

**ASYA ANAYASACILIĞI: HALKÇI POLİTİKALARDAN
UZAĞA, KARŞI ÇOĞUNLUKÇU KURUMLARA DOĞRU***
(*ASIAN CONSTITUTIONALISM: AWAY FROM POPULAR POLITICS,
TOWARD COUNTER-MAJORITY INSTITUTIONS*)

Prof. Dr. Raul C. Pangalangan
Filipinler Üniversitesi

ÖZET

Doğu Asya'nın birçok ülkesinde, halkçı demokrasiden uzaklaşan ve yönetimin seçilmiş bölümlerinden özellikle ayrı duran gözlemci kurumlara doğru ilerleyen bir kurumsal sapma yaşanmıştır. En aşırı örneklerden biri olan Filipinler'de mahkemeler, kurucu gücü, yani anayasanın kendisini değiştirme gücünü sınırlamıştır.

Bir diktatörlük döneminin ardından demokratik anayasalar benimsenmiş ve hemen sonrasında bu anayasaları anayasa mahkemeleriyle bağımsız anayasa gözleme kurumları yoluyla popülist baskılardan kurtarmış olan Filipinler, Tayland, Güney Kore ve Endonezya, farklı bir model sunmaktadırlar.

Bu yazıda, bu kurumsal sapmanın, hem yanlış demokratik politikalar nedeniyle hem de askerî yönetime dönüş korkusuyla ortaya çıktığı görüşü ileri sürülmektedir. Mahkemelerle gözlemci kurumlar, bir orta yol sunmaktadırlar. Bunlar, meşruiyetlerini, tarihsel kopuş sonrasındaki kurucu dönemde demokratik yollarla yapılan ancak daha sonra siyasî seçkinler için görünüşten ibaret kalan anayasalardan alırlar. Bununla beraber bu ülkeler, anayasal normlarını güçlendirmek için, seçilmemiş yargıçlara, gözlemci kurumlara ve günlük yönetimin riskli siyasetinden korunduğu varsayılan teknokrasilere yönelmişlerdir.

Bu Asyalı ülkeler bakımından anayasacılık, demokrasi idealini kursurlu seçimler ve parlamentolar gerçekliğiyle uzlaştırmak ve temkinli demokratik çoğunluğun olmadığı yerde denetleme işlevini yerine getirecek mahkemelere ve gözlemci kurumlara güvenmek için gerekli retorik çerçeveyi sunar.

* İngilizceden çeviren Gülден KURT.

Anahtar Kelimeler: Halkçı politikalar, Halk demokrasisi, Karşı-çoğunlukçu kurumlar, Kurumsal sapma, Gözlemci kurumlar, Filipinler, Tayland, Yargısallaşan yönetim, Yargısallaşma, Yargısal şufa, Ferdinand Marcos, Shiniwatra Thaksin

ABSTRACT

In many countries in East Asia, there has emerged an institutional turn, away from popular democracy and toward watchdog agencies deliberately insulated from the elected branches of government. In the most extreme example in the Philippines, the courts have constrained the constituent power no less, that is to say, the power to revise the constitution itself.

A pattern has emerged in the Philippines, Thailand, South Korea and Indonesia which, after a period of dictatorship, have adopted democratic constitutions and yet no sooner insulated these constitutions from populist pressures through constitutional courts and independent constitutional agencies.

It is here proposed that this institutional turn is brought about by both a flawed democratic politics and a fear of a return to military rule. Courts and watchdog agencies offer a middle ground. They derive their legitimacy from constitutions that were democratically written during the constitutive moments of historical rupture, but henceforth are reduced to a façade for elite politics. However, for the enforcement of constitutional norms, these countries have turned to unelected judges, watchdog agencies and technocracies supposedly insulated from the compromised politics of day-to-day governance.

For these Asian countries, constitutionalism provides the rhetorical framework to reconcile the ideal of democracy with the reality of imperfect elections and parliaments, and to rely on courts and watchdog agencies to carry out the checking function in default of vigilant democratic majorities.

Key Words: Popular politics, popular democracy, Counter-majoritarian institutions, Institutional turn, Watchdog agencies, The Philippines, Thailand, Judicialized governance, Judicialization, judicial pre-emption, Ferdinand Marcos, Shiniwatra Thaksin

Filipinliler, Marcos diktatörlüğüne karşı yapılan barışçıl halk ayaklanması sayesinde, 1986'da demokrasilerine yeniden kavuştular ve bu zaferi yeni bir anayasayla taçlandırıdılar. O günden bu yana, bu anayasayı demokratik plebisitler yoluyla değiştirmeye yönelik her girişim, mahkemeler tarafından engellenmiştir. Bir yandan bu sdeğişikliklerin asıl gündemi, başkanlık makamına getirilen ve tarihel nedenlerle Marcos tipi diktatörlüğe doğru ilk adım olmasından korkulan süre sınırlamasını kaldırmaktı. Öte yandan, geleneksel anayasal doktrinde, bu süre sınırlamaları, halk iradesine yapılan karşı-çoğunlukçu baskılar olarak kabul ediliyordu ve bu durumda plebisitler de, demokratik teminatlardı.

Bu bir hayli ironiktir. Mahkemeler bu değişiklikleri ve plebisitleri engellediği takdirde teoride demokratik süreci kapamış olsalar da pratikte demokrasiyi diktatörlüğe dönüşmekten de korumuş olurlar.

I. GİRİŞ

Filipinler anayasacılığının kökenleri ile diğer Asya anayasaları birbirine benzemez. Asya'nın başka ülkelerinde anayasalar, bir sömürgeci güce karşı yürütülen devrimin zaferinin veya monarşiden cumhuriyet idaresine geçişin, diktatörlük döneminden sonra demokrasinin yeniden kurulmasının veya tek partili sosyalist devletlerdeki planlı ekonominin yürürlükten kalkmasının ardından serbest piyasanın tekrar kurulmasının belgesi olmuştur.

