısı Latin Amerika’da yer almaktadır. Doğmamışın yaşam hakkının koruyan Latin Amerika ülkeleri, Guatemala, Honduras, El Salvador, Ekvator, Paraguay ve Şili’dir.

⁷⁵ Tüm yazılı anayasaları kodlamama göre günümüzdeki anayasaların %83’ü sosyoekonomik farklı şekillerde düzenlemektedir. *See infra* Part II (anayasa verileri göstermektedir).

⁷⁶ *Bakınız* Pedro C. Magalhães, *Explaining the Constitutionalization of Social Rights: Portuguese Hypotheses and a Cross-National Test*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 432’de, 443-49 (Portekiz’in detaylı sosyoekonomik hükümlerinin kaynaklarını açıklamaktadır ve bu haklara “Portekiz hukuk geleneği” ve son derece “sosyal Katolik değerlerin” kabulü şeklinde bir atıfta bulunmaktadır.

lerden yoksun bırakmaktadır⁷⁷. Devlet eyleminin yokluğunda bunun anayasal yükümlülükleri mevcut değildir⁷⁸. Bu yaklaşımın “Locke’la başlayan ve Locke ile devam eden...” uzun süreli bir anayasal geleneği yansıttığı ve bunun Birleşik Devletlerin kültürel mirasının esaslı bir bölümünü oluşturduğu belirtilmektedir⁷⁹. Diğer ülkeler de açıkça liberteryen karakterli anayasalara sahiptir⁸⁰. Bu, devletleri diğer devletlerden ayıran böylesi somut anayasal tercihlerdir ve makale, bunu keşfetmeye çalışmaktadır⁸¹.

II. ANAYASAL POPÜLİZMİ ÖLÇMEK

Popüler değerler ve anayasal tercihler arasındaki ilişkinin ampirik analiz, hem dünya anayasalarının içeriğine hem de bu içeriğe ilişkin popüler görüşlere dair veriyi gerektirmektedir. Dünya anayasalarının ilgili haklara ilişkin içeriğini algılayabilmek için 1946’dan bu yana kabul edilmiş her anayasanın kodlamasına dayanarak topladığım verilerden yararlanıyorum⁸². Özellikle bu orijinal veri, 1946-2012 arasında 186 farklı ülke tarafından kabul edilen toplam 751 anayasayı kapsamaktadır. Her bir anayasa için anayasanın tüm metni incelenmiştir; hem temel haklar hem de hakları

⁷⁷ Bakınız Frank I. Michelman, *The Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, içinde EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 131, 134 (Georg Nolte ed., 2005) (Birleşik Devletlerdeki devlet eylem doktrini ile Avrupa’daki koruyucu ödevler eğilimini karşılaştırmaktadır)

⁷⁸ Bakınız *DeShaney v. Winnebago Cnty. Dep’t of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189 (1989) (ABD Anayasa Hukukunda devlet eylem doktrinini ifade etmektedir.)

⁷⁹ LOUIS HARTZ, *THE LIBERAL TRADITION IN AMERICA* 6 (2.Baskı 1991).

⁸⁰ David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. 1163, 1221-26 (2011) (Bazı anayasaların, doğası gereği daha devletçi iken bazı anayasaların belirgin bir şekilde özünde liberal olduğunu ortaya koymaktadır.)

⁸¹ Bakınız John Boli, *Human Rights or State Expansion? Cross-National Definitions of Constitutional Rights, 1870-1970*, içinde INSTITUTIONAL STRUCTURE: CONSTITUTING STATE, SOCIETY AND THE INDIVIDUAL 133, 138 (George M. Thomas et al. eds., 1987) (“anayasaların yapıları gereği çok benzediğini” ancak “içerik bakımından daha az benzerlik gösterdiğini” ileri sürmektedir.)

⁸² Bu veriye ilk kez burada yer verilmiştir: Benedikt Goderis & Mila Versteeg, *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Analysis*, Sixth Annual Conference on Empirical Legal Studies (4 Kasım, 2011) (yayımlanmamış taslak) (kopyası mevcut)

destekleyen mekanizmalar hakkında 237 değişkene ilişkin bilgi toplanmıştır. Bu süreç, daha önceki çalışmalarında daha detaylı bir şekilde işlenmiştir⁸³.

Daha büyük veri setinden, on iki hak ile ilgili anayasal hükümleri seçtim. Bu hükümler, farklı ulusların kendi değerlerine bağlı olarak farklı şekillerde yapabilecekleri özel tercihleri temsil eder. Bu analizde yer alan on iki temel anayasal tercih şunlardır: (1) Aile hayatının korunması; (2) Dinlenme/boş zaman hakkı; (3) Çalışma hakkı; (4) Çevrenin korunması; (5) Evliliğin korunması; (6) Dilekçe hakkı (7) Toplanma hakkı; (8) Grev hakkı; (9) Cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin korunması; (10) Kürtaj yasağı (doğmamışların korunması yoluyla); (11) çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve (12) Anneliğin korunması. Bu haklar, birinci kuşak negatif liberal hakların bir karışımını (dilekçe, toplantı ve cinsiyet eşitliği), ikinci kuşak sosyoekonomik haklar (dinlenme, çalışma ve grev) ve aile ve geleneksel değerlerle ilgili (evlilik, kürtaj, aile, eşcinsellik) daha güncel hakları da temsil etmektedir⁸⁴. Tüm bu haklar genellikle dünya anayasalarında bulunmaktadır. Birinci kuşak haklar evrensel olarak hemen hemen tüm anayasalarda düzenlenmişken diğer iki kategorideki haklar daha tartışmalıdır. O halde değerler konusunda ülkeler arasındaki farklılıklar, son iki hak kategorisine özellikle de üçüncüsüne güçlü bir şekilde yansımaktadır. Bu haklara ilişkin örneklerin seçimi, kamuoyunun verileriyle eşleşen anayasal hükümlerin tercih edilmesi ihtiyacıyla belirlenmekte ve sınırlanmaktadır. On iki anayasal hüküm listesine ilişkin sonuç, Tablo 1'in sol sütununda bulunabilir.

Bu on iki spesifik anayasal terichleri, Dünya Değerler Araştırması-DDA (World Values Survey) verileriyle karşılaştırdım⁸⁵. Dünya Değerler Araştırması, dünya çapında bir sosyal bilimciler ağı tarafından toplanan farklı ülkelerden alınan fikri verileri temsil etmektedir⁸⁶. Bugün için Dünya Değerler Araştırması, dünya nüfusunun %88'ini kapsayacak şekilde doksan ülkede standart araştırmalar/anketler yürütmüştür⁸⁷. Anketler 1981 ve 2010

⁸³ Bakınız Goderis & Versteeg, supra note 82, at pt. VI; Law & Versteeg, supra note 80, 1187-90'de & nn.103-16.

⁸⁴ Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, içinde THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1225, 1231 (ed. Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, 2007) ("sivil ve politik katılıma ilişkin klasik hakları ve eşitliği", halk için öngörülen "ikinci kuşak" sosyal ve ekonomik haklardan ayırmaktadır.)

⁸⁵ Dünya Değerler Araştırması verilerinin online analizi ve belgeleri için bakınız WORLD VALUES SURVEY (2012), <http://www.worldvaluessurvey.org/>.

⁸⁶ Bakınız Ronald Inglehart, Önsöz VALUES CHANGE THE WORLD (2008) (Dünya Değerler Araştırması'nın altyapısını açıklamaktadır.)

⁸⁷ *Id.*

yılları arasında altı dalga halinde toplamda neredeyse yarım milyon hane halkıyla yapılmıştır⁸⁸. Birçok ülke, birden fazla dalgada incelenmiştir ve bu durum zaman içinde bir karşılaştırma yapmayı sağlamıştır. Dünya Değerler Araştırması, halkın değerler ve inançlarının neler olduğunu elde etmek için hazırlanmıştır. Her bir dalgada, “din, cinsiyet rolleri, çalışma motivasyonu, demokrasi, iyi yönetim, sosyal sermaye, siyasi katılım, diğer gruplara hoşgörü, çevre koruması ve öznel iyilik⁸⁹” konularıyla ilişkili değerleri anlamak için standart bir soru çizelgesi kullanılarak her bir devletin vatandaşlarından temsili bir örnekle görüşülmektedir.

Dünya Değerler Araştırması’ndan standart soru çizelgesinde yer alan on iki soru seçtim ki bu sorular, Tablo 1 sol sütunda belirtilen on iki anayasal hükümle eşleşmektedir. Bu on iki soru, Tablo 1’in sağ sütununda belirtilmektedir. Birçok soruda, bazı farklılıklarla cevap verenlerin belli bir değeri veya hayatın bir boyutunu (“iş”, “boş zaman” gibi), “çok önemli”, “oldukça önemli”, “çok önemli değil” veya “hiçbir şekilde önemli değil” olarak değerlendirmeleri istenmiştir.

Mümkün olduğunca, daha spesifik sorular seçtim. Örneğin halkın, ailelerini “önemli” veya “çok önemli” bulup bulmadıklarını değerlendirmektense; ailevi değerlere ilişkin (özellikle ankete katılan kişinin, bir çocuğun mutlu bir şekilde büyümesi için anne ve babasıyla beraber bir eve ihtiyaç duyduğuna inanıp inanmadığı gibi) daha spesifik soruları seçtim. Böylece halkın doğal çevrelerine değer verip vermediklerini değerlendirmektense kişilerin çevreyi korumak adına para harcamak isteyip istemediğine ilişkin soruyu tercih ettim. Ayrıca halkın soyut anlamda cinsiyet eşitliğine değer verip vermediklerini basitçe sormaktansa; istihdamın az olması durumunda erkeklerin kadınlara nazaran işe daha çok sahip olup olmamasını değerlendiren soruyu tercih ettim⁹⁰. Bir ulusta sahip olunan belli derin değerleri

⁸⁸ Dünya Değerler Araştırması verileri ile Avrupa Değerler Çalışmasını verilerini birleştirdim ve tam olarak aynı araştırmayı ek bir dizi Avrupa ülkesinde yaptım. Ülkelerin tümüyle değerlendirmesi için bkz. INTEGRATED EVS/WVS 1981–2008 DATAFILE, <http://www.wvsevsdb.com/wvs /WVSIntegratedEVSWVS.jsp?Idioma=I>. Birleştirilmiş bu iki çalışma, doksan ülkeyi kapsamaktadır, altı aşamada yapılmıştır; 1981-1984, 1989-1993, 1994-1999, 1999-2004, 2005-2006 ve 2008-2010 dönemlerini kapsamaktadır.

⁸⁹ Inglehart, *supra* note 86, 1’de.

⁹⁰ Sonuçlar, bu ayrıma dayanmamaktadır. Özellikle, daha genel soruları daha spesifik sorularla değiştiresem, bu makalenin ilerleyen bölümlerinde belirtilen sonuçlar aynı kalmaktadır.

ölçme isteği, böylesi daha spesifik soruların tercih edilmesinde kılavuzluk etmiştir.

Analizimin amacı için her bir ülkede bu cevapların her birine yanıt veren katılımcıların oranını hesapladım ve her biri hakka kimlerin değer verdiğini ve vermediğini gruplandırımdım. Tablo 1’de sağ sütunda yer alan altı çizili cevaplar, katılımcıların birlikte nasıl gruplandırıldığını göstermektedir. Tablo 1 sol tarafta **renkli bir şekilde vurgulanmış** anayasal hükümlerden hangilerinin ampirik analizle ilişkilendirileceğini göstermektedir⁹¹.

Tablo 1. Anayasal Hükümler ve Dünya Değerler Araştırması’nda (DDA) Bu Hükümlere Karşılık Gelen Sorular

	Anayasal hüküm	Kamuoyunun görüşü (DDA)
1. Aile (2010’da tüm anayasaların %66’sında bulunmaktadır.)	Anayasa, aileye ilişkin bir hak koruması sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	<i>Geleneksel aile değerleri.</i> Bir çocuğun Mutlulukla büyümesi için hem annesi hem de babasıyla olacağı bir eve ihtiyacı olduğunu düşünüyor musunuz? 0 Katılmama eğiliminde 1 Katılma eğiliminde
2. Dinlenme/Boş zaman (2010’da tüm anayasaların %42’sinde bulunmaktadır.)	Anayasa, dinlenme ve boş zaman hakkını veya devlete (aşamalı olarak) dinlenme ve boş zamanı koruma ve/veya sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	Sizin hayatınızda <i>boş zaman</i> ne kadar önemlidir? 1 Çok önemli 2 Oldukça önemli 3 Çok önemli değil 4 Hiç önemli değil
3. Çalışma (2010’da tüm anayasaların %81’inde bulunmaktadır.)	Anayasa, çalışma hakkını veya devlete çalışma hakkını koruma ve/veya çalışmayı (aşamalı olarak) sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	<i>Çalışma</i> , sizin hayatınızda ne kadar önemlidir? 1 Çok önemli 2 Oldukça önemli 3 Çok önemli değil 4 Hiç önemli değil

⁹¹ Ayrıca katılımcıların farklı sınıflandırmasıyla denedim ancak bunun, ilerleyen bölümlerde belirtilen sonuçları etkilediği sonucuna varmadım.

4. Çevre (2010'da tüm anayasaların %65'inde bulunmaktadır.)	Anayasa, vatandaşlar için sağlıklı ve temiz çevre hakkını veya devlete çevre hakkını koruma ve/veya bu hakkı (aşamalı olarak) sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	Çevre kirliliğini önlenmek için fazladan para kullanılması durumunda vergi artışını kabul ediyorum. 1 Kesinlikle katılıyorum 2 Katılıyorum 3 Katılmıyorum 4 Kesinlikle katılmıyorum
5. Evlilik (2010'da tüm anayasaların %36'sında bulunmaktadır.)	Anayasa, evlenme hakkını veya evliliğin özel olarak korunmasını sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Şu ifadeye katılıyor musunuz yoksa katılmıyor musunuz? "Evlilik modası geçmiş bir kurumdur." 0 Katılmıyorum 1 Katılıyorum 2 Diğer cevap
6. Dilekçe (2010'da tüm anayasaların %50'sinde bulunmaktadır.)	Anayasa, dilekçe hakkını veya devlete ilişkin talepleri veya şikayetleri konu edinme hakkını kapsıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç dilekçe imzalamadınız mı? Gelecekte bunu yapabileceğinizi düşünüyor musunuz veya hiçbir koşulda bir dilekçeyi imzalamaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim
7. Toplanma (2010'da tüm anayasaların %93'ünde bulunmaktadır.)	Anayasa, toplanma hakkını sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç yasal/barışçıl gösteriye katıldınız mı? Bunu gelecekte yapacağınızı düşünüyor musunuz veya herhangi bir koşul altında hiçbir şekilde yasal bir gösteriye katılmaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim
8. Grev (2010'da tüm anayasaların %45'inde bulunmaktadır.)	Anayasa, grev hakkını kapsıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç resmi bir greve katıldınız mı? Bunu gelecekte yapacağınızı düşünüyor musunuz veya herhangi bir koşul altında hiçbir şekilde resmi bir greve katılmaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim

<p>9. Eşcinsellik (2010'da tüm anayasaların %4'ünde bulunmaktadır.)</p>	<p>Anayasa, cinsel yönelime bakmaksızın eşitliği koruyor mu? <input checked="" type="radio"/> 1 Evet <input type="radio"/> 2 Hayır</p>	<p>Bu çizelgeyi kullanarak eşcinselliğin her zaman meşru/makul, hiçbir şekilde meşru/makul değil ya da bu iki tercihin arasında olup olmadığına ilişkin düşüncenizi söyley misiniz? <input type="radio"/> 1 Hiç şekilde meşru/makul değil <input type="radio"/> 2 <input type="radio"/> 3 <input type="radio"/> 4 <input type="radio"/> 5 <input type="radio"/> 6 <input type="radio"/> 7 <input type="radio"/> 8 <input type="radio"/> 9 <input checked="" type="radio"/> 10 Her zaman meşru/makul</p>
<p>10. Kürtaj (2010'da tüm anayasaların %8'inde bulunmaktadır.)</p>	<p>Anayasa, yaşama hakkının ana rahmine düşmesiyle başlamasına vurgu yaparak "doğmamış"ın yaşama hakkını koruyarak zımnî olarak kürtaşı yasaklıyor mu ya da açıkça kürtaşı yasaklıyor mu? <input checked="" type="radio"/> 1 Evet <input type="radio"/> 2 Hayır</p>	<p>Kürtaşın her zaman meşru/makul, hiçbir şekilde meşru/makul ya da bu ikisinin arasında bir yerde olduğuna ilişkin fikrinizi aşağıdaki çizelgeyi kullanarak belirtiniz. <input checked="" type="radio"/> 1 Hiç şekilde meşru/hukuka uygun değil <input type="radio"/> 2 <input type="radio"/> 3 <input type="radio"/> 4 <input type="radio"/> 5 <input type="radio"/> 6 <input type="radio"/> 7 <input type="radio"/> 8 <input type="radio"/> 9 <input type="radio"/> 10 Her zaman makul/hukuka uygun</p>
<p>11. İş yaşamında cinsiyet eşitliği (2010'da tüm anayasaların %20'sinde bulunmaktadır.)</p>	<p>Anayasa, kadınların eşit işe karşılık eşit ücret alması şeklinde; çalışma ilişkilerinde kadınlara ilişkin eşitliği düzenlemekte midir? <input checked="" type="radio"/> 1 Evet <input type="radio"/> 2 Hayır</p>	<p>İşler az olduğunda kadınlara nazaran erkeklerin işe daha çok sahip olmaları hakkında ne düşünüyorsunuz? <input type="radio"/> 1 Katılıyorum <input checked="" type="radio"/> 2 Katılmıyorum <input type="radio"/> 3 Hiçbiri</p>

12. Annelik (2010'da tüm anayasaların %43'ünde bulunmuştur.)	Anayasalar, anneler için özel bir koruma sağlamalı mıdır? 1 Evet 2 Hayır	Kadının tam anlamıyla kendini gerçekleştirebilmesi için çocukları olması gerektiğini düşünüyor musunuz? Ya da bu gerekli değil midir? 0 Gerekli değildir 1 Çocuklar gereklidir
--	--	--

Tablo 1'de listelenen sorulardan bazıları, halkın değerlerini açıkça sorgulamaktadır. Örneğin halka, eşcinsellik, kürtaj, evlilik, çalışma ve boş zaman konularına ne kadar önem verdiklerini sormaktadır. Kadınların çocuklara ihtiyaç duyup duymadığını, çocukların hem anneye hem de babaya ihtiyaç duyup duymadığı, erkeklerin kadınlara nazaran işe sahip olmaya daha çok hakkı olup olmadığı veya halkın daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli olup olmadığı konusunda daha spesifik sorular da sorulacaktır. Tam tersi, halkın greve gitmeye, toplantı yapmaya veya dilekçe vermeye istekli olup olmadığına ilişkin sorular, değerleri açıkça daha az ortaya koyuyordu. Ancak bu sorular, halkın bu hakları yerine getirmede istekli olup olmadığı noktasında kültürel tavırlarını ortaya koymaktadır. Hem popüler değerler hem de kültürel tutum, ülkenin haklar bildirgesine yansımış olabileceği ulusal karakteri hakkında tüm ülkedeki önemli farklılıkları ortaya koymaktadır. Her ikisi de bu nedenle analize dâhil edilmiştir.

