

**ANAYASANIN YENİLENMESİ**  
**KURUCU GÜÇ/KURULU İKTİDAR: KURAM VE UYGULAMA\***  
(*CONSTITUENT/CONSTITUTED POWER: THEORY AND APPLICATION*)

**Prof. Dr. Thomas Flenier**  
*Fribourg Üniversitesi*

**ÖZET**

Bu yazı Montesquieu'nün, yasamanın, her zaman uyulması gereken bazı temel ilkeler dışında ulusun ruhunu izlemesi gerektiğini söyleyen bazı temel görüşlerini incelemektedir. Bu ilkeler, egemenin genel sınırları olarak uyulması gereken hukukun üstünlüğü ile belirlenir. Ayrıca yazı, farklı ulus kavramlarını göstererek hem azınlığın hem çoğunluğun tiranlığını önlemek için uyulması gereken bazı temel önerileri ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Montesquieu, Ulus, Hukukun Üstünlüğü, Azınlık, Çoğunluk

**ABSTRACT**

*This paper develops some principle ideas of Montesquieu who says that the legislature has to follow the spirit of the nation except for some fundamental principles which should always be respected. These principles are defined by the rule of law which needs also to be respected as general limits of the sovereign. In addition the paper shows the different concepts of the nation and makes some fundamental proposals which should be respected in order to prevent either the tyranny of the majority or the tyranny of the minorities.*

**Key words:** Montesquieu, Nation, Rule of Law, Minority, Majority.

\*\*\*

---

\* İngilizceden çeviren Gülden KURT.

## I. GİRİŞ

### A) SÜREKLİLİĞİN PARÇASI OLARAK YENİLEME

Bu yıl, bugüne kadarki tüm diğer devrimlerde olduğu gibi, bazı ülkelerde yeni anayasalara yol açacak olan Arap devrimleriyle sarsıldı. Bununla birlikte sadece hukuki süreklilik durumunda anayasaların yenilenmesini inceleyen bu yazının konusu oldukça farklı. Pek çok Avrupa anayasası, başlangıçta bir devrim, bir iç savaş veya uluslararası savaş sonucunda bir büyük patlama olarak ortaya çıktı. Yine de burada söz konusu edeceğimiz bu değil; çünkü bu toplantının konusu, genel olarak, sürekliliğin parçası olarak anayasanın yenilenmesiyle ilgili.

*Common law* geleneğine ait anayasaların tümü, İngiliz Uluslar Topluluğu'yla bir biçimde bağlantılıdır; çünkü yeni kurulan bu devletler, bağımsızlıkları Westminster'in bir yasasıyla verildiğinden bağımsız olabilmiştir. Anayasaların yenilenmesinden bahsederken, tümü geleneksel toplumu değiştirmek ve yeni bir toplumsal düzen oluşturmak amacıyla birer büyük patlama şeklinde ortaya çıkmış olan medeni hukuk geleneğinden gelen anayasalar üzerine yoğunlaşmamız yerinde olur. Ayrıca bu anayasaların hepsi, olağan sürekliliğin sağlanabilmesi için anayasanın yenileneceği güvencesini veren anayasa yapım süreçlerini şart koşmuştur. Bu anayasaların çoğu, anayasa yenilenirken, geleneksel yasama süreciyle bir biçimde bağlantılı bir süreç öngörmüştür.

### B) MONTESQUIEU

*Kanunların Ruhü Üzerine*'de Montesquieu, yasama organına önemli tavsiyelerde bulunur ki, ben anayasanın yenilenmesi meselesi üzerine düşünürken bu tavsiyelerin göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyim. Kitap XIX'da şöyle der: “*Ulusun ruhunu, bu ruh yönetim ilkelerine ne zaman karşı, ne zaman karşı değil, bunu gözlemek yasamanın işidir; ...*”

Montesquieu'nün izinden giderek ve anayasa yenilenmesini de göz önüne alarak, şu soruların teorik olarak incelenmesi gerekir.

- Ulusun ruhuna nasıl ulaşabilir?
- Ulusun türdeş olmadığı durumlarda kurucu gücün dikkate alınması gereken sonuçlar nelerdir?
- Anayasa yapıcının saygı duyması gereken yönetim ilkeleri nelerdir ve bu anayasa yapıcı, bu ilkeleri neden hesaba katmalıdır?