Bunlar, Profesör İbrahim Kaboğlu'nun sert siyasî kopuşlar olarak ifade ettiği şeyden kaynaklanan "kurucu anlar"a benzer durumlardır. Kendisi bunları, olağan düzeltmeler yoluyla "içteki değişiklik", başka bir deyişle geçerliliğini mevcut anayasanın kendisindeki hükümlerden alan değişiklikler olarak adlandırdığı şeye dayanan anayasalardan ayrı tutar. Şüphesiz demokrasi dışı bir anlamda bu anayasalar, iktidara ve ekonomiye ilişkin birtakım düzenlemeleri durdurmayı ve kendilerini radikal siyasî mücadelelerden koruma eğilimindedir. Bununla birlikte Filipinler'in anayasal tarihinde, hemen hemen tüm anayasalar, güya, mevcut siyasî çerçeveden organik yollarla gelen "iç değişiklikler" olduğu iddiasında olmuştur. Kurucu anlara dayanan iki anayasa dışında durum budur; ki bu anayasalar, İspanya'ya karşı yürütülen bağımsızlık devriminin sonucu 1899 Malolos Anayasası ile Marcos diktatörlüğünü deviren "Halkın Gücü" ayaklanmasının ardından kabul edilen bugünkü 1987 Anayasasıdır.

II. TARİHSEL ARKA PLAN

Filipinler, 350 yıl boyunca İspanya'nın kolonisiydi. Bağımsızlık devrimi, 1898 yılında ortaya çıkmış, – hayli kısa sürerek– maalesef ki İspanya-Amerika Savaşı'nın başladığı 1898'de zafere ulaşmıştır. İspanya savaşı kaybetmiş ve Filipinler, (Küba, Puerto Rico ve Guam'la birlikte) savaş ganimetinin parçası olarak Birleşik Devletler'e kalmıştır.

Devrimciler, Haziran 1898'de bağımsızlığı ilan etmiştir. Bu arada da – görünürde başkent Manila'nın kontrolünü elinde tutan – İspanya, Aralık 1898'de Paris'te imzalanan barış anlaşmasında¹ Filipin Adaları'nı Birleşik Devletler'e bırakmıştır. Devrimciler, Manila'nın kuzeyini başkent olarak belirlemiş ve Ocak 1899'da, bugün Malolos Anayasası adı verilen anayasayı ilan etmiştir. Ardından Filipinler'in kaybettiği Filipinler-Amerika Savaşı gelmiş ve neticesi, yarım yüzyıl süren Amerikan sömürge düzeni olmuştur².

1898 Barış Anlaşması'ndan itibaren ve 1986'daki ayaklanmaya kadar, düzenli bir anayasal geçiş dizisi, bir egemenden diğere iç değişimler dizisi ve aynı şekilde demokrasiden diktatörlüğe geçişler dizisi söz konusudur. 1898 Anlaşması çerçevesinde ve Amerikan Anayasasına dayanarak Birleşik Devletler, yeni sömürgesini yönetmek üzere çeşitli “organik belgeler” ilan etmiştir³. 1935 yılında Filipinler, Filipinliler tarafından hazırlanan ve Birleşik Devletler Kongresi tarafından onaylanan bir anayasayla yönetilen Birleşik Devletler'e bağlı bir commonwealth haline gelmiştir. Sonunda Filipinler, 1946'da, bu anayasa döneminde bağımsızlığını kazanmıştır.

¹ İspanya ile Birleşik Devletler arasındaki barış anlaşması (1898).

² C. Majul, *The Political and Constitutional Ideas of the Philippine Revolution* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1967), pp. 178–82; O. D. Corpuz, *Saga and Triumph: The Filipino Revolution Against Spain* (Quezon City: University of the Philippines Press and Cavite Historical Society, 2002), pp. 201–31, 273–97; S. Guevara (ed.), *The Laws of the First Philippine Republic (The Laws of Malolos, 1898–1899)* (Manila: National Historical Institute, 1994), pp. 104–19; T. Agoncillo, *Malolos: The Crisis of the Republic* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1997), pp. 305–35.

³ V. V. MENDOZA, *FROM MCKINLEY'S INSTRUCTIONS TO THE NEW CONSTITUTION: DOCUMENTS ON THE PHILIPPINE CONSTITUTIONAL SYSTEM* (Quezon City: Central Lawbook Publishing Co., 1978).

Eylül 1972’de ülkenin altıncı başkanı olan ve başkanlık görevindeki ikinci ve son döneminin bitmesine iki yıl kalmış bulunan Ferdinand Marcos, bir komünist isyana dayalı tehdidi bahane ederek sıkıyönetim ilan etmiştir. Ocak 1973 itibariyle ülkede, önceki anayasanın değişiklik hükümlerine uygun olmayan yeni bir anayasa kabul edilmiştir. Bununla birlikte, yine de Yüksek Mahkeme, meşhur *Javellana v. Executive Secretary*⁴ davasında, anayasanın, siyasî bir gerçeklik olarak “tam olarak yürürlükte” olduğunu beyan etmiştir. Marcos, 1976’da iktidarı biraz daha fazla kendinde toplamak ve 1981’de kendinde toplamış olduğu iktidarı meşrulaştırmak ve kurumsallaştırmak üzere anayasasını iki kez değiştirecektir. Gerçekten de Marcos, kendi rejimini “anayasal otoriterlik” olarak adlandıracak ve bu rejimi, mevcut anayasal düzenin yapısı içinde meşrulaştıracaktır.

Marcos 1986’da, Corazon Aquino idaresindeki bir halk ayaklanmasıyla devrildi. Aquino, yeni bir şarta, yani plebisitle kabul edilen 1987 Anayasasına kadar geçici bir şartla, yani Özgürlük Anayasası ile yönetimi sürdürdü. Sonrasındaki çeyrek yüzyıldan bu yana, bu anayasa, iki defa başkanlık seçimini sadece altı yıl süren tek bir dönemle sınırlayan süre kısıtlamasını kaldırmak maksadıyla değiştirilmek istendi. Bu iki girişim, anayasa metninin en katı yorumuna dayanan Yüksek Mahkeme tarafından reddedildi.