Ampirik analizin ele alındığı Tablo 1'in sağ sütunda yer alan anket cevapları, Tablo 1'in sol sütunundan karşılık gelen haklar ile birçok açıdan ilişkilidir. Hakların, popüler değerlere bağlı olup olmadığını belirlemek için analiz; (1) Anayasada yer alan hakların, özellikle popüler değerleri temsil edip etmediğini (2) Anayasada yer alan hakların popüler değerleri temsil edip etmediğini değerlendirmektedir. Ancak hakların dâhil edilmesi veya hariç tutulması, anayasa tarafından yönetilen halk tarafından aynı şekilde değerlendirilmemesi mümkündür. En azından teoride, bir kimsenin çevreye gerçekten değer verdiği, ancak anayasada sağlıklı bir çevre konusunda hak iddia etmek istememesi muhtemeldir. Dünya Değerler Araştırması'ndaki sorular, bu farklılığı ortaya koymamaktadır. Bu sorulardan hiçbiri, halkın anayasalarda kendi değerlerini korumak isteyip istemediğini açıkça sormamaktadır. Önemli popüler değerlerin anayasaya dâhil edilmemesi ihtimali, yine de halkın desteğini kazanabilecektir. Bu durum, Anayasada kendi değerlerinin korunmasını isteyip istemediğini halka soran binden fazla anket cevabının sonuçlarını temsil eden V. Bölümde değerlendirilecektir. Araştır-

madan elde edilen sonuçlar, halkın genellikle kendi değerlerini anayasada korunmak istediğini ortaya koymaktadır.

III. ANAYASAL HAKLAR VE POPÜLER DEĞERLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN AMPİRİK İNCELEMESİ

Anayasal hakların korunmasına ilişkin veri ile Dünya Değerler Araştırması'ndan ortaya çıkan veriler karşılaştırıldığında, anayasal tercihler ile popüler değerler arasında zayıf bir ilişki olduğunu ortaya çıkmaktadır. Bu ifade, belirli hakların popüler değerlerle nasıl ilişkilendirildiğine ilişkin tanımlayıcı incelemeler⁹² ile çok değişkenli gerileme analizlerinde⁹³ kendisine destek bulmaktadır.

A. Ülke Genelindeki Karşılaştırmalı Araştırma

İlk bakışta veriler hemen anayasal tercihlerin sıklıkla popüler görüşlerden ve değerlerden ayrıldığını ortaya koymaktadır⁹⁴. Bazı anayasal haklar için bu bağlantı çok yanıltıcıdır: Halkın derinden önemsedığı hakkın kabul edilmesinde başarısız olan devletler olduğu gibi halkın aynı hakka önem vermediği bir hakkı kabul eden devletler de vardır. Diğer haklar için temsil ettikleri değerler, neredeyse evrensel olarak tüm devletlerde kabul edilmektedir, ancak bazı devletlerde aslında bu haklar anayasalarında korunmaktadır.

Anayasal tercihler ile popüler değerler arasında belirgin bir ilişkinin olmadığını gösteren kurguyu resmetmek için grev hakkını ele alalım. 2010'da dünya anayasalarının %45'i grev hakkını düzenlemiştir. Ancak grev hakkının dâhil edilmesi sıkça bu devletlerdeki halkın grev hakkına ilişkin verdiği önemle örtüşmemektedir. Fas, Macaristan, Romanya, El Salvador, Belarus, Slovakya, Venezuela, Kırgızistan ve Filipin Anayasalarının her biri, grev hakkını içermesine rağmen nüfuslarının %90'u (Fas'ta %96'dan Filipinler'de %91'e kadar değişkenlik göstermektedir) hiçbir zaman hiçbir koşul altında yasal bir greve katılmayacağını belirtmiştir. Bunun zıt bir uç örneği Birleşik Krallık'tır. Her ne kadar grev hakkı, Britanya Hukukunda anayasal statüde yer almasa da Birleşik Krallık'ta araştırmaya konu olan

⁹² *Bakınız* Bölüm III.A

⁹³ *Bakınız* Bölüm III.B

⁹⁴ Bu bölümde ortaya konulan Dünya Değerler Araştırması verileri, her bir ülkenin en yeni değerine dayanmaktadır. 55 ülke için (90 taneden), bu veri 2008-2010 arasında yapılan son aşamada toplanırken diğer ülkelerinin en son aşaması 2008 öncesine dayalıdır.

halkın neredeyse %100'ü yasal bir greve katılmayı istemektedir⁹⁵. Halkın büyük bir çoğunluğunun değer verdiği bu hak, diğer anayasalarda da hariç tutulmaktadır. Güney Kore, İsveç ve Danimarka'da, nüfusun yarısından fazlası yasal bir greve katılmayı istemektedir ancak bu hak, anayasal belgelere dâhil edilmemiştir. Tablo 2'de soldaki iki sütunda, anayasada grev hakkı dâhil ulusların tercihleriyle bağlantılı olarak halkın değerlerinin en az ve en çok yer aldığı beş devlet ile listelenmiştir. Sağdaki iki sütunda ise ulusun kurucu belgesine dâhil etmeme kararıyla bağlantılı olarak halkın değerlerinin en çok ve en az yer aldığı beş ülke belirtilmektedir.

Tablo 2: 2010'da grev hakkı ve popüler değerler

Anayasalarda Yer Alan Grev Hakkı		Anayasalarda Yer Almayan Grev Hakkı	
En yüksek düzeyde anlaşma (yasal greve gidecek olan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (yasal greve gidecek yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (yasal greve hiçbir zaman gitmeyecek olan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (yasal greve hiçbir zaman gitmeyecek olan yüzde)
Makedonya %55	Fas %4	Pakistan %98	Birleşik Krallık %0
Hırvatistan %50	Macaristan %6	Mısır %97	Kore %36
Peru %45	Romanya %7	Kıbrıs %97	İsveç %48
Fransa %45	El Salvador %8	Ürdün %96	Danimarka %49
Azerbaycan %41	Belarus %8	Endonezya %92	Bosna Hersek %56

Bir diğer örnek olarak, doğal çevrenin korunmasını ele alacak olursak; bu hak birçok farklı biçimde bugün yürürlükte olan tüm anayasaların neredeyse üçte ikisinde korunmaktadır. Her ne kadar nüfusun büyük bir çoğunluğu daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli görünmese de birçok ülkede, sağlıklı çevre anayasal koruma kazanmaktadır. Örneğin Litvanya, Almanya, Mısır, Estonya, Macaristan'da ve diğer ülkelerde sağlıklı çevre, ulusun üstün değerlerinden biri olarak korunsa da nüfusun üçte ikisinden fazlası çevrenin korunması için vergi artışına karşıdır. Tam

⁹⁵ Bakınız *supra* note 6.

tersi, Dominik Cumhuriyeti, Bangladeş, Tanzanya ve Bosna Hersek bu hakka anayasasında yer vermese de halkın üçte ikisi çevreye o kadar önem verir ki çevrenin korunması için vergilerin arttırılmasını isteyebilirler. Tablo 3, sırasıyla bu hakka sahip olan ve olmayan ülkelerde, popüler değerler ile sağlıklı çevre hakkı arasındaki en az ve en çok olan farklılığı özetlemektedir.

Tablo 3: 2010'da sağlıklı çevre hakkı ve popüler değerler

<u>Anayasalarda Yer Alan Çevre Koruması</u>		<u>Anayasalarda Yer Almayan Çevre Koruması</u>	
En yüksek düzeyde anlaşma (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını isteyen yüzde)	En düşük düzeyde (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını isteyen yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını istemeyen yüzde)	En düşük düzeyde (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını istemeyen yüzde)
Vietnam %91	Litvanya %23	Avusturya %63	Dominik Cumhuriyeti %14
El Salvador %84	Almanya %26	Fas %61	Kore %36
Türkiye %78	Mısır %31	İrlanda %60	İsveç %48
Mali %77	Estonya %33	Ürdün %55	Danimarka %49
İran %77	Macaristan %33	Singapur %55	Bosna Hersek %56

Birkaç anayasal hüküm bakımından bu hükümlerin temsil ettiği değerler, evrensel olarak tüm ülkelerde kabul edilmektedir. Neredeyse evrensel şekilde kabul edilmiş böylesi değerler anayasada yer aldığı anda, anayasa ile kamuoyu uyum içindedir. Ancak birçok durumda anayasa, ilgili korumaları hariç tutar; böylece yazılı belge ile kamuoyu arasında uyumsuzluk meydana gelir. Örneğin evlenme hakkını düşünelim. 2010'da anayasaların neredeyse üçte biri evliliği korumuştur. Tüm bu örneklerde, nüfusun üçte ikisinden fazlasının, "evlilik, modası geçmiş bir kurumdur" ifadesine katılmaması, evlilik kurumuna halkın geniş çapta destek verdiğini ortaya koymaktadır. Ancak evlilik konusunda benzer baskın destek, korumanın anayasalarda yer almadığı ülkelerde de mevcuttur. Birleşik Devletlerde örneğin nüfusun %88'i evliliğin modasının geçtiğine katılmamaktadır ancak evlilik, anayasada yer almamaktadır. Aslında evliliğin korunmasının anayasaya dâhil edilmediği

her ülkede, nüfusun yarısından fazlası bu kuruma değer vermeye devam etmektedir.

Tablo 4: 2010'da evlenme hakkı ve popüler değerler

<u>Anayasalarda Düzenlenen Evlenme Hakkı</u>		<u>Anayasalarda Düzenlenmeyen Evlenme Hak</u>	
En yüksek düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En düşük düzeyde (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna inanan yüzde)
Endonezya %96	İspanya %68	Lüksemburg %38	Pakistan %1
Vietnam %92	Almanya %71	Fransa %35	Gürcistan %4
Etiyopya %90	İsviçre %72	Kırgızistan Cumhuriyeti %32	Mısır %4
Dominik Cumhuriyeti %89	Birleşik Krallık %73	Belçika %31	Türkiye %5
Slovakya %88	Bulgaristan %73	Avusturya %31	Bangladeş %5

Tam tersi bir senaryo, cinsel yönelime bakmaksızın eşitlik hakkında ortaya çıkmaktadır. Sadece az bir istisna ile (özellikle İsveç, Hollanda, Norveç, İzlanda, Danimarka, İsviçre, Lüksemburg, İspanya, Finlandiya, Avustralya ve Almanya) her bir ülkede vatandaşların büyük bir çoğunluğu, eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür onay vermeme, genelde eşcinselliğin nadiren korunduğu yazılı anayasalara yansıtılmaktadır. Eşcinselliğin anayasal olarak korunduğu az ülkeden biri olan Güney Afrika'da, bu durumu onaylayan oran çok azdır: Dünya Değerler Araştırması'na göre bugün için Güney Afrika'nın %82'si eşcinselliği kabul edilemez bulurken anayasanın yazıldığı sırada ise %88 eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir⁹⁶. Buna karşılık eşcinselliğin en çok kabul

⁹⁶ Dünya Değerler Araştırması Ass'n, *supra* note 1.

gördüğü ülkelerdeki anayasalar (Hollanda ve İsveç) aslında bu hakkı içermektedir. (Her ne kadar bu hakkın dâhil edilmesini Hollanda Parlamentosu yakın zamanda tartışıyor olsa da⁹⁷). Birçok durumda, eşcinselliğe ilişkin bir korumanın anayasanın dışında bırakılması aslında popüler bakış ve değerlerin bir yansımasıdır.

B. Gerileme Analizi

Toplumsal değerler ile anayasal tercihler arasında görünüşteki zayıf ilişkiyi daha sistematik şekilde incelemek için bu bölümde gerileme analizine geçilecektir. Gerileme analizi, karşılaştırmalı bir perspektifle, belli değerlere güçlü bir önem atfeden ülkelerin, aynı değerlere daha az önemle bağlı olan ülkelere nazaran, kendi anayasalarında bu değerlerin daha çok korunup korunmadığının incelemesini sağlar. Tabii ki karşılaştırmalı bakış açısıyla anayasal hakların benimsenmesi noktasında karar alıcılara ilişkin sorular, herkesin bildiği üzere komplekstir ve tüm ülkedeki ortak istatistik teknikleriyle çözümlenmesi zordur⁹⁸. Kamuoyunun, belli hakların kabulünde etkili olduğunu bilmek, kamuoyunun gerçekten bu kabulde etkili olduğunu veya bununla ilişkili olduğunu her zaman söylemez. Örneğin, popüler düşüncenin anayasa yapımını etkilemekle kalmayıp, anayasanın da popüler düşüncüyü de etkilediğini söylemek mümkündür⁹⁹. Araştırma tasarımı, zıt bir nedensellik ihtimalini açıklamamaktadır ve tüm sonuçlar, biraz ihtiyatla yorumlanmalıdır. Bununla birlikte korelasyonlar, belli hipotezlerin olasılığını aydınlatılabilmekte ve ülkelerin neden aynı hakları benimsediğine ilişkin yorumlar hakkında fikir vermektedir¹⁰⁰. Aksine, kamuoyu ile anayasal haklar arasında herhangi bir korelasyon bulunmaması, bunların ilişkili olma olasılığının düşük olduğunu ortaya koymaktadır.

⁹⁷ *Kamer Voor Seksuele Geaardheid in Artikel 1 Grondwet [Dutch Parliament Supports Inclusion of Equality Regardless of Sexual Orientation in Article 1 Constitution]*, TROUW, (8 Mart, 2012, 11:30), <http://www.trouw.nl/tr/nl/4492/Nederland/article/detail/3295998/2012/08/03/Kamer-voor-seksuele-geaardheid-in-artikel-1-grondwet.dhtml>.

⁹⁸ *Bakınız Law & Versteeg, supra note 82, 919'da; Anne Meuwese & Mila Versteeg, Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law, içinde PRACTICE AND THEORY IN COMPARATIVE LAW 230, 233 (ed. Maurice Adams & Jacco Bomhoff, 2012) (nedensellikten korelasyonu ayırmanın zorluğunu tartışmaktadır.)*

⁹⁹ *Bakınız Nathaniel Persily, Giriş PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY 3 (ed. Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick J. Egan, 2008) (teoride anayasa hukukunun kamuoyunu değiştirebileceğini ancak Birleşik Devletlerde böylesi bir hipoteze ilişkin çok az ampirik destek bulunduğunu belirtmektedir.)*

¹⁰⁰ *Bakınız Law & Versteeg, supra note 82, 919'da.*

Popüler değerlerin anayasal tercihlerle nasıl bir ilişkide olduğunu keşfetmek için on iki gerilemeyi değerlendiriyorum. Bu on iki değer her biri ve bunlarla eşleşen haklar bir önceki bölümde tanımlanmıştır. Özellikle şunları test ediyorum: (1) geleneksel aile değerlerine bağlı halkın yaşadığı devletlerde, çekirdek aileyi korumanın anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (2) Boş zamanın önemli olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, boş zaman hakkının anayasalarda bir düzenleme olarak yer alıp almadığı (3) çalışmanın önemli olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, çalışma hakkının anayasalarda daha çok düzenlenip düzenlenmediği (4) kendi gelirlerinde bir harcamaya yol açmasına rağmen çevreye değer veren halkın olduğu devletlerde, çevrenin korunmasının anayasalarda düzenlenip düzenlenmediği (5) halkın, evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna inanmadığı devletlerde, anayasanın evlenme hakkını koruyup korumadığını (6) halkın dilekçe imzalamayı daha çok istediği ülkelerde, dilekçe hakkının anayasalarda büyük ihtimalle düzenlenip düzenlenmediği (7) halkın yasal olarak toplanmayı daha çok istediği devletlerde, toplantı hakkının anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (8) yasal grevlere katılmak isteyen halkın daha çok olduğu devletlerde, grev hakkının anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (9) eşcinselliğin savunabilir olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin daha çok korunup korunmadığı (10) kürtajın hiçbir zaman haklı bulunulmayacağını düşünen halkın olduğu devletlerde, gebe kalma anından itibaren yaşam hakkının daha çok korunup korunmadığı (11) istihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklere mesleklerin tanınması gerektiğine karşı çıkan halkın olduğu devletlerde, mesleki ilişkilerde cinsiyet eşitliğinin daha çok korunup korunmadığı (12) kadının tam olarak kendini gerçekleştirme için çocuğa ihtiyacı olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde anneliğin daha çok korunup korunmadığı.

Bu ilişkiler, dünya anayasalarında ilgili hükmün mevcudiyetinin bağımsız değişken¹⁰¹ olduğu on iki ayrı probit gerilemede incelenmiştir. Bu gerile-

¹⁰¹ Çünkü anayasalar çok sık değişme eğiliminde değildir ve popüler değerleri ortaya koyan araştırmalar, sadece her beş yılda bir yapılmaktadır, her model anayasal hakların kabulünü yıldan yıla öngörmemektedir ancak araştırma verilerinin aşamadan aşamaya toplanmasında, her altı aşamadaki veri toplamının son yılı kullanılmaktadır. Özellikle oniki gerileme modelinin her biri, 1984, 1993, 1999, 2004, 2006 ve 2010 yıllarının ortalamasıyla birleştirilmektedir ve robust standart hatalar, ülke düzeyinde toplanmaktadır. Böylece gözlemlerin zamanla eşleşmesi sağlanmaktadır. *Bakınız The Integrated EVS/WVS 1981-2008 Datafile*, WORLD VALUES ASS'N, <http://www.wvsevsvdb.com/>

meler benzer kontrol değişkenleri içermektedir: (1) Bir ülkenin politika bilimi literatüründe sayısal olarak ölçülen demokrasi düzeyi¹⁰² (2) Bir devletin kişi başına düşen gayrisafi yurtiçi hâsılası doğal logaritması¹⁰³ (3) Toplam madde sayısına göre anayasa metninin kapsamını ölçme¹⁰⁴ (4) Bir devletin, ortak hukuk sistemi yargılamasına sahip olup olmadığı¹⁰⁵, (5) Sabit-etkiler olarak bilinen, halkın kendi fikirleri hakkında nabzının yoklandığı her bir dönem için ikili değişken takımı ve sonuç olarak (6) üç bölge değişkeni ki bu değişken, bir ülkenin sırasıyla Afrika’da mı Batı Avrupa’da mı, Kuzey Amerika’da mı yoksa Asya’da mı olup olmadığına göre belirlenmektedir¹⁰⁶.

Mevcut literatürde, her bir değişken anayasal tasarımın tercihlerinin önemli göstergeleri olarak kuramlaştırılmıştır. Mevcut araştırma, demokrasinin negatif özgürlükler ile yargı sürecine ilişkin hakların benimsenmesiyle

wvs/WVSIIntegratedEVSWS.jsp?Idioma=I (veri toplamasının her bir aşaması gerçekleştiği zamanı açıklamaktadır.) Bir sağlamlık kontrolü olarak, 1981, 1986, 1991, 1996, 2001, 2006 ve 2010’de beş yıllık aralıklarla her bir ülkeyi gözlemlediğimde benzer modeli ayrıca tekrarladım. Böyle yapıldığında, sonuçlar, hemen hemen aşağıda belirtilen şekildedir:

Sonuçlarının model tanımlamasına dayanıp dayanmadığını ilişkin sonraki bir araştırma için Tablo 6’da belirtilen tüm özellikler tekrar edilmiştir. (1) bağımlı değişkenin “lagged version”ı olarak tahmini değişken, eklenirken kendilerini tekrar etmiştir (2) Ülkeler arasında gözlenemeyen heterojenliği kontrol eden ikili değişkenler serisi, probit model yerine doğrusal olasılık modeli değerlendirirken ayrıca “sabit etkiler” olarak bilinmektedir. Bu iki model için sonuçlar geniş çapta Tablo 6’da belirtilenlere benzerlik göstermektedir. Hatta 1990, 2000 ve 2010 için bir dizi kesitsel gerileme analizi değerlendirdim. Böyle yaparak sonuçların, Tablo 6’da belirtilenlerle yine geniş çapta benzer olmuştur.

