

## DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK: ORTAYA ÇIKIŞI VE EVRİMİ

*Transformative Constitutionalism: Its Emergence and Evolution*

Mehmet Nuri GÜZEL\*

### Özet

Yaygın anayasacılık anlayışı, anayasacılığa negatif terimlerle yaklaşmaktadır. Negatif anayasacılık yaklaşımlarına göre anayasacılığın amacı siyasi iktidarı sınırlamaktır. Pozitif anayasacılık ise devleti, anayasal ilkelere bağlılık yoluyla üyelerinin refahını etkin bir şekilde teşvik etme kapasitesiyle kurumsallaştırmayı amaçlar. Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla, toplumun dönüştürülmesini ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan dönüştürücü anayasacılık da bu açıdan bir pozitif anayasacılık yaklaşımıdır.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan dönüştürücü anayasacılık kavramı, farklı mekân ve zamanlarda, farklı bağlamlarda kullanılmıştır. Bu durum onu, bir üst kavram olarak değerlendirmeye olanak sağlamaktadır. Dönüştürücü anayasacılıkla ilişkilendirilen ülkelerin, bu kavramın tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmaması ise bu kavramı çok yönlü bir kategori olarak ele almaya imkân vermektedir.

Dönüştürücü anayasacılık, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır. Barışçıl bir toplumsal dönüşümü ve sosyal adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. Dönüştürücü hedefler içeren bir anayasaya sahip olmayı ve hukuk kültüründe dönüşümü gerektirir. Ayrıca sosyal ve ekonomik haklar da önemli bir yere sahiptir.

Her ülke için farklılık gösterse bile dönüştürücü anayasacılık deneyimleri ve dönüştürücü anayasalar, ülkemizde devam eden anayasa yapımı tartışmaları için dikkate alınabilecek hususlar barındırmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Anayasacılık, negatif anayasacılık, pozitif anayasacılık, dönüştürücü anayasa, dönüştürücü anayasacılık

### Abstract

The traditional understanding of constitutionalism approaches constitutionalism in negative terms. According to negative constitutionalism approaches, the aim of constitutionalism is to limit political power. Positive constitutionalism seeks to institutionalize the state with the capacity to effectively promote the welfare of its members through adherence to constitutional principles. Transformative constitutionalism, which aims to transform society, and in particular to achieve social justice, through non-violent and law-based political processes, is in this respect an approach to positive constitutionalism.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.04.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 02.07.2024

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, [m.nuriguzel@hotmail.com](mailto:m.nuriguzel@hotmail.com), <https://orcid.org/0000-0003-1467-8587>.



The concept of transformative constitutionalism, which emerged in the context of the Constitution of the Republic of South Africa, has been used in different contexts in different places and times. This makes it possible to consider it as an umbrella term. The fact that the countries associated with transformative constitutionalism do not necessarily share all the distinctive features of the concept allows it to be treated as a polythetic category.

Transformative constitutionalism emerged out of the need to explicitly target and eliminate structures that cause and reinforce inequality. It aims at peaceful social transformation and social justice. It requires a constitution with transformative goals and a transformation of the legal culture. Social and economic rights also have an important place.

Even if they differ for each country, transformative constitutionalism experiences and transformative constitutions contain considerations that can be taken into account for the ongoing constitution-making debates in our country.

**Key Words:** Constitutionalism, negative constitutionalism, positive constitutionalism, transformative constitution, transformative constitutionalism

## GİRİŞ

Anayasacılığa ilişkin hâkim bakış açısı, onu negatif bir mercekten görmektedir. Negatif anayasacılık yaklaşımlarına göre anayasacılığın amacı siyasi iktidarı sınırlamaktır. Pozitif anayasacılık ise devleti, anayasal ilkelere bağlılık yoluyla vatandaşlarının refahını etkin bir şekilde artırma kapasitesiyle demokrasiyi kurumsallaştırmayı amaçlar. Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla toplumun dönüştürülmesini ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan “dönüştürücü anayasacılık” (*transformative constitutionalism*) da bu açıdan bir pozitif anayasacılık yaklaşımıdır.

Bu çalışma, ağırlıklı olarak iktidarı kısıtlama hususuna odaklanan negatif nitelikteki Kuzey Anayasacılığında birçok açıdan farklılaşan dönüştürücü anayasacılık kavramına odaklanmaktadır. Dönüştürücü anayasacılık kavramının tartışmalı varsayımları bulunmaktadır. Ayrıca kavram farklı tarihsel, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapılara sahip farklı coğrafyalarda farklı bağlamlarda kullanılmış ve kullanılmaktadır. Bu doğrultuda içeriği, amacı ve gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus değişime uğramıştır. Birçok akademisyenin de ilgisini çeken söz konusu kavramın küresel bir boyut kazanması, değişimin devam edeceğine de işaret etmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak dönüştürücü anayasacılığın, anayasacılık teorilerine göre konumu irdelenmiştir. Ardından dönüştürücü anayasacılık kavramının nasıl kullanıldığı, hangi kullanımının kabul gördüğü, nasıl yaygınlaşıp kapsamının neden genişlediği ele alınmıştır. Standart ve yerleşmiş bir dönüştürücü anayasacılık yaklaşımı olmadığından bu kavrama yönelik farklı yaklaşımlar incelenmiştir. Dönüştürücü anayasacılık kavramının, açık ve herkes tarafından kabul görmüş genel geçer bir tanımı olmamasına rağmen, kavramı daha belirgin kılabilmek ve değerini tam olarak ortaya koyabilmek için dönüştürücü anayasacılık kavramı tanımlamaya çalışılmıştır. Son olarak dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu zorluklar/riskler değerlendirilmiştir.

## I. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIĞIN ANAYASACILIK TEORİLERİNE GÖRE KONUMU

Loughlin'e göre anayasacılık, bir inançlar ve kültürel semboller kümesini anlamlı bir düzenlemeye dönüştüren ve böylelikle amaçlı eylem için uygun hale getiren bir yöntemdir. Bu çerçevede bir ideolojidir. Anayasacılık ideolojisi, 18. yüzyıl Aydınlanma felsefesinin temel bir unsuru olup, kendileri için bir anayasa kurma mücadelesini 19. yüzyılın en büyük siyasi meselesi haline getiren liberallerin itici gücü haline gelmiştir. Onlar için anayasa, "keyfi gücü sınırlayacak ve 'sınırlı bir hükümet' sağlayacak temel bir yasa veya temel ilkeler dizisi ve buna bağlı bir kurumsal düzenleme" anlamını taşımıştır.<sup>1</sup> Gelişmekte olan bir ticaret toplumunda anayasa, bu toplumun doğal yasalarının işleyişini gereksiz hükümet müdahalesinden uzak tutabilecek bir yöntem olarak tasarlanmıştır. Kamusal güçler, özgürlüklerin gelişebilmesi için kayıtlanmalıdır.<sup>2</sup> Başka bir deyişle anayasacılık, inançları ve kültürel sembolleri, bir ideolojiye benzer şekilde, amaçlı eylem için tutarlı bir çerçeveye dönüştürür. Ticaret toplumunda anayasa, bir toplumun doğal yasalarını aşırı hükümet müdahalesinden korumak ve böylece özel özgürlükleri korumak için gereklidir.

Charles Howard McIlwain, anayasacılığı geleneksel ve modern diye iki kategoriye ayırır.<sup>3</sup> Modern anayasacılık anlayışı, eski anayasacılığın yerini almıştır. Ancak bunun için belirli devletlerin yasalarının geçerli olabilmeleri için uymaları gereken

<sup>1</sup> Martin Loughlin, *Against Constitutionalism* (Harvard University Press 2022) 38. Anayasacılığın, belirli bir yönetim felsefesini ifade eden farklı bir kavram olduğunu ve anayasal demokrasi kavramıyla karıştırılmaması gerektiğini vurgulayan Loughlin'in bu kitabı, anayasacılığın neden tekrardan canlandırıldığı, anayasal demokrasinin ne şekilde gerilediği ve neden anayasal demokrasinin insanlık için en iyi umut olduğu üzerinedir.

<sup>2</sup> Ibid 111.

<sup>3</sup> Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised edn, Cornell University Press 1947). Kültürel çeşitliliği ve kültürel tanıma siyasetini konu edindiği çalışmasında James Tully, modern anayasacılık ifadesini pejoratif bir biçimde ele alır ve modern anayasacılık ile çağdaş (*contemporary*) anayasacılık şeklinde bir ayırım yapar. Modern anayasacılığın dilinin, kültürel çeşitliliği dışlamak veya asimile etmek ve tekdüzeliği haklı çıkarmak için tasarlanmış olduğunu ileri sürer. Modern anayasacılığın yedi özelliği vardır. İlk özellik, siyasetin kurucu bir yönü olarak kültürel çeşitliliği ortadan kaldıran farklı halk egemenliği kavramlarını içermesidir. İkinci özelliği, eski veya tarihsel olarak daha önceki bir anayasanın aksine tanımlanmış olmasıdır. Üçüncü özelliği, eski bir anayasanın düzensizliğiyle karşıtlığıdır. Eski bir anayasa çok biçimliyen, modern bir anayasa tek tiptir. Dördüncü özellik, ilerleme teorisi içinde geleneğin tanınmasıdır. Beşinci özelliği belirli bir dizi Avrupa kurumuyla özdeşleştirilmesidir. Altıncı özellik, anayasal bir devletin bir ulus olarak bireysel bir kimliğe, tüm vatandaşların ait olduğu ve yurttaşlar olarak eşit saygınlığa sahip oldukları hayali bir topluluğa sahip olduğudur. Son olarak, modern bir anayasanın kurucu bir anda vücut bulduğu ve demokratik siyasetin arkasında durduğu - ve bunun kurallarını sağladığıdır. Tully için bu yedi özellik farklı kültürlerin yok olmasını veya asimilasyonunu haklı çıkarmak uydurulmuş ve de kullanılmıştır. Bkz. James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Fifth Printing, Cambridge University Press 2004) 58-70. Buna karşın çağdaş anayasacılık, kültürel çeşitliliği tanımak ve barındırmak için çeşitli açılardan şekillenmiştir. Çağdaş anayasacılığın ortak dilinin üç sözleşmesi (karşılıklı tanıma, süreklilik ve rıza) mücadelelerde ortaya çıkmıştır. Bkz. Ibid 98-99.



daha yüksek ve daha eski bir yasa kavramının ortaya çıkması gerekmiştir.<sup>4</sup> Keyfi gücün yasal sınırlarının ve hükümetin yönetilenlere karşı siyasi sorumluluğunun anayasacılığın birbirine bağlı iki temel unsuru olduğunu belirtmiştir.<sup>5</sup>

Yazılı ve eksiksiz bir belge olarak anayasaları sadece bir araç olarak gören Sartori, asıl önemli olan hususun amaç olduğu görüşündedir. Batı (İngiliz, Amerikan ve Avrupa) anayasacılığının amacını (*telos*), “garantisme” kavramıyla açıklar. Bu çerçevede Sartori anayasa teriminin keyfi iktidarı sınırlayacak ve sınırlı bir hükümet sağlayacak temel bir yasa ya da temel bir ilkeler dizisi ve buna bağlı bir kurumsal düzenleme anlamına geldiğini ifade eder.<sup>6</sup> Gerçekçi olmayan vaatler ve anlamsız ayrıntılar içerir hale geldikleri için çağdaş anayasaları teknik anlamda kötü anayasalar olarak adlandırır. Teknik anlamda kötü anayasaların ya iktidar sahiplerinin iradesini sınırlayamadığını ya da hükümet mekanizmasının işleyişini hükümetin çalışmaya-çağı kadar hantal hale getirdiğini ya da her iki duruma birden yol açtığını belirtir.<sup>7</sup>

Yaygın anayasacılık anlayışı anayasacılığa negatif terimlerle yaklaşmaktadır.<sup>8</sup> Negatif anayasacılık modeli anayasacılığın ilkelerinin devletin eylemleri üzerindeki sınırlamalar olarak anlaşılabilceği bir çerçeve sağlar.<sup>9</sup> Negatif anayasacılık devletin bakış açısıyla gerilim içindedir; devletin halkına fayda sağlamasını zorlaştıracak kurumsal bir yapı çağrısında bulunur.<sup>10</sup> Pozitif anayasacılıkta ise anayasacılığın ilkeleri, devletin, üyelerinin refahını etkili bir şekilde geliştirme kapasitesine sahip kurumsal bir yapıya sahip olmasını sağlamaya yöneliktir.<sup>11</sup> Bununla birlikte pozitif anayasacılık, gücün kötüye kullanılmasına karşı koruma sağlayacak anayasal ya-

<sup>4</sup> McIlwain (n 3) 37. Upendra Baxi, sosyal dışlama eğiliminin “modern” anayasaların bir özelliği olduğunu ve “çağdaş (*contemporary*)” anayasaların bunu miras aldığı ileri sürmektedir. Söz konusu makalesinde anayasacılığı, anayasa teorisi ve pratiği için gerekçelendirme/mistifikasyon sağlayan bir dizi ideolojik alan olarak tanımlar. Bkz. Upendra Baxi, ‘Constitutionalism as a Site of State Formative Practices’ (2000) 21(4) *Cardozo Law Review* 1185-1188.