Malolos Anayasası, devrimci dönemin tek özgün metni olarak kalmıştır; ancak asla tam anlamıyla uygulanamamıştır. Sonrasında gelen hemen hemen tüm anayasalar, mevcut yasal düzen dâhilinde “içeride” cereyan etmiştir: Birleşik Devletler himayesindeki “organik belgeler”, Filipinler’in döneminde bağımsızlığını tekrar kazandığı 1935 Anayasası ve en dar hukukî anlamıyla olsa da 1973 tarihli Marcos Anayasası. Bu süreklilik yalnızca 1986’daki Marcos karşıtı ayaklanmayla kesintiye uğramıştır.

⁴ G.R. No. L-36142 (31 Mart 1973).

III. ANAYASAL KOPUŞ VE SÜREKLİLİK ARASINDAKİ BULANIK ÇİZGİ

İki tarihsel dönem, kopuş ve süreklilik arasındaki sınır çizgisini bulanıklaştırmıştır: Marcos'un 1972'de olağanüstü hal yetkilerini üzerine alması ve Cory Aquino'nun 1986'da Marcos'u devirishi.

İlk bulanıklık, 1973 Marcos Anayasasının kabulüyle ortaya çıktı. 1935 Anayasasının anayasa değişikliğine ilişkin hükmü, gizli oy usulüyle yapılacak uygun bir plebisit gerektirmesine rağmen; Marcos Anayasası, ülke askerî idare altındayken, sözde “*Halk Meclisleri*”nde sadece el kaldırma usulüyle ve halka, laf olsun diye, “*Yeni Anayasayı onaylıyor musun? Yeni Anayasanın onaylanması için bir plebisit yapılmasını istiyor musun?*” diye sorulmak suretiyle kabul edildi. Yüksek Mahkeme, bunun değişiklik sürecine uygun olmadığını kabul etmek zorunda kaldı; ancak ulusun kaderini belirleyecek olan tüm zamanların en ilginç kararını da aldı: “*Yeni Anayasanın tam olarak yürürlükte kabul edilmesinin önünde başkaca bir hukukî engel yoktur.*”

*Javellana v. Executive Secretary*⁵ kararında Mahkeme, katı hukukilik denetimini yani, anayasanın anayasa değişikliğine ilişkin hükümüne uygunluk incelemesini reddetti ve halk, yeni anayasaya onay verdikten ve hükümet, bu anayasaya dayanarak idareye başladıktan sonra, mahkemelerin, egemen olan kanaati sorgulama konumunda olmadığını belirterek “siyasî mesele” doktrinini benimsedi. Halk, oylama usulüyle, silah zoruyla veya sessiz kalmak suretiyle, her ne yolla olursa olsun bir anayasayı kabul ettiğinde, mesele hukukî incelemenin kapsama alanı dışına çıkar. “[Onaylama] usulüne bakılmaksızın –hatta eski Anayasanın öngördüğünden farklı olsa dahi– yeni Anayasa halk tarafından (...) bir kez onaylandıktan sonra Mahkemenin, bu eylemlerin geçerliliğine ilişkin inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.” (Makasiar, ayrı görüş)

Gerçekten Mahkeme, “halk meclislerini” devrimlerin ilk iktidarına dahi benzetmiştir.

“Mademki silahlı mücadeleyle başkaldırdılar ve o dönemde mevcut bulunan idareyi güç yoluyla ele geçirdiler (...) o halde eylemlerinin hukukî değil, siyasî değerlendirmeye tabi olduğuna dair en ufak bir şüphe

⁵ *Supra*.

yoktur. Bizler, güce başvurulmadan ve halkın, barışçıl yollardan ve mevcut anayasayı yok sayarak (...) yeni bir anayasa kabul etmesinde herhangi bir tereddüt unsuru görmüyoruz.” (Makalintal ve Castro, ayrı görüş)

İkinci bulanıklık, ayaklanma sonrasında ve bugünkü mevcut Anayasa kabul edilmeden önce Filipinler’de yürürlükte bulunan geçici şartın, Corazon Aquino’nun Özgürlük Anayasasınının 1986’da ilanı ile ortaya çıktı. Şart, Aquino hükümetinin “[mevcut] Anayasayı ihlal ederek” kurulduğunu kabul eden Yüksek Mahkeme tarafından reddedildi.

Aquino hükümetinin meşruiyeti, yargılanabilir bir mesele değildir. Tek hâkimin (...) halk olduğu siyaset alanına ait bir meseledir. Ve halk hükmünü vermiştir; bu hükümeti kabul etmiştir.⁶

Hem Marcos diktatörlüğü hem de Cory Aquino demokrasisi, katı yasallık denetimi yerine siyasî geçerlilik denetimini öngören siyasî mesele doktriniyle hukukî olarak gerekçelendirilmiştir. Yine de bir fark vardır. Marcos, anayasal süreklilik iddiasında bulunarak meşruiyet sağlamıştır. Aquino ise bilhassa hem tarihsel hem anayasal kopuş sebebiyle meşruiyet kazanmıştır.

IV. KURUCU GÜCÜN HUKUKİ ÖNCELİK HAKKI

Marcos sonrası 1987 Anayasasını –içeriden– değiştirmeye yönelik ilk girişim, kendisi de eski bir general olan ve başkanlığı tek bir dönem ve altı yıla sınırlayan anayasa hükmünü değiştirmek isteyen Başkan Fidel Ramos döneminde oldu. Bu girişim demokratik plebisit yapılmasını engelleyerek, “demokrasinin son kalesi” olduğu iddia edilen Filipinler Yüksek Mahkemesi tarafından iki kez reddedildi!