Eğer uygulamadan kaynaklanan zorluklar incelenecekse, bunlara ek olarak şu sorular da sorulmalıdır:

- Kurucu güç, ne tür bir kurum olmalıdır veya ne tür bir kurumu temsil etmelidir ve ulusun ruhunu hesaba katabilmesi ve güvence altına alabilmesi için ne gibi yöntemler olacak?

- Kurucu güç, ulustan farklı bir güç olabilir mi ve hangi şartlar altında böyle bir durum mümkün olabilir?

- Bir kurucu gücün birden fazla ulus için bir anayasa oluşturması gerektiğinde, bunun sonuçları neler olabilir?

## II. ULUSUN RUHUNA NASIL ULAŞILABİLİR?

### A) ANAYASA YAPMA YETKİSİ

Birkaç yıl önce Avustralyalılar, monarşik anayasayı cumhuriyetçi bir anayasa ile değiştirmeyi öngören yeni anayasayı reddetti. Birçok anayasa, Başlangıç bölümlerinde anayasanın hangi yetkiyle yapıldığını belirtir. Orta Çağ'ın geleneksel devletlerinde yasa yetkisi monarklara aitti. Ulus egemenliği, ulusun, anayasa yapma yetkisinin gerçek sahibi olduğunu kabul edecekti. Fransa Kralı Philipp, 1830 Temmuz Devrimi'nin ardından bir anayasal bildirge yayınlarak, Frankların Kralı şeklindeki monarşik tanımı Fransa halkının Kralı olarak değiştirdi. Avustralya, monarşi yerine cumhuriyet olmayı tasarladığında, söz konusu mesele elbette aynı zamanda bu cumhuriyet içindeki yeni otoritenin kim olacağı meselesiydi. Avustralya'da yerleşik tüm halklarla Aborijinleri hesaba kattığınızda, sadece yerleşik halkların mı yoksa Aborijinlerin mi, yoksa ikisinin birlikte tek bir ulus olarak veya iki ayrı ulus olarak mı bir cumhuriyetçi anayasa yapma yetkisine sahip olacağı ve bu anayasanın kimler üzerinde geçerli olacağı sorun haline gelebilirdi. Avustralya'da kurucu halk hangisi olacaktı?

### B) YETKİLİ OLARAK ULUS

Ulus anayasa yapmaya yetkili olarak kabul ettiğimizde, cevaplanması gereken soru ulusun ne olduğudur. ABD Anayasası, sembolik "Biz, Birleşik Devletler halkları" ifadesiyle başlar; Almanya Anayasasının giriş bölümünde şunu okuruz: "*Alman Milleti, kendi anayasa yapma yetkisine dayanarak bu anayasayı kabul etmiştir*", Türkiye Anayasası "*Türk Milleti tarafından tevdi olunmuştur*" ve İspanya Anayasasının 1.

maddesi “*Millî egemenlik, yurttaşlarıdır*” derken, 2. maddesi “*İspanyol milletinin ayrılmaz birliği, tüm İspanyolların ortak ve bölünmez ülkesi ve tüm milliyetlerin özerklik hakkının tanınması ve güvence altına alınması*”ndan bahseder. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Ocak 2006 tarihli ünlü 1735 sayılı tavsiye kararında şöyle der: “*Tüm üye devletlerin anayasalarını; her devleti, etnik-kültürel geçmişlerine bakmaksızın yurttaşlarını sivil ve çokkültürlü bir tüzel kişiliğe dâhil etmeye ve kendisini sadece etnik veya sadece sivil devlet olarak tanımlamayı bırakmaya davet eden çağdaş demokratik Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirmek için;*”.

### C) ULUSA KİMLER DÂHİLDİR?

Ortaya çıkan ilk sonuç şu olmaktadır; ulus kavramı gibi, hangi halkların devletin kurucu gücüne dâhil olacağına ilişkin sorular da tartışmalıdır ve net değildir. Bu nedenle anayasa yenilenirken, anayasa yapma ve yenileme yetkisine sahip birime ilişkin kapsamlı bir kavram ortaya konulmalıdır. Avrupa Konseyi’nin anayasaların ne sadece sivil ne de sadece etnik ulus kavramlarına dayandırılmaması gerektiğine ilişkin tavsiye kararına uygun olarak, anayasa yenilenirken, yenileme yetkisinin gerçek sahibinin, o devlette yaşayan ve düzenli vergilerini ödeyenler olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Böylece anayasa yapma gücüne sahip ulus tanımı, göçmenlere de açık olmalı ve etnisiteyi göz önünde bulundurmamalıdır. Ülkeler, en azından Avrupa Konseyi’nin Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Yaşama Katılımına İlişkin Sözleşme’sinde belirlenen ilkelere uymalıdır. Yeni Zelanda, ülkede ikamet eden yabancılara oy kullanma hakkı tanımıştır. Bununla birlikte, Yeni Zelanda’da yabancılar seçmen olarak katılabilirler de seçilme hakları yoktur. Yine İsviçre’de pek az kanton yabancılara oy verme hakkı tanımıştır; diğer kantonlarsa son referandumda bu hakkın tanınmasını onaylamamıştır.