¹⁰² Bir ülkenin demokrasi düzeyi konusundaki ölçütüm, Polity IV veri setinden edinilen “polity2” değişkenidir ki bu değişken, politika bilimcileri tarafından büyük ölçüde kullanılmaktadır. Bu değişken aralık, +10 (Son derece demokratik)’dan , -10 (son derece otokratik)’a kadardır. *Bakınız* Monty G. Marshall & Keith Jaggers, *Polity IV Project: Dataset User’s Manual* (24 Ekim, 2007), http://home.bi.no/a0110709/PolityIV_manual.pdf.

¹⁰³ Gayrisafi yurtiçi hasıla (GSYİH) ölçütüm, WORLD BANK, WORLD DEVELOPMENT INDICATORS 2011 (2011)’den kaynaklanmaktadır.

¹⁰⁴ Anayasadaki toplam madde sayısı ölçütüm, tüm yazılı anayasalara ilişkin kendi kodlamama dayanmaktadır. *Bakınız supra* Bölüm III (anayasalar veriyi tarif etmektedir.)

¹⁰⁵ Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert Vishny, *The Quality of Government*, 15 J.L. ECON. & ORG. 222 (1999) tarafından kullanılan “ortak hukuk” ülkeleri tanımını kabul ettim.

¹⁰⁶ Latin Amerika ve Karayip bölgesi, yorum konusunda bir referans kategorisi olarak işlev gördüğünden dâhil edilmemiştir.

ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır¹⁰⁷. İktisadi zenginlik aksine devletlerin çalışma hakkı, dinlenme hakkı gibi maliyetli sosyoekonomik hakları benimseyip benimsemediğini makul bir biçimde öngörebilecektir. Öngörüselle olarak daha zengin ülkelerin, sosyoekonomik hakları daha çok benimsediği görülmektedir çünkü bunları pratikte muhafaza edecek kaynaklara sahiptir. Ancak karşıt senaryo, ayrıca ihtimal dâhilindedir: Daha fakir olan ülkeler, geleceğe ilham olması adına böyle hakları düzenleyebilir¹⁰⁸. Anayasal belgelerin bu özgünlüğü, anayasa tasarımcılarının öncelikli olarak belli değerlere, anayasal statü kazandırıp kazandırmadıklarını belirler. Özellikle ilgili anayasada ne kadar iddialı önemli farklılıkların olduğu ortaya çıkmaktadır: Sadece bazıları bariz şekilde hakların asgarisini korurken; diğerleri ayrıntılı politikaları düzenlemektedir¹⁰⁹. Ortak hukuk, sistemi geleneksel olarak küçük bir devletin geleneğiyle ilişkilidir ki bu durum, ortak hukuk sistemlerinin negatif özgürlük haklarını kabul etme eğilimini arttırmaktadır ve pozitif sosyoekonomik hakları dâhil etmemektedir¹¹⁰. Son olarak, hakların kabul edilme ihtimali, zamanla artma eğilimi göstermektedir ki artan sayıda ülke-

¹⁰⁷ *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 80, 1226'da (demokrasi ile liberteryen anayasal ideoloji arasında pozitif bir korelasyonu ortaya koymaktadır.)

¹⁰⁸ *Bakınız* David L. Cingranelli & David L. Richards, *Measuring Government Effort to Respect Economic and Social Human Rights: A Peer Benchmark*, içinde ECONOMIC RIGHTS: CONCEPTUAL, MEASUREMENT, AND POLICY ISSUES 214, 215 (Ed. Shareen Hertel & Lanse Minkler, 2007) (Devletlerin, ekonomik ve sosyal haklar alanında ölçülebilir bir şekilde kendi performanslarını geliştirmelerinin "zengin olmadan" çok zor olduğu gözlenmektedir.)

¹⁰⁹ *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 80, 1213-21'da (anayasaların değişkenlik gösterdiği durumlarda temel boyutlardan biri olarak anayasanın bütünlüğü açıklanmaktadır.)

¹¹⁰ *Bakınız* FRIEDRICH A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY 94 (1978) (negatif özgürlüklerin, "en azından uzun dönemler için yargıç yapımı hukukun hakim olduğu yerlerdeki halk arasında geliştireceğini." belirtmektedir.) Paul Mahoney, *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, 30 J. LEGAL STUD. 503, 506 (2001) (ortak hukuk ve ekonomik gelişme arasında pozitif noktada ampirik kanıt ulaşılmaktadır ve bu bağlantı en azından kısmen "mülkiyetin geniş çapta hukuki korumasına ve yürütmenin müdahalesinden uzak sözleşme haklarına" dayanmaktadır ki bu durum, ortak hukuk sistemlerini nitelendirmektedir. La Porta et al., *supra* note 105 (ortak hukuk sistemine sahip ülkelerin diğer hukuk kökenli ülkelere göre politik haklara daha fazla saygı gösterdiğini ortaya koymaktadır.)

nin artan sayıda hakkı kabul etmesi anlamına gelen “hakların yayılması” gibi global bir eğilim söz konusudur¹¹¹.

Tablo 5, gerileme çıktılarını ortaya koymaktadır. Gerilemelerden edinilen önemli izlenim, popüler değerler ile anayasal tercihler arasında çoğunlukla bir bağın olmadığıdır. Birçok durumda, popüler değerlere yönelik marjinal etkiler, sıfıra yakın iken diğer durumlarda negatiftir. Biri hariç tüm durumlar, istatistiksel olarak önemsizdir. Tek istisna, kürtaj konusundaki değerlere ilişkindir ki bu değerler, doğmamış olanın anayasal korunması ile pozitif ilişkilendirilmiştir. Yine de sadece istatistiklere göre %10'luk güven seviyesinde belirgindir.

Popüler değerler ve anayasa arasındaki ilişkinin eksikliği, hangi faktörlerin -eğer göz ardı etmiyorsa -anayasal tercihler konusunda ülke çapındaki farklılıkları açıkladığı sorusunu gündeme getirmektedir. Sonuçlandığı üzere, her ne kadar etkileri söz konusu anayasal hakka dayalı olsa da kontrol değişkenlerinin bazıları istatistiksel olarak açıkça anayasal tercihlerle eşleşmektedir. Beklendiği üzere, ortak hukuk geleneği negatif anlamda sosyoekonomik ve grup haklarıyla ilişkilendirilse de bu gelenekteki devletler; aile, dinleme, çalışma sağlıklı çevre, grev, iş gücü ilişkilerinde cinsiyet eşitliği, anneliğin korunmasını muhtemelen daha az korumaktadır¹¹². Bir anayasanın kapsamının, çevrenin korunması, dilekçe özgürlüğü, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve annelik koruması gibi dünya anayasasında nispeten nadir görülen bazı haklarla ilişkilendirilmesi de şaşırtıcı değildir¹¹³. Dolayısıyla, bu durumlarda, anayasa bir bütün olarak geniş kapsamlı bakış açısına sahip bir belge olarak kamuoyunu değil bu hakların kabulünü açıklar. Daha mantık aykırı olan, demokrasi ile diğer haklardan ayrı olarak dinleme hakkının, çevrenin korunmasının, doğmamışın korunmasının anayasada düzenlenmesi arasında bir pozitif korelasyonun varlığıdır. Son olarak, ekonomik refah, dinlenme ve dilekçe hakkının anayasal korunması ile ailenin, çevrenin ve anneliğin korunması ile negatif ilişkili olmasıdır. Bu, bu hakların en azından kısmen istek uyandırıcı olduğunu, iyi çalışma saatleri, sağlıklı bir çevre ve ailenin ve annelik korumasının daha fakir ülkelerde genellikle zor durumda

¹¹¹ Law & Versteeg, *supra* note 80, 1194'de (“hakların yayılması” fenomenini belgelenmektedir.)

¹¹² Beklentilerin aksine ortak hukuk geleneğinin dilekçe hakkıyla negatif bir ilişkisi vardır.

¹¹³ Bu bulgu, önceki çalışmalarından elde ettiğim bulgularla büyük ölçüde uyumludur ki bu çalışmalarda, birçok hakkı koruyan iddialı anayasalarda yer alan bazı haklar, “belirli bir gruba özgü” haklar olarak belirtilmiştir. Law & Versteeg, *supra* note 80, at 1217 tbl.3.

kaldığını göstermektedir. Bu bulguların hiçbiri nedensel ilişki olarak yorumlanmamasına rağmen, gerilemelerden elde edilen genel izlenim, herhangi bir ülkenin anayasal tercihlerinin, rejim türünün, hukuk sisteminin ve anayasanın özel tercihler ve değerlerden daha geniş kapsamlı bir tasarlama işlevi olduğudur.

Tablo 5: Popüler Değerler ve Anayasal Tercihler Arasındaki İlişki

	Alenin korunması	Dileme Hakkı	Çalışma Hakkı	Çevre Hakkı	Evliğin Korunması	Dilekçe Hakkı	Toplantı Hakkı	Grey hakkı	Eğinsel hakları	Sendika Hakları	Çinsiyet Eşitliği	Ammeînin Korunması
Popüler değerler	0.979	0.525	0.00	-0.093	0.47	-0.481	0.00	0.265	0.00	-0.19*	0.161	-0.128
Demokrasi	-0.016	-0.023*	0.00	0.026****	-0.014	0.017	0.00	0.018	0.00	0.006**	-0.012	-0.014
Zenginlik	-0.108*	-0.163***	0.00	-0.175**	-0.086	0.130*	0.00	-0.174	0.00	-0.01	-0.056	-0.169***
Belirlilik	0.00	0.001	0.00	0.002****	0.001	0.002***	0.00	0.001	0.00	0.00	0.002****	0.002***
Ortak Hukuk	0.456****	-0.448***	-0.343***	-0.928****	-0.154	-0.756****	0.00	-0.772***	0.00	0.011	-0.165****	-0.478****
Bölgesel Değişkenler	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y
Yıl Değişkenleri	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y
(pseudo)R-squared	0.40	0.36	0.80	0.55	0.17	0.41	0.61	0.42	0.39	0.19	0.21	0.36
N	315	315	315	293	333	323	322	307	293	333	315	323

Not: Sağlam standart hatalı probit gerilemelerden edinilen marjinal etkiler, ülke düzeyinde kümelenmiştir. Marjinal etkileri hesaplamak için tüm değişkenler örnek ortalamada değerlendirilmiştir. *, %10'luk güven seviyesinde, ** %5'lik güven seviyesinde ve *** %1'lik güven seviyesinde istatistiksel önemi belirtir.

IV. HANGİ ÜLKELER POPÜLİST ANAYASALARA SAHIPTİR?

Karşılaştırmalı perspektifte, belirli haklara daha az değer atfeden uluslara nazaran bu değerlere daha çok önem veren ulusların, anayasalarında bu hakları daha çok korunduğuna dair az bir kanıt ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, önceki analiz, mevcut anayasaların popüler değerleri yansıttığına ilişkin çok az bir öngörü sunmaktadır. Hatta değerlere ilişkin ülke çapındaki farklılıklar, anayasal tercihler konusunda ülke çapındaki farklılıkları açıklamazken bazı anayasalar, hâlâ yerel düzeyde en üst desteğe sahiptir. Bu

bölüm, o halde her anayasanın popüler değerlerle ne derecede uyumlu olduğunu ve dünyanın en popülist anayasalarını tek tek inceler.

A. Popüler Anayasaların Sıralaması

Yazılı anayasaların genel olarak yukarıda bahsedilen on iki boyuttaki popüler değerleri yansıtmayı yansıtmadığını ölçmek için, herhangi bir ülkenin anayasal seçimlerinin halkın değerlerini ne ölçüde yansıttığını gösteren sayısal bir popülist anayasa indeksi oluşturdu. Özellikle indeks, halkın yüzde kaçının değerleri ile anayasaların ilgili konuyla nasıl ilişkili olduğunu (veya olmadığını) ve bu on iki konuda ülkelerin ortalama sonuçlarını ortaya koymaktadır. Anayasalar bir hakkı koruduğunda indeks, bu hakka değer veren halkın yüzdesini ortaya koymakta ve anayasalar ne zaman bir hakkı dâhil etmese o zaman da indeks, bu hakkı gözardı eden halkın yüzdesini ortaya koymaktadır¹¹⁴. Sonuç indeksi, anayasal popülizmi yani ilgili anayasaların kamuoyu ile uyumunu ortaya koymaktadır. İndeksin nasıl oluşturulduğunu anlatabilmek için Tablo 6, 2010'da Güney Afrika için farklı bileşenleri sıralamaktadır. Güney Afrika Anayasası, Tablo 6'da belirttiği üzere, on iki konuya ilişkin ortalama, nüfusun sadece %36'sının fikriyle uyumlu olduğundan, çok da popülist değildir.

Tablo 6: 2010'da Güney Afrika'ya Dair Popülist Anayasa Değer

Anayasal Hak	Anayasada Yer Alıyor mu?	Eşleşen Değer	Popülizm Değeri
Dilekçe Hakkı	Evet	Hükümete dilekçe vermeye istekli kişilerin yüzdesi: %51	%51
Toplantı Hakkı	Evet	Yasal bir toplantıya katılmak isteyenlerin yüzdesi: %50	%50
Çalışma Hakkı	Evet	İşin önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi: %93	%93
Çevrenin Korunması	Evet	Daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli kişilerin yüzdesi: %46	%46

¹¹⁴ Bu indeksi hazırlarken Tablo 1'de belirtildiği üzere, farklı gruplara ait katılımcıları, diğerlerinden ayıran "cut-offs", benzerdir.

Grev Hakkı	Evet	Yasal bir greve katılacak olanların yüzdesi: %18	%18
Cinsel Eğitime Bakılmaksızın Eşitlik	Evet	Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu düşünenlerin yüzdesi: %18	%18
Evlenme Hakkı	Hayır	Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna katılmayanların yüzdesi: %78	%22
Anneliğin Korunması	Hayır	Kendini gerçekleştirebilmek için kadının çocuk sahip olması gerektiğine inananların yüzdesi: %47	%53
Doğmamışın yaşam hakkı (kürtajın yasaklanması)	Hayır	Kürtajın kabul edilmez olduğunu düşünenlerin yüzdesi: %84	%16
İş Yaşamında Cinsiyet Eşitliği (örneğin eşit işe eşit ücret)	Hayır	İstihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklerin mesleğe daha çok hakkı olduğuna inananların yüzdesi: %35	%35
Aile Hayatının Korunması	Hayır	Geleneksel aile değerlerine sahip halkın yüzdesi (çocuk hem anneye hem de babaya ihtiyaç duyar): %90	%10
Dinlenme Hakkı	Hayır	Boş zamanın çok önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi: %78	%22
Popülist Anayasa Değeri			%36

Tablo 7, tüm ülkeler için 2000 ve 2010 yıllarındaki benzer sonuçlarını sıralamaktadır. Birinci ve üçüncü sütun, halkın desteğinin beklenenden az olduğu yani on iki konu başlığında, ortalama halk uzlaşısının %51'den az olduğu anayasal belgelerin haklar kategorisine sahip ülkeleri sıralamaktadır.

2010'da Avustralya, Singapur, Malezya, Yeni Zelanda, Kanada ve Birleşik Devletler dâhil olmak üzere tüm ülkelerin %44'ü bu kategoride yer almaktadır. Tablo 7'de yer alan ikinci ve dördüncü sütunlar, nüfusunun yarıdan fazlasının değerlerini yansıtan anayasalara sahip ülkeleri sıralamaktadır. 2010'da bu durum, Çin, Rusya, İsveç dâhil olmak üzere, ancak bunlarla da sınırlı olmayan, ülkelerin %56'sında geçerlidir.

Anayasa uzmanlarının çoğu, anayasanın güçlü bir demokratik meşruiyete sahip olması için anayasanın, sıradan yasalardan daha demokratik olması gerektiğine ve halkın nitelikli çoğunluğunun desteğinin gerekli olduğuna inanır¹¹⁵. Şekil 3 ve Tablo 7'nin ortaya koyduğu üzere; günümüzde dünya anayasaları arasında sadece Makedonya, Guatemala, İtalya, El Salvador, Uganda, Polonya ve Etiyopya anayasaları, nüfusunun üçte ikisinden fazlasının değerlerini yansıtan ortalama haklara sahiptir. Anayasal belgelerin sözde demokratik meşruiyet iddiası göz önüne alındığında¹¹⁶, bu rakamlar şaşırtıcı bir şekilde düşük görünmektedir.

Tablo 7: 2000 ve 2010'daki Popülist Anayasa Değerler

<u>2000</u> <u>Nüfusun</u> <u>%51'inden</u> <u>Daha Azı</u>		<u>Nüfusun</u> <u>%51'den</u> <u>Fazlası</u>		<u>201</u> <u>Nüfusun</u> <u>%51'inden</u> <u>Daha Azı</u>		<u>Nüfusun</u> <u>%51'den</u> <u>Fazlası</u>	
Ülke	%	Ülke	%	Ülke	%	Ülke	%
Yeni Zelanda	34	Arjantin	52	Singapur	32	Arjantin	52
Güney Afrika	35	Kolombiya	52	Trinidad& Tobago	33	Finlandiya	52
Avustralya	35	Macaristan	52	Malezya	33	Şili	52
Kanada	36	Finlandiya	53	Avustralya	34	Zambiya	53
Danimarka	37	Fransa	54	Güney Afrika	36	İsveç	54
İzlanda	41	Çek Cumhuriyeti	54	Kanada	37	Romanya	54

¹¹⁵ *Bakınız* Karim Fahim & Mayy El Sheikh, *First Round of Voting Spurs Dispute in Egypt*, N.Y. TIMES, 17 Aralık, 2012, A13'de (Anayasal Meclis'in üyelerinden birinin, yeni Mısır Anayasası meşru olabilmesi 2/3 çoğunluğa ihtiyacı olduğu şeklindeki sözünü alıntılanmaktadır.)

¹¹⁶ *Bakınız supra* notes 26-29 ve ekli metin.

Norveç	41	İrlanda	54	Yeni Zelanda	37	Güney Kore	54
Birleşik Devletler	44	Mısır	54	Fas	37	Mısır	54
Estonya	44	Slovenya	54	Danimarka	37	Cezayir	54
Birleşik Krallık	44	Letonya	54	Zimbabve	38	Gürcistan	55
Tayvan	45	Uruguay	55	Norveç	42	Dominik Cumhuriyeti	55
Japonya	45	Dominik Cumhuriyeti	55	Kıbrıs	42	Mali	55
Bosna Hersek	46	Litvanya	55	İzlanda	42	Belarus	55
İsveç	46	Şili	55	Japonya	43	Almanya	56
Bangladeş	48	Gürcistan	56	Estonya	44	Letonya	56
Hindistan	48	Filipinler	57	Tayvan	44	Meksika	56

İsviçre	49	Peru	57	Bosna Hersek	44	Suudi Arabistan	56
Meksika	50	İspanya	58	Hindistan	44	Ukrayna	57
Malta	50	Ukrayna	58	Bangladeş	45	Moldova	57
Avusturya	50	Romanya	58	Birleşik Devletler	45	Filipinler	57
Belçika	50	Almanya	60	Tanzanya	46	İspanya	57
Hollanda	51	Moldova	60	Ürdün	46	Türkiye	58
Nijerya	51	Güney Kore	60	Birleşik Devletler	46	Irak	58
-	-	Portekiz	60	Tayland	48	Yunanistan	59
-	-	Brezilya	61	Hollanda	49	Slovak Cumhuriyeti	59
-	-	Ermenistan	61	Çek Cumhuriyeti	49	Rusya Federasyonu	59
-	-	Rusya Federasyonu	61	Avusturya	49	Hırvatistan	59
-	-	Türkiye	62	Fransa	49	Bulgaristan	60
-	-	Belarus	62	Ruanda	49	Kırgızistan Cumhuriyeti	61
-	-	Hırvatistan	62	Malta	50	Arnavutluk	61

-	-	Azerbaycan	62		Portekiz	50	Peru	62
-	-	İran	62		Belçika	50	Lüksemburg	62
-	-	Lüksemburg	63		Kolombiya	50	Burkina Faso	62
-	-	Venezuela	63		İrlanda	50	Pakistan	62
-	-	Makedonya	64		Uruguay	51	Çin	62
-	--	Slovak Cumhuriyeti	64		Slovenya	51	Ermenistan	63
-	-	İtalya	66		Litvanya	51	Venezuela	63
-	-	Polonya	67		Nijerya	51	Gana	63
-	-	Yunanistan	68		İsviçre	51	Brezilya	65
-	-	El Salvador	68		-	-	Vietnam	66
-	-	Pakistan	69		-	-	Azerbaycan	66
-	-	Arnavutluk	70		-	-	İran	66
-	-	Çin	73		-	-	Makedonya	67
-	-	-	-		-	-	Guatemala	67
-	-	-	-		-	-	İtalya	67
-	-	-	-		-	-	El Salvador	68
-	-	-	-		-	-	Uganda	69
-	-	-	-		-	-	Polonya	69
-	-	-	-		-	-	Etiyopya	76

Not: *İtalik olanlar*, anayasal onay oranının %66'dan fazla olduğu ülkelerdir.