Bu, tartışma yaratacak bir hamle olduğundan, Ramos teklifi kendisi yapmadı. Bunun yerine 1987 Anayasasındaki eski zararsız bir hükmü kullandı; -yazıldığı dönemin halkçı ve devrimci ruhuyla- bu hüküm, “halk girişimi” hükmü uyarınca, anayasa değişikliklerinin doğrudan halk tarafından teklif edilebileceğini öngörüyordu. Bu, farklı bir anayasal değişiklik yoluydu; geleneksel yollar, ya seçilmiş Kongre gibi ya da sadece bu amaç için toplanmış seçilmiş anayasa meclisi gibi kurumsal kanalları takip ediyordu. Dolayısıyla, “halk girişimi”, şaibeli şe-

⁶ *Lawyer’s League for a Better Philippines v. President Aquino*, G.R. No. 73748 (22 Mayıs 1986).

kilde sadece bu amaç için kurulmuş şüpheli bir örgüt olan Reform, Modernleşme ve Eylem için Halk Girişimi (veya Filipince “imza” anlamına gelen PIRMA) örgütü tarafından başlatıldı.

Yüksek Mahkeme önündeki ilk roundda girişimi kolayca sonlandırıldı. Seçim komisyonuna doğrudan girişimi başlatabilmek için gerekli imzaları sunmak yerine PIRMA, yanlışlıkla komisyondan bu imzaları toplamasını talep etmişti. Komisyon bunu geçersiz saydı ve Yüksek Mahkeme, halk girişimine ilişkin anayasal hükmün uygulanmasına ilişkin yasal işlemin “eksik, yetersiz [ve] kusurlu” olduğunu -sadece *dictum* (mütalaa) şeklinde- ifade eden bir müzekkereyle⁷ bu başvurudan kolayca kurtuldu.

Böylece PIRMA destekçilerine giderek ve bu kez gerekli imzalarla birlikte, seçim komisyonundan değişikliğe ilişkin bir plebisit yapmasını talep etti. Mahkeme yine, bu kez sadece *dictum* (mütalaa) yerine, mütalaaasını ikinci ve son hükmünde *ratio decidendi* (asıl gerekçe) seviyesine yükselterek reddetti⁸.

Her iki seferde de Mahkeme, halkçı görünüm ardındaki sinsi anti-demokratik siyaseti tanıdı. İlk karar, Mahkemenin, “demokrasinin son kalesi” olarak, [asla], halkın talebi kılığına bürünmüş bir talebin etrafında dönen maskaralığın hiçbir şeyden habersiz kötü adamı olmaması (...), kendini, sürekli iktidarda kalmak isteyenlerin amaçlarını meşrulaştırıcı bir araç olarak kullandırmaması gerektiği yönünde bir uyarıydı.

Anayasa değişikliğine yönelik ikinci girişim, yine benzer şekilde bir halk girişimi yoluyla süre sınırlamasını kaldırmayı deneyen Başkan Gloria Arroyo döneminde oldu. Arroyo, farklı bahanelerle yetki süresini arttırmayı denedi; bunlardan en cüretkar olanı da mahkemeler tarafından reddedilen “ulusal olağanüstü hal” yoluyla olanıydı⁹. Görev süresi dolmak üzere olduğundan, Filipinler’in hükümet sistemini başkanlık sisteminden parlamenter sisteme dönüştürecek olan anayasal değişikliklere başvurdu. Böylece tekrar başkan seçilmesi anayasaya göre yasak olan Arroyo, parlamento üyeliği için seçimlere katılabilir ve başbakan olabirdi. (İlave düzenlemeler yoluyla Arroyo, gerçekten de seçimlere katıla-

⁷ *Defensor-Santiago v. Commission on Elections*, G.R. No. 127325 (19 Mart 1997).

⁸ *People’s Initiative for Reform, Modernization and Action et al. v. COMELEC*, G.R. No. 129754 (23 September 1997).

⁹ *David v. Arroyo*, G.R. No. 171396, 489 SCRA 160 (3 Mayıs 2006).

rak kendi bölgesinden Kongre üyesi seçildi. Şu anda pek çok seçimlere hile karıştırma ve yolsuzluk suçlamasıyla tutuklu bulunuyor.)

Bu kez Arroyo'nun grubu, bir önceki PIRMA kararlarından gerekli dersleri çıkarmıştı, ancak yine de Yüksek Mahkeme tarafından geri çevrildi. *Lambino v. Comelec* davasında Mahkeme, halk girişimine ilişkin hükmü, girişimi başlatanlar aleyhinde çok katı biçimde yorumladı. Mahkeme, teklif edilen değişikliğin, imza atanların hangi değişiklik lehine imza attıklarını bilmelerini sağlayacak şekilde imza sayfalarına neden eklenmediğini sordu. Mahkeme, değişikliğe ilişkin hükümde kullanılan dili de inceledi; Kongrelerle anayasa meclislerinin (yönetim şeklinin değiştirilmesi gibi) büyük "revizyonlar" teklif edebiliyorken, halk girişiminin, değiştirilen hüküm dışında Anayasanın bölümlerinin veya maddelerinin yeniden düzenlenmesini kapsamayacak küçük "değişiklikler" teklif edebileceğini belirtti. Bunun nedeni, halk girişimlerinin, "sabit ve tanımlanabilir katılımcı organları veya kayıtlı yöntemleri" olmayan sınırları belirsiz bir kaynaktan gelmesiydi¹⁰.

Sonunda, dilekçeyi işleme koymama yönündeki kararlılığının kanıtı olan ölümcül darbeye, Mahkeme, girişimin katılımcılarını cezalandırdı. Girişimciler, doğrudan girişimlerini destekleyen 6.3 milyon, yani yasanın öngördüğünden daha fazla imza sunmuşlardı. Yine de 6.3 milyon imzayı sunduklarında, kapak notu avukatlarından sadece 3'ü tarafından imzalanmış bir dilekçeydi ve Mahkeme, bunu önemli bir kusur olarak gördü.

Bununla birlikte, kararın yazım dili, Anayasada yapılacak iç değişikliklerde katı bir yasalara uygunluk denetimine olan bağlılığının altını çiziyordu.