<sup>5</sup> McIlwain (n 3) 146.

<sup>6</sup> Giovanni Sartori, ‘Constitutionalism: A Preliminary Discussion’ (1962) 56(4) *The American Political Science Review* 855. Gerhard Casper da anayasacılığın sadece bir anayasaya sahip olmayı değil hükümet üzerindeki yapısal ve maddi sınırlamaları ifade ettiğini ifade etmiştir. Bkz. Gerhard Casper, ‘Constitutionalism’ (1987) *University of Chicago Law Occasional Paper No. 22* 16. Ergun Özbudun da “anayasacılığın” amacının çoğunluk iktidarını sınırlamak olduğu belirtmiştir. Bkz. Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* (Yetkin Yayınları 2019) 7. Ayrıca “anayasacılık” ve “anayasacılık” ifadelerine ilişkin tartışma için bkz. *Ibid* 7, 1 nolu dipnot.

<sup>7</sup> Sartori (n 6) 862. Aslında “garantisme” kavramının keyfi iktidarı dizginlemeyi amaç edinmesi, hükümetin işlerliğine olumsuz etki etmez.

<sup>8</sup> Nick W Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018) 2.

<sup>9</sup> *Ibid* 4.

<sup>10</sup> *Ibid* 6.

<sup>11</sup> *Ibid* 10. Barber’a göre anayasacılığın ilgi çekici bir açıklamasını geliştirmek için dikkate alınması gereken üç bağlantı vardır. Birincisi, anayasacılığın devlet açıklamasından türetilmesidir. İkincisi, anayasacılık ile anayasal ilkeler arasında bağlantı olduğudur. Üçüncüsü bu ilkelerle devlet arasında kurulması gereken bir bağlantı bulunduğuudur. Bkz. *Ibid* 9.

pıların gerekliliğini de kabul eder.<sup>12</sup>

Bir anayasanın amacının hükümeti güçlendirmek yerine kısıtlamak (*constrain*) olup olmadığı hususu da tartışılması gereken bir konudur.<sup>13</sup> Günümüzde anayasacılık dendiğinde, devlet gücünün yoldan çıkmasını diye kontrol edilmesi (*controlled*), sınırlandırılması (*limited*) veya kısıtlanması (*restrained*) gerektiği varsayımları ön plana çıkmaktadır. Devleti kontrol etme fikri mutlaka olumsuz veya kısıtlayıcı bir fikir değildir. Bir aracı kontrol eden, onun sadece nereye gitmeyeceğini değil, nereye gideceğini de belirler. Öte yandan kısıtlama, hükümetin belirli şeyleri yapmasını engelleme şeklindeki olumsuz bir fikirdir.<sup>14</sup> Sınırlı hükümet (*limited government*) ise, yalnızca belirli suiistimallerin önlenmesine değil, aynı zamanda hükümetin asıl işlevinin ne olduğu ve neyin olmadığına dair daha geniş bir anlayışa da gönderme yapar.<sup>15</sup> Anayasalar, insanların kendi başlarına başaramayacakları projeleri takip etmek için işbirliği yapmalarına ve koordine etmelerine olanak tanıyan kurumlar oluştururlar.<sup>16</sup> Sürekli olarak kısıtlamalara odaklanmak, dikkatleri, sıradan insanların oy kullanma hakkına olan inancını korumayı amaçlayan bir demokrasideki anayasal mekanizmalardan uzaklaştırır.<sup>17</sup>

Robin West anayasacılığa ilişkin yaklaşımları “muhafazakâr” (*conservative*) ve “ilerlemeci” (*progressive*) anayasacılık başlıkları altında sınıflandırmıştır.<sup>18</sup> Muhafazakâr anayasal paradigma, toplumsal otoriteyi devlet eylemleri için meşru ve en iyi rehberlik kaynağı olarak görür. Buna göre, hem anayasayı hem de anayasa yargısını, bu otoriteyi ve onun altında yatan gücü yasama veya yargı tecavüzüne karşı koruma ve muhafaza etme aracı olarak ele alır.<sup>19</sup> Sosyal kurumlar saygı duyulmaya ve korunmaya değer zenginlik, güç ve normatif otorite dağılımlarına dayanır.<sup>20</sup> Muhafazakâr anayasacılar için anayasal yorumlama, anayasanın orijinal anlamını tespit etme ve şüphe durumunda yasama organının kararına başvurma meselesidir.<sup>21</sup> İlerlemeci anayasal teori, muhafazakâr anayasacılığın eleştirisi ile başlar.<sup>22</sup> İlerlemeci paradigma, bazı sosyal grupların diğerleri üzerindeki gücünü ve

<sup>12</sup> Barber (n 8) 19.

<sup>13</sup> Jeremy Waldron, ‘Constitutionalism - A Skeptical View’ in Thomas Christiano, John Christman, *Contemporary Debates in Political Philosophy* (Wiley-Blackwell, 2009) 270.

<sup>14</sup> Ibid 271.

<sup>15</sup> Ibid 272.

<sup>16</sup> Ibid 273.

<sup>17</sup> Ibid 275.

<sup>18</sup> Robin West, ‘Progressive and Conservative Constitutionalism’ (1990) 88(4) *Michigan Law Review* 641-721.

<sup>19</sup> Ibid 643. West muhafazakârları, *ahlakçı*, *hukuki* ve *araçsalcı* diye üç ayrı kategoride ele alır. Bu muhafazakârlık türlerinin otorite kaynakları, politik teorileri ve içtihat yöntemleri birbirinden farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid 659-662.

<sup>20</sup> Ibid 645.

<sup>21</sup> Ibid 673.

<sup>22</sup> Ibid 690. West, ilerlemecileri, *idealist*, *varoluşçu* ve *itaat karşıtı* diye üç ayrı kategoride ele alır. Bunların yetki kaynakları, politik teorileri ve içtihat yöntemleri birbirinden farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Ibid 679-690.



normatif otoritesini meşru olmayan özel hiyerarşinin ürünleri olarak görmekte ve anayasayı bu yerleşik özel düzenlere meydan okumak için önemli bir mekanizma olarak görmektedirler.<sup>23</sup> İlerlemeciler devletin anayasa doğrultusunda vatandaşlarını korumak için yasal gücünü kullanmak ve onları istismarcı sosyal gücün ve bu gücün neden olduğu ırk, cinsiyet ve sınıf hiyerarşilerinin yol açtığı zarardan eşit bir şekilde korumakla yükümlü olduğuna inanmaktadırlar.<sup>24</sup> İlerlemeciler için anayasa her zaman, ilerlemeci amaç ve politikaları kolaylaştırabilecek yorumlamaları içeren çoklu yorumlara açıktır.<sup>25</sup>

Anayasacılığa ilişkin bir diğer sınıflandırma, karşılaştırmalı anayasa hukuku çerçevesinde yapılan Kuzey-Güney anayasacılığı (veya Küresel Kuzey-Küresel Güney) ayrımıdır.<sup>26</sup> Güney anayasacılığı, benzer makro dinamiklerle şekillenmiş ancak bununla birlikte farklı mikro dinamiklere sahip ortak bir deneyim olarak ele alınmaktadır.<sup>27</sup> Güney anayasal deneyiminin Kuzey anayasacılığından farklılığı, bağlamsal ve normatif, tarihsel ve güncel, küresel ve yerel faktörlerin bir araya gelmesinden kaynaklanmaktadır. Sömürgecilik tarihi ve Güney'in jeopolitik sistemdeki konumu, Kuzey'le diyalektik ilişki, Güney anayasacılık deneyimini şekillendiren ayırt edici bir bağlamdır. Sosyo-ekonomik dönüşüm deneyimi olarak anayasacılık, siyasi örgütlenme hakkında bir mücadele alanı olarak anayasacılık ve adalete erişim olarak anayasacılık, Güney anayasacılığını karakterize eden üç ayırt edici temadır.<sup>28</sup>

Dönüştürücü anayasalar incelendiğinde bu anayasaların “toplumun dönüştürülmesi, sosyal adaletin sağlanması, çok kültürlülüğü ve çok dilliliği teşvik, yeni bir siyasi ve ahlaki temel oluşturma, insan onuru, eşitlik, özgürlük, hesap verebilirlik, duyarlılık ve açıklık” vb. vaatler/taahhütler içerdiği görülmektedir. Ayrıca bu anayasalar oldukça ayrıntılı bir biçimde hazırlanmışlardır. Birçok vaat içermeleri ve/veya oldukça ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış olmaları dönüştürücü anayasaları “teknik anlamda kötü anayasa” olarak nitelendirmek için tek başına yeterli değildir. Öncelikle birçok vaat içermeleri, ağır insan hakları ihlalleri sonrasında oluşturulmalarının bir sonucudur. Ayrıca bu vaatler, insanların bir arada yaşama isteklerinin de bir göstergesidir. Ayrıca bunlar bir bakıma *halkın beklentilerinin anayasalarda karşılık bulmasıdır*.<sup>29</sup> Ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış olmaları ise iktidar sahipleri-

<sup>23</sup> Ibid 643.

<sup>24</sup> Ibid 699.

<sup>25</sup> Ibid 648.

<sup>26</sup> Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann, ‘The Southern Turn in Comparative Constitutional Law An Introduction’ in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 1-2. Küresel Güney kavramının, kendine özgü bir anayasal deneyimi anlamak için faydalı bir kavram olduğu belirtilmiştir. Küresel Güney kavramının “polythetic” (çok yönlü) bir kategori” olduğu dolayısıyla tüm üyelerinin onun tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmadığı, ayrıca Kuzey-Güney ayrımının da katı bir dikotomi olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Ibid 14-15.

<sup>27</sup> Ibid 3.

<sup>28</sup> Ibid 14.

<sup>29</sup> Şafak Evran Topuzkanamış’a göre, “*halka ait anayasacılık*”, “...*halkın değerlerinin anayasa-*

nin iradesini sınırlandırmak ve eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların bir daha ortaya çıkmasına engel olmak içindir.<sup>30</sup>

Dönüştürücü anayasalar sadece hükümeti kısıtlama hususuna odaklanmaz. Dönüşüm hedeflerine uygun mekanizmaların oluşturulması, bu bağlamda devletin aktif olarak bu hedefleri takip etmesi gerektiği ve bu hedeflere yönelik devleti eyleme geçirmeyi teşvik de dönüştürücü anayasacılık için elzemdir.

Dönüştürücü anayasacılık, kültürel çeşitliliği sağlamaya yönelik bir dil kullanır. Ayrıca sosyal dışlama eğilimi oldukça azdır. Kültürel olarak homojen bireylerden meydana gelen toplum anlayışı etkisizleşmeye başlar. Tekdüzelik yerine yasal, politik ve kültürel çoğulculuk egemendir.

Dönüştürücü anayasacılıkta, eski rejim ve onun mirası olan yapılar saygı duyulmaya değer değildir. Aksine eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıları kaldırmak, dönüştürücü anayasa doğrultusunda bireyleri korumak adına yasal gücü kullanmak saygı duyulmaya değer görülmektedir. Anayasal yorum da dönüştürücü amaç ve politikaları kolaylaştırabilmelidir.

Dönüştürücü anayasacılık, birçok açıdan Kuzey anayasacılığından da farklılaşmaktadır. Eşitsizliğin temel sebebi olan sömürgecilik tarihi, dönüştürücü anayasacılık deneyimini ortaya çıkaran ve şekillendiren en önemli faktördür. Eşitsizliği ve eşitsizliği devam ettiren yapıları ortadan kaldırmak için sosyo-ekonomik dönüşümü gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Dönüştürücü anayasa da bunun için gerekli mekanizmaların başında gelmektedir. Sadece belirli kesimlerin (zenginler, güçlüler vb.) değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini, adalete erişebilmesini sağlamaya çalışır.