Almanya Anayasa Mahkemesi, 31 Ekim 1990 tarihli kararında, Schleswig Holstein’in ülkede ikamet eden yabancılara yerel seçimlerde oy kullanma hakkının tanınmasına ilişkin teklifini, bu yetkinin, Anayasa’nın 20. maddesine göre, vatandaş olmayanlara oy kullanma hakkı tanımayan Alman milletine ait olduğu görüşüne dayanarak anayasaya aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bundesverfassungsgericht 83 37.

## D) DEMOKRATİK ORTAM

Ulus, anayasanın nihaî sahibi olduğuna göre; ulusu temsil eden anayasa yapıcı, ulusun düşüncelerini ve görüşlerini öğrenmeye devam etmek durumundadır. Temsilciler seçildikten sonra seçmenleriyle aralarındaki zorunlu ilişkiden kurtulmuş sayılamazlar. Bundan başka, anayasanın hazırlanması tamamlandıktan sonra, teklifin vatandaşların çoğunluğu tarafından onaylandığının görülmesi için son kez vatandaşlara danışmak durumundadırlar. Böylesi bir uzlaşma ancak temsilcilerle vatandaşlar arasındaki hassas ve sürekli etkileşimle sağlanabilir. Böylesi bir ortam, sadece medya, internet ve basın yoluyla tam iletişim özgürlüğünü güvence altına alan bir anayasal sistem dâhilinde yaratılabilir. Oy kullanacak olanlar, anayasa teklifinin yararlı ve zararlı yönleri de dâhil, gündemki tüm konulara ilişkin bilgi sahibi olmalıdırlar. İnsanların, yalnızca son taslaklara onay verme hakkına değil, ayrıca yeni fikirler ortaya atma imkânına da sahip olmaları gerekmez mi? İsviçre anayasal sisteminin bu tür imkanlara dayanan istikrarı, büyük oranda halk girişimleri yoluyla siyasal gündemi değiştirme olasılığı da içeren oy hakkı kavramından kaynaklanmaktadır.

## E) ÇOĞUNLUĞUN TİRANLIĞI – AZINLIĞIN TİRANLIĞI

Vergi ödeyen yabancılar da dâhil ülkedeki vatandaşlar olarak kabul edilen ulusun, azınlıkların çoğunluk tiranlığı karşısında korunabilmesi için sınırlandırılması gerekmektedir. Sadece halkın çoğunluğu tarafından onaylanmış anayasanın yenilenmesi karşısında azınlıklara özel bir koruma sağlanmasının değişik yolları vardır. Etiyopya Anayasasında olduğu gibi, bazı aşırı durumlarda tek taraflı çekilme hakkı dahi düşünülebilir. Öte yandan, azınlığın tiranlığı olmasının da önlenmesi gerekir. Azınlıkla çoğunluk arasındaki doğru denge, halen anayasanın yenilenmesi süreci bakımından çözülmesi gereken en önemli ve zorlu konulardan biridir. Esasında bu sorunlar, sadece iyi yönetim üzerine yoğunlaşmaktan ziyade, kim kimi yönetiyor meselesi üzerine yoğunlaşıldığı takdirde çözülebilir.

## F) PARLAMENTER YÖNETİM SİSTEMİNİN SORUNLARI

Parlamente çoğunluğa dayanan yönetim sistemleri, bugüne kadar en etkili ve demokratik sistemler olarak ortaya çıkmıştır. Bugünkü yönetimlerin karşı karşıya kaldığı malî krizler, sadece önemli birer eko-

nomik sorun değildir; aynı zamanda yapısal sebepleri de olabilir. Profesyonel parlamento üyeleri, büyük ölçüde yeniden seçilme olasılıklarına bağımlıdır. Bu nedenle genellikle çoğunluktakiler ve azınlıktakiler, yeniden seçilmelerini sağlayacak iyi huylu bir seçmen kitlesi elde etmek adına, yeni malî harcamalar yapmaya hazırdırlar. Böyle yönetim sistemlerinin, yaşadıkları finansal krizleri yapısal olarak çözmesinin hemen hemen imkânsız olduğu söylenebilir.