Hiç kimse, ciddiyetsiz değişiklik veya revizyonlarla, *Anayasanın kendisinin şart koştuğu açıkça belirtilmiş değişiklik ve revizyon usullerini apaçık şekilde ihlal ederek Anayasayı değersizleştiremez.*

...

Temel yasada böylesi bir değişikliğe izin vermek, Anayasayı meçhul sularda başıboş bırakmaktır; onun günün hâkim siyasî grubunca bir o yana bir bu yana çekiştirilmesine izin vermektir. Eğer bugün bu Mahkeme, Anayasada, anayasada belirtilmiş biçimler dışında, ciddiyetsiz bir

¹⁰ G.R. No. 174153 (25 Ekim 2006).

değişiklik yapılmasına izin verirse; yarın, gelecek olan yeni bir hâkim siyasî grup, aynı ciddiyetsiz ve anayasal olmayan tarzda, kendi değişikliklerini talep edecektir. Bu şekilde sürekli değişip duran bir Anayasa, bu ülkede hukukun üstünlüğü bakımından, iyiye işaret değildir.

...

“Halkın sesi”, “halkın egemen iradesi” veya “bırakın halk karar versin” tarzı hileli sözler, anayasanın kendisinde belirtilen özel anayasa değişikliği biçimlerine üstün gelemes. Aksi halde -toplumumuza kalıcı istikrar sağlayan halkın temel sözleşmesi- Anayasa, sahte vaatlerle imza toplayan siyasî grupların çıkara dayalı değişikliklerinden kolayca etkilenir hale gelir.

Anayasa değişikliğine ilişkin bu iki olayda, değişiklikler plebisite sunulduğu takdirde, halkın bunları onaylamak üzere aklının çelinebileceğine yönelik bir korku vardı. Başka bir ifadeyle, seçime dayanan demokrasiye, halk iradesinin, liderlerin sürekli iktidarda kalmasının yolunu açacak şekilde yönlendirilebileceğine dair büyük bir güvensizlik söz konusuydu.

Diğer taraftan, Marcos sonrası döneminin Filipinler demokrasisine yönelik gizli saldırılar karşısındaki tek denetim organı, tuhaf biçimde, karşı-çoğunlukçu bir kurum olan Yüksek Mahkemeydi. Bu, bir anayasal demokrasinin, kendi hükümleri yoluyla altüst edilebileceğine, çünkü nihaî teminat olan ilgili ve dikkatli halkın, seçimlerde kendi gücünü kullanmakta pek çok kereler başarısız olduğuna ve böylece bir plebisitte oy kullanmaları istendiğinde, kötü niyetli bir değişikliği reddedecekleri hususunda halka güvenilemeyeceğine dair çok daha büyük bir ikileme işaret ediyor. Bu nedenle, çelişkili görünse de, Mahkemenin, “[bir] demokrasinin son kalesi” olarak konumlanması, halkın yerleşik bir “anayasal otoriterlik” karşısında ayaklanmasından doğmuştur.

V. ASYA ANAYASACILIĞI: HALKÇI POLİTİKALARDAN UZAĞA, KARŞI-ÇOĞUNLUKÇU KURUMLARA DOĞRU

Daha geniş bir bağlamda bu kararlar, adeta, halk demokrasisinden “kurumsal” sapmanın örneğini oluşturmaktadır ve Filipinler’deki ve diğer Asya ülkelerindeki daha geniş modellerin parçasıdır. Gözlemci kurumlar oluşturulmuştur, bunlar yönetimin seçilen bölümlerinden ayrı tutulmuştur: ombudsman veya bağımsız savcılar, anayasal insan hakları

komisyonları, yolsuzlukla mücadele ve bağımsız kamu hizmeti ve anayasa mahkemeleri, rüşvetle mücadelede özel mahkemeler ve idarî denetim mekanizmaları.

Uzun süreli diktatörlükler ve asker-egemen yönetimlerden sonra yeniden yapılanan Filipinler’de, Tayland’da, Güney Kore’de ve Endonezya’da bu kurumlar oluşturulmuştur. Fakat dikkat edilmesi gereken, demokrasi tekrar kurulduktan ve bir anayasa kabul ettikten sonra bu yönetim biçimleri, sonrasında, anayasalarını popülist baskılardan korumaya çalışmamışlardır. Burada söylenen, bu karşı-çoğunlukçu, kurumsal saptamanın popüler politikaların başarısızlığı ve yine eski genellikle faşist yönetim biçimlerine dönmek için gösterilen direnç nedeniyle ortaya çıktığıdır ve kabul edilebilir en makul biçim, başka yerlerde “yargısallaşmış yönetim” olarak adlandırılan yönetim biçimidir. Filipinler örneğinin farkı, mahkemeler tarafından sınırlananın, aslında kurucu gücün kendisi olmasıdır.

Özetle, Filipinler anayasacılığı, kusurlu seçimler ve parlamentolar gerçeğiyle birlikte demokrasi idealini ifade eden retorik bir çerçeveye sunmaktadır ve demokratik çoğunluğun unutmayı tercih ettiği denetim işlevinin yerine getirilmesinde mahkemelerle gözlemci kurumlara güvenmektedir.

KAYNAKÇA

C. Majul, *The Political and Constitutional Ideas of the Philippine Revolution* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1967).

O. D. Corpuz, *Saga and Triumph: The Filipino Revolution Against Spain* (Quezon City: University of the Philippines Press and Cavite Historical Society, 2002).

S. Guevara (ed.), *The Laws of the First Philippine Republic (The Laws of Malolos, 1898–1899)* (Manila: National Historical Institute, 1994).

T. Agoncillo, *Malolos: The Crisis of the Republic* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1997).

V.V. Mendoza, *From McKinley’s Instructions to the New Constitution: Documents on the Philippine Constitutional System* (Quezon City: Central Lawbook Publishing Co., 1978).