## II. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Dönüştürücü anayasacılık kavramını ilk kez, 1998 yılında yayınladığı “Hukuk Kültürü ve Dönüştürücü Anayasacılık”<sup>31</sup> adlı makalesinde Karl E. Klare kullanmış-

---

*ya nasıl yansıtıldığını ve bu değerlerin halk tarafından nasıl benimsendiğini de içermektedir.” “Halkın beklentilerinin anayasalarda karşılık bulması, “halka ait” değerlerin anayasalarda yer alması” durumudur. Şafak Evran Topuzkanamış, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık (İkinci Basım, Onikilevha 2022) 3.*

<sup>30</sup> Bruce Ackerman, modern anayasacılık yollarına ilişkin makalesinde üç ideal tip oluşturur. Birinci ideal tipte dışarıdan gelen devrimci hareket mevcut hükümete karşı harekete geçer. İkinci ideal tipte siyasi düzen, içindeki pragmatik kişiler tarafından inşa edilir. Üçüncü ideal tipte rejim değişikliği kitlesel bir halk ayaklanmasının baskısı olmadan gerçekleşir. İlk ideal tipte devrimciler iktidara ulaştıklarında, beyanlarını (*public declarations*), yeni rejimi kendi devrimci ilkelerine bağlayan ve geçmişteki suiistimallerin tekrarını önlemek için iktidarı örgütleyen bir anayasaya dönüştürür. Ackerman Güney Afrika deneyimini bu ideal tipte ele alır. Bkz. Bruce Ackerman, ‘Three Paths to Constitutionalism - and the Crisis of the European Union’ (2015) 45(4) *British Journal of Political Science* 705-706. Ackerman bir başka makalesinde Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasını “yeni bir siyasi başlangıç vaadi” olarak nitelendirmiştir. Bkz. Bruce Ackerman, ‘The Rise of World Constitutionalism’ (1997) 83(4) *Virginia Law Review* 783.

<sup>31</sup> Karl E Klare, ‘Legal Culture and Transformative Constitutionalism’ (1998) 14(1) *South African Journal on Human Rights* 146-188.



tır.<sup>32</sup> Klare dönüştürücü anayasacılık kavramını, 1996 yılında kabul edilen Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan hukuki-siyasi durumu değerlendirmek için ortaya atmıştır. Dönüştürücü anayasacılığın özellikle Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki yargıçlar ve hukukçular için uygulanabilir bir proje olup olmadığını cevabını arayan Klare, dönüştürücü anayasacılığın tarafsız bir kavram olmadığını, olumlu bir değer taşımayı, toplumsal bir faydayı çağrıştırmayı amaçladığını ifade etmiştir.<sup>33</sup> Dönüştürücü anayasacılığın uygulanabilirliğini belirlemeyi amaçlayan Klare, dönüştürücü anayasacılığın doğasında pozitif değerler bulunduğunu ve toplumsal fayda amaçladığını vurgulamıştır.

Klare, Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki siyasi zorluklara uygun bir post-liberal hukukun üstünlüğünü açıklamanın, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının post-liberal bir okumasıyla mümkün olacağını ileri sürmüştür.<sup>34</sup> Hukuk kültürünün rolünü yeniden düşünmeden ve hukuki yorum anlayışını radikal bir şekilde dönüştürmeden, dönüştürücü anayasacılık doğrultusunda ilerlenemeyeceğini belirtmiştir.<sup>35</sup> İlerici bir hukuk kültürünün, dönüştürücü anayasacılığın uzun vadeli başarısı için gerekli bir koşul olduğunu ifade etmiştir.<sup>36</sup> Kısaca, Güney Afrika'nın siyasi sorunlarına çözüm bulmanın anayasasının post-liberal bir yorumunu gerektirdiğini öne süren Klare, dönüştürücü anayasacılığın sürdürülebilir gelişimi için hukuk kültü-

<sup>32</sup> Michaela Hailbronner, 'Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South' (2017) 65(3) *The American Journal of Comparative Law* 532. Klare bu çalışmasının, CALS (Centre for Applied Legal Studies) Yargıçlar Konferanslarında (sırasıyla 23-25 Ocak 1995 ve 29-31 Ocak 1996 tarihlerinde Magaliesburg'da) yapılan iki sunumdan ortaya çıktığını belirtmiştir. Dolayısıyla kavramın ortaya çıkışı daha erken bir tarih olabilir. Bkz. Klare (n 31) 146.

<sup>33</sup> Ibid 150. Dönüşüm (*transformation*) kavramını seçmesinin nedeni, reform ifadesinin yetersiz kalacağı, ayrıca yaşanan durumun devrimden daha kısa / farklı bir süreç olduğu düşüncesidir. Bkz. Ibid 150. Ortak değerlerin siyasi araçlar yerine yargılama yoluyla teşvik edilmesinin, doğrudan bu değerlerin varlığına ve bunların zaman içinde kaçınılmaz olarak gerçekleşeceğine olan inanca bağlı olduğu ve bu açıdan dönüştürücü anayasacılık kavramının özünde iyimser bir unsur barındırdığı belirtilmiştir. Bkz. Pal Sonnevend, 'Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis Lessons from the Hungarian Case' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Us Commune* (Oxford University Press 2017) 123.

<sup>34</sup> Klare (n 31) 151-153. Klare post-liberal okuma ifadesiyle, anayasasının geleneksel liberal yorumdan farklı bir biçimde yorumlanmasını kastetmektedir. Post-liberal yorumu diğer yorumlardan farklı kılan, anayasasının belirli temel özelliklerine (çok kültürlülük, sosyo-ekonomik haklar, güçlendirilmiş demokrasi modeli gibi) daha iyi bir yorum sağlamasıdır. Her ne kadar post-liberal yorum, hukuki olmayan/siyasi bir yorum olarak etiketlense de post-liberal yorumun liberal yorumlar kadar yasal olduğunu belirtmiştir. Ayrıca liberal yorum post-liberal yorum kadar "siyasi" bir yorum olduğunu da ifade etmiştir. Bkz. Ibid 151-155.

<sup>35</sup> Ibid 152. Klare, hukuk kültüründen bahsederken; mesleki duyarlılıkları, düşünce alışkanlıklarını ve entelektüel refleksleri kastetmektedir. Bir hukuk kültürünün katılımcıları genellikle, bu kültürün mesleki inançlarını ve uygulamalarını nasıl şekillendirdiğinin farkında olamamaktadırlar. Bkz. Ibid 166-168. Bir hukuk kültürünün söylemsel yapısı, katılımcılarının hukuki hayal gücüne, yapabilecekleri sorgulama türlerine ve sonuç olarak sunabilecekleri yanıt yelpazesine içerik kazandırmakla birlikte bunları sınırlandırır. Bkz. Dennis M Davis, Karl Klare, 'Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law' (2010) 26(3) *South African Journal on Human Rights* 406.

<sup>36</sup> Klare (n 31) 170.



rünün yeniden değerlendirilmesinin ve hukuk yorumunun kökten değiştirilmesinin gerektiğini belirtmiştir.

Klare'a göre dönüştürücü anayasacılık; hukuka dayalı, şiddet içermeyen siyasi süreçler yoluyla büyük ölçekli toplumsal değişim yaratma girişimidir. Bir ülkenin siyasi ve sosyal kurumlarını ve güç ilişkilerini demokratik, katılımcı ve eşitlikçi bir yönde dönüştürmektir. Bu doğrultuda taahhüt edilen uzun vadeli bir anayasanın yapılması, yorumlanması ve uygulanması projesidir.<sup>37</sup> Başka bir ifadeyle Klare, dönüştürücü hedeflere adanmış bir anayasanın yapılması, yorumlanması ve uygulanması yoluyla siyasi ve sosyal yapıların demokrasi, katılım ve eşitlik yönünde yeniden şekillendirilmesini amaçlamaktadır.

1998 yılında Stephen Macedo da “dönüştürücü anayasacılık” kavramını kullanmıştır. Ancak Macedo, Klare'den çok daha farklı açıdan söz konusu kavramı ele almıştır. Liberal anayasacılığın kökten dönüştürücü boyutunun, bireylerin özgürlüğünün düzenlenmesine yardımcı olmaktan daha fazlasını (şekillendirme) yapması gerektiğini belirtmiştir.<sup>38</sup> Dönüştürücü anayasacılığın, amacını tam olarak açıklamadan, insanların liberal demokratik taahhütlerini ve alışkanlıklarını çok derinden şekillendirme etkisine sahip birçok mekanizma, uygulama ve beklentiyi hedeflediğini ifade etmiştir.<sup>39</sup> Macedo, Klare'den farklı olarak, bireysel özgürlükleri düzenlemenin ötesinde, dönüştürücü anayasacılık düşüncesinin, insanların bağlılıklarını ve alışkanlıklarını çeşitli mekanizmalar ve uygulamalar aracılığıyla derinlemesine şekillendirmeye kadar uzanması gerektiğini vurgulamıştır.

Dönüştürücü anayasacılığın, kendisini siyasi erdemlerle sınırladığını, özgürlüğe saygı duymayı amaçladığını ve mümkün olduğu yerde dolaylı ve baskıcı olmayan yollardan yararlandığını ileri sürmüştü<sup>40</sup> de, Macedo için dönüştürücü anayasacılığın özü özel inançları da dâhil olmak üzere insanların hayatlarını liberalizmle uyumlu bir biçimde ve onu destekleyecek şekilde etkilemek adına liberal kurumları, uygulamaları, ritüelleri ve normları korumak olmalıdır.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Ibid 150. Dönüştürücü anayasacılık kavramını Klare gibi bir proje olarak gören Theunis Roux bu projeyi, yasal olarak yönlendirilen kolektif toplumsal değişim projesi diye açıklamıştır. Bkz. Theunis Roux, ‘Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference?’ (2009) 20(2) *Stellenbosch Law Review* 260. Ayrıca bunun liberal bir anayasal proje olduğunu, projenin başarısının liberal siyasi kurumların sürdürülmesine bağlı bulunduğunu ve bu projenin kitlelerin tarihsel kaderi hakkında büyük teoriler üretmekten kaçındığını ve bunun yerine teknik uzmanlık ve demokratik müzakerenin uygun bir karışımı yoluyla sosyal sorunlara pragmatik çözümler bulmaya odaklandığını belirtmiştir. Bkz. Theunis Roux, ‘A Brief Response to Professor Baxi’ in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa* (Pretoria University Law Press 2013) 51.

<sup>38</sup> Stephen Macedo, ‘Transformative Constitutionalism and the Case of Religion: Defending the Moderate Hegemony of Liberalism’ (1998) 26(1) *Political Theory* 58.

<sup>39</sup> Ibid 69.

<sup>40</sup> Ibid 76.

<sup>41</sup> Ibid 72.



### III. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMI: YAYGINLAŞMASI, GENİŞLEMESİ VE FARKLILAŞMASI

Uluslararası doktrinde, Klare'nin Güney Afrika Cumhuriyeti ve Anayasası bağlamında kullanmış olduğu "dönüştürücü anayasacılık" kavramı kabul görmüş, yaygınlaşmış ve kapsamı genişlemiştir. Dönüşüm kavramı, pozitif ayrımcılık ve siyahilerin ekonomik olarak güçlendirilmesinden Güney Afrika hukuk kültürünün tamamen elden geçirilmesine kadar geniş bir yelpazedeki süreç veya programları ifade etmek için kullanılmıştır.<sup>42</sup> Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi eski Başkanı Pius Langa<sup>43</sup>, dönüşümün ruhuna uygun olarak, dönüştürücü anayasacılığın sabit bir anlayışı olmayacağını belirtmiştir.<sup>44</sup>

Günümüzde dönüştürücü anayasacılığa yönelik en az dört kapsamlı ve farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunlar; anayasal yorumlama projesi olarak dönüştürücü anayasacılık, toplumsal değişim için bir model olarak dönüştürücü anayasacılık, anayasalar arasında ayırım yapmanın bir yolu olarak dönüştürücü anayasacılık ve karşılaştırmalı bir merceğe dönüştürücü anayasacılık yaklaşımlarıdır.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Marius Pieterse, 'What Do We Mean When We Talk About Transformative Constitutionalism?' (2005) 20(1) *SA Publiekreg Public Law* 155.

<sup>43</sup> Pius Langa hakkında detaylı bilgi için bkz. <<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/62-former-chief-justice-pius-langa-1938-2013>> accessed 13.03.2024.

<sup>44</sup> Pius Langa, 'Transformative Constitutionalism' (2006) 17(3) *Stellenbosch Law Review* 351.