B. Anayasal Popülizmin Öngöstergeleri

2010 yılında Singapur'un anayasal hakları, Singapurluların sadece %32'sinin değerleriyle uyum içinde iken Etiyopya Anayasasının haklara ilişkin hükümleri, ortalama olarak Etiyopyalılarının %76'sından az olmayan değerlerini yansıtmaktadır. Neden bazı anayasalar, popüler değerlere sadakat gösterirken diğerleri göstermemektedir? Bu alt bölüm, bu sorunun ilk araştırmasını sağlayacaktır.

Bu tür ülkeler arası farklılıklara ilişkin muhtemel açıklamalar şunlarla ilişkili olabilir: (1) Anayasanın özellikleri ve (2) ulusun özellikleri. Anayasal popülizm ile ilgili olması muhtemel bir dizi anayasal özellik söz konusudur. Birincisi, anayasanın yaşı, bir anayasanın popüler değerlere ne derece bağlı olduğunu etkileyebilir. Özellikle, daha eski anayasalar, popüler değerlerden kopuk olabilir çünkü geçen zamanda halkın değişen değerlerini yakalamada

başarısız olmuştur. Bu durum, iki yüz yılı aşan tarihi içinde nispeten daha az resmi değişikliğe uğramış Birleşik Devletler Anayasası için kolayca anlaşılabilir¹¹⁷. Gerçekten de Birleşik Devletler için nispeten daha az popülerlik oranı (%45'i), muhtemelen belgenin ilerlemiş yaşının bir sonucudur. Aynı zamanda ABD'nin ortaya koyduğu tecrübeye nazaran anayasanın yaşı, belgenin popülaritesi ortaya koyan daha önemsiz bir gösterge olabilecektir. Yabancı anayasalar, kadim ABD Anayasası'na nazaran oldukça daha yeni olma eğilimindedir¹¹⁸. Dünyada ortalama ulusal bir anayasa, yerine yenisi yapılmadan sadece on dokuz yıl varlığını sürdürmektedir ve bu zaman zarfında sıkça değiştirilmektedir¹¹⁹. Hatta çok çarpıcıdır ki tam da Thomas Jefferson'un dediği gibi anayasalar, "dünya, yaşayan canlılara ait" olduğundan anayasa, her bir nesilde gözden geçirilmelidir ki bu süreyi, Jefferson on dokuz yıl olarak belirtmiştir¹²⁰. Mevcut her bir nesilde, dünya anayasalarının büyük çoğunluğunun yazılması veya değiştirilmesi nedeniyle anayasaların popüler değerlerden uzaklaşması, sadece ilgili dönemin ürünü olmasıyla ilgili değildir.

İkincisi, halk katılımının olduğu bir süreçle kabul edilen anayasaların, gerçek anlamda kamuoyunun fikrini daha çok yansıttığı görülmektedir. Anayasa yapımında aktif bir şekilde yer alan halkın, kendi görüşleri ve değerleri yönünde baskı yapması muhtemel hale gelecektir¹²¹. Diğer taraftan, Bölüm II'de kurulan hipoteze göre sürece dâhil olma, özellikle halk katılımının evet ve hayırla sınırlı olduğu referandumlarda, anayasaların kamuoyu-

¹¹⁷ Bakınız David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the U.S. Constitution*, 87 N.Y.U. L. REV. 763, 765 (2012) (ABD Anayasasının, global perspektiften nasıl farklı olduğunu anlatmaktadır.)

¹¹⁸ Bakınız ELKINS ET AL., *supra* note 13, 129'da (bir anayasanın varlığını sürdürmesinin, on dokuz yıl olduğunu belirtir.)

¹¹⁹ *Id.* 129'da.

¹²⁰ Thomas Jefferson'dan James Madison'a mektuplar (6 Eylül, 1789), içinde THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 392, 392 (Julian P. Boyd ed., 1958); (Aşıkâr meselenin "dünyanın, yaşayanların kullanım hakkına ait olduğu"nu vurgulamasıdır.); *id.* at 393-94 (neslin ortalama yaşı 18.8 olarak hesaplanmıştır ve "Ne ulusun temsilcilerinin ne de tüm ulusun bir araya gelmesinin ötesinde bir dönem olan 19 yaş, bir şekilde yükümlülüğü genişletmektedir." şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır; *id.* 396'da ("Her anayasa ve her yasa, doğal olarak 19 yılın sonunda süresini sona erdirecektir. Eğer uzun süre zorlanırsa, bu bir hak değil zorlayıcı hareket olacaktır."))

¹²¹ Bakınız *supra* Bölüm (halk katılımı ile popüler değerleri yansıtan anayasalar arasındaki ilişki ele alınmaktadır.)

nun fikrini doğrudan izlediğini garanti altına almamaktadır. Üçüncüsü, eğer bir anayasa başlangıç hükümlerinde ulusal kimlik ve değerler retoriğini yücelterek popüler değerlere sadakati beyan ediyorsa, haklar katalogu da halkın fikirleriyle örtüşecektir¹²². Bu durumda, popüler değerlere ilişkin sahici bir bağlılık, hem başlangıç hükümlerine hem de haklar bildirgesine yansiyacaktır. Dördüncüsü, birçok hakkı içeren anayasalara nazaran daha az hak içeren anayasalar, daha düşük düzeyde halk desteği alabilir çünkü insanlar çoğunlukla geniş hak katalogunu tercih eder¹²³.

Ülkenin nitelikleri, anayasal popülizmle ilişkilendirilebilir. Öncelikle demokratik ülkelerin yaptığı anayasaların, kamuoyunu daha iyi yansıtması mümkündür. İkincisi, muhtemelen ekonomik refah, anayasaların kamuoyuyla olan ilişki derecesini etkilemektedir. Özellikle daha zengin ülkeler, tabiatı gereği anayasal yükümlülükleri korumada daha becerikli olabilecektir ve bu hakların tanınmasına ilişkin eğilimleri, bu hakların öncelikli bir yerde olmasının garantisini sağlayacaktır¹²⁴. Son olarak, bir ülkenin anayasal yükümlülükleri koruma isteği ve bunu becerebilme düzeyi, anayasaların genel değerlerle ilişki düzeyini etkileyebilecektir. Özellikle popüler değerlere bağlı anayasalar, mahiyeti gereği istek uyandırabilir; bu durum da anayasalarda hâlihazırda korunan haklardan ziyade geleceğe yönelik henüz gerçekleştirilmemiş umutları temsil eder¹²⁵. Aynı şekilde korumaya söz verdikleri haklara ilişkin bir niyeti olan rejimler, popüler hassasiyetlere değinen belgeler kaleme alırlar ancak uygulamada bunlar tamamen anlamsızdır¹²⁶. Her iki durumda, popülist anayasalar daha çok anayasal yükümlülüklerin uygulamada korunmadığı ülkelerde bulunmaktadır.

¹²² *Bakınız supra* Bölüm I (Ulusların, ulusal değerler ve kimlik konusunda retorik ile şekillenmiş başlangıç bölümünde yer alan popüler değerlere nasıl bir sadakat duyacağını ele almaktadır.)

¹²³ *Bakınız supra* note 50 ve ekli metin (halkın neden daha fazla hak lehine oy kullandığını ele almaktadır.)

¹²⁴ Ampirik literatür her seferinde, zengin ülkelerin daha üstün insan hakları uygulamalarına sahip olma eğiliminde olduğu sonucuna ulaşmaktadır. *Bakınız* Gerald L. Blasi & David Louis Cingranelli, *Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?*, içinde HUMAN RIGHTS AND DEVELOPING COUNTRIES 223, 225-26 (Stuart S. Nagel & David Louis Cingranelli eds., 1996) (ilgili literatürü özetlemektedir.)

¹²⁵ *Bakınız* Michael Dorf, *The Aspirational Constitution*, 77 GEO. WASH. L. REV. 1632 (2009) (“istek uyandıran anayasa” kavramını tanımlamaktadır.)

¹²⁶ *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 82, 898-900’de (dünya anayasalarının önemli bir kısmının sahte anayasalar olduğunu ampirik olarak ortaya koymaktadır.)

Popülist anayasaların neyi açıkladığına ilişkin ampirik araştırma, şu hipotezlerden sadece bazılarını desteklemektedir¹²⁷. Hangi değişkenlerin anayasal popülizmle ilgili olduğunu incelemek için gerileme analizini kullandım. Bu gerilemede yer alan tahmin değişkenleri şunlardır: (1) Anayasanın yaşı, kabul edildiği veya en son gözden geçirildiği tarihten itibaren geçen yıllarla belirlenmektedir¹²⁸; (2) anayasanın, halk girdisiyle tasarlanıp tasarlanmadığı ve özellikle anayasanın halkoylaması yoluyla kabul edilip edilmediği¹²⁹; (3) başlangıç hükümlerinde ulusun geçmişine göndermede bulunarak bir anayasanın popülist taahhütlere işaret edip etmediği¹³⁰; (4) anayasal haklar bildirgesinin kapsamlı olup olmadığı ve geniş haklar listesi içerip içermediği¹³¹; (5) ülkenin demokratik olup olmadığı¹³²; (6) bir ülkede kişi başına düşen gayri safi yurtiçi hasılanın doğal logaritmasına göre belirlenecek ekonomik refah¹³³ ve (7) anayasanın, taahhütlerini hangi dereceye kadar koruyup korumadığı¹³⁴. Tablo 8, bu ampirik modelden elde edilen sonuçları özetlemektedir.

¹²⁷ Spesifik olabilmek için en küçük kareler gerileme modeli değerlendirilmiştir. Hata terimlerinin seri korelasyonunu belirtmek için model, lagged bağımlı değişkenini içermektedir ve her ülke düzeyinde kümelenen dirençli standart hataları hesaplamaktadır. Ayrıca aynı modeli, lagged dirençli değişkeninin hariç tutulduğu ülke sabit etkilerinin dâhil edildiği aynı modeli tekrar değerlendirdim ve sonuçlar, büyük ölçüde Tablo 11’de belirtilen sonuçlarla benzerdir.

¹²⁸ Anayasanın herhangi bir şekilde en son değiştirildiği yıldan itibaren geçen yılları, anayasal yaş olarak ölçerek (hiç değiştirilmemiş anayasaların varlığı durumunda, ilgili anayasanın ilk kabulünden itibaren yıl toplamı), anayasayı etkin bir şekilde yeniden kaleme değişiklikler ile nispeten önemsiz değişiklikler arasındaki ayrımı yapabilmekteki zorluklardan kaçınmaya çalıştım. *Bakınız Law & Versteeg supra* note 80 (böylesi farklılıkları belirtmedeki zorlukları anlatmaktadır.)

¹²⁹ Bu değişken, Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi’nden alınmıştır. *Bakınız supra* note 43 (veri, gösterilmektedir.) Bu veriyi paylaşan Justin Blount, Tom Ginsburg, and James Melton’a teşekkür ederim.

¹³⁰ Bu değişken, benim tüm yazılı anayasaları kodlama yöntemime dayanmaktadır. Giriş ve grafik sunum için *bakınız supra* Bölüm I.A.

¹³¹ Bu değişken, Law & Versteeg, *supra* note 80, 1266-68’den alınmıştır. (1946 ve 2006 yılları arasında yazılmış 188 ülkenin anayasasından hareketle bu değişken nasıl oluşturulduğu ele alınmaktadır.)

¹³² *Bakınız supra* note 102 (polity2 demokrasi değişkenini belirtmektedir.)

¹³³ *Bakınız supra* note 103 (GSYH değişkeni belirtilmektedir.)

¹³⁴ Law & Versteeg, *supra* note 82, 886’da (anayasal taahhütlerini yerine getiren devletleri belirten sayısal ölçütü ortaya koymaktadır.)

Ülke çapındaki nedensel çıkarımı çevreleyen zorluklar gözönüne alındığında bu analizden çıkarılan sonuçlar, nedensel ilişkiler olarak yorumlanmamalıdır. Bununla birlikte analiz, ilginç korelasyonları ortaya koymaktadır. Birincisi, daha yeni anayasaların popüler değerlere daha çok bağlı olduğu gözükmektedir. Bu nedenle, anayasalar bir süreliğine değişikliğe uğramadığında değişen kamuoyundan uzaklaşmaktadır. İkincisi, anayasal hakların bütünü, istatistiklere göre anayasal popülizmin belirgin bir göstergesidir ki bu durum, halkın kapsamlı tipik bir hak katalogunun olmasını tercih ettiği hipotezine güvenilirlik katmaktadır. Bir anlamda, bir belge ne kadar çok hakkı kapsar ise o belge, sıkça yakından kamuoyunu takip edecektir. Üçüncüsü, anayasal uygulama da bir anayasanın halka ne kadar ait olduğu ile ilişkilidir. Özellikle uygulamada anayasal haklar ne kadar korunursa tabiatı gereği belge, daha az popülist olacaktır. Bu tespit, popülist anayasaların yapısı gereği en ilham verici anayasalar olduğunu ortaya koyar. Örneğin 2010 tarihi itibarıyla ve şimdilik en popülist anayasa, uygulamada taahhütlerinden sadece küçük bir kısmını muhafaza etmiştir¹³⁵. Son olarak bu analiz ekonomik refah ve anayasal popülizm arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır; özellikle daha zengin ülkeler, daha popülist anayasalara sahiptir.

Diğer değişkenler istatistikî açıdan anayasal popülizmin belirgin öncül-leridir. Görüldüğü üzere, demokrasi istatistiki olarak belirgin şekilde anayasal popülizmle ilişkili değildir. Bu nedenle, anayasalar otokrasilere nazaran demokrasiler yoluyla yaratıldığında popüler değerleri daha çok yansıtmaktadır. Başlangıç hükümlerindeki popülist retorik, istatistiki olarak açıkça haklar bildirgesindeki anayasal popülizmle bağlantılı değildir. Belki de en şaşırtıcı olanı halk oylamalarının daha popülist anayasalara neden olmadığına ilişkin tespittir. Muhtemelen bu tespit, halk oylamalarının sadece sınırlı popüler bir girdiye izin verdiğini yansıtmaktadır: Öne sürülen değişiklik paketi hakkında sadece evet ya da hayır demek¹³⁶. Yapım usulüne katılım, o halde, gerçek anlamda anayasaların popüler görüşleri ve değerleri takip edeceğinin garantisi değildir. Aynı zamanda anayasa yapımına farklı şekillerde katılım, popüler değerlerin anayasalara açıkça yansıtılmasını hâlâ mümkün kılabilir. Şekli yöntemle katılım ile anayasanın içeriği arasındaki ilişkiyi incelemek için başka bir araştırma gerekmektedir.

¹³⁵ *Id.* 898'de. (2010'da en "sahte" anayasaların ikincisi olarak Eritre Anayasası ayrı tutulmaktadır.)

¹³⁶ *Bakınız supra* Bölüm I.B (halk referandumuna sınırlı katılımı ele almaktadır.)

Tablo 8. Anayasa Popülizmin Öngöstergeleri

Anayasanın Yaşı	-0.011***
Anayasal Düşük Performans	-1.376***
Anayasanın Kapsamı	-0.442*
Referandumla Kabul edilmesi	0.023
Başlangıç Hükümlerinde Tarihe Yapılan Atıflar	0.258
Demokrasi	-0.004
Kişi Başına Düşen GSYİH (Doğal Log)	0.194**
Gecikmeli Bağımlı Değişken	0.880***
R2 N 913	0.97

Not: OLS Gerilemeu ile gecikmeli bağımlı değişkenden elde edilen katsayılar***%1'lik güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir, ** %5'lik güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir ve * %10'luk güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir.

V. HALK KENDİ ANAYASALARININ POPULİST OLMASINI İSTER Mİ?

Anayasal tercihler ile popüler değerler arasındaki kopukluk, popüler olmayan anayasacılığın göstergesi değildir. Halk, kendi hayatında değer verdiği ilkelerin, her zaman anayasalarına yansıtılmasını istemeyebilir. Örneğin çevreye çok değer veren bazı insanlar, belki anayasalarında sağlıklı çevre hakkının düzenlenmesini istemeyebilir. Örneğin böyle yaparak hükümetin alanının gereğinden fazla genişleyeceğinden ve yargıya çok fazla yetki verileceğinden endişelenebilir. Bu bölümün geri kalanı bu olasılığı inceleyecektir.

A. Popüler Olmayan Anayasacılık

İnsanların kendi değerlerinin anayasalarına yansımalarını isteyip istemedikleri üzerine bir araştırma, yeni inceleme verilerini gerektirmektedir. Dünya Değerler Araştırması sorularının hiçbirini kendi anayasaları hakkında kişilerin görüşlerini talep etmemektedir ve bildiğim kadarıyla böyle bir araştırma da mevcut değildir. İnsanların hayattan istedikleri ile anayasalarından

istediklerinin uyuşup uyuşmadığını belirlemek için Amazon Mechanical Turk'de kendi araştırmamı tasarladım. Mechanical Turk, “geniş çapta çevrimiçi katılımcıya, kullanıcılar tarafından çalışmanın dağıtılmasını sağlayan çevrimiçi kitle kaynaklı bir sistemdir.”¹³⁷ Bu çalışma, katılımcılara tamamlaması için ücret ödenen basit tek seferlik görevlerle ayrıntılandırılmaktadır. Mechanical Turk, daha çok sosyal bilimciler tarafından yapılan anket araştırmalarını kapsayan geniş çapta farklı görevler için kullanılmaktadır.¹³⁸

Bu araştırmaya, 30 Ocak ‘dan 15 Nisan 2013’e kadar çevrimiçi olarak ulaşmak mümkündür ve araştırma, on bir ülkeden 1029 katılımcı tarafından tamamlanmıştır ki katılımcıların yarısı Birleşik Devletlerdendir.¹³⁹ Araştırma, tam olarak Dünya Değerler Araştırması’nın sorularından türetilmiştir.¹⁴⁰ ancak değerlere ilişkin her bir soruyu takiben katılımcının anayasada aynı değerlerin korunması isteyip istemediğine ilişkin bir başka soru sorulmuştur. Örneğin katılımcıya eşcinselliği hukuken uygun bulup bulmadığı sorulduktan sonra (Dünya Değerler Araştırması’ndaki aynı değerlendirmeyi kullanarak),¹⁴¹ katılımcıya, cinsel eğilime bakılmaksızın anayasada eşitliğin korunmasının yer almasını isteyip istemediği sorulacaktır.¹⁴² Mechanical Turk çalışanları, nüfusun rastgele örneğini hemen hemen adil şekilde tahmin etme eğilimindedir ancak kadın çalışanlar ve genç çalışanlar bir şekilde fazla

¹³⁷ Joel Ross, Andrew Zaldivar, Lilly Irani, Bill Tomlinson & M. Six Silberman, *Who Are the Crowdworkers? Shifting Demographics in Mechanical Turk*, içinde CHI ‘10 EXTENDED ABSTRACTS ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS 2863, 2863-64 (2010) (Amazon’un kalabalık kaynaklı sanal işyerinin temel ilkelerini ele almaktadır.)