**ASIAN CONSTITUTIONALISM: A WAY FROM POPULAR
POLITICS, TOWARD COUNTER-MAJORITARIAN
INSTITUTIONS**

Prof. Dr. Raul C. Pangalangan
University of the Philippines

ABSTRACT

In many countries in East Asia, there has emerged an institutional turn, away from popular democracy and toward watchdog agencies deliberately insulated from the elected branches of government. In the most extreme example in the Philippines, the courts have constrained the constituent power no less, that is to say, the power to revise the constitution itself.

A pattern has emerged in the Philippines, Thailand, South Korea and Indonesia which, after a period of dictatorship, have adopted democratic constitutions and yet no sooner insulated these constitutions from populist pressures through constitutional courts and independent constitutional agencies.

It is here proposed that this institutional turn is brought about by both a flawed democratic politics and a fear of a return to military rule. Courts and watchdog agencies offer a middle ground. They derive their legitimacy from constitutions that were democratically written during the constitutive moments of historical rupture, but henceforth are reduced to a façade for elite politics. However, for the enforcement of constitutional norms, these countries have turned to unelected judges, watchdog agencies and technocracies supposedly insulated from the compromised politics of day-to-day governance.

For these Asian countries, constitutionalism provides the rhetorical framework to reconcile the ideal of democracy with the reality of imperfect elections and parliaments, and to rely on courts and watchdog agencies to carry out the checking function in default of vigilant democratic majorities.

Key Words: *Popular politics, popular democracy, Counter-majoritarian institutions, Institutional turn, Watchdog agencies, The Philippines, Thailand, Judicialized governance, Judicialization, judicial pre-emption, Ferdinand Marcos, Shiniwatra Thaksin*

The Filipinos regained their democracy in 1986 through a peaceful but popular uprising against the Marcos dictatorship and enshrined that triumph in a new Constitution. Since then, every attempt to revise that constitution via democratic plebiscites has been blocked by the courts. On one hand, the true agenda of these amendments had been to lift the term-limits on the president, historically feared as a first step toward Marcos-style dictatorship. On the other, in traditional constitutional doctrine, these term limits are rhetorically seen as counter-majoritarian constraints upon the popular power, and plebiscites are in turn the democratic safeguard.

Thus the irony. When courts block these amendments and plebiscites, in theory they obstruct the democratic process but, in practice, they protect democracy from a return to dictatorship.

I. INTRODUCTION

The origins of Philippine constitutionalism stand in contrast to that of other Asian constitutions. Elsewhere in Asia, constitutions have documented the triumph of a revolution against a colonizer, or transition from monarchy to republican government, the restoration of democracy after a period of dictatorship, or the restoration of market freedom after the phase-out of command economics in one-party socialist states.

These are akin to the “constitutive moments” that derive from what Professor Ibrahim Kaboglu has described as deep political rupture. He distinguishes these from constitutions deriving from what he calls “internal change” via ordinary amendment, that is to say, changes that draw their validity from the terms of the existing constitution itself. In a decidedly undemocratic sense, these constitutions tend to lock in certain power and economic arrangements, and insulate themselves from radical political challenge.

In the Philippine constitutional history, however, almost all its constitutions have purported to be “internal changes” that flowed organically, as it were, from the existing political framework. That is, except for two constitutions born of constitutive moments, namely, the 1899 Malolos Constitution, the culmination of the independence revolution against Spain, and the present 1987 Constitution adopted after the “People Power” uprising that toppled the Marcos dictatorship.

II. HISTORICAL BACKGROUND

The Philippines was a Spanish colony for 350 years. An independence revolution erupted in 1898 and triumphed – albeit rather briefly – in 1898, but alas, just when the Spanish-American War began. Spain lost – and the Philippines was but part of the war booty (together with Cuba, Puerto Rico and Guam) awarded to the United States.

The revolutionaries declared independence in June 1898. In the meantime, Spain – which remained nominally in control of the capital city of Manila – ceded the Philippine Islands to the United States in the Treaty of Peace signed in Paris in December 1898.¹ The revolutionaries established their capital north of Manila and, in January 1899, proclaimed what is now called the Malolos Constitution. The Philippine-American War ensued, which the Filipinos lost, leading to a half-century of American colonial rule.²

From the 1898 Treaty of Peace and until the 1986 uprising, there was an unbroken chain of constitutional transitions, of internal change from one sovereign to another, and likewise from democracy to dictatorship. Within the framework of the 1898 Treaty and pursuant to the American constitution, the United States promulgated various “organic

¹ Treaty of Peace between Spain and the United States (1898).

² C. Majul, *The Political and Constitutional Ideas of the Philippine Revolution* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1967), pp. 178–82; O. D. Corpuz, *Saga and Triumph: The Filipino Revolution Against Spain* (Quezon City: University of the Philippines Press and Cavite Historical Society, 2002), pp. 201–31, 273–97; S. Guevara (ed.), *The Laws of the First Philippine Republic (The Laws of Malolos, 1898–1899)* (Manila: National Historical Institute, 1994), pp. 104–19; T. Agoncillo, *Malolos: The Crisis of the Republic* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1997), pp. 305–35.

acts” to govern its new colony.³ In 1935, the Philippines became a Commonwealth under the United States, governed under a constitution drafted by Filipinos and approved by the United States Congress. It was under this constitution that the Philippines eventually acquired its independence in 1946.

In September 1972, Ferdinand Marcos, the country’s sixth president and two years away from the end of his second and last allowable term in office, proclaimed martial law, citing the threat from a communist rebellion. By January 1973, the country adopted a new constitution that did not satisfy the amendatory clauses of the erstwhile constitution. However, the Supreme Court nonetheless declared it “in full force and effect” as a political fact in the infamous case of *Javellana v. Executive Secretary*⁴. Marcos would amend his constitution twice, in 1976 to concentrate powers even more in his person and in 1981 to legitimize and institutionalize his concentrated powers. Indeed, Marcos would call his regime “constitutional authoritarianism”, and legitimized it from within the structure of the extant constitutional order.