<sup>45</sup> Heinz Klug, 'Transformative Constitutionalism as a Model for Africa?' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 143. Klug, dönüştürücü anayasacılığı belirli bir anayasal düzenin nasıl ortaya çıktığına dair sosyo-hukuki bir anlayış geliştirmek için kavramsal bir alan sağlamak olarak da düşünmeyi beşinci bir yaklaşım olarak önermektedir. Bkz. Ibid 143. Dönüştürücü anayasacılık kavramının bir ideal, bir mekanizma ve bir yöntem şeklinde farklı yaklaşımlar olduğu da dile getirilmiştir. Bkz. Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen, 'Some Concluding Thoughts on An Ideal, Machinery and Method' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 617-624. Dönüştürücü anayasacılığa yönelik farklı bir yaklaşım da onun dönüşüm ve anayasacılık biçiminde iki farklı kavram olmak üzere iki farklı anlam içerdiğini akıldta tutarak bu kavramların Anayasanın özlemleri ve temel değerleri dikkate alınarak anlaşılması gerektiğidir. Bkz. Mashele Rapatsa, 'Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy' (2014) 5(27) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 890. Dönüştürücü anayasacılık kavramının iki belirsizlik barındırdığı ifade edilmiştir. İlki dönüştürücü anayasacılığın hem Güney Afrika anayasacılığının ne olduğunu hem de ne olması gerektiğini tanımlamak için kullanılmasıdır. İkincisi dönüştürücü anayasacılığın hem dönüştürücü amaçlar hem de dönüştürücü araçlar için kullanılmasıdır. Bkz. James Fowkes, 'Transformative Constitutionalism and the Global South The View from South Africa' in Armin von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Jus Commune* (Oxford University Press 2017) 100-101. Dönüştürücü özelliğın üç farklı düzeyde konumlandırılacağı belirtilmiştir. Bu düzeyler toplumu dönüştürmeye yönelik bir vizyon / planın varlığı, anayasal belgeye göre dönüşümü teşvik etmek için ilgili aktörler arasındaki bir taahhüt ve plana göre dönüştürmek için oluşturulan bir dizi kurumsal mekanizma veya stratejidir. Bu bağlamda dönüştürücü bir metnin gerçeklikte bir fark yaratması için en iyi fırsat, üç boyutta da tam bir yakınlaşma ile sağlanacaktır. Bkz. Diego Werneck Arguelles, 'Transformative Constitutionalism A View from Brazil' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 170.

## A. Yorumlayıcı Bir Yöntem Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Dönüştürücü anayasacılığı; demokratik, katılımcı ve eşitlikçi bir yönde, hukuka dayalı, şiddet içermeyen siyasal süreçler aracılığıyla toplumsal değişim yaratma girişimi olarak tanımlayan Klare için önemli hususlardan biri taahhüt edilen anayasanın, bu doğrultuda yorumlanması ve uygulanmasıdır. Dönüştürücü anayasacılığın uzun vadeli başarısı için ilerici bir hukuk kültürüne ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda dönüştürücü anayasacılığa uygun dönüştürücü hukuki metodoloji geliştirilmesi gerekmektedir.<sup>46</sup> Söz konusu metodoloji, dönüştürücü anayasacılığın değerlerini, ilgili tüm etik ve sosyo-ekonomik hususlar çerçevesinde ele almalıdır. Hem bağlama duyarlı hem de daha geniş etik ve sosyo-ekonomik sonuçları dikkate alan bir hukuk metodolojisidir.<sup>47</sup> Başka bir deyişle dönüştürücü anayasacılığın ışığında, onun değerleriyle uyumlu bir hukuk metodolojisi, bağlamsal ayırımları dikkate almalı ve en iyi eylem planının belirlenmesinde etik ve sosyo-ekonomik faktörlere öncelik vermelidir.

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi eski Başkan Yardımcısı Dikgang Moseneke<sup>48</sup> 25 Nisan 2002 tarihinde Dördüncü Bram Fischer Anma Konuşmasını gerçekleştirirken dönüştürücü anayasacılık kavramını kullanmasa bile, “dönüştürücü” ifadesini birçok kez ve farklı açıdan kullanmıştır.<sup>49</sup> Sosyal adalet arayışında dönüştürücü yargısal karara yer olup olmadığını tartıştığı konuşmasında Moseneke, anayasanın yargıya kendi dönüştürücü tasarımını destekleme ve dolaylı olarak geliştirme görevi verdiğini belirtmiştir.<sup>50</sup> Moseneke’ye göre anayasa, yargıçların görevlerini yapma şeklini yeniden yapılandırmıştır. Yargıçları, dönüştürücü rolleriyle tutarlı hukuki yöntem, analiz ve muhakeme hakkında yeni bir hukuksal yaratıcılık ve öz değerlendirme düzlemine davet ettiğini ifade etmiştir.<sup>51</sup> Moseneke, anayasanın yargıçları teşvik ederek, dönüştürücü işlevleriyle uyumlu hale getirdiğini varsaymıştır.

2002 ve 2003 yılında yayınladığı iki makalesinde Henk Botha da dönüştürücü anayasa kavramını kullanır.<sup>52</sup> Her ne kadar dönüştürücü anayasa büyük bir öneme

<sup>46</sup> Dönüştürücü metodoloji, Haklar Bildirgesi’ndeki değerleri ve özelemleri, adil, demokratik ve eşitlikçi bir toplumsal düzenin yasal temellerini oluşturmaya yönelik anayasal istek tarafından şekillendiren hukuki sorunlara yönelik bir yaklaşım olarak açıklanmıştır. Bkz. Davis, Klare (n 35) 412.

<sup>47</sup> Ibid 412.

<sup>48</sup> Dikgan Moseneke hakkında detaylı bilgi için bkz. <<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/70-deputy-chief-justice-dikgang-moseneke>> accessed 12.03.2024.

<sup>49</sup> Örneğin dönüştürücü karar (*transformative adjudication*), dönüştürücü içtihat (*transformative jurisprudence*), dönüştürücü girişim (*transformative enterprise*), dönüştürücü niyet (*transformative intent*) vb. için bkz. Dikgang Moseneke, ‘Transformative Adjudication’ (2002) 18(3) *South African Journal on Human Rights* 309-319.

<sup>50</sup> Ibid 314.

<sup>51</sup> Ibid 318.

<sup>52</sup> Henk Botha, ‘Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 1)’ (2002) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 612-627. Henk Botha, ‘Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)’ (2003) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 20-36.



sahip olsa da anayasanın yorumlanması çok daha elzem bir konudur. Botha için anayasa, *apartheid* hukukunun yapılandırıldığı ikilemleri yeniden düşünmeyi, kategorizasyon konusunda nesnelci bir yaklaşımın ötesine geçmeyi ve hukuki kavram ve kategorileri ilişkisel terimlerle yeniden tasarlamayı gerektirir.<sup>53</sup> Yani Botha, anayasanın *apartheid* hukukunun doğasında bulunan ikilemlerin yeniden değerlendirilmesini gerektirdiğini öne sürmekte ve hukuki kavram ve kategorilerin ilişkisel olarak yeniden tasarlanmasına doğru bir değişimi savunmaktadır.

Sandra Liebenberg, sosyal adalete bağlılık ilkesinin Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının dönüştürücü hedef ve süreçlerinin merkezinde yer aldığını ve bunun Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasında yer alan Haklar Bildirgesi'nin yorumunu da etkilemesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>54</sup> Ancak sosyal hakların dönüşüme önemli bir katkı sağlaması isteniyorsa bunların anlamlı bir şekilde yorumlanmasının hayati önem taşıdığını belirtmiştir.<sup>55</sup> Diğer bir anlatımla anayasa, sosyal adaleti, dönüştürücü amaçları açısından temel olarak önceliklendirmiştir ve Haklar Bildirgesi de bu çerçevede yorumlanmalıdır.

Pius Langa, gerçek anlamda eşit bir toplumun kurulmasının ve herkese temel sosyal ve ekonomik hakların sağlanmasının dönüşümün gerekli bir parçası olduğunu, bunun için de hukuk kültürünün dönüşmesi gerektiğini belirtmiştir. Dönüştürücü bir anayasa uyarınca, yargıçların, kararlarını yalnızca otoriteye atıfta bulunarak değil, aynı zamanda fikir ve değerlere de atıfta bulunarak gerekçelendirme konusunda sorumluluğa sahip olduklarını ifade etmiştir.<sup>56</sup>

Bogdandy ve Urueña da dönüştürücü anayasacılığı, köklü yapıların daha eşitlikçi veya demokratik bir topluma doğru etkili bir şekilde dönüştürülmesini yorumlayıcı uygulamanın en önemli hedeflerinden biri olarak gören bir hukuki yorum yaklaşımı

<sup>53</sup> Ibid 21. *Apartheid*, Güney Afrika'da 1994 öncesinde ırksal baskı, ayrımcılık ve şiddeti meşrulaştırmak için devlet politikası olarak kurumsallaştırılan rejimdir. Örneğin, *apartheid* toprak hukuku, beyazların güvenliği, ekonomik gücü ve siyasi statüsüyle ilgili taleplerini somutlaştırmıştır. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 625. Bu ikilemlerden biri hukukun üstünlüğünde ortaya çıkmaktadır. Hukukun üstünlüğü tarafından sağlanan avantajlardan öncelikle toplumdaki beyazlar faydalanmıştır. Yasaların varlığına rağmen siyahiler aynı fayda ve korumalardan yararlanamamıştır. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 626. İdeal olarak tüm vatandaşlara eşit haklar ve korumalar sağlaması gereken hukukun üstünlüğü, aslında beyazlar için sistematik avantajlarla sonuçlanmıştır. Siyahiler ise daha düşük bir statüye indirgenerek devlet kontrolü altında ayrımcılık ve boyun eğdirme ile karşı karşıya kalmış ve eşitsizlik ortamı pekiştirilmiştir. En nihayetinde bu ikilemler sömürgecilik, ırk ayrımcılığı ve insanlığa karşı suçlarla sonuçlanmıştır.

<sup>54</sup> Sandra Liebenberg, 'Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights in South Africa' (2006) 17(1) *Stellenbosch Law Review* 6.

<sup>55</sup> Ibid 21. Bireyler ve gruplar, geçim ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin taleplerini güvenilir bir şekilde uygulayamazlarsa, sosyal ve ekonomik hakların katılımcı eşitliği artırmadaki rolü büyük ölçüde yanıltıcı hale gelecektir. Bkz. Ibid 21.

<sup>56</sup> Langa (n 44) 353.

olarak görmüşlerdir.<sup>57</sup> Söz konusu hukuki yorumun toplumun sorunlarına duyarlı olmaya çabalaması gerektiği fikri etrafında birleşen anayasal metinlere, bir dizi deneysel varsayıma, tartışmaya dayalı araçlara ve normatif hedeflere yönelik olması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>58</sup> Ampirik kanıtlarla desteklenen, belirli tartışma araçları ve normatif hedefleri kullanan anayasal metinlere odaklanan hukuki yorumu savunan Bogdandy ve Urueña, bu yorumun, ele almayı amaçladığı toplumsal meselelere uyum sağlamanın önemini vurgulamışlardır.

Dönüştürücü anayasacılığı yorumlayıcı bir yöntem olarak ele alan yazarlarca, dönüştürücü anayasacılığın yargının sosyal adaleti teşvik etmedeki ve dolaylı olarak yargısal karar verme yoluyla dönüştürücü hedefleri ilerletmedeki rolü ele alınmaktadır. Yargıçlar, anayasanın değerleriyle uyumlu dönüştürücü karar alma süreçlerine katılma sorumluluğuna sahip olarak görülmektedir. Anayasanın yorumlanması, önceki yasal çerçevelerin ötesine geçmeye ve yasal kavram ve kategorilere ilişkiselsel bir yaklaşım benimsemeye vurgu yapılarak önemli görülmektedir. Ayrıca, dönüşüme katkıda bulunmak için sosyal hakların anlamlı bir şekilde yorumlanmasına da odaklanılmaktadır. Ve dönüştürücü anayasacılık, yerleşik yapıları daha eşitlikçi veya demokratik bir topluma doğru dönüştürmeyi amaçlayan bir hukuki yorumlama yaklaşımı olarak görülmektedir. Bu yorum, toplumsal sorunlara duyarlı olmalı ve bu sorunları etkili bir biçimde ele alacak şekilde uyarlanmalıdır.

## B. Toplumsal Değişim İçin Bir Model Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Güney Afrika Anayasa Meclisi<sup>59</sup>nde teknik danışman olarak görev yapan Dennis Davis,<sup>60</sup> anayasanın dönüştürücü hedeflerine vurgu yapmış, kamu-özel ayrımını anayasal çerçevede ele almıştır. *Apartheid* mirasını sadece hükümet/birey ilişkileri çerçevesinde değil aynı zamanda birey/birey ilişkileri bakımından da sorgulamıştır.<sup>61</sup> Anayasanın, “oluş” halindeki bir topluma ileriye bakmak üzere tasarlandığını, üçyüz yıllık anayasal olmayan yönetim süresince toplumsal düzenlemelere yüklenen tüm kavramsal ve yasal yüklerin sorgulanması gerektiğini ve topluma yasal değişim vaat ettiğini belirtmiştir.<sup>62</sup> *Apartheid*’in hükümet ve kişilerarası dinamikler üzerindeki etkisi de dâhil olmak üzere mirasını eleştiren Davis, Anayasa’nın tarihsel adaletsizliklere meydan okuyan ve yasal reformlar vaat eden ileriye dönük bir metin olarak hazırlandığını ifade etmiştir.