Avustralya Anayasası, İsviçre Anayasasına benzer biçimde, anayasa değişikliği için zorunlu referandum şartı getirmiştir. Bugüne kadar ki tüm anayasa referandumlarının başarısız olduğu görülmektedir. Bunun nedenlerinden biri, parlamenter demokraside iktidar partisinin seçmenleri anayasa değişikliği teklifine ikna etmek açısından oldukça küçük bir çoğunluğa sahip olması olabilir. Bizim İsviçre deneyimimiz şunu göstermektedir: sadece tüm büyük partilerin teklif üzerinde uzlaşmaya varması durumunda teklifin referandumda onay alma şansı vardır. Bu bakımdan anayasanın yenilenmesi üzerine konuşurken parlamenter demokrasi sisteminin de ele alınması gerekir.

### **G) HALK İRADESİ**

Son olarak, ulusun gerçekten neye ihtiyacı olduğunu anlayabilmek, oy kullanma süreçlerinin insanlara gerçek iradelerini ifade etme imkânını da sağlayabiliyor olmasını gerektirmektedir. Vatandaşlar, yalnızca tüm gerekli bilgilere eriştikleri ve bir teklifin artı ve eksi yanlarını değerlendirebildikleri takdirde sağlıklı karar almayı başarabilirler. Sık sık sıradan insanların bu türden değerlendirmeler yapmaya yetkin olmadığı ileri sürülür. Bu iddia, sadece doğrudan demokrasi sistemlerine değil, mevcut haliyle demokrasinin kendisine de aykırıdır. Peki, o halde insanlar, parti programlarını değerlendirerek kendi özel ihtiyaçları doğrultusunda gerçekten beğendikleri partileri nasıl seçebilmektedir? Şüphesiz anayasa reformları, genellikle bundan daha karmaşık meseleleri kapsar. Bu meseleleri açık ve anlaşılır şekilde anlatmak da partilerin veya hükümetin görevidir. Eğer halkın düşüncesi ve ulusun iradesi gerçekten önemseniyorsa, sıradan vatandaşlar tarafından anlaşılacak yasa tekliflerinin hazırlanması gerekmektedir.

### **III. TÜRDEŞ OLMAYAN ULUSLARDA ANAYASANIN YENİLENMESİNİN SONUÇLARI NELER OLABİLİR?**

Bir devlet, sınırları içinde yaşayan halkları veya kültürel, dinsel veya dilsel toplulukları nasıl bir araya getirebilir veya bir arada tutabilir? Bunun tek cevabı şu olabilir: devlet, tüm bu topluluklar nezdinde meşruiyet sağlamayı başarmışsa, bu toplulukları bir araya getirmeyi ve bir arada tutmayı da başaracaktır. Peki devlet, bu toplulukların gözünde bu denli geniş bir meşruiyet oluşturmayı nasıl başarabilir? İki unsur gereklidir:

#### **A) ORTAK DEĞERLER YOLUYLA ORTAK KİMLİK**

Devletin, bütün topluluklar açısından kendi tam bağımsızlıklarından daha üstün olan ortak değerleri somutlaştırması gerekir. İkinci olarak, tüm toplulukları kapsayıcı olması ve bu toplulukları kendilerini yasa teklifiyle özdeşleştirebilecekleri şekilde anayasa yapma sürecine dâhil etmesi gerekir. Ancak bu yalnızca, sırf çoğunluk temelinde bir demokrasiden ziyade, müzakere ve uzlaşma kültürüne sahip uzlaşma-odaklı bir demokrasinin kurulabildiği durumlarda mümkün olabilir.

Parçalı ulusların, devlet içinde yaşayan tüm halkların, hangi kültürel topluluğa mensup olurlarsa olsunlar devlet ile özdeşleşebilmesini sağlayan bir temel yaratması gerekir. İçinde yaşadığımız dönemin muhtemelen en zorlu ve henüz gerektiği gibi ele alınmamış mücadele alanı budur.

#### **B) ADEM-İ MERKEZİYETÇİLİK**

Bu hedefe ulaşmak, sadece, devletin eş zamanlı olarak farklı meşruiyet temelleri üzerine inşa edildiği durumlarda mümkündür: belediye, Bölge ve Devlet. Buna karşılık, meşruiyetin bu şekilde yapılandırılması, yalnızca, her düzeydeki toplulukların özel ihtiyaçlarına ilişkin kararların demokratik yollardan alınması durumunda gerçekleştirilebilir.