In 1986, he was ousted in a popular uprising led by Corazon Aquino, who first governed under an interim charter, the Freedom Constitution, until a new charter, the 1987 Constitution, was adopted in a plebiscite. In the subsequent quarter-century since, there have been two attempts to revise this constitution in order to lift the term-limits that confine presidents to a single six-year term. Both attempts were blocked by the Supreme Court, relying on the strictest reading of the constitutional text.

The Malolos Constitution remains the one authentic embodiment of the revolutionary moment, yet it was never truly implemented. Almost all of the subsequent constitutions have flowed “internally” from within the existing legal order: the United States-sponsored “organic acts”, the 1935 Constitution under which the Philippines regained its independence, and the Marcos Constitution of 1973, though only in the

³ V. V. MENDOZA, FROM MCKINLEY’S INSTRUCTIONS TO THE NEW CONSTITUTION: DOCUMENTS ON THE PHILIPPINE CONSTITUTIONAL SYSTEM (Quezon City: Central Lawbook Publishing Co., 1978).

⁴ G.R. No. L-36142 (31 March 1973).

narrowest judicial sense. That continuity was ruptured only by the anti-Marcos uprising in 1986.

III. THE BLURRED LINE BETWEEN CONSTITUTIONAL RUPTURE AND CONTINUITY

Two historical episodes have blurred the demarcation between rupture and continuity: Marcos's seizure of emergency powers in 1972 and Cory Aquino's ouster of Marcos in 1986.

The first blurring occurred with the adoption of the Marcos Constitution of 1973. The amendatory clause of the 1935 Constitution called for a proper plebiscite conducted via a secret ballot, yet the Marcos Constitution was adopted while the country was under military rule, by a mere show of hands in so-called "*peoples' assemblies*," where people were supposedly asked: "*Do you approve of the new Constitution? Do you still want a plebiscite to be called to ratify the new Constitution?*" The Supreme Court conceded that this did not satisfy the amendatory process, yet it arrived at the all-time classic conclusion that sealed the nation's fate: "*There is no further judicial obstacle to the new Constitution being considered in full force and effect.*"

In *Javellana v. Executive Secretary*⁵, the Court rejected the test of strict legality, that is to say, of compliance with the amendatory clause of the constitution, and used the "political question" doctrine to say that once the people had acquiesced to the new Constitution and once the government had begun to operate under that Constitution, the courts were not in a position to second-guess that sovereign judgment. When the people adopt a constitution, in whatever manner, whether by the ballot, by force of arms or by their silence, that decision is placed beyond reach of judicial inquiry.

"Regardless of the modality of [ratification] – even if it deviates from the old Constitution, once the new Constitution is ratified....by the people, the Court is precluded from inquiring into the validity of those acts." (Makasiar, separate opinion) Indeed, the Court even analogized the "*peoples' assemblies*" to the raw power of revolutions.

⁵ *Supra*.

“If they had risen up in arms and by force deposed the then existing government..... there could not be the least doubt that their act would be political and not subject to judicial review. We do not see any if no force had been resorted to and the people, in defiance of the existing Constitution but peacefully...ordained a new Constitution.” (Makalintal and Castro, separate opinion)

The second blurring occurred with the promulgation of Corazon Aquino’s Freedom Constitution in 1986, the interim charter by which the Philippines was governed after the uprising and before the present Constitution was adopted. It was challenged before the Supreme Court, which recognized however that the Aquino government had been established “in violation of [the existing] Constitution.”

[T]he legitimacy of the Aquino government is not a justiciable matter. It belongs to the realm of politics where only the people... are the judge. And the people have made that judgment; they have accepted th[at] government.⁶

Both Marcos’s dictatorship and Cory Aquino’s democracy were juridically justified via the political question doctrine that applied the test of political validity rather than strict legality. There is one difference though. In the case of Marcos, he derived legitimacy by claiming constitutional continuity. In the case of Aquino, she drew her legitimacy precisely because of both historical and constitutional rupture.

IV. JUDICIAL PRE-EMPTION OF THE CONSTITUENT POWER

The first attempt to amend – internally – the post-Marcos 1987 Constitution was under President Fidel Ramos, himself a former military general, who wanted to amend the constitutional provision that limited the president to one six-year term without re-election. The attempt was twice rejected by the Philippine Supreme Court which, claiming to be “the last bulwark of democracy”, prevented the holding of a democratic plebiscite!

⁶ *Lawyer’s League for a Better Philippines v. President Aquino*, G.R. No. 73748 (22 May 1986).

Since the move was bound to be controversial, Ramos did not propose it himself. Instead, he used an erstwhile innocuous clause in the 1987 Constitution that – in the populist and revolutionary spirit under which it was written – allowed charter amendments to be proposed by the people directly under a “direct initiative” clause. This was an additional mode of charter change; the traditional modes went through institutional channels, either the elected Congress or through an elected constitutional convention called specifically for that purpose. Accordingly, the “direct initiative” was filed by a shadowy organization formed suspiciously just for that purpose, the People’s Initiative for Reform, Modernization and Action (or PIRMA, the Filipino word for “signature”).

In the first round before the Supreme Court, the initiative was easily dismissed. Instead of presenting the election commission with the requisite signatures to trigger off the direct initiative, PIRMA erroneously asked the commission to collect those signatures. The commission threw it out, and the Supreme Court easily disposed of it on certiorari⁷ stating – but only by *dictum* – that the statutory act implementing the constitutional clause on direct initiative was “incomplete, inadequate [and] wanting.”

PIRMA thus went back to its followers, and this time armed with the requisite signatures, asked the election commission to call for a plebiscite on the amendment. Again, the Court rejected them, this time elevating its mere *dictum* into the *ratio decidendi* of its second and final verdict.⁸

Both times, the Court recognized the insidious anti-democratic politics behind the populist façade. The first decision warned that the Court, as the “last bulwark of democracy,” must – [not] allow itself to be the unwitting villain in the farce surrounding a demand disguised as that of the people... Never again should it allow itself to be used as a legitimizing tool for those who wish to perpetuate themselves in power.”