<sup>57</sup> Armin Von Bogdandy, René Urueña, ‘International Transformative Constitutionalism in Latin America’ (2020) 114(3) *The American Journal of International Law* 405.

<sup>58</sup> Ibid 407.

<sup>59</sup> Anayasa Meclisi (*Constitutional Assemble*) kurucu meclis olup yeni anayasa hazırlamakla görevlendirilmişti.

<sup>60</sup> Dennis Davis hakkında detaylı bilgi için bkz. <<https://law.uct.ac.za/departments-commercial-law/contacts/judge-dennis-davis>> accessed 12.03.2024.

<sup>61</sup> Dennis Davis, ‘Elegy to Transformative Constitutionalism’ in Henk Botha, André Van Der Walt, Johan Van Der Walt (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 57-58.

<sup>62</sup> Ibid 66.



Van Der Walt, Güney Afrika Anayasasının, yasal ve sosyal kurumları ve güç ilişkilerini daha fazla eşitlik ve adalete doğru dönüştürmeye yönelik açık bir girişim olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>63</sup> *Apartheid* döneminde geliştirilen hukuk kültürünün eleştirel düşünceden azade bir şekilde var olmasına müsaade edilmemesi gerektiğini, aksi takdirde bu durumun toplumun ve hukukun dönüşümünü engelleyeceğini belirtmiştir.<sup>64</sup> *Apartheid* tarafından şekillendirilen hukuk kültürünün eleştirel bir şekilde incelenmesinin önemini vurgulayan Van Der Walt, bu kültürün incelenmeden devam etmesine izin verilmesinin hem toplumsal hem de hukuki dönüşümü engelleyeceğini ileri sürmüştür.

Marius Pieterse, dönüştürücü anayasacılığın, anayasaların liberal tasvirinden farklılaştığını, tarihsel olarak bilinçli ve aynı zamanda henüz gerçekleşmemiş bir gelecek idealini somutlaştırdığını belirtmiş; dönüştürücü anayasacılığın, dönüşüm için tarihsel bir gerekçe sağlarken aynı zamanda bu dönüşümün gerçekleşeceği temel araçlardan birini temsil ettiğini ifade etmiştir.<sup>65</sup> Anayasal dönüşüm projesinin ayrılmaz bileşenleri olarak; Güney Afrikalıların çoğunluğunun sosyo-ekonomik kalkınmasını ve bununla birlikte sosyal adaletin sağlanmasını ileri sürmüştür.<sup>66</sup> Esaslı eşitsizliğin büyük bir kısmının özel ilişkilerden kaynaklandığını belirtmiş, özel ilişkilerdeki bu eşitsizliklerin ele alınmasının anayasal dönüşüm projesinin başka bir önemli parçası olduğunu ifade etmiştir.<sup>67</sup> Başka bir anlatımla, dönüştürücü anayasacılığın hem tarihsel bir bilinci hem de gelecek için istek uyandıran bir vizyonu bünyesinde barındırdığını ve toplumsal dönüşüm için bir araç olarak hizmet ettiğini öne sürmüş, anayasal dönüşümün temel yönleri olarak sosyo-ekonomik eşitsizliklerin ele alınmasını ve sosyal adaletin sağlanmasını savunmuş ve özel ilişkilerden kaynaklanan eşitsizliklerle yüzleşmenin gerekliliğini vurgulamıştır.

Solange Rosa Güney Afrika Anayasasını, Güney Afrika toplumunun eşitsiz ve adaletsiz geçmişinden sosyo-ekonomik dönüşümünü destekleyen yasal bir çerçeve olarak ele almıştır.<sup>68</sup> Anayasanın dönüşüm projesini destekleyen katılımcı hükümler barındırdığını,<sup>69</sup> anayasada yer alan katılımcı demokrasi vizyonunun Güney Afrika

<sup>63</sup> A J Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 1)' (2005) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 655-689.

<sup>64</sup> A J Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 2)' (2006) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 23.

<sup>65</sup> Pieterse (n 42) 157-158.

<sup>66</sup> Ibid 159. Dönüştürücü ile kastedilenin, daha iyi bir toplum için bir plan içeren bir metin ile uygulamada bunu teşvik edecek belirli kurumların oluşturulması ise, son zamanlarda hazırlanan ve bir dereceye kadar dönüştürücü olmayan bir anayasanın neredeyse bulunmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Arguelhes (n 45) 165.

<sup>67</sup> Pieterse (n 42) 160-161.

<sup>68</sup> Solange Rosa, 'Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State' (2011) 22(3) *Stellenbosch Law Review* 564.

<sup>69</sup> Ibid 546.

toplumunun “demokratik değerlere, sosyal adalete ve temel insan haklarına dayalı” bir topluma dönüşmesini kolaylaştırmak için gerekli olduğunu ileri sürmüştür.<sup>70</sup>

Gautam Bhatia Hindistan Anayasası’nın özel davranışlara yatay olarak doğrudan uygulanabilen radikal bir anayasal çözüm sağladığını belirtmiştir.<sup>71</sup> Buradan hareketle dönüştürücü anayasal hükümlerin iki türlü olabileceğini ifade etmiştir. Birincisi, yalnızca mevcut hukuki ve siyasi manzarayı değiştirmek için tasarlanmış olan siyasi dönüştürücü hükümlerdir. İkincisi, politika ve hukukun ötesine geçen ve bir topluluğun hukukunun ve siyasi yapılarının temelini oluşturan ve meşrulaştıran kimlik, kişilik ve kişiler arası ilişkiler hakkındaki en derin toplumsal inançları dönüştürmeye çalışan kapsamlı dönüştürücü hükümlerdir.<sup>72</sup> İlki, hukuki ve siyasi çerçeveyi değiştirmeyi amaçlarken; ikincisi, temel sosyal inançları dönüştürmek için siyaset ve hukukun ötesine uzanır.

Khan ve Ali, devletin, özgürlük, eşitlik ve bu ideallerin içeriğinde anayasada yer alan diğer ideallerin sağlanmasında aktif rol oynadığını ifade etmişlerdir. Dönüştürücü anayasacılık anlayışının da devletin aktif olarak bu hedeflerini takip etmesini ve bu hakların kullanılmasının önündeki tüm engelleri kaldırmasını gerektirdiğini belirtmişlerdir.<sup>73</sup> Diğer bir anlatımla devletin proaktif olarak çabalaması gerektiğini vurgulamışlardır.

Dönüştürücü anayasacılık hususunda literatüre katkıda bulunan bahsi geçen kişiler için dönüştürücü anayasacılık, toplumsal değişim için bir modeldir. Dönüştürücü anayasacılık ile tarihsel adaletsizliklerin ele alınması ve daha fazla eşitlik ve adaleti amaçlayan yasal ve sosyal reformların savunulması gerektiğinin altı çizilmektedir. Anayasanın sosyo-ekonomik kalkınma, sosyal adalet ve katılımcı demokrasi için bir araç olarak rolü vurgulanmaktadır. Ayrıca anayasal idealleri korumak ve bunların gerçekleştirilmesinin önündeki engelleri kaldırmak için devletin aktif görev üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

### C. Anayasalar Arasında Ayrım Yapmanın Bir Yolu Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Cass R. Sunstein sosyal ve ekonomik hakları merkeze aldığı makalesinde<sup>74</sup>, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası’nı dönüştürücü anayasanın dünyadaki önde gelen örneği olarak nitelendirmiştir.<sup>75</sup> Sunstein; bazı anayasaların koruyucu, bazı

<sup>70</sup> Ibid 547.

<sup>71</sup> Gautam Bhatia, ‘Horizontal Discrimination and Article 15(2) of the Indian Constitution: A Transformative Approach’ (2016) *Asian Journal of Comparative Law* 1.

<sup>72</sup> Ibid 18.

<sup>73</sup> Saif Ali Khan, Sharafat Ali, ‘Transformative constitutionalism: Contemporary Issues and Challenges in India’ (2020) 3(3) *International Journal of Law Management & Humanities* 1417.

<sup>74</sup> Cass R Sunstein, ‘Social and Economic Rights? Lessons from South Africa’ (2001) *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 124* 1-15.

<sup>75</sup> Ibid 4.



anayasaların ise dönüştürücü nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Amerikan anayasası gibi bazı anayasaların ise koruyucu ve dönüştürücü özelliklerin bir karışımı olduğunu belirtmiştir. Sunstein'a göre koruyucu anayasalar, statükoyu korumaya ve mevcut sistem veya uygulamalarda önemli bir değişiklik veya bozulmayı önlemeye çalışırlar. Dönüştürücü anayasalar ise uzun süredir devam eden uygulamalara karşı bir meydan okumadır. Bu çerçevede vurgulanan belirli arzuları (*aspirations*<sup>76</sup>) ortaya koyarlar. Hatalı kararlara karşı önlem almak için tasarlanmış ön taahhüt stratejileri olarak tanımlanırlar.<sup>77</sup> Sunstein, dönüştürücü anayasaları yerleşik uygulamalardan bir sapma olarak görmekte ve bu anayasaların çerçeveleri içinde açık arzuların altını çizmektedir.

Dönüştürücü anayasalar geçmişten kopma, olmuşla olacak arasında kalın bir çizgi oluşturma ihtiyacı üzerine kuruludur. Bu nedenle geleneği daha fazla koruyan anayasalarla tezat oluştururlar; dönüştürücü anayasalarda önemli olan normların devamı değil, normlardan kopmadır.<sup>78</sup> Katılımcı bir süreçle üretilen anayasanın özellikle iki dönüştürücü sonucu olabilir. Birincisi, anayasal normların yorumlanması, geçmişten kopma, farklı bir duruma gelme isteği şeklindeki ayrıştırıcı niyeti destekleyenlerin lehine olacaktır. Yargısal denetim, emsal bir arka plan karşısında değil, geçmişteki uygulamalara aykırı yeni normlar yaratma arzusuna karşı gerçekleştirilecektir. Dönüştürücü anayasaların ayrıştırıcı karakterinin ikinci bir sonucu da meşruiyetlerinin kaynağında yatmaktadır. Yasal meşruiyetini daha önceki uygulama ve kabullerin ağırlığına dayandıran koruyucu anayasalardan farklı olarak, dönüştürücü anayasalar ağır insan hakları ihlallerinin sonrasında<sup>79</sup> kurulur; bu nedenle, yaratılmalarının hemen öncesindeki yeniden yapılanma döneminde oluşturulan normları onaylarlar.<sup>80</sup> Dönüştürücü anayasalar önemli insan hakları ihlallerine veya büyük sosyal ve siyasi çalkantılara tepki olarak ortaya çıkar. Bu tür ihlallerin ardından yeniden yapılanma dönemlerinde oluşturulurlar. Dönüştürücü anayasalar, yapılmalarından hemen önceki

<sup>76</sup> Dönüştürücü anayasacılık kavramı yerine “aspirasyonel anayasacılık” (*aspirational constitutionalism*) kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Loughlin (n 1) 171. Aspirasyonel anayasacılık ifadesi için bkz. Rodrigo Uprimny, ‘Latin Amerika’da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar’ (2012) 2(5) Emine Karacaoğlu (çev), *Küresel Bakış* 16. Ayrıca aspirasyonel anayasa kavramı yerine “istek uyandıran anayasa” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Mila Versteeg, ‘Popüler Olmayan Anayasacılık’ (2018) 20(1) Şafak Evran Topuzkanamış (çev), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 169. Van Der Walt, dönüştürücü anayasacılık kavramının Klare tarafından temelde muhafazakâr bir hukuk kültürünün kalıntılarıncı çok güçlü bir şekilde biçimlendirilen yeni Güney Afrika anayasal düzeninin istek uyandıran (*aspirational*) yönünü tanımlamak için kullanıldığını belirtmiştir. Bkz. Van Der Walt, ‘Transformative Constitutionalism (part 1) (n 63) 656, 5 nolu dipnot.

<sup>77</sup> Sunstein (n 74) 4.

<sup>78</sup> Juan E Mendez, ‘Constitutionalism and Transitional Justice’ in Michel Rosenfeld, Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 1282.

<sup>79</sup> Latin Amerika’da askeri diktatörlükler, Güney Afrika’da *apartheid* gibi bkz. Ibid 1283.

<sup>80</sup> Ibid 1283.



yeniden inşa aşamasında oluşturulan yeni norm ve ilkeleri teyit ederler. Özünde, geçmişteki adaletsizlikleri gidermek ve daha adil ve eşitlikçi bir gelecek sağlamak için yasal ve toplumsal çerçevede köklü değişiklikler getirmeye çalışırlar. Başka bir ifadeyle dönüştürücü anayasalar, geleneğin korunmasından ziyade ondan açık bir kopuşa vurgu yapar. Bunlar iki önemli dönüştürücü sonuç doğurur: Normların bu kopuş doğrultusunda yorumlanmasına öncelik verilmesi ve geçmişteki insan hakları ihlallerinin giderilmesinden meşruiyet sağlanması.