¹³⁸ *Bakınız, e.g.,* Michael Buhrmester, Tracy Kwang & Samuel D. Gosling, *Amazon’s Mechanical Turk, A New Source of Inexpensive Yet High-Quality Data?* 6 PERSP. ON PSYCHOL. SCI. 1, 3 (2011) (Mechanical Turk’ün, psikoloji araştırmacıları için çoğu internet araştırmasına göre demografik açıdan daha çeşitli, yüksek kalitede ancak ucuz olmayan veri sağladığını ileri sürmektedir.)

¹³⁹ Anket, özellikle Birleşik Devletler’den 522 kişi, Hindistan’dan 399 kişi, Kanada’dan 51 kişi, Pakistan’dan 20 kişi, Almanya’dan 12 kişi, Avustralya’dan 10 kişi, Fransa’dan 5 kişi, Kuzey Afrika’dan 4 kişi, Hırvatistan’dan 3 kişi, Hollanda’dan 2 kişi ve Kenya’dan 1 kişi tarafından yapılmıştır. Ülkeye göre, katılımcılara yirmi beş sent ile 1 dolar arasında ödeme yapılmıştır.

¹⁴⁰ *See supra* Table 1.

¹⁴¹ *See supra* Table 1.

¹⁴² Araştırma için kişiler ortalama 3.8 dakika harcamıştır. Araştırmayı altmış saniyeden daha sürede tamamlayan katılımcılar, analize dâhil edilmemiştir.

temsil edilmiştir¹⁴³. Bu nedenle araştırma, katılımcının yaşını, cinsiyetini ve siyasi ideolojisini talep eden soruları da içermektedir. Böylece bu özellikler, sonraki analizde kontrol edilebilecektir.

Tabii ki araştırma, geniş çapta dünya nüfusunun anayasal fikirleri hakkında tamamen doğru bir tanımlama sağlamamaktadır. Örneğin kapsamının tamamen rastgele seçildiğinde bile böylesi çıkarımları belirlemek zordur. Bütünüyle dünya nüfusunu örneklendirmek, sosyal bilimcilerin global işbirliği ile Dünya Değerler Araştırması'nın büyüklüğünü gerektirmektedir¹⁴⁴. Bu alt bölümde sunulan araştırmanın amacı daha mütevazıdır. Amacı sadece halkın kendi değerlerini anayasalarında kutsamayı isteyip istemediğine ilişkin ilk eğilimi veya tasarıda önem verdikleri bazı hakları talep etmede isteksiz olup olmadıklarını ortaya koymaktır. Bu soruya daha net bir cevap sağlamak, sonraki bir araştırmayı gerektirmektedir.

Bu araştırmadan elde edilen temel izlenim, çok kuvvetli bir biçimde, halkın anayasalarında değerlerini korumak istemesidir. Tablo 9, her bir araştırma sorusu için herhangi bir hakka önem veren katılımcıların yüzdesini sıraladığı gibi belirli bir hakka önem veren ve bu hakkın anayasalarında korunmasını isteyen katılımcıların yüzdesini sıralamaktadır. Tablo, bir hakka değer verenlerin, birçok durumda bu hakkın kendi anayasasında düzenlenmesini isteyen kişiler olduğunu ortaya koymaktadır: Geleneksel aile değerlerine sahip olanların %90'ı, anayasalarında ailenin korunmasını istemektedir. Eşit toplumsal cinsiyete değer verenlerin %91'i, iş yaşamında toplumsal cinsiyet eşitliğinin anayasalarında korunmasını istemektedir. Çevreye değer verenlerin %84'ü anayasalarında çevrenin korunmasını istemektedir. Yasal bir örgütlenme içinde olmak isteyenlerin %92'si anayasalarında örgütlenme hakkının düzenlenmesini istemektedir. Eşcinselliği makul bulanların %88'i, anayasalarında eşcinsel hakların düzenlenmesini istemektedir ve anneliğe değer verenlerin %89'u anneliğin anayasada düzenlenmesini talep etmektedir. En az mutabakat, dinlenme hakkında ortaya çıkmaktadır. Boş zamanın önemli olduğuna inananların %54'ü dinlenme hakkının anayasada düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir.

¹⁴³ *Ross et al., supra note 137, 2865'te.* (Mechanical Turk çalışanlarının çeşitlilik göstermekte ve genel olarak nüfusa oldukça benzemektedir ancak bu işgücü, orantısız şekilde kadın ve daha genç halktan oluşmaktadır.

¹⁴⁴ *See supra* Bölüm III (Dünya Değerler Araştırması verisini tanımlamaktadır.)

Tablo 9: Bir hakka değer veren ve aynı zamanda bu hakkın anayasada düzenlenmesini isteyen kişilerin oranı

Hak	Hakka önem veren katılımcıların yüzdesi	Hakka değer veren ve bu hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen yüzde
Ailenin korunması (geleneksel aile değerlerine sahip katılımcıların yüzdesi)	679/1007 (%67)	608/679 (%90)
Dinlenme Hakkı (Boş zamanın çok önemli olduğunu düşünen katılımcıların yüzdesi)	945/1014 (%93)	519/954 (%54)
Çalışma Hakkı (İşin çok önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi)	902/1013 (%89)	664/902 (%74)
Sağlıklı Çevre Hakkı (daha iyi bir çevre korunması için bir bedel ödemeye istekli kişilerin yüzdesi)	683/1008 (%68)	576/683 (%84)
Evlenme hakkı (Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna katılmayanların yüzdesi)	748/1015	535/748 (%72)
Dilekçe hakkı (Hükümete dilekçe vermeye istekli kişilerin yüzdesi)	910/1017 (%89)	776/910 (%85)
Toplantı hakkı (Yasal bir toplantıya katılmak isteyenlerin yüzdesi)	860/1016 (%85)	788/860 (%92)
Grev hakkı (Yasal bir greve katılmaya istekli olanların yüzdesi)	675/1014 (%67)	545/675 (%81)
Cinsel yönelime bakmaksızın eşitlik (Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu düşünenlerin yüzdesi)	564/1013 (%56)	499/564 (%88)
Doğmamışın yaşam hakkı (kürtajın kabul edilemez olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi)	525/1025 (%51)	376/525 (%72)
İstihdamda cinsiyet eşitliği (İstihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklerin işe daha çok hakkı olduğuna inanmayanların yüzdesi)	778/1018 (%76)	705/778 (%91)
Anneliğin korunması (Kadının kendini gerçekleştirebilmesi için çocuk sahibi olması gerektiğine inananların yüzdesi)	349/1009 (%35)	309/349 (%89)

On iki ayrı gerilemede benzer ilişkileri araştırırken benzer bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Burada katılımcıların on iki hakkın her birini kendi anayasalarında koruma isteği, bağımsız değişkendir. Her bir gerileme şu tahmin değişkenini içermektedir: (1) katılımcının bir hak ile örtüşen değerlerini önemli bulup bulmadığı; (2) katılımcının yaşı; (3) katılımcının cinsiyeti; (4) katılımcının kendisinin ileri sürdüğü siyasi ideolojisi (ilerici veya muhafazakar); ve (5) katılımcının Birleşik Devletlerde yaşayıp yaşamadığı¹⁴⁵. Sonuçlar (Tablo 10'da gösterildiği üzere) ortaya koymaktadır ki sadece çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği istisnası dışında, insanlar çok önem verdikleri hakların anayasalarında da korunmasını tercih etmektedir. Yaş, cinsiyet, siyasi ideoloji ve coğrafi konum gibi özellikler kontrol edildiğinde bile istatistiksel açıdan bu tespitler, dikkate değerdir. Bir önceki bölümün tespitleriyle birleştirildiğinde, bu tespitler anayasaların sadece popüler değerlerden ayrılmadığını ayrıca bu kopukluğun, kamuoyu tarafından desteklenmediğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, anayasa yapımının global pratiğinin popüler olmayan anayasacılık olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Elbette, halkın sıradan kısa vadeli kişisel menfaatlerinin ötesine geçen ve kamu yararına bağlılığın olduğu anayasal dönemlerin koşulları altında araştırmalar, henüz tamamlanmamıştır¹⁴⁶. Teorik olarak, katılımcıların, anayasa yazarken, gerçekte böyle bir anayasa anında müzakerelerin daha da geliştirilmesi mümkündür. Hatta halk referandumu yoluyla kabul edilen anayasaların nasıl olur da popüler değerleri yansıtmadığını teorik açıdan açıklayabilecektir: Çünkü halk, anayasa yazarken değerlerini değiştirmektedir. Her ne kadar anayasal dönemler, anayasal teoride güçlü bir yapı olsa da gerçekte dünya anayasalarının böylesi koşullarda kaleme alındığına dair çok az tespit vardır¹⁴⁷. Aslında geçerli tespit tam tersini ileri sürmektedir:

¹⁴⁵ Özellikle, en küçük kareler gerileme modeli ile dirençli standart hataları ülke düzeyinde kümelenmiştir.

¹⁴⁶ *Bakınız supra* notes 18-22 ve ekli metin.

¹⁴⁷ *Bakınız* Michael J. Klarman, *Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments* 44 STAN. L. REV. 759, 764, 776-92 (1992) ("Ackerman anayasal anların varlığına işaret etmek yerine bunu varsaymaktadır" ve tarihi araştırmaya dayanarak American Founding'in politik kişisel çıkardan muaf olmadığını göstermektedir.) András Sajó, *Constitution without the Constitutional Moment: View from the New Member States*, 3 INT'L J. CONST. L. 243, 243 (2005) (Birleşik Devletler, Belçika anayasalarının ve belki soykırım sonrası Güney Afrika

Anayasalar genellikle uzmanlar, çıkarıcı elitistler¹⁴⁸ tarafından kaleme alınmakta ve dışarıdan dayatılmakta¹⁴⁹ ve başka yerlerden kopyalanıp yapıştırılmaktadır¹⁵⁰. Hatta anayasal dönemlerin bazı örneklerinde bile halkın kürtaj, eşcinsel hakları gibi tartışmalı ahlaki konularda kendi değerlerini bir kenara koyması mümkün görünmemektedir. Anayasa yapım süreçlerinde halkın fikrinin değiştiğine ilişkin tespitinin eksikliğinde, bu makalede ortaya konulan araştırma verileri, anayasa yapımının global pratiğinin *popüler olmayan anayasacılık* şeklinde nitelendirildiğini ortaya koymaktadır.

Tablo 10: Halkın Kendi Anayasasında Anayasal Hakları İsteyip İstemediğine İlişkin Öngöstergeler

	Alenin Korunması	Dilekme Hakkı	Çalışma Hakkı	Çevre hakkı	Eşitliğin Korunması	Dilekçe Hakkı	Toplanı Hakkı	Çevre Hakkı	Eşcinsel Hakları	Doğmanın Hakları	Çinsiyet Eşitliği	Anneliğin Korunması
Bireysel Değerler	0.24***	0.15**	0.14***	0.21***	0.23***	0.18***	0.10***	0.29***	0.45***	0.36***	0.09	0.21***
Kadın	0.01	0.04	0.08***	0.06***	0.12***	0.00	-0.03**	0.03	-0.02	0.00	0.06**	0.04***
Yaş	0.00	-0.00***	-0.00***	-	-0.01**	-0.00***	0.00***	-0.00*	-0.00**	0.00	0.00	-0.00***
Yenilikçi	-0.09***	0.03	0.07*	0.07*	-0.05*	0.01	0.03	0.10***	0.07	-0.17***	0.07*	-0.06***
Birleşik Devletler	-0.10***	-0.35***	-0.25***	-	-0.18***	-0.02	0.04***	0.01	0.07	-0.28***	-	-0.19***
(Psödo)-Kare	0.15	0.12	0.11	0.18	0.1	0.03	0.04	0.09	0.23	0.21	0.05	0.13
N	987	1001	1000	994	1003	1003	1003	1001	999	1011	1004	997

Not: Sağlam standart hatalı probit gerilemelerden edinilen marjinal etkiler, ülke düzeyinde kümelenmiştir. Marjinal etkileri hesaplamak için tüm

anayasalarının, anayasal anlarda kaleme alındığını ancak anayasaların baskın çoğunluğunun böyle olmadığını belirtmektedir.)

¹⁴⁸ RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM *passim* (2004), (anayasa yapımının, hegemonik elitlerin “kendilerini korumalarının” bir ürünü olduğu belirtilir.)

¹⁴⁹ *Bakınız genel olarak Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton, Baghdad, Tokyo, Kabul ...: Constitution Making in Occupied States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1139 (2008).

¹⁵⁰ *Bakınız Goderis & Versteeg, supra note 82 (Afrika, Karayipler hatta Japonya, Mikronezya, Almanya, Afganistan, Irak ve diğerler ülkelerde bulunan otuzdan fazla Britanya kolonisindeki anayasal uygulamayı ele almaktadır.)*

değişkenler örnek ortalamada değerlendirilmiştir. *, %10'luk güven seviyesinde, ** %5'lik güven seviyesinde ve *** %1'lik güven seviyesinde istatistiksel önemi belirtir.

B. Popüler Olmayan Bir ABD Anayasası mı?

Amerikalılar farklı olabilir. Araştırmanın cevapları, Birleşik Devletlerdeki ve diğer ülkelerdeki katılımcılar arasında çarpıcı farklılığı ortaya koymaktadır. Yabancı meslektaşlarının aksine, Amerikalılar kişisel değerlerinin tümünü, özellikle de doğası gereği olumlu veya sosyo-ekonomik olanları anayasallaştırmak istemiyorlar. Anayasal sahada Amerikan istisnası için çok şey söylenirken¹⁵¹, araştırma sonuçları şimdilik ABD Anayasa Hukukunun en istisnai özelliklerinden birinin yani Federal ABD Anayasasının belirgin liberteryen karakterinin¹⁵² kamuoyu tarafından desteklendiğini ileri sürmektedir¹⁵³.

Amerikalı katılımcılar ve diğer ülke katılımcıları arasındaki bu karşıtlık, Tablo 10'da belirtilen gerileme sonuçlarından görüldüğü üzere aşıkardır. Özellikle diğer ülke katılımcıları ile karşılaştırıldığında, -yaş, cinsiyet, ideoloji gibi özelliklerin ve katılımcıların her bir hakka ne kadar değer verdiğini

¹⁵¹ Genel olarak bakınız AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS, supra note 65 (Birleşik Devletler'in diğer şeyler arasında ifade hürriyeti, ölüm cezası ve sosyoekonomik haklar konusunda nasıl aykırı olduğunu ele almaktadır.)

¹⁵² Bakınız HARTZ, supra note 79, 6'da (Birleşik Devletlerin belirgin liberteryen anayasal geleneğini açıklamaktadır. EMILY ZACKIN, LOOKING FOR RIGHTS IN ALL THE WRONG PLACES: WHY STATE CONSTITUTIONS CONTAIN AMERICA'S POSITIVE RIGHTS 12 (2013) (Amerikan anayasal geleneğine ilişkin sözleşmeye dayanan sağduyunun, "koruyucu ve denkleştirici politikalar, anayasal ödevlerin değil çoğunlukçu tercihin soruları" olduğunu belirtir.); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, içinde AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 46 (ed. Michael Ignatieff, 2005) ("Amerika'da hükümete duyulan güvensizlik, anayasal haklara ilişkin güçlü bir liberteryen katkı sağlamaktadır. Birleşik Devletler'in Anayasası güçlü bir negatif anayasadır ve anayasayı, büyük ölçüde itibar edilmeyen sosyal haklar, topluluk hakları veya pozitif vatandaşlık yükümlülüklerinin aracı olarak görmektedir."); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, içinde EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM, supra note 77, 119'da. (negatif özgürlükler, ABD anayasal geleneğini tanımlamaktadır ve bunu, Amerika'da feodalizm olmamasına dayandırıldığı belirtmektedir.)

¹⁵³ Cf. Mila Versteeg & Emily Zackin, *American Constitutional Exceptionalism Revisited* (2014) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (birçok ABD eyaleti anayasasının ampirik olarak sosyoekonomik hakları kapsadığını belirtmektedir.)

kontrol ederek- Amerikalıların sistemli olarak aile, dinlenme hakkı, sağlıklı çevre hakkı, evliliğin korunması, doğmamış bebeğin hakları, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve anneliğin korunması için anayasal koruma talep etmesi daha az muhtemeldir.

Tespitler, Amerikalıların tüm değerlerini anayasallaştırmak istemediği ihtimalini ortaya koymaktadır ve bu makalede Bölüm V.A.'da belirtildiği üzere popülist anayasa derecesini ABD Anayasası için tekrar değerlendirmeye açmaktadır. Her bir hakkın kişisel inançlarla uyumundan ziyade Amerikalıların gerçekte hangi hakları anayasalarında istediği dikkate alınırsa özellikle ABD Anayasasının gerçek popülaritesinin daha güçlü kavranması sağlanabilecektir. Başka bir anlatımla, Amerikalıların kişisel değerlerinden ziyade *anayasal* değerlerini dikkate almak zorunda kalacağız. Böylesi bir analizi kolaylaştırmak için Tablo 11'de belirtildiği üzere her bir hak analize dâhil edilmiştir, (1) Hakka önem veren Amerikalıların yüzdesi (2) Hakkın anayasada düzenlenmesini isteyen Amerikalıların yüzdesi. Dünya Değerler Araştırması sayıları karşılaştırma için listelenirken; bu sayılar, yazar tarafından yönetilen Mechanical Turk araştırmasına dayanmaktadır¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Genel olarak, Mechanical Turk araştırmasından çıkarılan sonuç, Dünya Değerler Araştırması'ndan elde edilen sonuçlara hemen hemen benzemektedir. Tamamen tesadüf bir örnekle, 522 Amerikalı katılımcının katıldığı araştırmanın yanlışlık marjı %4.3 olacaktır. *Bakınız* Sample Size Calculator, SURV. SYS., <http://www.surveysystem.com/sscalc.htm>. Görüldüğü üzere, birçok hak için Mechanical Turk Araştırması ve DDA araştırma verileri arasındaki fark, hata marjine düşmektedir ancak diğerleri için böyle değildir. Farklılığa ilişkin olası bir neden, ABD'de, DDA'nın son aşamasındaki verilerin toplanmasının 2006 yılında gerçekleşmesi ve değerlerin, bu tarihten itibaren değişmiş olabilesidir. Bir diğer neden, Mechanical Turk çalışanlarının tamamen tesadüfi olmasıdır; işte bu yüzden ideoloji, yaş, cinsiyet gibi atıflara ilişkin gerileme analizi kontrol etmektedir. Bu etkilerin nasıl aynı anda işte olabileceğini göstermek için eşcinsel haklarına ilişkin veriyi esas alalım ki burada DDA bulguları ile benim araştırmam arasındaki bulguların en fazla olduğu görülmektedir. Dünya Değerler Araştırması'na göre, Amerikalıların %70'i eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu düşünmektedir. Mechanical Turk araştırmasına göre ise sadece %27 eşcinselliği kabul edilemez bulmaktadır. Bu fark, örnek seçimi önyargısını yansıtmaktadır çünkü daha genç Mechanical Turk çalışanları eşcinsel hakları daha çok desteklemektedir. Ayrıca bu farklı sonuçların, Amerika'da eşcinsel haklar konusunda hızlı bir şekilde değişen değerlerden de kaynaklanmaktadır. *Bakınız* David A. Fahrenthold & Jon Cohen, *Record Support for Gay Marriage*, WASH. POST, 19 Mart, 2013, A1'de. (2004'de Amerikalıların %41'inin eşcinsel evlilikleri desteklediğini, 2006'da %36'sının eşcinsel evlilikleri desteklediği, 2013'de %58'nin eşcinsel evlilikleri desteklediği belirtilmektedir.) Aslında benim araştırmamdaki %73 olarak ölçülen destek, 2006'da hem Washington Post'un araştırmasındaki %58'den hem de Dünya Değerler Araştırması tarafından ölçülen %30 destekten daha büyüktür.