Eğer içerideki adem-i merkezîyetçilik ve dışarıdaki uluslararasılaşma nedeniyle sürekli artan farklı talep ve sorumluluklar düzlemi karşısında esneklik sağlanması isteniyorsa, egemenlik alanı nüfuz edilemez olan ulus-devlet üzerinde yeniden düşünmek gerekir.

Modern çokuluslu şirketler, esnek ve etkili liderliğin sırrının, yetki ve sorumluluğun paylaşılması olduğunun uzun zaman önce farkına varmıştır. Bugün halen pek çok devlette merkezî yasama organı, belediyelerin ve bölgelerin örgütlenme biçimlerine ve vatandaşların bu düzey-

lerdeki demokratik haklarının yapısına ve kapsamına karar vermektedir. Merkezî yasama organı veya merkezî devlet, bu örgütlenme biçimlerinin, bölgenin tarihsel ve kültürel özelliklerini olması gerektiği gibi hesaba katmasını sağlama veya bu bölgelerde demokrasinin korunması sorumluluğunu da yüklenebilirler mi?

Söz gelimi, hastanelerin veya genel sağlık bakımının planlanması üzerine karar almak zorunda olan şirketler, söz konusu planlamanın halkın somut ihtiyaçlarına cevap vereceğinden emin oldukları gibi, kullarımlarına hazır olan gerekli araçlara da sahip olmalı ve yine personelin seçimi ve eğitimini de yönetebilecek durumda olmalıdırlar.

Günümüzde yaşanan birçok çatışmanın nedeni; hükümetlerin, merkezden oldukça uzaktaki bölge ve insanların kaderleri üzerine kararlar almalarında, bunu da sadece biçimsel yetkilerine dayanarak yapmalarında ve aldıkları kararların (olumlu veya olumsuz) sonuçlarına maruz kalmamaları dolayısıyla doğrudan sorumluluk taşımamalarında aranabilir. Son tahlilde, uygun bir yetki ve sorumluluk dengesi, yalnızca, merkezden ayrı yetkileri olan birimler yoluyla gerçekleştirilebilir. Modern kamu kurumları ve özel kurumlar, diğer insanlar adına karar alması gereken her insanın aldığı yanlış kararın etkilerini anında hissedebilmesine olanak sağlayan biçimde tasarlanmalıdır.

Hükümetin, sadece belediyelere ve bölgelere gerçek bir özerklik veren bir yönetim şeklinde, eylemlerinin ve kararlarının etkilerini doğrudan görebilmesine ve dolayısıyla buna uygun biçimde cevap vermesine olanak verecek şekilde halka yakın olması mümkündür. Sadece halk, hatalı kararlar karşısında doğrudan tepki gösterebildiği zaman otoriteler, politikalarını değiştirmek ve iyileştirmek için gerekli esnekliğe sahip olacaktır.

### C) ÇEŞİTLİLİK; YÜK DEĞİL, ZENGİNLİK

Çeşitlilik bir zenginliktir; çeşitlilik, tek tip kimlikleri, tek tip eşitlik ve sadakati ortadan kaldırır. Çeşitliliğe ilişkin görüşler daha fazla çelişkili olamaz. Bir anayasa, çeşitliliğin, ülkenin kültürel, manevî ve hatta ekonomik zenginliğine katkı sağladığına dair bir kanaat üzerine inşa edilmelidir. Çeşitlilik, sürekli beslenmesi gereken bir değerdir.

İnsanlar, çok boyutlu sadakatlere ihtiyaç duyarlar. Bir yanda kültürel ve/veya dinsel bir topluluğa duyulan sadakat; diğer yanda, yerel özerklik ve adem-i merkezizetçilik üzerine kurulabilecek yerel topluluğa



duyulan sadakat. Modern tarih, bizlere, toplumun milyonlarca soyutlanmış bireyden oluşacak şekilde parçalara ayrılmasının tehlikeli sonuçları olabileceğini göstermiştir. İnsan, sadece, kendi kolektif birimi içinde, mesela ailesi ve yerel ve kültürel topluluğu içinde de özgürlüğe sahip olduğu takdirde, birey olarak özgür olabilir. Bu nedenle, tek başına bireylere tanınan özgürlüklere ek olarak, dinsel, dilsel ve kültürel topluluklara da bağımsızlık ve özerklik tanınmalıdır. Bu türden sınırlı grup özerkliğini ve özgürlüğünü sağlaması gereken bir yönetim biçiminde çeşitlilik, zorunlu dayanışma duygusunu tehlikeye atmaksızın, bir yük veya ulusal birliğe engel olarak değil, daha ziyade sürekli diyalog ve müzakereye imkân veren ve böylece yönetim birimi içindeki canlılığı, yenilenmeyi ve yaratıcılığı kuvvetlendiren bir motor güç olarak görülür.