#### D. Karşılaştırmalı Bir Perspektif Olarak Dönüştürücü Anayasacılık

Dönüştürücü anayasacılık kavramı ortaya atıldıktan kısa bir süre sonra (yaklaşık onbeş yıl) akademisyenler tarafından bir karşılaştırma aracı olarak da kullanılmıştır. Brezilya, Hindistan ve Güney Afrika anayasaları, dönüştürücü anayasacılık açısından mukayeseli bir biçimde ele alınmıştır. Bu bağlamda, bir ideal olarak dönüştürücü anayasacılığın, hem sağlık ve toprak hakları gibi sosyal ekonomik haklar açısından yeniden dağıtım konularını, hem de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi sembolik tanıma ile ilgili konuları kapsadığı belirtilmiştir.<sup>81</sup> Bu ülkelerdeki anayasa hukuku alanındaki dönüşümlerin genellikle sivil toplum örgütleri ve toplumsal hareketlerin etkisi ve bunların yüksek mahkemelerle etkileşimi sonucunda gerçekleştiği ifade edilmiştir.<sup>82</sup> Dönüştürücü anayasacılık kavramının artık ulusal devletlerin sınırlarının ötesinde küresel bir kavram olduğu vurgulanmıştır.<sup>83</sup>

Upendra Baxi, Brezilya, Hindistan ve Güney Afrika deneyimlerinden yola çıkarak dönüştürücü anayasacılığın olası okumalarının ana hatlarını ortaya koymaya çalışmıştır. Her üç ülke anayasalarının yazımında insan haklarının ilgili ülkelerdeki farklı tarihsel gelişiminin etkili olduğunu belirtmiştir.<sup>84</sup> Dönüştürücü anayasacılığın hem kolektif hafızayı hem de unutkanlığı yeniden düzenlemesini gerektirdiğinden, bu ülkelerdeki anayasacılığın her birindeki dönüştürücü imgenin, geçmişin nostaljik bir şekilde yeniden keşfedilmesini kesin bir şekilde geri çevirdiğini ve her birinin kolektif geçmişin inkârını onaylamaya çalıştığını ifade etmiştir.<sup>85</sup> Dini geleneklerin ve dini tecrübe çeşitlerinin, hakların ve anayasaların yazımında önemli bir rol oy-

<sup>81</sup> Vilhena, Baxi, Viljoen (n 45) 618.

<sup>82</sup> Ibid 619.

<sup>83</sup> Ibid 620.

<sup>84</sup> Upendra Baxi, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 31.

<sup>85</sup> Ibid 28. Benzer bir şekilde Güney Afrika anayasasının, yeni bir başlangıç yapmak ve gözden düşmüş geçmiş değer ve uygulamaları reddetmek için tasarlanmış olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Jeffrey Goldsworthy, 'Constitutional Interpretation' in Michel Rosenfeld, Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 708. Ayrıca dönüştürücü anayasacılığı gayrimeşru bir geçmişten radikal bir kopuş olarak tanımlayan görüş için bkz. Sujit Choudhry, 'Postcolonial Proportionality: Johar, Transformative Constitutionalism, and Same-Sex Rights in India' in Philipp Dann, Michael Riegner, Maxim Bönnemann (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 194.



nadığını ve inanç temelli uygulamaların her yerde cinsel azınlıklara yönelik baskıyı onayladığını vurgulamıştır.<sup>86</sup>

Dönüştürücü anayasaların, anayasayı daha adil ve eşit bir toplum için kapsamlı bir düzen ve devleti bu amaca yönelik eyleme geçirmeyi teşvik ederken aynı zamanda onu kısıtlayan bir araç olarak kavramsallaştırmasıyla geleneksel liberal anayasalardan farklılaştığını savunduğu makalesinde Michaela Hailbronner, Almanya gibi bazı Kuzey sistemlerinin anayasa hukukunun da önemli açılardan dönüştürücü olduğunu ifade edip<sup>87</sup> dönüştürücü anayasacılık kavramına farklı bir karşılaştırmalı perspektif kazandırmıştır. Dönüştürücü anayasacılığın sadece güney toplumlarının ayırt edici bir özelliği olmadığını, pozitif ve sosyoekonomik hakları kapsayan ve özel ilişkileri artık anayasal sınırların dışında görmeyen daha kapsamlı anayasalara yönelik daha geniş küresel eğilimin bir parçası olduğunu belirtmiştir.<sup>88</sup> Diğer birçok dönüştürücü hukuk sisteminin de Almanya ve Hindistan örneklerinin arasında kaldığını ifade etmiştir.<sup>89</sup>

Avrupa ve Latin Amerika'dan çeşitli akademisyenlerden oluşan bir grup, zamanla *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL veya *Ius Constitutionale Commune/Latin Amerikada Ortak Anayasa Hukuku*) terimi etrafında giderek daha fazla bir araya gelmiştir. İlgili terimin dönüştürücü anayasacılığın özgün bir Latin Amerika şekline işaret ettiği belirtilmiştir. Latin Amerika'ya özgü bir dönüştürücü anayasacılık örneği olan ICCAL'ın; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, diğer Amerikalılar arası hukuki belgeleri, ulusal anayasaların uyumlu güvencelerini, iç hukuk düzenini uluslararası hukuka açan anayasal hükümlerini ve ilgili ulusal ve uluslararası içtihadı birbirine bağladığı ifade edilmiştir.<sup>90</sup> ICCAL'in temelini, daha ziyade ilgili ulusal anayasaların temel vaatlerinin bölgesel olarak güvence altına alınması olduğu vurgulanmıştır.<sup>91</sup> Anayasa hukuku ile uluslararası hukuku bir araya getirmesi ve uluslararası kurumlara önemli bir özerklik atfetmesi ICCAL'i diğer dönüştürücü anlayışlardan ayırmıştır.<sup>92</sup>

<sup>86</sup> Baxi, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' (n 84) 34-35.

<sup>87</sup> Hailbronner (n 32) 527.

<sup>88</sup> Ibid 528.

<sup>89</sup> Ibid 560.

<sup>90</sup> Armin Von Bogdandy and others, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina A Regional Approach to Transformative Constitutionalism' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 4. "Ius Constitutionale Commune en América Latina" kavramının demok-rasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının tam anlamıyla hayata geçirilmesi için genel bir çerçeve oluşturmak amacıyla Latin Amerika'nın siyasi ve sosyal gerçeklerini değiştirmeyi amaçlayan dönüştürücü bir yaklaşımı ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz. Armin Von Bogdandy, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina Observations on Transformative Constitutionalism' in Armin Von Bogdandy and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 28.

<sup>91</sup> Ibid 31.

<sup>92</sup> Ibid 39. Bogdany başka bir makalesinde Latin Amerika'daki anayasacılığı "uluslararası dönüştürücü anayasacılık" olarak adlandırmış, 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları

#### IV. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIK KAVRAMINI TANIMLAMAYA ÇALIŞMAK

Dönüştürücü anayasacılık kavramı öncelikle Güney Afrika Cumhuriyeti için ileri sürülmüş, zamanla Latin Amerika ülkelerini<sup>93</sup> kapsar şekilde kullanılmış, ardından küresel bir nitelik kazanmıştır. Kavramın ilişkili olarak ortaya çıktığı mekân, bağlam, içerik, amaç, gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus genişlemiş ve değişime uğramıştır. Ayrıca ülkelerin farklı tarihselliklere, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapıları sahip olması; dönüşümün gereğini, amacını, hedeflerini, araçlarını ve yöntemlerini de çeşitlendirmektedir. Bu nedenlerle dönüştürücü anayasacılık kavramının, net ve herkes tarafından kabul görmüş bir tanımını yapmak/bulmak pek mümkün görülmemektedir. Ancak kavrama bir sınır çizilmemesi, bir yerden sonra kavramı daha da belirsizleştirecek, sonrasında ise önemsizleştirecektir. Bu nedenle, basitleştirme ve hataya düşme riskiyle birlikte, dönüştürücü anayasacılık kavramını doktrinde daha fazla vurgulanan hususlardan hareketle tanımlamaya çalışacağız.

Dönüştürücü anayasacılık, özellikle eşitsizliğe neden olan ve eşitsizlikleri güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır.<sup>94</sup> Dönüştürücü anayasacılığın, temel amaçlarını toplumun dönüştürülmesi<sup>95</sup> ve sosyal adaletin sağlanması<sup>96</sup> olarak sayabiliriz.<sup>97</sup> Bu doğrultuda kendisine dönüştürücü hedefler<sup>98</sup> belirleyen, taahhütler<sup>99</sup>

---

Sözleşmesi'nin ve kurduğu insan hakları sisteminin Latin Amerika'da uluslararası dönüştürücü anayasacılık olgusunun temel taşı haline geldiğini ileri sürmüştür. Bkz. Von Bogdandy, Uruña (n 57) 403. Hakların anayasal olarak güvence altına alınması ve iç hukuku uluslararası hukuka açan anayasal açıklık (*constitutional openness*), uluslararası dönüştürücü anayasacılık için alan yaratan birbirini tamamlayan iki süreç olarak tanımlanmıştır. Bkz. Ibid 411.

<sup>93</sup> Örneğin Brezilya, Bolivya, Ekvador, Meksika, Kolombiya, Venezuela. Dönüştürücü anayasacılık yaklaşımını benimseyen farklı ülkelerde değişime/dönüşüme yönelik uygulamalar farklı dinamikler üzerinden ilerlemektedir. Güney Afrika'da *apartheid*, Hindistan'da sömürgecilik ve kast sistemi, Latin Amerika'da askeri diktatörlükler ve ekonomik dönüşüm programları gibi.

<sup>94</sup> Örneğin, *apartheid*in resmi yapılarının parçalanması, sosyal sermayenin eşitlikçi bir çizgide yeniden dağıtılması bkz. Pieterse (n 42) 160. *Apartheid* mirasından kurtulma bkz. Tshepo Madlingozi, 'Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa' (2007) 34(1) *Journal of Law and Society* 77.

<sup>95</sup> Toplumun dönüştürülmesi amacını paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Klare (n 31) 150. Khan, Ali (n 72) 1417.

<sup>96</sup> Sosyal adaletin sağlanması amacını paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Pieterse (n 42) 155. Rosa (n 68) 550. Khan, Ali (n 72) 1417.

<sup>97</sup> Bu iki amaç dışında çok kültürlülüğü ve çok dilliliği teşvik etmek şeklindeki görüş için bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 2)' (n 52) 22. Bireysel hakların korunması amacı için bkz. Khan, Ali (n 72) 1417.

<sup>98</sup> Anayasal hedef ifadesini kullanan yazarlar için bkz. Klare (n 31) 156. Davis (n 61) 57. Moseneke (n 49) 314. Langa (n 44) 354. Liebenberg (n 54) 6.

<sup>99</sup> Taahhüt / anayasal taahhüt ifadesini kullanan yazarlar için bkz. Klare (n 31) 188. Frank I Michelman, 'Expropriation, Eviction, and the Gravity of the Common Law' (2013) 24(2) *Stellenbosch Law Review* 245. André Van Der Walt, 'A South African Reading Of Frank Michelman's Theory



içeren bir anayasa, dönüştürücü anayasacılığın gereklerinden biridir.<sup>100</sup> Dönüştürücü anayasacılığın gereklerinden bir diğeri ise hukuk kültürünün dönüşümünü<sup>101</sup> hedeflemesidir.<sup>102</sup> Dönüştürücü anayasacılığın araçlarının başında sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlamaştırılması, geliştirilmesi korunması) gelmektedir.<sup>103</sup> Dönüştürücü anayasacılıktaki yargılama süreci ve yöntemi için çok farklı argümanlar<sup>104</sup> ileri sürülmüşse de bu argümanların ortak noktasını dönüştürücü anayasaya ve anayasal dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum anlayışı oluşturmaktadır.

Söz konusu hususları paylaşan düşünürlerin en çok vurguladıkları öğelerden hareketle dönüştürücü anayasacılığın tanımı kanaatimizce şu şekilde yapılabilir: Dönüştürücü anayasacılık, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizliği güçlendiren sosyal, siyasal, ekonomik yapıların açıkça hedef alınması ve giderilmesi ihtiyacı üzerine ortaya çıkan; toplumun dönüştürülmesini ve sosyal adaletin sağlanmasını amaçlayan; dönüştürücü hedefler/taahhütler içeren bir anayasaya sahip olmayı ve hukuk kültüründe dönüşümü gerektiren; sosyal ve ekonomik haklara (tanınması, sağlamaştırılması, geliştirilmesi ve korunması) büyük önem veren; dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum gerektiren bir üst kavramdır.