Tablo, Amerikalıların haklarını anayasalarında yer almasını istemeleri ile hangi dereceye kadar kavramsal bakımdan haklara değer verdikleri arasındaki tutarsızlığı ortaya koymaktadır. Örneğin Amerikalı katılımcıların %87 ile %90 arası, boş zamana önem vermekte ve çalışma konusunda Amerikalıların sadece %35'i, Anayasada dinlenme veya boş zaman hakkının olmasını istemekte ve %57'si çalışma konusunda bir anayasal hak talep etmektedir¹⁵⁵. Amerikalıların kişisel değerlerinden (kavramsal olarak bir hakka değer veren veya vermeyen yüzdesi yerine her bir hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen veya istemeyen kişilerin yüzdesi) anayasal değerleri temel alınarak ABD popülizmi tekrar hesaplanırken ABD Anayasasında korunan haklar için ortalama destek bir şekilde yükselmektedir: Amerikalıların %48'i istedikleri hakkı elde etmektedir.

Her ne kadar Amerikalılar, Anayasadan bazı hakların ihmal edilmesi hususunda uzlaşsa da diğerlerinin ihmal edilmesinde uzlaşmamaktadır. Özellikle araştırma, ABD Anayasası metninde yer almayan bazı haklar için halk desteğinin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır¹⁵⁶. Açıkça katılımcıların %88'i iş yaşamında cinsiyet eşitliğinin korunmasını istemekte; %77'si eşcinsel hakların korunmasını istemekte; katılımcıların %70'i anayasada grev hakkını istemekte ve %62 sağlıklı çevre hakkında bir anayasal hak istemekte. Bu şekildeki eksiklikler, ABD Anayasasının popülaritesini azaltmaktadır ve analizde yer alan ortalama hükmün çoğunluğa ulaşmamasına yol açmaktadır.

Birleşik Devletler ve diğer ülkeler arasındaki bir diğer farklılık, birçok hakkın ABD anayasa hukuku ışığında korunması ve açık olmayan bir şekilde Anayasada korunmuş olması ancak hukuki yorumlarla yaratılmış olmasıdır. ABD Anayasası nispeten birkaç değişiklik görmüştür ancak hemen hemen hergün yargı yorumlarıyla güncellenmektedir¹⁵⁷. Kadim ABD Anayasasına kıyasla diğer devletlerin anayasaları oldukça detaylı ve daha yeni olma eğilimindedir¹⁵⁸ ki böylece kendi anayasalarını güncellemelerinde ülkelere

¹⁵⁵ Amerikalıların %90'ı, boş zamana değer vermektedir, %36 boş zaman hakkının Anayasada düzenlenmesini istemekte. Amerikalıların %82'si çalışmaya değer atfederken, %59'u çalışma hakkının Anayasada düzenlenmesini istemekte.

¹⁵⁶ See Tablo 10.

¹⁵⁷ Bakınız ELKINS ET AL., *supra* note 13, 129'da (dünya anayasalarının medyan yaşam süresinin 19 yıl olduğunu belirtmiştir.)

¹⁵⁸ See Versteeg & Zackin, *supra* note 153 (ampirik olarak ABD Anayasası, global standartlara nazaran alışılmadık şekilde kısa ve istikrarlıdır.)

daha az zaman ve takdir hakkı bırakmaktadır. Sonuç olarak Birleşik Devletlere nazaran birçok ülkenin anayasal belgesi kendi sistemlerinden daha önemlidir. Aslında yazılı “büyük-A” anayasası ve anayasa hukukunun büyük bir kısmı arasında boşluk -veya devletin “küçük-a” anayasası- diğer ülkelere nazaran Birleşik Devletlerde daha fazladır¹⁵⁹.

Analizde yer alan üç hak, açıkça Anayasada düzenlenmese de Yüksek Mahkeme tarafından tartışmalı bir şekilde kabul edilmiştir. Bu haklar evlenme hakkı, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve son olarak eşcinsel haklarıdır¹⁶⁰. Bu davalarda, Yüksek Mahkeme kamuoyuyla daha uyum içinde Anayasayı güncellemiştir. Hatta bazı yorumculara göre, anayasal yorum hiçbir zaman kamuoyundan bağımsız değildir¹⁶¹. Profesör Leider, örneğin Yüksek Mahkeme’nin İkinci Değişiklik hakkındaki içtihadının her zaman evrilen bir kamuoyu tarafından izlendiğini ve bunun “silahlar konusunda daha güçlü sınırlamaların olmasını isteyenler ile bunun bir hak olduğuna inananlar şeklinde ayrılan nüfusun uzlaştırılması” için Mahkeme’ye ilişkin isteği de yansıttığını ortaya koymuştur¹⁶². Yakın zamanda Defense of Marriage Act’in Üst Mahkeme tarafından bozulması, benzer isteği yansıtmaktadır. Mechanical Turk araştırması tam da Yüksek Mahkeme’nin *United States v. Windsor*¹⁶³ kararından önce yapılmıştır ve bu araştırmaya göre Amerikalıların %78’i, cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin anayasal korumasını desteklemektedir¹⁶⁴. Görüldüğü üzere, davaya karar verirken Yüksek Mahkeme Anayasayı kamuoyuyla daha ileri bir çizgiye taşımıştır.

Aslında anayasa hukukunun geniş bir alanında korunan bu haklar dikkate alındığında, ABD Anayasasının popülerite skoru %48 ile %60 arasında değişmektedir. Başka bir deyişle anayasal metin ile yargı kararları arasında ABD Anayasa Hukuku, Amerikalıların %60’nın istediği hakları

¹⁵⁹ *Id.* at 25 (Var olan dört kısa demokratik anayasa arasında dünyadaki en eski ulusal anayasanın, ABD Anayasası olduğunu belirtmektedir ve bunun, anayasa yapan otoritenin yargıya olağandışı görevlendirmesini zorunlu kıldığı gözlemlenmektedir.)

¹⁶⁰ Analizimde yer alan on iki hakkın her birinin anayasa hukukunda korunup korunmadığını belirlemek için ABD anayasa hukukunda var olan 112 hakkı kodlayan Kevin L. Cope’un nicel kodlamasına dayanıyorum. *Bakınız* Kevin L. Cope, *The Global Relevance of U.S. Constitutional Law* (2012) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (Yüksek Mahkeme’nin evliliğin korunması ve hükümet tarafından iş hayatında cinsiyet ayrımının yasaklanmasını tanıdığı kararları ele alınmaktadır.)

¹⁶¹ *Bakınız supra* note 30.

¹⁶² Leider, *supra* note 30, 3’te.

¹⁶³ 133 S. Ct. 2675 (2013).

¹⁶⁴ *Bakınız supra* note 154 (araştırmadaki potansiyel seçim önyargısı ele alınmaktadır.)

vermektedir. Böylece Amerikalıların hem kendine özgü anayasal değerleri hem de Yüksek Mahkemenin yorumları dikkate alındığında, ABD Anayasal sistemi ilk bakışta görünürden daha fazla kamuoyuna yakındır.

Tablo 11: Amerikalı Katılımcılar İçin Kişisel ve Anayasal Değerler

	<u>Hakkın Dâhilse</u> <u>Bir Hak ile Uyumlu Kişisel</u> <u>Değerler</u> Hakka değer veren katılımcıların yüzdesi	<u>Bir Hak ile Uyumlu Anayasal</u> <u>Değerler</u> Hakka değer veren ve bu hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen yüzde
Dilekçe Hakkı	Hükümete dilekçe vermeye istekli olanlar: %94 (%95 DDA)	Anayasalarında dilekçe hakkının olmasını isteyenler: %83
Toplantı Hakkı	Yasal bir toplantıda yer almak isteyenler: %83 (%69 DDA)	Anayasalarında toplantı hakkını isteyenler: %92
	<u>Hak Dâhil Değilse</u>	
	Hak, kişisel değerlerle uyumlu <i>değildir</i>	Hak, anayasal değerler ile uyumlu <i>değildir</i>
Ailenin Korunması	Geleneksel aile değerlerine sahip <i>olmayanlar</i> : %52 (%36 DDA)	Anayasada aile hayatının korunması hakkını istemeyenler: %33
Dinlenme Hakkı	Boş zamanın çok önemli <i>olmadığını</i> düşünenler: %10 (%11 DDA)	Anayasada dinlenme hakkını istemeyenler: %65
Çalışma Hakkı	Çalışmanın çok önemli <i>olmadığını</i> düşünenler: %17 (%20 DDA)	Anayasada çalışma hakkını istemeyenler: %43
Çevre Hakkı	Çevreye değer <i>vermeyenler</i> : %39 (%49 DDA)	Anayasada sağlıklı çevre hakkını istemeyenler: %38
Evlenme Hakkı	Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğunu düşünenler: %30 (%56 DDA)	Anayasada evlenme hakkını istemeyenler: %45
Grev Hakkı	Yasal bir greve katılmak istemeyenler: %33 (%56 DDA)	Anayasada grev hakkını istemeyenler: %30
Eşcinsel Hakları	Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu düşünmeyenler: %27 (%70 DDA)	Anayasada eşcinsel hakları istemeyenler: %23

Doğmamışın Hakları	Kürtajın kabul edilebilir olduğunu düşünenler: %58 (%31 DDA)	Anayasada doğmamışın haklarını <i>istemeyenler</i> : %65
Cinsiyet Eşitliği	İstihdamda cinsiyet eşitliğine değer <i>vermeyenler</i> : %5 (%7 DDA)	Anayasada çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği hakkını <i>istemeyenler</i> : %12
Anneliğin Korunması	Kadının kendini gerçekleştirmesi için çocuk sahibi olmaya ihtiyacı vardır fikrine <i>inanmayanlar</i> : 92 (%86 DDA)	Anayasada anneliğin korunmasını <i>istemeyenler</i> : %48
Toplam	Anayasa ile kişisel değerleri uyum içinde olan Amerikalılar: %44 (%45 DDA)	Anayasa ile anayasal değerleri uyum içinde olan Amerikalılar: %48

Not: Birinci sütundaki italik yerler, Anayasada açıkça yer almayan hakları belirtmektedir ancak bu haklar, yine de ABD anayasa hukuku koruması altındadır.

VI. POPÜLER OLMAYAN ANAYASACILIĞIN OLASI SEBEPLERİ

Hem anayasal teoride hem de popüler tasavvurda anayasalar, geniş anlamda popüler fikirlerin ve değerlerin belirgin ifadeleri olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵. Bu maddeden elde edilen bulgular, bu fikri yeniden değerlendirmenin gerekli olabileceğini düşündürmektedir. Her ne kadar tespitler, ihtiyatla değerlendirilse de tüm kanıtlar demokratik ülkelerde ve halk oylamasıyla belgenin kabul edildiği ülkelerde bile anayasaların bilhassa popüler değerlerle bağlantısının olmadığını ortaya koymaktadır. Bu bölüm, dünya çapında pek çok ülkede popüler olmayan anayasacılığın neden öne çıktığı konusunda olası bir açıklama getirmektedir.

Bu kopukluğu anlamak için anayasaların genellikle bir bütün olarak halk tarafından kaleme alınmadığına dikkat etmek gerekir. Çoğu zaman anayasalar, daha çok ulusal ve uluslararası hükümet dışı kurumları şeklindeki özel çıkar gruplarının ve uluslararası kurumların başvurduğu küçük bir uzmanlar grubu tarafından hazırlanmaktadır¹⁶⁶. Taslak konusunda uzlaşıldıktan sonra demokratik şekilde seçilen birimler tarafından kabul edilir ve/

¹⁶⁵ Bakınız *supra* notes 13-17 ve ekli metin.

¹⁶⁶ Bakınız *supra* notes 147-50 ve ekli metin.

veya bu taslak onaylanması için halka sunulur. Hatta birçok durumda halkın onayı hiçbir şekilde aranmamaktadır¹⁶⁷. Dolayısıyla anayasaları kaleme alan uzmanlar, bunu sıkça demokratik baskılardan görece bir yalıtım içinde yapmaktadır. Ve bir ulusun en üstün belgesini tasarlarlarken bu uzmanlar, sadece çoğunluğun duyarlılığını dikkate almamakta ancak halkın kendini ifade etme amacıyla çelişebilecek farklı fikirlere karşı bu duyarlılıkları dengelemektedir.

Gözönüne alınacak olursa anayasayı tasarlayanlar, sadece kendi tercihlerini ve değerlerini düzenlemek istemezler ayrıca daha önemli bir çıkarı düşünürler ki burada popüler fikir ve değerleri ifade etme isteğiyle yarışan iki önemli fikir mevcuttur. Bu yarışan fikirler, işlevselcilik ve evrenselcildir. Evrenselcilik, çoğunluğun dileklerine bakmaksızın tüm anayasaların özellikle haklarla ilgili belirli evrensel değerlerin korunması gerektiğini kabul eder. Evrenselci fikirler, popüler ifadelerle karşı anayasa tasarımcılarını uyarır çünkü popülist anayasalar, potansiyel anlamda evrensel insan hakları normlarını zayıflatmaktadır¹⁶⁸. İşlevselcilik, popülist anayasalara karşı tavsiyelerde bulunur çünkü bu belgeler, teknik anlamda sağlam olmayabilmektedir. Örneğin bu belgeler, sıklıkla geniş bir haklar katalogunu düzenlemektedir¹⁶⁹. Hem işlevselcilik hem de evrenselcilik o halde popüler olmayan anayasacılığın olası nedenleridir.

A. İşlevselcilik

Gerçek dünyadaki anayasa yapımcıları için, anayasalar sadece popüler değerlerin ifade edildiği forumlar değildir; ayrıca anayasalar, ulusun tasarlanması ve stratejik şekilde belirli amaçlara ulaşma fırsatını temsil etmektedir¹⁷⁰. İşlevselci perspektiften anayasalar, daha az “ulus ruhu”, daha çok ülkenin işletim sistemidir¹⁷¹. İyi performans göstermek için, hem bir ülke

¹⁶⁷ *Bakınız supra* Bölüm II.B (halk katılımına yönelik son zamanlardaki eğilimi ele almaktadır ve yürürlükte olan mevcut anayasaların %34'nün onaylanması için halk referandumu zorunludur.)

¹⁶⁸ *Bakınız infra* Bölüm VI.B.

¹⁶⁹ *Bakınız infra* Bölüm VI.A.

¹⁷⁰ *Bakınız e.g.*, Tushnet, *supra* note 34, 68, 72'de (işlevselci yaklaşım, en iyi anayasal sonuçları tanımlamayı isteyen siyaset bilimcileri tarafından desteklendiğini ileri sürmektedir.) Genel olarak bakınız ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION (2000).

¹⁷¹ E.g., Kreimer, *supra* note 13, 641-44'te (anayasaların “ulusun ruhu” olduğu nosyonu ile anayasaların ulusların işletim sistemi olarak hizmet ettiği fikri karşılaştırılmaktadır.)

hem de bir bilgisayar teknik olarak üstün bir işletim sistemine ihtiyaç duyar. Anayasalar ideal anlamda daha çok Window 8'e ya da Apple'ın Mountain Lion'ına benzemektedir ve anayasa yapıcıları, en iyi anayasal çözümleri bulmak için teknik uzmanlığa sahip mühendislerdir¹⁷². Anayasa tasarımı ile anayasalar, ekonomik refah¹⁷³, haklar ve özgürlükler için kalıcı saygı¹⁷⁴, istikrarlı demokrasi¹⁷⁵ ve bölünmüş toplumlarda çatışmaların azaltılması¹⁷⁶ gibi istenilen amaçları yerine getirebilir.

İşlevsel anayasal tasarım mantığı altında, anayasalcılık, iyi işleyen bir hükümete ulaşmak için tasarımcılar tarafından uyulması gereken bir dizi temel anayasa ilkesini ima eder. Böylesi prensipler standartlaşmaya yakındır ve genellikle bir bağlama dayanmamaktadır¹⁷⁷. Profesör Tom Ginsburg'un belirttiği üzere, anayasa yapımı genellikle anayasa tasarımı için kolay erişilebilir ve teknik olarak sağlam çözümler sunan "standart metin"le başlamaktadır¹⁷⁸. Anayasa yapıcılar bir metne baştan başlamak yerine uygun standart metinlerden faydalanır. Bilgisayar karşılaştırmasına dönecek olursak, eğer Windows 8 veya Apple's Mountain Lion zaten kullanılıyorsa kurgusal yeni bir işletim sistemi tasarlamak abes olabilecektir.

¹⁷² Anayasal tasarımın bilimi hakkında bakınız DONALD S. LUTZ, *PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN* (2006); Ran Hirschl, *The "Design Sciences" and Constitutional "Success,"* 87 TEX. L. REV 1339 (2009).

¹⁷³ Anayasaların ekonomik refahı geliştirdiğine ilişkin görüş için örneğin bakınız *supra* note 170; TORSTEN PERSSON & GUIDO TABELLINI, *THE ECONOMIC EFFECTS OF CONSTITUTIONS* (2003).

¹⁷⁴ Haklar bildirgesinin özgürlüğü geliştirdiğine ilişkin görüş için örneğin bakınız *PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: COMPARATIVE PERSPECTIVES* (ed.Philip Alston., 1999).

¹⁷⁵ Anayasaların demokrasiyi tasarlayabileceğine ilişkin görüş için örneğin bakınız CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO* (2001)

¹⁷⁶ Anayasaların bölünmüş toplumlarda uyumsuzlukları giderebileceği hakkında örneğin bakınız *CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETY: INTEGRATION OR ACCOMMODATION?* (Sujit Choudhrey ed., 2008); Donald L. Horowitz, *Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1213 (2008); Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, 15 J. DEMOCRACY 96 (2004).

¹⁷⁷ Bakınız Peter C. Ordeshook, *Are 'Western' Constitutions Relevant to Anything Other than the Countries They Serve?*, 13 CONST. POL. ECON. 3, 3 (2002) ("Demokratik prensipler büyük ölçüde keşfedilmemiş şekilde kalsa bile demokratik anayasal tasarımın evrensel ilkeleri mutlaka olacaktır.")

¹⁷⁸ Tom Ginsburg, *Constitutions as Contract, Constitutions as Charters*, içinde *THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS*, *supra* note 24, 182, 196'da (basmakalıp anayasal hükümleri açıklamaktadır.)

İşlevselciliğin, anayasa yapımında ortak bir duyarlılık olduğu görülmektedir¹⁷⁹. ABD Anayasası örneğinin başka yerlerdeki politika bilimi ve anayasal deneyimlerinden elde edilen mevcut görüşleri kapsamlı bir şekilde inceleyen tasarımcılar tarafından dikkatle tasarlandı. Aynı ruhta, 1922 İrlanda Özgür Devlet Anayasasını tasarlayanlar, İrlanda toplumunun en iyi “mühendisliğinin” nasıl yapılacağına dair yeni bilgiler elde etmek için, birçok yabancı anayasasının dikkatle incelendiği “gayretli bir çalışma” yapmıştır¹⁸⁰. Yakın zamanda, 2011 Güney Sudan Anayasası, bu anayasayı tasarlayanların ileri sürdükleri tercihler doğrultusunda tavsiyede bulunan yabancı danışmanlardan oluşan bir çekirdek kadro himayesinde yazılmıştır¹⁸¹. Bu bağlamda, işlevsel anayasal tasarım, her millete en uygun anayasal çözümleri öneren bir bilim dalı gibidir¹⁸². Anayasal tasarım için bu türden işlevselci tariflerin, kamuoyundan kopması muhtemeldir.