#### D) ÖZGÜRLÜK VE BARIŞ

Modern devletin hedefi, bireysel özgürlüktür. Eğer devlet sadece bireysel özgürlüğü tanır ve korursa, kültür siyasî bakımdan görünmez hale gelir ve geleneksel kültürel topluluklar, özel alanın bilinmezliği içinde silikleşir. Bireysel özgürlüğün, dillerini yaşatmak isteyen azınlıklara çok az faydası vardır. Çoğunluk, bireysel haklarının kullanımı yoluyla, azınlık kültürünü yok edecektir. Eğer azınlık kültürünün korunması ve güçlendirilmesi isteniyorsa, toplulukların kendi grup değerlerini talep etme ve geliştirme haklarının tanınması gerekir. Kendisini çoğunluğun tehdidi ve saldırısı altında hisseden azınlık, devletin meşruiyetini tanımayacak ve ayrılıkçı yöntemler izlemeye başlayacaktır. Bu sebepten, barışı korumak isteyen devlet, bazı durumlarda, grup haklarına, birey hakları üzerinde öncelik tanıyacaktır.

Bireysel özgürlük ile kolektif haklar arasındaki denge, insanların barışa ve uyuma olan ihtiyaçlarında bulunabilir. Barış söz konusuysa, bireyin haysiyeti kadar topluluk haysiyeti de diğeri karşısında ağır basabilir. Eğer barış ve uyum ciddi tehdit altındaysa, bireysel insan haysiyetinin özünü ortadan kaldırmamak kaydıyla, topluluk haysiyeti de korunmalıdır.

Merkeziyetçi çoğunluk ilkesi, dikey erkler ayrılığı yoluyla geliştirilebilir ve uygun bir modern ortaklık ve çatışmaların barışçıl yollardan çözümünü modeli ile tamamlanabilir. Gerçekten de artık modern devletlerde, tek başına çoğunluk ilkesi çatışmaların çözümünde mevcut tek model olarak yeterli olmamaktadır. Özerk grup haklarının tanınması ve

grupların devletin karar alma süreçlerine ayrı birimler olarak katılabilmesi olanaklarının sağlanmasıyla beraber ilerlemelidir.

Din, dil, toprak ve egemenlik sembolleri veya kültür hakkındaki *kategorik* tartışmalar, sadece çoğunluk ilkesine göre çözülemez. Dahası, tamamen çoğunlukçu demokrasi yoluyla, kategorik ya şu/ya bu tartışmalarını, nicel en az şu/en çok bu meseleleri haline getirmek ve bu yolla ortak iyiye ulaşmak genel anlamda mümkün değildir.

#### **IV. ANAYASANIN, ANAYASAYI YENİLEMEKLE GÖREVLENDİRDİĞİ GÜCÜN BİLE UYMASI ZORUNLU OLAN YÖNETİM İLKELERİ NELER OLMALIDIR?**

##### **A) “BIG BANG” SİVİL HUKUK ANAYASALARI**

Montesquieu'nün tavsiyesine baktığımızda; Montesquieu, yasama organının, ben buna anayasa yapıcıyı da eklemek istiyorum, temel yönetim ilkelerine her zaman uymak zorunda olduğu yönünde önemli bir ihtarda bulunur. Çoğu *Common Law* anayasası, İngiliz Uluslar Topluluğu içinden, ya sömürgeci güce karşı ayaklanma yoluyla ya da ayaklanma olmaksızın Westminster'ın bir yasasına dayanarak ortaya çıkmıştır. Medeni hukuk anayasaları, devrimlerin veya bir iç savaşın veya uluslararası savaşın sonucunda meydana gelmiştir ve yeni anayasal düzen getiren ve toplumsal adaleti hem belirleyen hem tanımlayan “big bang” anayasaları olarak kabul edilirler. Böylece, bir kez anayasa oluşturulduktan sonra, gelecekteki gelişimi açısından anayasa yapıcının dahi uymak zorunda olduğu birtakım temel ilkeler oluşturmuştur. Bugün bazı anayasalar bu tür güvenceler sunar ve asıl soru, başka anayasaların da bu yolu izlemesinin gerekli olup olmadığıdır.