The second attempt to amend the Constitution was under President Gloria Arroyo, who likewise tried to lift term limits through a direct initiative. Arroyo had attempted to aggrandize power in several guises, the

⁷ *Defensor-Santiago v. Commission on Elections*, G.R. No. 127325 (19 March 1997).

⁸ *People’s Initiative for Reform, Modernization and Action et al. v. COMELEC*, G.R. No. 129754 (23 September 1997).

most brazen of which was a “state of national emergency” which was rejected by the courts.⁹ As her term of office was about to end, she turned to constitutional amendments that will reorganize the Philippine government from a presidential to a parliamentary system. Thus Arroyo, constitutionally barred from reelection as president, can actually run for parliament and become Prime Minister. (By way of postscript, Arroyo actually ran and was elected as a Member of Congress from her province. She is currently under arrest on various charges of election cheating and corruption.)

This time, her group had already learned the lessons from the earlier PIRMA decisions, yet she was still rebuffed by the Supreme Court. In *Lambino v. Comelec*, the Court read the direct initiative clause very strictly against the initiators. The court asked why the actual proposed amendment hadn't been attached to the signature sheets to let the signers know what amendment they were endorsing. The court parsed the language of the amendatory clause, saying that while Congresses and constitutional conventions may propose major “revisions” (e.g., changing the form of government), a direct initiative may propose only minor “amendments” that “do not entail any modification of sections or articles of the Constitution other than the specific provision being amended. This is because direct initiatives emanate from an amorphous source “which do[es] not have fixed and identifiable deliberative bodies or recorded proceedings.”¹⁰

Finally, by way of a coup de grace – and this demonstrates the Court's resolve to throw out the petition – the Court threw the book at the initiators. The initiators had submitted 6.3 million signatures to support their direct initiative, more than that required by law. Yet when they submitted the 6.3 million signatures, their cover note was a petition signed only by their three lawyers – and the Court found this a fatal defect.

The rhetoric of the decision, however, underscores its adherence to the test of strict legality for internal changes to the Constitution.

⁹ *David v. Arroyo*, G.R. No. 171396, 489 SCRA 160 (3 May 2006).

¹⁰ G.R. No. 174153 (25 October 2006).

No one can trivialize the Constitution by cavalierly amending or revising it *in blatant violation of the clearly specified modes of amendment and revision laid down in the Constitution itself.*

...

To allow such change in the fundamental law is to set adrift the Constitution in unchartered waters, to be tossed and turned by every dominant political group of the day. If this Court allows today a cavalier change in the Constitution outside the constitutionally prescribed modes, tomorrow the new dominant political group that comes will demand its own set of changes in the same cavalier and unconstitutional fashion. A revolving-door constitution does not augur well for the rule of law in this country.

...

Incantations of "people's voice," "people's sovereign will," or "let the people decide" cannot override the specific modes of changing the Constitution as prescribed in the Constitution itself. Otherwise, the Constitution — the people's fundamental covenant that provides enduring stability to our society — becomes easily susceptible to manipulative changes by political groups gathering signatures through false promises.

In these two episodes of constitutional change, there was a real fear that if the amendments were presented to the plebiscite, the people can be manipulated to approve them. In other words, there was a fundamental mistrust of electoral democracy, of the malleability of the sovereign will to pave the way for leaders to perpetuate themselves in power.

Conversely, the only check on that insidious attack on the Philippines' post-Marcos democracy was, strangely, a counter-majoritarian institution, the Supreme Court. This points to the larger dilemma that constitutional democracy can be subverted by its own terms because the ultimate safeguard, a concerned and vigilant public, has repeatedly failed to exercise its power through the ballot and, in this case, couldn't be trusted to reject a sinister amendment when they are called to vote in a plebiscite. Thus the Court's positioning of itself as "the last bulwark of [a] democracy" that, paradoxically enough, was born out of a people's uprising in defiance of an entrenched "constitutional authoritarianism."

V. ASIAN CONSTITUTIONALISM: AWAY FROM POPULAR POLITICS, TOWARD COUNTER-MAJORITARIAN INSTITUTIONS

In a larger context, these decisions merely exemplify the “institutional” turn away from popular democracy, and are part of a larger pattern in the Philippines and in other countries in Asia. Watchdog agencies have been carved out, insulated from the elected branches of government: the ombudsman or independent prosecutors; constitutional commissions for human rights, anti-corruption and an independent civil service; and constitutional courts, special anti-graft courts, and administrative review mechanisms.

These have developed in the Philippines, Thailand, South Korea and Indonesia as they rebuild after long periods of dictatorship or military-dominated government. But what is significant is, after regaining democracy and adopting a constitution, these polities have no sooner sought to insulate their constitutions from populist pressures. It is here proposed that this counter-majoritarian, institutional turn is brought about by the failure of popular politics, and yet a resistance to return to the old ways of often fascistic governance, and the best acceptable mode is through what has been called elsewhere as “judicialized governance.” What is unique in the Philippine experience is that what has been constrained by the courts has actually been the constituent power itself.

In summary, Philippine constitutionalism has provided the rhetorical framework to affirm the ideal of democracy with the reality of imperfect elections and parliaments, and to rely on courts and watchdog agencies to carry out the checking function that democratic majorities prefer to forget.

BIBLIOGRAPHY

C. Majul, *The Political and Constitutional Ideas of the Philippine Revolution* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1967).

O. D. Corpuz, *Saga and Triumph: The Filipino Revolution Against Spain* (Quezon City: University of the Philippines Press and Cavite Historical Society, 2002).

S. Guevara (ed.), *The Laws of the First Philippine Republic (The Laws of Malolos, 1898–1899)* (Manila: National Historical Institute, 1994).

T. Agoncillo, *Malolos: The Crisis of the Republic* (Quezon City: University of the Philippines Press, 1997).

V.V. MENDOZA, *From McKinley's Instructions to the New Constitution: Documents on the Philippine Constitutional System* (Quezon City: Central Lawbook Publishing Co., 1978).