B. Evrenselcilik

Gerçek dünyadaki anayasa yapımcıları, demokratik anayasal teorinin işlevlerini, işlevsel değerlendirmelere karşı değil, aynı zamanda evrenselciliğe karşı da dengelemezler. Evrenselcilik, bazı değerlerin çok önemli olduğuna ve bu nedenle her yerde anayasalarda, düzenlenmesi gerektiğine

¹⁷⁹ Benedikt Goderis & Mila Versteeg, *Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 103’te (Dünyada 19. yüzyıl, Latin Amerika’dan sömürge sonrası Afrika’ya, İzlanda’ya ve Güney Sudan’a geniş çapta anayasa yapımının aktarılması olarak belirtmektedir.)

¹⁸⁰ Paul Brady, *Social, Political and Philosophical Foundations of the Irish Constitutional Order*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 269, 274’te

¹⁸¹ *Bakınız* Cope, *supra* note 34, 304’te (2011 Güney Sudan Geçiş Dönemi Anayasası’nın yapımında Ulusal Demokratik Enstitüsü, Max Planck Enstitüsü’nden, Amerikalı hukuk şirketi Latham & Watkins’a kadar uzanan yabancı uzmanların çekirdek kadrosunu ele almaktadır.)

¹⁸² *Bakınız* e.g., JACKSON, *supra* note 13, 265’te (anayasa yapımının “(eğer yönetilmiyorsa) uluslararası aktörler (devlet ve sivil toplum kuruluşu) ile müzakerelerini, anayasal tasarım (seçim sistemleri dâhil), anayasal haklar, ve anayasal icra mekanizmalarını” içerdiğini belirtmektedir.) Jed Rubenfeld, *Commentary, Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 1992–93 (2004) (yaygın “uluslararası anayasalar”ın öncelikle yabancı danışmanlar tarafından düzenlendiğini açıklamaktadır.)

ilişkin inançtır¹⁸³. Evrenselci bakış açısına göre, tüm anayasalar kamuoyuna bakılmaksızın belirli evrensel normları içermek zorundadır¹⁸⁴.

Sosyolojik araştırmanın büyük bir kısmı, uluslararası toplumun gitgide standart devlet modelleriyle tanımlandığını göstermektedir¹⁸⁵. Özellikle insan hakları alanında, uluslararası anlamda tanımlanan insan hakları paradigması mevcuttur ki bu paradigma, devletlere karşı uluslararası toplumu açık ve resmi standartlarla donanımlı hale getirmektedir¹⁸⁶. Kendilerini uluslararası toplumun üyesi olarak gören devletler, uluslararası meşruiyeti kazanmak için bu standartlara uyacaktır.

Bu uluslararası paradigma, en belirgin şekilde Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmelerinde göze çarpmaktadır. Bir normatif mesele olarak, uluslararası insan hakları rejiminin temeli, nerede doğmuş olursanız olun, birçok hakkın evrensel olmasıdır¹⁸⁷. İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana, artan sayıda hak uluslararası hukuk tarafından korunmaktadır¹⁸⁸. Bu antlaşmalar, devletlerin çoğunluğu tarafından büyük ölçüde onaylanmıştır ve hukuki olarak bağlayıcı hale gelmiştir. Bu hakların büyük çoğunluğu, teamüli uluslararası hukuk statüsünü kazanarak, bu antlaşmaları onaylamayan devletler

¹⁸³ Tushnet, *supra* note 34, 67, 69'da (normatif evrenselciliği, benzer evrensel değerlerin her yerde uygulanması olarak ifade etmektedir.)

¹⁸⁴ *Id.* 69'da ("Normatif evrenselcilik, öncelikle karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışanlar ile uluslararası insan hakları çalışanlar arasındaki diyalogdan doğmaktadır.")

¹⁸⁵ *Bakınız* John W. Meyer, John Boli, George M. Thomas & Francisco O. Ramirez, *World Society and the Nation-State*, 103 AM. J. SOC. 144, 144-45 (1997) ("Çağdaş ulus-devletin birçok özelliği, küresel kültür ve basın kuruluşları yoluyla yayılmış ve inşa edilmiş dünya çapında modellerden kaynaklanmaktadır.")

¹⁸⁶ David S. Law & Mila Versteeg, *Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism*, içinde CONSTITUTIONS IN AUTHORITARIAN REGIMES 165, 170 (ed. Tom Ginsburg & Alberto Simpser, 2014).

¹⁸⁷ E.g., LOUIS HENKIN, THE AGE OF RIGHTS 2 (1990) ("İnsan hakları evrenselidir; her toplumda tüm halka aittir. Bu haklar, coğrafyaya veya tarihe; kültür veya ideolojiye, politik veya ekonomik sisteme ya da toplumsal gelişme düzeyine göre değişiklik göstermemektedir.")

¹⁸⁸ *Bakınız* e.g., TODD LANDMAN, PROTECTING HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY 4 (2005) ("Hatta 1948'de en optimistik gözlemciler, bu dönemi izleyen büyümenin ve insan hakları doktrininin ve söylevinin etkisini düşünemediler..." (atıf belirtilmemiştir.); BETH A. SIMMONS, MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS 36 (2009) ("Uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin en çarpıcı gerçek, II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinin öncesinde eksikliğini neredeyse tamamlanmış olmasıdır.")

bakımından bile yasal olarak bağlayıcı hale gelmiştir¹⁸⁹. İnsan hakları antlaşmaları, yasal statülerine ek olarak, uluslar arasında küresel bir fikir birliğini temsil ettikleri için güçlü normatif etkiye sahiptir. Uluslararası insan hakları antlaşmaları, tasarım gereği, insan hakları konusunda küresel bir fikir birliği yaratmayı ve geliştirmeyi ister¹⁹⁰. Uluslararası topluma iyi niyetlerini belirtmek isteyen ve bu topluluğun parçası olmayı bilinçli olarak amaçlayan devletler, bu nedenle uluslararası insan hakları antlaşmalarında yer alan standartlaşmış anayasal modellere uyma eğilimindedir¹⁹¹.

Farklı mantıklara dayanırken işlevselcilik ve evrenselcilik, ulusları birbirinden ayırmaya hizmet eden farklı ulusal değerlere ilişkin net ifadeler yerine standartlaştırılmış belgeler üretmektedir¹⁹². Pratikte, bu yöntemler sıklıkla harmanlanmaktadır; anayasa tasarımcılarına, sınırlı sayıda standart model sunuyorlar ve tasarımcıların takdirlerini bu modellerden sapacak herhangi bir popüler değeri ifade edecek şekilde sınırlandırıyorlar¹⁹³.

C. Anayasal Tasarıma İlişkin Çelişki

İşlevselcilik ve evrenselcilik zaman zaman halkın kendini ifade etme idealiyle çelişebilmektedir. İlk bakışta, benzer yöntemle ulusal değerlerin

¹⁸⁹ RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 702 (1987) (“Bir devlet eğer devlet politikaları nedeniyle uluslararası hukuku şu durumlarda uygulamalarıyla ihlal ederse, buna cesaretlendirirse ya da göz ardı ederse; (a) soykırım (b) kölelik, köle ticareti (c) öldürme veya kişilerin kaybına yol açma (d) işkence veya diğer acımasız, insanlık dışı, küçük düşürücü muamele veya cezalandırma (e) uzun süreli keyfi, gözaltı (f) sistematik, ırkçı ayrımcılık veya (g) uluslararası hukuk tarafından kabul edilmiş insan haklarının tutarlı bir şekilde kesintisiz ihlali”)

¹⁹⁰ Christof Heyns & Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, 23 HUM. RTS. Q. 483, 488 (2001) (“Antlaşma sistemi, insan hakları normları hakkında geniş anlamda uluslararası uzlaşmayı belirtmektedir.”)

¹⁹¹ *Bakınız*, e.g., GRAHAM HASSALL & CHERYL SAUNDERS, ASIA-PACIFIC CONSTITUTIONAL SYSTEMS 1 (2002) (“Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin...son yüzyılda ortaya konulan diğer hukuk belgelerine nazaran hukuk, anayasacılık, yönetim üzerine kesinlikle daha fazla etkisi olmuştur.”)

¹⁹² *Bakınız* Tushnet, *supra* note 34, 67, 74’te (hem işlevselcilerin hem de evrenselcilerin evrensel prensipler aradığını belirtmektedir.)

¹⁹³ Law & Versteeg, *supra* note 80, 1163-64’te (Dünya anayasalarındaki tüm değişkenlerin yüzde doksanın, iki şekilde ele alındığını ortaya koymaktadır: (1) bir ülkenin genel eğilimi, az ya da çok hakkı düzenlemektir ve (2) metnin doğası gereği devletçi veya liberteryen olup olmadığıdır.)

ifade edilmesi, evrensel normların dile getirilmesi, belirli hedeflerin işlevsel tasarımının sağlanabileceği görülmektedir¹⁹⁴. Örneğin, anayasanın başlangıç hükümleri, ulusun değerlerini ortaya koyabilecektir; haklar bildirgesi standart evrensel haklar paketini düzenleyebilecektir. Anayasanın yapısal bölümüne ilişkin anayasal tasarımın en gelişmiş ilkeleri düzenlenebilir. Ancak ulusal değerlerin, retorik değerlerden fazla olduğu, ulusal değerlerin anayasanın önemli bir bölümüne nüfuz ettiği yerlerde, bir gerilim ortaya çıkabilir. Popüler değerler, hem anayasal tasarıma ilişkin işlevselciliğin yöntemiyle hem de evrenselciliğin, çekirdek birtakım hakların her yerde kabul edilmesi gerektiği fikriyle çatışabilir.

İlkini ortaya koyabilmek için sosyoekonomik haklar örneğini düşünelim. Gelişmekte olan ülkelerde, başka yerlerde olduğu gibi, halk beslenme hakkına, konut hakkına ve yeterli yaşam standartlarına sahip olma hakkına son derece önem vermektedir. Aslında yoksulluğu ve kötü beslenmeyi azaltmak, geleceğe yönelik en önemli amaç olabilir¹⁹⁵. Ancak hükümetler, bu hakları yerine getirmekte yetersiz olduğunda, tüm anayasanın sadece ilham verici metinler haline gelme riski ortaya çıkacaktır. Eğer hükümetler, örneğin beslenme hakkını sürekli ihlal ederse işkence yasağı için de benzer şeyi yaptığında bu durum, daha az şartırtıcı olacaktır¹⁹⁶. Sonuç olarak işlevselcilik taraftarları, sosyoekonomik haklar konusunda popüler ifadelerle karşıdrlar.

Belki daha da önemlisi popüler değerlere bağlılık, aşırı derecede ayrıntıyla hazırlanmış belgeler üretebilecektir. Bu belgelerde, istenilen değerler anayasal değerlere dönüştürülecektir. Örneğin 2008 tarihli Ekvator Anayasasında -geniş bir popüler girdiyle yazılmıştır¹⁹⁷.- yerli yapım besleyici bes-

¹⁹⁴ *Bakınız* e.g., Kreimer, *supra* note 13, 648-50'de (anayasaları, ulusal kimlik olarak kavramsallaştırmak ve bunu, işletim sistemi olan anayasalarla karşılaştırmak); Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225, 1269-74 (1999) (anayasaların "tanımlayıcı" işlevini kavramsallaştırmaktadır ve bunu, anayasalar konusunda daha işlevselci perspektifler ile karşılaştırmaktadır.)

¹⁹⁵ *Bakınız*, e.g., Cass Sunstein, Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees, içinde AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS, *supra* note 65, 90'da, 101-02 ("sosyal ve ekonomik hakları kapsayan anayasaların, sahada herhangi bir değişikliğe yol açıp açmadığı" konusundaki belirsizliği ifade etmektedir.)

¹⁹⁶ *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 82, 868'de (Ülke nüfusunun sadece üçte biri okur yazar olsa da Çad Anayasası'nın özgür ve evrensel eğitim hakkını taahhüt ettiğini ve dünyada en düşük hayat beklentisi oranının görülmesine rağmen Afganistan Anayasası'nın evrensel sağlık hakkını garanti ettiğini belirtmektedir.)

¹⁹⁷ Stephan Küffner & Joshua Partlow, *Voters in Ecuador Approve Constitution: New Document Would Enhance Presidential Powers, Allow Consecutive Terms*, WASH.

lenme hakkı, annelerin emzirme hakkı, temiz şehir havası hakkı gibi birçok genel hedefi düzenlemektedir¹⁹⁸. Latin Amerika’da yakın zamandaki sayısız belge, benzer kumaştan yapılmıştır¹⁹⁹. Bu tür belgelerin popüler olması muhtemeldir, çünkü halk, tipik olarak geniş bir yelpazedeki önemli hedefleri anayasalarına dahi etmekten yanadır²⁰⁰. Bir işlevselciye göre bu tür belgeler, amaçların uygulanabilirliğinin yanı sıra yargının demokratik bir toplumdaki uygun rolü bakımından kaygıları arttırmaktadır²⁰¹. O halde, işlevselcilik fazlasıyla geniş anayasal haklar kataloguna karşı ihtiyatlı olmayı önermektedir.

Popüler ifadeler, ayrıca uluslararası insan haklarına zarar verebilecektir. Gelenek ve derinlemesine rağbet gören kültürel değerler adına, her ne kadar uygulama uluslararası hukuk ışığında tanımlanmış kadın eşitliğine ilişkin çekirdek ilkeleri ihlal etse de bazı uluslar, kadın sünnetine izin vermekte-

POST, 29 Eylül 2008, A14’te (Halkoylamasında “Ekvatorluların en az yüzde 65’nin anayasa lehine oy kullandığını belirtmiştir.) Carlo Ruiz Giraldo, Social Participation and Prior Consultation Rights in Ecuador: An Unfinished Dream?, CONSTITUTIONNET (28 Ağustos 2013), <http://www.constitutionnet.org/news/social-participation-and-prior-consultation-rights-ecuador-unfinished-dream> (“Halk katılımı...hem rıza hem de süreç anlamında Ekvator Anayasası’nın önemli bir özelliğidir.”)

¹⁹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR m. 13 (“sağlıklı, yeterli ve besleyici yemeğe” güvenli ve sürekli ulaşma hakkını açıklamaktadır ki bu yemek, “tercihen yerel olarak üretilmiş ve kendi farklı kimliklerini ve kültürel gelenekleriyle uyumlu olmalıdır.”; *id.* m. 43 (hamile kadınlara ve emziren annelere şu hakları garanti etmektedir: (1) okulda, kamuda ve işte hamileliğe bağlı olarak ayrımcılığa uğramamak (2) ücretsiz ve anneliğe özgü sağlık hizmetleri, (3) hamilelikten doğum sonrası kadar kadınların bakımı ve öncelikle korunması ve (4) hamilelik sonrası iyileşme ve emzirme dönemi için sağlık olanakları) *id.* m. 276(4) (sürekli ve kaliteli havaya ulaşmayı garanti altına almak için çevre korumasının ve iyileştirmesinin geliştirilmesi konusunda devleti yetkilendirmek.)

¹⁹⁹ *Bakınız* King, *supra* note 24, 81’de, 190-201 (Venezuela, Ekvator ve Bolivya Anayasalarının radikal değerler listesini anayasalarında nasıl düzenlediğini ele almaktadır.)

²⁰⁰ *Bakınız* Bölüm IV.B (Daha kapsamlı haklar bildirgesine sahip anayasaların, daha fazla halk desteğine sahip olduğunu ortaya koymaktadır.); ayrıca *bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, 218’de (Ampirik olarak halk oylaması yoluyla kabul edilen anayasaların “muhtemelen her kategoriden hakka neredeyse sahip olduğu”nu ortaya koymaktadır.); Lansberg-Rodriguez, *supra* note 50 (kapsamlı hak paketi, sıkça halk oylamasında olumlu oy aldığını belirtmektedir.)

²⁰¹ *Bakınız*, e.g., Cass Sunstein, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa* 1, 3 (The Law Sch. of the Univ. of Chi., John M. Olin Law & Economics Paper Series No. 124, 2001) (Sosyal ve ekonomik hak eleştirmenlerinin çoğu, bu hakların hukuki gücün ötesinde olmasından endişe duymaktadır ve yargıyı, bürokratik kuruluşların geniş çapta denetimine tabi kılmaktadır.)

dir²⁰². Kültür adına, bazı anayasalar bireysel hakların üzerine grup haklarını ilan etmektedir²⁰³ ve geleneksel kurumları geri getirmektedir²⁰⁴. Belli dini değerler adına, kadın hakları sınırlandırılmaktadır ve kadının kürtaj hakkı sınırlandırılmaktadır²⁰⁵. Benzer şekilde, ekonomik büyüme konusunda halkın isteğini talep ederek, birçok lider sivil özgürlükler üzerinde sosyoekonomik hakları öncelikli kılmaktadır²⁰⁶. Daha genel olarak uluslararası insan hakları hukuku ile korunan azınlık hakları, çoğunluğun istekleri ile reddedilebilir.

Popüler değerlerin, evrensel hak normlarıyla nasıl çeliştiğini örneklendirmek için yeni Macaristan Anayasasını değerlendirelim. 2011'de yazılan belgede, Macaristan ulusu için "vatanseverliğin ve ortak inancın kaynağı" olma hedefi açtı²⁰⁷. Belge sadece uzun bir başlangıç bölümüne sahip

²⁰² *Bakınız* Genel Tavsiye Kararı No. 14: Female Circumcision, Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, 9. Oturum., 22 Ocak-2 Şubat, 1990, B.M. Belge.A/45/38, 80'de (6 Haziran 1990)

²⁰³ *Bakınız* Cobbah, *supra* note 58, 322, 323, 328'de ("Afrika dünya görüşünü", "grup dayanışması ve kolektif sorumluluğu" vurgulama olarak tanımlamaktadır ve Afrika Anayasalarının, "herşey olduğunu ama Afrikalı olduğunu" belirtmektedir.

²⁰⁴ *Bakınız*, e.g., PROCLAMATION BY HIS MAJESTY KING SOBHUZA II [CONSTITUTION] 12 Nisan, 1973 (Swaz.) ("[1968 Bağımsızlık] Anayasası, toplumumuzdaki hayat tarzıyla uyumlayan ve topluma yabancı olan arzu edilmeyen politik uygulamaları, ülkemize gelmesine izin vermiştir. Bu durum, barışçıl toplumumuzda düşmanlık, acı ve kargaşa yaratmaktadır.") 1973 Bildirgesi, parlamentoyu feshetmiştir ve Kral Swazi'nin geleneksel kurumlarını yeniden kurmuştur. *Id.*

²⁰⁵ Kürtaja erişimin, uluslararası insan hakları hukukunda gerekli olabileceğine ilişkin giderek artan bir konsensüs söz konusudur. *Bakınız* Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation No. 26: Women Migrant Workers, ¶ 18, 42. Oturum, 20 Ekim-7 Kasım 2008, U.N. Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R (5 Aralık 2008) ("ayrımcılığın, özellikle hamilelikle ilgili olarak yaygın görülebildiğini" belirtir ve kürtaja ulaşım hizmetinin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Komite (CEDAW) tarafından düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.")

²⁰⁶ *Bakınız*, *supra* note 58, 35'de (büyüme, sivil ve politik hakların yerine getirilmesinde "gerekli bir yapı" olduğunda, "ekonomik büyümenin önkoşulları"nın "düzen ve istikrar"ın olduğunu belirtmektedir.) İnsan hakları konusunda "Asya pozisyonu" hakkında resmi tebliğ için *bakınız* World Conference on Human Rights, 29 Mart, 1993-2 Nisan, 1993, Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights ("Bangkok Declaration"), 10, U.N. Doc. A/CONF.157/ASRM/8-A/CONF.157/PC/59 (7 Nisan, 1993).