##### **B) EGEMEN HER ŞEYE KADİR MİDİR?**

Elbette bu tür önlemlere karşı tek bir mantıklı savunma ileri sürülmektedir: Egemen, her şeye kadir kabul edilmektedir. Egemen nasıl olur da kendini anayasal ilkelerle sınırlayabilir? Bu, kendi içinde bir çelişki değil midir? Anayasa yapıcı güç, anayasa tarafından yetkili kılınan bir güç olduğuna göre, anayasa, her zaman için bu gücü sınırlandırabilir. Asıl soru, bu gücün sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğine ilişkindir. Günümüzde pek çok anayasa, anayasa yapıcı gücü sınırlandırmaktadır. Türkiye, Almanya ve Romanya sadece birkaç örnektir. İsviçre, yetkili kılınan uluslararası hukuka ilişkin halk girişimini sınırlandırmıştır

ancak yetkili uluslararası hukuku dar anlamda yorumlamış, minarelerin yasaklanması örneğinin uluslararası hukuku (insan haklarını, ayrımcılık yapmama ilkesini) ihlal ettiğine karar vermiştir; fakat, bu girişimin geçersiz kabul edilebilmesinin bir yolu bulunmamaktadır. Sonuç olarak, seçmenlerin çoğunluğu ve kantonların çoğu, temel uluslararası insan hakları ilkelerini açıkça ihlal eden bir kararı kabul etmiştir. Bunun gibi uygunsuz durumlardan kaçınmak gerekir; aslında temel uluslararası İnsan haklarıyla çelişen bu tür anayasa değişikliklerini önlemek üzere birçok yasa teklifi sunulmuştur.

Başka ülkelerdeki bazı tecrübelerin de gösterdiği gibi, tayin edilen anayasa yapıcı gücü hiç değilse bir ölçüde sınırlandıracak bir hükmün kabul edilmesinin uygun olduğu görünmektedir. Bununla birlikte bu tür hükümler, sadece hukukun üstünlüğüne ilişkin temel ilkelere dayanmalıdır; anayasa yapıcı tarafından kutsal kabul edilerek anayasaya kalıcı olarak eklenecek başka özel konulara dayandırılmamalıdır.

## V. SONUÇ

Anayasanın yenilenmesi, yasama ilkelerine uygun olmalıdır, ancak oldukça önemli bir farkla: anayasanın yenilenmesine ilişkin bütün usuller, sadece basit çoğunluğa dayanmamalıdır ve mümkün olduğunca kapsayıcı olmalıdır. Anayasa yapıcı güç, ulusun ruhuna ulaşmak zorundadır. Bununla birlikte ulus da, ne sadece etnik ne de sadece tamamen sivil olarak kabul edilmelidir. Ulus, ülkede ikamet eden ve vergi veren yabancıları da kapsamalıdır.

Parçalı bir ulusun söz konusu olduğu durumlarda anayasanın yenilenmesi, her zaman için farklı toplulukları da içermelidir ve vatandaşların önemli bir kesimini hiçbir zaman dışarıda tutmamalıdır. Ulusun ruhu, yalnızca, halkın iradesine saygılı demokratik bir ortamda bulunabilir.



# ***CONSTITUENT/CONSTITUTED POWER: THEORY AND APPLICATION***

**Prof. Dr. Thomas Fleiner**  
*Fribourg University*

## ***ABSTRACT***

*This paper develops some principle ideas of Montesquieu who says that the legislature has to follow the spirit of the nation except for some fundamental principles which should always be respected. These principles are defined by the rule of law which needs also to be respected as general limits of the sovereign. In addition the paper shows the different concepts of the nation and makes some fundamental proposals which should be respected in order to prevent either the tyranny of the majority or the tyranny of the minorities.*

***Key words:*** *Montesquieu, Nation, Rule of Law, Minority, Majority.*

\*\*\*

## **I. INTRODUCTION**

### **A) RENEWAL AS PART OF THE CONTINUITY**

This year is marked by the different Arab revolutions which will lead - as all revolutions up to now have – in some times to new constitutions. However, the issue of this paper is rather different as it deals only with renewal of the constitution in the context of legal continuity. Many European constitutions have been set up originally as a big bang after a revolution, a civil or an international war. However, this is not the issue at stake because this workshop deals mainly with the renewal of a constitution as part of the continuity.