---

Of Social Justice' in Henk Botha, André Van Der Walt, Johan Van Der Walt (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 165.

<sup>100</sup> Anayasal hedef / taahhütlerden biri olan yeni bir siyasi ve ahlaki temel oluşturma için bkz. Vilhena, Baxi, Viljoen (n 45) 617. Yasal değişim vaadi Davis (n 61) 66. İnsan onuru, eşitlik, özgürlük, hesap verebilirlik, duyarlılık ve açıklık için bkz. Moseneke (n 49) 314. Eşit toplum için bkz. Langa (n 44) 353.

<sup>101</sup> Hukuk kültürünün dönüşümü görüşünü paylaşan yazarlara örnek olarak bkz. Klare (n 31) 152. Langa (n 44) 353.

<sup>102</sup> Dönüştürücü anayasacılığın gereği olarak ileri sürülen diğer görüşlerden bazıları da şunlardır: Gerekleştirme kültürünün geliştirilmesi bkz. Pieterse (n 42) 161. Yargının dönüştürücü tasarımı desteklemesi ve geliştirmesi bkz. Moseneke (n 49) 314. Temel hakların sadece devlete karşı değil, aynı zamanda özel kişiler arasında ve özel kurumlara karşı da uygulanabilir olması bkz. Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism (part 1) (n 63) 662. Devlet görevlerinin yargılanabilir olması bkz. Hailbronner (n 32) 540. Demokratik müzakere bkz. Roux, 'A Brief Response' (n 37) 51. Devletin aktif olarak hedefleri takip etmesi Khan, Ali (n 72) 1417. Uzlaşma bkz. Langa (n 44) 358.

<sup>103</sup> Sosyal ve ekonomik hakları dönüştürücü anayasacılığın araçlarından biri olarak gören yazarlardan bazıları için bkz. Sam Adelman, 'Sovereignty, Citizenship and The Universality of Socio-Economic Rights' in Oscar Vilhena, Upendra Baxi, Frans Viljoen (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 557. Fowkes (n 45) 108. Pieterse (n 42) 162. Sunstein (n 74) 4. Liebenberg (n 54) 6. Van Der Walt, 'A South African Reading' (n 66) 164. Hailbronner (n 32) 540. Langa (n 44) 353. Dönüştürücü anayasacılığının araçları olarak ileri sürülen görüşlerden bazıları da şunlardır: Katılımcı yönetim ve çok kültürlülük bkz. Klare (n 31) 155. Katılımcı demokrasi ve demokratik kalkınmacı devlet bkz. Rosa (n 68) 553-563. Dönüştürücü içtihat bkz. Moseneke (n 49) 317. Aktivist devlet bkz. Hailbronner (n 32) 540.

<sup>104</sup> Anayasanın postliberal okuması için bkz. Klare (n 31) 151-153. Dönüştürücü metodoloji için bkz. Davis, Klare (n 35) 412. Aktivist dönüştürücü yaklaşım için Rapatsa (n 45) 889. Evrimsel yorum ve anayasal açıklık için bkz. Von Bogdandy, Urueña (n 57) 412-413. İçtihadın dönüşümü için bkz. Adelman (n 70) 578.

## V. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ANAYASACILIĞIN KARŞI KARŞIYA OLDUĞU ZORLUKLAR / RİSKLER

Klare'a göre, hukuk kültürünün yargılama ve dolayısıyla temel hukuki gelişme üzerinde güçlü bir yönlendirici veya filtreleyici etkisi vardır. Önceki zamanlardan aktarılan kültürel olarak mevcut entelektüel araçlara ve içgüdülere bilinçli veya düşüncesizce güvenmek, anayasal yorum üzerinde baskı oluşturabilir, başarılarını sınırlayabilir.<sup>105</sup> Hukuksal muhafazakârlık, uygun anayasal yenilikleri engelleyen, anayasanın ve taslak tarihinin izin verdiğiinden daha az yenilikçi anayasa yorumlarına ve uygulamalarına yol açan bir tür entelektüel ihtiyatı tetikleyebilir. Küresel Güney yaklaşımındaki aktivist bir rolden memnun olan ilerici yargıçlar bile, yorum kapsamaları üzerinde, anayasa çerçevesindeki rollerinin sorumlulukları ve yükümlülüklerinden çok geleneğe bağlı olan sınırlamaları olduğu gibi kabul edebilirler.<sup>106</sup>

Klare, yargıçların muhafazakâr hukuk kültürünün etkisinde kalarak, dönüştürücü anayasacılık açısından daha pasif bir tutum sergileyebilecekleri konusunda endişe duymaktadır. Ancak yargıç Langa, fazlasıyla aktivist yargıçların dönüştürücü anayasacılık açısından pasif tutum sergileyecek olan yargıçlar kadar sakıncalı olduğu görüşündedir. Her iki kesimin de toplumun dengeye kavuşmuş düzenini bozacağını, dönüşüm ideallerini tehlikeye atacağını ileri sürmektedir.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Klare (n 31) 168.

<sup>106</sup> Klare (n 31) 170. Klare hukuksal muhafazakârlık ifadesiyle hukuki düşünce alışkanlıklarına bağlı olma ve bunu sürdürmekte kararlı olma durumunu kastetmektedir. Bkz. Ibid 168. Michelman, Güney Afrika Cumhuriyeti için yargısal karar vermede, ortak hukukun ağırlığının (*gravity of the common law*), anayasanın dönüştürücü amaçlarına aykırı bir güç oluşturmaması için tetikte olmanın doğru bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Bkz. Michelman (n 99) 263. Yargıçların dönüştürücü anayasacılığa dair yükümlülükleri hususunda anayasal dayanaklar bulunmaktadır. 1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası Bölüm 2'de yer alan Haklar Bildirgesi bunun en belirgin örneğidir. Madde 7/1'de insanların haklarının güvence altına alındığı ve insan onuru, eşitlik ve özgürlük gibi demokratik değerlerin teyit edildiği belirtilmiştir. Madde 7/2'de devletin bu haklara saygı göstermesi, bu hakları koruması, geliştirmesi ve yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Madde 8/1'de Haklar Bildirgesinin yasama, yürütme, yargı ve devletin tüm organlarını bağladığı vurgulanmıştır. Madde 8/3'te mahkemelerin gerekirse bir hakka işlerlik kazandırmak için mevzuatın söz konusu hakka işlerlik kazandırmadığı ölçüde örf ve adet hukukunu uygulaması veya gerekirse geliştirmesi gerektiği belirtilmiştir. Madde 9/2'de eşitliğin sağlanmasını teşvik etmek amacıyla, haksız ayrımcılık nedeniyle dezavantajlı duruma düşen kişileri veya kişi kategorilerini korumak veya geliştirmek için tasarlanmış yasal ve diğer tedbirlerin alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca madde 39, Haklar Bildirgesinin nasıl yorumlanması gerektiğini düzenlemiştir. Madde 39/1'e göre bir mahkeme, Haklar Bildirgesi'ni yorumlarken insan onuruna, eşitliğe ve özgürlüğe dayalı açık ve demokratik bir toplumun temel değerlerini desteklemeli, uluslararası hukuku göz önünde bulundurmalı ve gerektiğinde yabancı hukuku da değerlendirebilmelidir. Madde 39/2 ise, "Herhangi bir mevzuatı yorumlarken ve örf ve adet hukukunu geliştirirken, her mahkeme, mahkeme heyeti veya forum, Haklar Bildirgesi'nin ruhunu, amacını ve hedeflerini desteklemelidir." denmiştir. Bkz. <<https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>> accessed 01.03.2024.

<sup>107</sup> Langa (n 44) 358. Ayrıca bir yargıcın başvuracağı politika veya değerlerin yeterince şeffaf olması başka bir zorluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Moseneke (n 49) 317.



Yargıçların kendi ahlaki iyilerini hayata geçirebilmek için verdikleri kararlar keyfilik riski içerebilir. Bunun sonucu olarak demokratik sürecin değerinde düşme ve demokratik sürece zarar verme ortaya çıkabilir.<sup>108</sup> Dönüştürücü anayasacılık anlayışı/uygulamaları, yargı ile diğer erkler arasında rekabet ve gerilim de yaratabilir.<sup>109</sup>

Hukuk kültüründe dönüşüm için hukuk eğitimi de değişmelidir. Anayasanın değerleriyle eleştirel bir şekilde ilgilenen ve bu değerleri uygulayan hukukçular yetiştirilmelidir. Hukuk sosyal dokunun bir parçası olarak görülmeli ve hukuk öğrencilerine bu şekilde öğretilmelidir. Hukuk eğitimindeki değişiklik öncelikle zihniyette bir değişiklik olmalıdır.<sup>110</sup>

Langa için dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu en büyük zorluk, mevcut zenginlik ve güç eşitsizlikleridir. Ceza adaleti sistemi ciddi bir zorlukla karşı karşıyadır. Mağdurlar kendilerine veya sevdiklerine zarar verenlerin adalet önüne çıkarıldığını bilmek istemektedir. Zor olan husus da ceza adaleti sisteminin mağdurlar açısından bu tatmini sağlayıp sağlayamayacağıdır. Adalete erişim, sadece zenginlerin ve güçlülerin değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini gerektirir.<sup>111</sup>

Langa'ya göre toplum olarak geçmişin ötesine geçme umudunun canlı tutulması oldukça önemlidir. Bu da hem hatırlamayı hem unutmayı gerektirir. Bunun için halk uzlaşma arayışı içinde olmalıdır. Uzlaşma olmaksızın maddi koşulları veya hukuk kültürünü değiştirmek, kırgınlık ve nefretle bölünmüş bir toplum ortaya çıkaracaktır.<sup>112</sup>

Dönüştürücü anayasacılığın araçlarının başında gelen sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlamaştırılması, geliştirilmesi ve korunması), dönüştürücü anayasacılığın karşılaştığı başka bir zorluk düzeyidir. Bu zorluk, söz konusu hakların

<sup>108</sup> Hailbronner (n 32) 557-559. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve kurduğu insan hakları sistemi, Latin Amerika'daki "uluslararası dönüştürücü anayasacılık" olgusunun temelini oluşturmaktadır. Aktif bölgesel bir mahkeme olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesine (*Inter-American Court of Human Rights*) yöneltilen eleştiri başlıkları şu şekilde sayılmıştır: Mahkemenin dönüştürücü yetkisinin yasal sınırlarını vurgulayan ultra vires eleştirisi, demokratik karar alma süreçlerine yeterince uymadığı eleştirisi, adalet ve haklar konusunda makul ve ısrarcı görüş ayrılıklarının devam ettiğini belirtmesine yönelik eleştiri. Bkz. Von Bogdandy, Uruña (n 57) 430.

<sup>109</sup> Fowkes (n 45) 115. Ayrıca güçlü bir anayasa mahkemesi, siyasi eliti kısıktabilir ve kriz durumlarında bir tepkiye yol açabilir. Bkz. Sonnevend (n 33) 144. Yargıçlar ve politikacılar, hem birbirleriyle hem de kendi aralarında, sadece anayasal vaatlerin nasıl yorumlanacağı ve kullanılacağı konusunda değil, aynı zamanda bunu kimin yapması gerektiği konusunda da anlaşmazlığa düşebilirler. Bkz. Arguelhes (n 45) 180.

<sup>110</sup> Langa (n 44) 355. Botha; hukukun indirgemeci olduğunu, toplumsal ilişkileri ve gerçek hayattaki olayların karmaşıklığını, kapsayıcı metafora göre yapılandırılmış bir ya/ya da şemasına indirgediğini ve eski düşünme tarzlarından, bunların yapılandırıldığı metaforlardan öylece vazgeçemeyeceğimizi ileri sürmektedir. Bkz. Botha, 'Transformative Constitutionalism (Part 1)' (n 52) 621-622.

<sup>111</sup> Langa (n 44) 356. Latin Amerika'da, sonuçları belirsiz, uzun ve masraflı adli süreçlere girme imkânından yoksun olanlar, adli korumaya en çok ihtiyaç duyan kesimlerdir. Bkz. Von Bogdandy and others (n 90) 11.

<sup>112</sup> Langa (n 44) 358.

hayata geçirilmesini engelleyen hükümet politikalarıyla çerçevelenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>113</sup> Bununla birlikte kamu kaynaklarının sınırlı doğası ve demokratik imtiyazlar<sup>114</sup>, dönüştürücü anayasacılığın sosyal ve ekonomik haklar açısından karşılaştığı diğer zorluklardır.