²⁰⁷ István Stumpf, Yargıç, Macaristan Anayasa Mahkemesi, The Birth of a New Fundamental Law of Hungary, Keynote Address at the Heritage Foundation (11 Ekim 2012), <http://www.heritage.org/research/lecture/2013/05/model-resource-or-outlier-what-effect-has-the-us-constitution-had-on-the-recently-adopted-constitutions-of-other-nations>.

olmakla kalmamış, daha önceki uzun ve teknik belgelerle karşılaştırıldığında anayasanın esas bölümü kısa tutulmuştur ve okuyucular için erişebilir durumdadır²⁰⁸. Önceki belgenin aksine, ana rahmine düştüğü andan itibaren fetüsün hakkını korumakta ve evliliği, karşı cinsler arasında sınırlı tutmaktadır²⁰⁹. Hatta demokratik yasama işleminin, yargı tarafından geçersiz kılınmasını sınırlamaktadır²¹⁰. Hem Avrupa Konseyi hem de Birleşik Devletler tarafından, hakların yeterince korunamamasından dolayı geniş çapta kınanırken²¹¹, bu “halkın anayasası”, Macaristan halkının çoğunluğu tarafından benimsenen değerlere sahip çıkmaktadır²¹².

Benzer şekilde kısa ömürlü 2012 tarihli Mısır Anayasası, Mısırlıların büyük bir çoğunluğunun kabul ettiği İslami değerlere sadakat ve ulusal kimlik retoriği ile doldurulmuştur²¹³. Ancak azınlık grupları, -en çok da Kıpti cemaati ve liberal kadın grupları- en başından beri belgenin kendi haklarını yeterince koruyamayacağından endişeliydi²¹⁴. Her ne kadar belge, Mısırlı-

²⁰⁸ *Id.* (“Macaristan için kısa...ve daha anlaşılır bir anayasa hazırlamanın temel hedeflerinden biri, ortalama Macaristan vatandaşı için anayasayı daha ulaşılabilir ve anlamlı kılmaktır.”)

²⁰⁹ Macaristan Temel Kanunu [Anayasa], m.2 (“Fetüsün yaşam hakkı, ana rahmine düştüğü andan itibaren korunacaktır.”) *id.* m. L (“Macaristan evlilik kurumunu, kadın ve erkek birlikteliği olarak korur.”)

²¹⁰ *Bakınız Hungary: Constitution Changes Warrant EU Action, HUM. RTS. WATCH*, (12 Mart 2013), <http://www.hrw.org/news/2013/03/12/hungary-constitution-changes-warrant-eu-action> (“yeni anayasa yürürlüğe girdiğinde ve Anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini sona erdirdiğinde, sınırlı [sınırlanmış] Anayasa Mahkemesi yetkisi 1 Ocak 2012’den önceki kararlarına atıfta bulunmasını engellemiştir.”)

²¹¹ *Bakınız Kim Lane Scheppele, Hungary’s Constitutional Revolution*, N.Y. TIMES (19 Aralık 2011, 10:31), <http://krugman.blogs.nytimes.com/2011/12/19/hungarys-constitutional-revolution> (yeni anayasaya ilişkin uluslararası eleştirileri ele almaktadır.)

²¹² *Bakınız Hanneke van den Akker, Rozemarijn van der Ploeg & Peer Scheepers, Disapproval of Homosexuality: Comparative Research on Individual and National Determinants of Disapproval of Homosexuality içinde 20 European Countries*, 25 INT’L J. PUB. OPINION RES. 64, 71-72 (2013) (20 Avrupa ülkesinde yapılan ampirik araştırma, diğer Avrupa ülkelerine göre Macaristan’ın, ulusal ve bireysel düzeyde eşcinselliği onaylamadığını göstermektedir.)

²¹³ *See, e.g., David D. Kirkpatrick, Islamists Rush Through Egyptian Constitution and Prepare to Vote on It*, N.Y. TIMES, 30 Kasım 2012, A6’da (yazılmakta olan metindeki tartışılan hükümleri ele alınmaktadır.)

²¹⁴ David D. Kirkpatrick, *Thousands of Egyptians Protest Plan for Charter*, N.Y. TIMES, 5 Aralık 2012, A6’da (“Sıradan Tahrir Meydanı protestolarına nazaran daha büyük bir kalabalık ortaya çıktı” ve “farklı bir şekilde sayıca fazla olan kadınlar, özellikle hava

ların büyük bir çoğunluğunun desteğini almış ve referandum yoluyla onaylanmış olsa da insan hakları örgütleri, belgenin insan haklarını korumadaki başarısızlığını şiddetle kınadı²¹⁵. Yeni seçilmiş olan Başkan Mursi'nin ordu tarafından devrildiği gün belgeden vazgeçilmiştir; belgenin dramatik neticesi, çoğunlukçu olan ancak hakları korumada başarısız olan belgelerin tehlikesini göstermektedir²¹⁶.

Dışarıdan bir bakış açısıyla normatif olarak ilgi çekici olsa da işlevselcilik ve evrenselcilik kendi farklı problemleriyle birlikte ortaya çıkmaktadır. İşlevselcilik ve evrenselcilik, daha üstün bir yasa yapımının meşruiyeti olmaksızın çoğunluğu sınırladığında demokratik teorinin bakış açısıyla sorun yaşamaktadır²¹⁷. Ancak bu belgelerle ilgili pratik bakımdan daha önemli bir endişe söz konusudur. Belgeler halk desteğinden yoksun kaldığında, uygulamada muhtemelen işlemeyecektir. Afrika'da sömürge sonrası anayasa yapımı tecrübesi bu tehlikeyi ortaya koymaktadır. Britanya'nın Afrika'daki sömürgeleri, bağımsızlıktan sonra, tam olarak benzer haklar bildirgesine sahip olmuştur²¹⁸. Bu standart haklar bildireleri belirgin bir şekilde liberteryen karaktere sahipti ve sosyoekonomik hakları ortadan kaldırırken negatif haklara önem vermişti. Bunlar, her bir hüküm hakkında kapsamlı sınırlama şartlarına sahip teknik, hukukçular tarafından yapılmış belgelerdi²¹⁹. Aslında

kararıktan sonraki eylemlerdeydi ve az sayıda geleneksel İslami başörtüsü takan vardı.” Ayrıca “Mısırlı Hıristiyan azınlık” da oradaydı.

²¹⁵ *Bakınız* David D. Kirkpatrick & Kareem Fahim, *Egypt Islamists Expect Approval of Constitution*, *N.Y. TIMES*, 16 Aralık 2012, A1'de (“Mısırlı kimliğiyle ilgili kapsamlı açıklamalarla dolu olan ancak hakların korunması noktasında yasal boşluklarla delik deşik edilen bildirgeyi, birçok uluslararası uzman kaçırılmış bir fırsat olarak eksik bulmaktadır.”); *Egypt's New Constitution Mixed on Support for Rights*, HUM. RTS. WATCH (Nov.30, 2012), <http://www.hrw.org/news/2012/11/29/egypt-new-constitution-mixed-support-rights>; (taslak anayasanın haklar ve özgürlükler bölümünde yer alan problemleri maddelerin gözden geçirilmesini sağlamaktadır.)

²¹⁶ Daniel Lansberg-Rodriguez, *An Obituary for the Egyptian Constitution*, 26 Aralık 2012–3 Temmuz 2013, *FOREIGN POL'Y*, (3 Temmuz 2013, 20:11), http://transitions.foreignpolicy.com/posts/2013/07/03/an_obituary_for_the_egyptian_constitution_dec_26_2012_july_3_2013.

²¹⁷ *Bakınız supra* notes 26-29 ve ekli metin.

²¹⁸ *Bakınız* CHARLES PARKINSON, *BILLS OF RIGHTS AND DECOLONIZATION 1-19* (2007) (Bunun, Britanya politikasını, nasıl bağımsızlık görüşmelerinin bir parçası olarak haklar bildirgesine gerekli kıldığı ele almaktadır.)

²¹⁹ *Bakınız id.* 250-53'te (Önceki Britanya sömürgelerinin haklar bildirelerinin, detaylı sınırlama hükümleri yoluyla belirtildiği üzere “özenle düzenlenmiş” olduğunu ileri sürmektedir.)

tüm bu hak bildireleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler İlişkin Avrupa Sözleşmesi sonrasında tasarlanmıştır²²⁰. Birçok durumda, yeni kurulmuş Afrika devletlerinin en önemli konularıyla ilgilenmekte başarısız kalmışlardır: Derin etnik gerilimler ve kalıcı yoksulluk. liberteryen ilkeler, hiçbir zaman pratikte işlerlik kazanmamıştır²²¹.

Sömürge sonrası tecrübenin, karşılaştırmalı hukukta köklü bir gerçeklikle ilgisi vardır bu da nakledilen kanunların (başka bir deyişle bir devletten diğerine ithal edilen kanunlar) kağıt üzerinde ne kadar makbul olduğuna bakılmaksızın genellikle ölü belgeler olarak kalmasıdır²²². Nakledilen kanunlar, görüldüğü üzere “nakil olma etkisi”nden çok zarara uğramıştır ki bu durum onları etkisiz hale getirmektedir çünkü yerel görüşlerle, geleneklerle ve pratiklerle ilgileri yoktur²²³. Anayasal tasarımda işlevselcilik ve evrenselcilik potansiyel olarak böylesi nakil etkiye katkı sağlamaktadır veya kağıt

²²⁰ *Bakınız* A.W. BRIAN SIMPSON, HUMAN RIGHTS AND THE END OF EMPIRE: BRITAIN AND THE GENESIS OF THE EUROPEAN CONVENTION 844-73 (2004) (sömürge sonrası hak bildireleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Hakkında Avrupa Sözleşmesi örnek alınarak yapılmıştır.)

²²¹ *Bakınız* e.g., Charles O.H. Parkinson, The Social and Political Foundations of the Nigerian Constitution, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, supra note 24, 532, 533’te (Nijerya bağımsızlık anayasasının başarısız olduğunu çünkü anayasanın “Nijerya toplumunda temel sosyal ve politik ayrımları uzlaştırmada yetersiz kaldığını” belirtir); Ruth Gordon, Growing Constitutions, 1 U. PA. J. CONST. L. 528, 531 (1999) (Sahraaltı Afrika’da sömürge sonrası anayasaların büyük çoğunluğu, ilgisizliğe ve bozguna yenik düşmüştür.” çünkü “yer aldıkları toplumun kültürel alışkanlıklarına güçlü şekilde bağlı değildi.”)

²²² Pierre Legrand, The Impossibility of ‘Legal Transplants’, 4 MAASTRICHT J. INT’L COMP. L. 111, 118–20 (1997) (“bir yargılama erkinden diğerinin yerine gelecek şeyin, gerçek anlamda anlamsız sözler” olacağını ileri sürer” ve “ödünc alınan yargı erkinde hiçbir kuralın olmaması, kendisinden borç alınan yargı erkindeki kurala nazaran herhangi bir anlamı vardır.” (orijinal vurgu) cf. ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW 1-24 (1st ed. 1974) (1.ed.1974) (Hukuk aktarımının, hukuki değişimin temel motoru olduğunu ileri sürer.)

²²³ *Karşılaştırmamız* Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, 47 EUR. ECON. REV. 165, 165 (2003) (hukukun aktarılmasının olumsuz etkilerini ele alır ve bunu, “aktarma etkisi” olarak nitelendirir”) ile Daron Acemoglu, Davide Cantoni, Simon Johnson & James A. Robinson, *The Consequences of Radical Reform: The French Revolution*, 101 AM. ECON. REV. 3286, 3304 (2011) (“Büyük patlama” kurumsal reformu, ekonomik büyümeye yol açabilecektir.)

üzerinde daha çok beğenilen ancak pratikte işlev kazanmada başarısız olan metinler üretmektedir²²⁴.

Sonuç olarak, halkın kendisini ifade etmesinin önemli anayasa tercihleri etkilediği durumlarda, gerçek gerilimler şekillenebilir. Popüler değerleri ifade eden bir anayasa, anayasal işlevselliğin ve evrenselciliğin temellerini zayıflatabilir; tıpkı evrensel ya da işlevsel bir anayasanın, halkın kendini ifade etmesini baltalayabileceği gibi. Gerçek dünyanın anayasa tasarımcıları için bir yandan popüler değerlerin birbiriyle yarışan mantıkları diğer yandan işlevselcilik ve evrenselcilik, anayasaların asıl mahiyetine kadar giden gerçek bir çelişki oluşturmaktadır. Bu makaleden elde edilen bulgular, bu çelişkiyle karşılaşıldığı zaman, gerçek dünyanın birçok anayasa yapıcısının, halkın kendini ifade etmesinden çok işlevselciliği ve evrenselciliği desteklediğini ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Bu makale, halkın değerleri ile sahip oldukları anayasaları arasındaki ilişkinin ilk kapsamlı ampirik araştırmasını sunmaktadır. Anayasal tercihler ve popüler değerler arasında sadece zayıf bir ilişkinin olduğuna ilişkin temel tespit, birçok okuyucuya şaşırtıcı gelebilir. Karşılaştırmalı perspektifte, belirli haklara ilişkin değerlere önem atfeden halka sahip devletler, böylesi değerleri paylaşmayan bir halkın olduğu devletlere nazaran bu hakları artık muhtemelen daha fazla anayasalarında yer vermemektedir. Hatta ilgili devletlerde, popüler değerler ile anayasal tercihler arasında sıkça önemli bir uçurum bulunmaktadır. Bu uçurum, popüler destekten yoksundur: Çoğu durumda, halk kendi değerlerinin anayasalarında yer verilmesini istemektedir.

Bu gözlemler, çağdaş anayasa teorisinin birçok temel varsayımıyla çelişmektedir. Bir ulusun en üstün hukuki metinleri olarak anayasalara

²²⁴ Bakınız Stephen Cornell & Joseph P. Kalt, *Where Does Economic Development Really Come From? Constitutional Rule Among Contemporary Sioux and Apache*, 33 ECON. INQUIRY 402, 404 (1995) (Sioux ve Apache kabilelerini çalışmaktadır ve daha önce olmayan kurumlarla ilişkisi olmayan anayasaların işlevsel olamayacağını ileri sürmektedir.); Richard A. Posner, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, 13 WORLD BANK RESEARCH OBSERVER 1, 6 (1998) (aktarımın, anayasalarda çok işlemediğini çünkü anayasa hukukunun “etkinliği”nin, “özellikle karmaşık kültürel ve kurumsal matrikse” dayandığını belirtmektedir.); Fredrick Schauer, *On the Migration of Constitutional Ideas*, 37 CONN. L. REV. 907, 912 (2005) (“aktarılan” anayasaların daha az etkin olabileceğini çünkü anayasaların, yerel şartlardan uzak olacağına dair bir yorumda bulunmaktadır.)

genellikle güçlü bir demokratik meşruiyet atfedilmektedir²²⁵. Özellikle anayasa, olağan mevzuatı geçersiz kılmamanın temeli olarak işlev gördüğünde anayasal teori, anayasanın olağan mevzuattan daha demokratik olmasını gerekli kılmaktadır, aksi takdirde yargısal denetim pratiğini demokratik perspektiften haklı çıkarmak zorlaşacaktır. Bu makaleye ilişkin tespitler, bu isteği yerine getirmekte birçok dünya anayasasının yetersiz kaldığını ve bu nedenle, çoğunlukçuluk-karşıtı probleminin çözümsüz kaldığını ortaya koymaktadır. Genel olarak yargısal denetimin anayasal belgede belirtilen halkın gerçek iradesini yansıttığına ilişkin iddiayı destek zordur.

Makaleden elde edilen tespitler, anayasalar eğer halkın çoğunluğunun değerlerini yansıtmıyorsa kimin değerlerini yansıtıyor sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bir yandan birçok anayasayı tasarlayan uzmanların daha evrenselci ve işlevselci yaklaşımlara karşı popüler ifadeleri dikkatlice dengeledikleri muhtemeldir²²⁶. Diğer yandan, anayasalar sadece metnin yazarlarının kendine özgü tercihlerini yansıtabilecektir. Örneğin, nüfusun geneli tarafından paylaşılmayan özel bir değerlerini korumak için metni yazan yönetici elitlerin değerlerini de yansıtabilecektir²²⁷. Bu makaledeki sayısal ampirik yaklaşım, sadece küresel anayasa yapımına bir kuşbakışı görünüm sunmaktadır; ancak bu, anayasa tasarlayanların motivasyonlarını ortaya koymamaktadır. Popüler anayasacılık sorununu açıklamak ve “Biz, Halk” adına hangi değerlerin güvenceye alındığını belirleyebilmek için araştırmayı daha da ileri götürmek gerekmektedir.

Son olarak, makaleden çıkan tespitler, normatif olarak dünya anayasalarını nitelendirir gibi görünen popüler olmayan anayasacılık fenomeninin nasıl değerlendirileceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bir yandan Britanya sömürge tecrübesinin gösterdiği üzere, kamuoyundan uzak anayasalar başarısız olmaya daha yatkındır. Hatta böylesi popüler olmayan anayasalar, sıradan yasama sürecine göre anayasaların daha geniş demokratik meşruiyete sahip olması gerektiğini belirten anayasal teorilerin bakış açısına göre problemlidir. Diğer yandan, popülist anayasalar, kendilerine ait bir dizi problemle ortaya çıkabilir. En önemlisi, bu anayasalar azınlık haklarını korumada başarısız olabilir ve evrenselci veya işlevselci bir perspektiften arzu edilme- yen seçimler yapabilirler. Mısır’ın 2012 tarihli Anayasasının büyük başarı-

²²⁵ *Bakınız supra* notes 14-18 ve ekli metin.

²²⁶ *Bakınız supra* Bölüm VI.

²²⁷ *Bakınız HIRSCHL, supra* note 148 passim (anayasaların, güç kaybetmekten korkan hegemonik elitlerin değerlerini yansıttığını ileri sürer.)

sızlığı, büyük bir çoğunluk ile kabul edilen metnin azınlık haklarını korumada nasıl başarısız olabildiğini ve hatta geniş çapta sivil kargaşaya sebep olabileceğini gösteriyor²²⁸.

Nihayetinde, popülist bir anayasanın yazılıp yazılmama kararı, popülizmin göreceli maliyet ve faydaları ile popüler değerlerden kopukluğun maliyet ve faydalarının tartılmasını gerektirir. Bu yaklaşımların nasıl çalıştığı, zamana ve yere göre değişir. Örneğin, derin etnik ve dini bölünmüş ülkeler, anayasa ile gerekli popüler değerler arasında bir fark olmasını göz önüne alacaktır çünkü çoğunlukçu bir metin, azınlık gruplarını korumada başarısız olabilir. Aksine, daha homojen toplumlar önemli maliyetlere yol açmadan popülist anayasaların faydalarını elde edebilir. Tüm devletler için toplu bir öneri geliştirmek benim amacım değildir. Bunun yerine amacım, anayasal teori ile anayasal uygulama arasındaki uçurumu ortaya koymak şeklinde daha mütevazıdır. Ancak böylesi mütevazı bir amaç yine de geniş kapsamlı çıkarımlara yol açabilecektir. Hatta anayasa hukukçuları için anayasaların popüler değerleri yansıtmaları gerektiğini normatif açıdan tartışmak hâlâ mümkün iken, anayasa hukukçuları anayasaların böyle olduğunu artık varsaymayabilirler.

²²⁸ *Bakınız* Lansberg-Rodriguez, *supra* note 216 (2012 tarihli Mısır Anayasası, “hakim seçmeni” ve “İslamcı güruhu”, “yüksek düzeyde temsil etmekte” iken Anayasa, Mısır’daki azınlık grupları gözardı ederse yapılmamıştır.)