Geçmiş dönemin yasal mirası, eski rejimden arta kalan yasaların devamlılıkları da bir diğer zorluktur. Dönüştürücü anayasacılık, geçmişin yasal mirasını da hesaba katmalıdır. Eşitlikliliğin esas kaynağı olan eski rejimin sürdürülmesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan tüm yasalar yeni anayasal düzen için oldukça büyük tehlike arz etmektedir.<sup>115</sup>

## SONUÇ

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bağlamında ortaya çıkan hukuki-siyasi durumu değerlendirmek için kullanılan dönüştürücü anayasacılık kavramı; büyük ölçekli -siyasi, hukuki, ekonomik, kültürel ve sosyal - değişim için geliştirilen bir anayasal projedir. Kavram, eşitsizliğe neden olan ve eşitsizliği güçlendiren yapıların açıkça hedef alınması ve ortadan kaldırılması ihtiyacı üzerine ortaya çıkmıştır.

Dönüştürücü anayasacılık kavramı, zamanla Latin Amerika ülkelerini kapsar şekilde kullanılmış, ardından küresel bir nitelik kazanmıştır. Kavramın ilişkili olarak ortaya çıktığı mekân, bağlam, içerik, amaç, gereklilikleri de dâhil olmak üzere birçok husus genişlemiş ve değişime uğramıştır. Dönüştürücü anayasacılık kavramının ideal, model, mekanizma, yöntem, amaç, araç şeklinde farklı bağlamlarda kullanılmış olması onu, bir üst kavram olarak değerlendirmeye imkân sağlamaktadır.

Ülkelerin farklı tarihselliklere, kültürel, siyasal, sosyal ve ekonomik yapıları sahip olması, dönüşümün gereğini, amacını, hedeflerini, araçlarını ve yöntemlerini de çeşitlendirmiştir. Dönüştürücü anayasacılıkla ilişkilendirilen ülkelerin, bu kavramın tüm ayırt edici özelliklerini paylaşmak zorunda olmaması açısından da çok yönlü bir kategori olarak ele alınabilir.

Temel amaç şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreçler yoluyla toplumun dönüştürülmesi ve özellikle sosyal adaletin sağlanmasıdır. Bunun için dönüştürücü hedefler/taahhütler içeren uzlaşmaya dayalı bir anayasaya ihtiyaç duyulmaktadır. Vatandaşlar/hedefler/taahhütler içermesi, bu anayasaların ağır insan hakları ihlalleri sonrasında oluşturulmalarının bir sonucudur. Sosyal ve ekonomik haklar (tanınması, sağlanması, geliştirilmesi ve korunması), bu anayasalar için büyük önem taşımaktadır. Böyle bir anayasanın varlığı tek başına yeterli değildir. Ayrıca hukuk

<sup>113</sup> Adelman (n 70) 578.

<sup>114</sup> Sosyal ve ekonomik hakların yargısal korunmasına yönelik Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Grootboom kararının değerlendirmesi için bkz. Sunstein (n 74) 1-15.

<sup>115</sup> Choudhry (n 85) 209. Mülkiyet hukukuna yönelik *apartheid* yasalarının kaldırılması ve *apartheid* sonrası dönüşüm sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Van Der Walt, 'Transformative Constitutionalism (part 2)' (n 64) 1-31.



kültüründe değişim ve dönüşüm hedeflerine uygun bir hukuki yorum, dönüştürücü anayasacılık açısından oldukça önem arz etmektedir.

Yargıçların hukuk kültürünün etkisinde kalarak, dönüştürücü anayasacılık açısından daha pasif bir tutum sergilemeleri haklı bir endişe kaynağıdır. Ancak yargısal aktivizm boyutuna varacak bir yorumlama pratiği de son derece sakınca yaratabilir. Her iki durum da dönüşüm ideallerini tehlikeye atabilecektir. “Şiddet içermeyen ve hukuka dayalı siyasi süreç” ifadesinden de anlaşılacağı üzere demokratik değerler ve demokratik süreç, dönüştürücü anayasacılık için büyük önem arz etmektedir. Bununla beraber yargıçların, yargısal aktivizme varan kararları keyfiliğe sebep olabilecek ve bu durum da demokratik değerlere ve demokratik sürece zarar verebilecektir.

Adalet erişim, sadece zenginlerin ve güçlülerin değil, herkesin adaletin imkânlarından eşit bir şekilde yararlanabilmesini gerektirir. Adalet erişim konusunda mağdurların karşılaştıkları engeller, devam eden güç ve servet eşitsizliklerinin sonucudur. Devam eden güç ve servet eşitsizlikleri, dönüştürücü anayasacılığın karşı karşıya olduğu önemli zorluklardan bir diğeridir.

Toplum olarak geçmişi aşmak ve birlikte yaşama umudunu korumak, dönüştürücü anayasacılığın başarması gereken bir konudur. Bunun için halk uzlaşısı arayışı içinde olmalı ve uzlaşabiliyor olmalıdır.

Sosyal ve ekonomik hakların tanınması, sağlanması, geliştirilmesi, korunması hususları önemlidir. Daha mühim olan ise bu hakların hayata geçirebilmesidir. Ancak bunu engelleyen hükümet politikalarıyla karşılaşabilmektedir. Ayrıca kamu kaynaklarının kısıtlılığı da dönüştürücü anayasacılığın, sosyal ve ekonomik haklar açısından karşılaştığı zorluklardandır. Eski rejimin devamının ayrılmaz bir parçası olan ve geçmişin yasal mirası tüm yasalar da dikkate alınmalıdır. Çünkü bunlar yeni anayasal düzen için oldukça büyük tehlike arz etmektedir.

Dönüştürücü anayasacılık deneyimleri -her ne kadar her ülke için farklılık gösterse de- ülkemizde devam eden yeni anayasa yapma ve/veya anayasayı değiştirme tartışmalarında da dikkate alınabilir. En azından dönüştürücü anayasal düzenlerin ilgi uyandıran yönleri göz önüne alınabilir.

Son olarak unutulmamalıdır ki, toplumsal değişimi teşvik etmek sadece dönüşüm odaklı bir anayasa metni ve mahkemeler tarafından yerine getirilemez. Zira ne anayasa metinleri ne de mahkemeler kendiliğinden değişimi/dönüşümü gerçekleştiremezler. Demokratik, eşitlikçi ve katılımcı bir dönüşüm için yasama, yürütme ve yargı organları beraberce dönüşüm taahhüdünü paylaşmalıdırlar. Sivil toplum örgütleri ve bireyler de bu taahhüdün takipçileri olmalıdırlar.



## KAYNAKÇA

Ackerman B, 'The Rise of World Constitutionalism' (1997) 83(4) *Virginia Law Review* 771-797.

— —, 'Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union' (2015) 45(4) *British Journal of Political Science* 705-714.

Adelman S, 'Sovereignty, Citizenship and The Universality of Socio-Economic Rights' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 557-579.

Arguelhes D W, 'Transformative Constitutionalism A View from Brazil' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 165-189.

Barber N W, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford University Press 2018).

Baxi U, 'Constitutionalism as a Site of State Formative Practices' (2000) 21(4) *Cardozo Law Review* 1183-1210.

— —, 'Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 19-47.

Bhatia G, 'Horizontal Discrimination and Article 15(2) of the Indian Constitution: A Transformative Approach' (2016) *Asian Journal of Comparative Law* 1-23.

Botha H, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 1)' (2002) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 612-627.

— —, 'Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)' (2003) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 20-36.

Casper G, 'Constitutionalism' (1987) *University of Chicago Law Occasional Paper No. 22* 1-20.

Choudhry S, 'Postcolonial Proportionality: Johar, Transformative Constitutionalism, and Same- Sex Rights in India' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 190-209.

Dann P, Riegner M, Bönnemann M, 'The Southern Turn in Comparative Constitutional Law An Introduction' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 1-38.

Davis DM, Klare K, 'Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law' (2010) 26(3) *South African Journal on Human Rights* 403-509.



Davis D, 'Elegy to Transformative Constitutionalism' in Botha H, Van Der Walt A, Van Der Walt J (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 57-66.

Fowkes J, 'Transformative Constitutionalism and the Global South The View from South Africa' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 97-121.

Goldsworthy J, 'Constitutional Interpretation' in Rosenfeld M, Sajó A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 689-717.

Hailbronner M, 'Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South' (2017) 65(3) *The American Journal of Comparative Law* 527-565.

Khan SA, Sharafat A, 'Transformative constitutionalism: Contemporary Issues and Challenges in India' (2020) 3(3) *International Journal of Law Management & Humanities* 1411 - 1421.

Klare KE, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism' (1998) 14(1) *South African Journal on Human Rights* 146-188.

Klug H, 'Transformative Constitutionalism as a Model for Africa?' in Dann P, Riegner M, Bönnemann M (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2020) 141-164.

Langa P, 'Transformative Constitutionalism' (2006) 17(3) *Stellenbosch Law Review* 351-360.

Liebenberg S, 'Needs, Rights and Transformation: Adjudicating Social Rights in South Africa' (2006) 17(1) *Stellenbosch Law Review* 5-36.

Loughlin M, *Against Constitutionalism* (Harvard University Press 2022).

Macedo S, 'Transformative Constitutionalism and the Case of Religion: Defending the Moderate Hegemony of Liberalism' (1998) 26(1) *Political Theory* 56-80.

Madlingozi T, 'Post-Apartheid Social Movements and the Quest for the Elusive 'New' South Africa' (2007) 34(1) *Journal of Law and Society* 77-98.

McIlwain CH, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Revised edn, Cornell University Press 1947).

Mendez JE, 'Constitutionalism and Transitional Justice' in Rosenfeld M, Sajó A (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 1270-1286.

Michelman FI, 'Expropriation, Eviction, and the Gravity of the Common Law' (2013) 24(2) *Stellenbosch Law Review* 245-263.

Moseneke D, 'Transformative Adjudication' (2002) 18(3) *South African Journal on Human Rights* 309-319.

Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (Yetkin Yayınları 2019).

Pieterse M, 'What Do We Mean When We Talk About Transformative Constitutionalism?' (2005) 20(1) *SA Publiekreg Public Law* 155-166.

Rapatsa M, 'Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy' (2014) 5(27) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 887-895.

Rosa S, 'Transformative Constitutionalism in a Democratic Developmental State' (2011) 22(3) *Stellenbosch Law Review* 542-565.

Roux T, 'A Brief Response to Professor Baxi' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 48-51.

— —, 'Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference?' (2009) 20(2) *Stellenbosch Law Review* 258-285.

Sartori G, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56(4) *The American Political Science Review* 853-864.

Sonnevend P, 'Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis Lessons from the Hungarian Case' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 123-145.

Sunstein CR, 'Social and Economic Rights? Lessons from South Africa' (2001) *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 124* 1-15.

Topuzkanamış ŞE, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Halka Ait Anayasacılık* (İkinci Basım, Onikilevha 2022).

Tully J, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* (Fifth Printing, Cambridge University Press 2004).

Uprimny R, 'Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar' (2012) 2(5) Karacaoğlu E (çev), *Küresel Bakış* 1-26.

Van Der Walt AJ, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 1)' (2005) 4 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 655-689.

— —, 'Transformative Constitutionalism and the Development of South African Property Law (part 2)' (2006) 1 *Journal of South African Law / Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1-31.



Van Der Walt A, 'A South African Reading Of Frank Michelman's Theory Of Social Justice' in Botha H, Van Der Walt A, Van Der Walt J (eds), *Rights and Democracy in a Transformative Constitution* (Sun Press 2003) 163-211.

Versteeg M, 'Popüler Olmayan Anayasacılık' (2018) 20(1) *Topuzkanamış Ş E (çev), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 125-197.

Vilhena O, Baxi U and Viljoen F, 'Some Concluding Thoughts on An Ideal, Machinery and Method' in Vilhena O, Baxi U, Viljoen F (eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South* (Pretoria University Law Press 2013) 617-624.

Von Bogdandy A, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina Observations on Transformative Constitutionalism' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 27-48.

— — and others, 'Ius Constitutionale Commune en América Latina A Regional Approach to Transformative Constitutionalism' in Von Bogdandy A and others (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford University Press 2017) 3-23.

— —, Urueña R, 'International Transformative Constitutionalism in Latin America' (2020) 114(3) *The American Journal of International Law* 403-442.

Waldron J, 'Constitutionalism – A Skeptical View' in Christiano T, Christman J, *Contemporary Debates in Political Philosophy* (Wiley-Blackwell, 2009) 267-282.

West R, 'Progressive and Conservative Constitutionalism' (1990) 88(4) *Michigan Law Review* 641-721.

<<https://law.uct.ac.za/departments-commercial-law/contacts/judge-dennis-davis>> accessed 12.03.2024.

<<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/70-deputy-chief-justice-dikgang-moseneke>> accessed 12.03.2024.

<<https://www.concourt.org.za/index.php/judges/former-judges/11-former-judges/62-former-chief-justice-pius-langa-1938-2013>> accessed 13.03.2024.

<<https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>> accessed 01.03.2024.