Constitutions of the common law tradition are all somehow linked to the Commonwealth because the independence the new states required was set up by an act of Westminster. To discuss constitutional renewal we shall focus rather on the constitutions of a civil law tradition, which

were all installed in a big bang in order to change the traditional society and to establish a new social order. All those constitutions provide a constitution making process which guarantees the renewal of the constitution in order to secure normal continuity; in most the renewal process is linked in some way to the traditional legislative process.

## **B) MONTESQUIEU**

In *Spirit of the Laws* Montesquieu gives important advises to the legislature and I am of the opinion that this advice should also be taken into account dealing with the problem of the renewal of the constitution. In book XIX Montesquieu writes: *“It is the business of the legislature to follow the spirit of the nation, when it is not contrary to the principles of government;..”*

Following Montesquieu and taking also into account the renewal of the constitution one has to analyze the following questions.

- How can one find the spirit of the nation?

- Which are the consequences the constituent power has to take into consideration in cases that the nation is not homogeneous?

- Which are the governmental principles the constitution maker should respect and how should it take those principles into account?

If one looks into the practical challenges one has, in addition, to ask the following questions:

- What kind of institution should the constituent power be or represent and what kind of procedures could provide and guarantee that it takes into account the spirit of the nation? Can the constituent power be different from the nation and under what kind of circumstances would this be possible? What considerations should be taken into account if the constituent power is to establish a constitution for several different nations?

## **II. HOW CAN ONE FIND THE SPIRIT OF THE NATION?**

### **A) AUTHORITY OF CONSTITUTION MAKING**

Some years ago Australians rejected a new constitution which proposed replacing the monarchic with a republican constitution. Most constitutions provide in their preamble the authority for which the constitution is made. For the traditional states in the Middle Ages the authority of law was the monarch. People’s sovereignty would suggest the nation

as the proper authority for a constitution. And indeed, when King Philipp of France issued its constitutional charter after the July revolution in 1830, he changed the monarchic introduction to be the King Franc and thus becoming the King of the French people. When Australia proposed to become a republic instead of being a monarchy the issue at stake was, of course, also the question who will be the new authority of this Republic. Taking into account all the settled peoples of Australia as well as the aborigines, the question may indeed have been whether only the settled people or only the aborigine nations or both as one or two nations are the authority which can make a republican constitution and for which the constitution will be valid. Which would be the constituent people for Australia?

## **B) THE NATION AS AUTHORITY**

Considering the nation to be the authority to make a constitution, one has find out what the nation is. The US constitution begins with the symbolic “we the people of the United States”, in the preamble of the German Constitution we can read: “*the German people, in the exercise of their constituent power, have adopted this Basic Law*”, the Turkish constitution “*is entrusted by the Turkish nation*” and Article 1 of the Spanish constitution provides: “*National sovereignty belongs to the Spanish people*” while Article 2 speaks of “*the indissoluble unity of the Spanish nation, the common and indivisible homeland of all Spaniards, and recognizes and guarantees the right to autonomy of the nationalities*”. In its famous Recommendation 1735 of January 2006 the parliamentary assembly of the Council of Europe recommends: “*the member states to bring into line their constitutions with the contemporary democratic European standards which call on each state to integrate all its citizens, irrespective of their ethno-cultural background, within a civic and multicultural entity and to stop defining and organising themselves as exclusively ethnic or exclusively civic states;*”

## **C) WHO BELONGS TO THE NATION?**

A first conclusion is that both the notion of the nation and the question, ‘what peoples should belong to the constituent power of the state?’ are controversial and not clear at all. Thus any renewal of the constitution should have an inclusive concept of the unit which has the

authority to make and to renew the constitution. Following the recommendation of the council of Europe that constitutions should neither be based on a merely civic nor on a merely ethnic concept of the nation, a renewal of the constitution should consider that the real authority for the renewal of the constitution should be the residents of a state paying their ordinary taxes. Thus the nation as authority for the constitution making power should be open for migrants and it not take into account ethnicity. Countries should at least follow the principles provided in the Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level of the Council of Europe. New Zealand has even opened the right to vote for foreign residents. However, foreigners in New Zealand can participate as voters but they cannot be elected. Actually in Switzerland a few cantons have given foreigners the right to vote but many cantons have rejected this right in recent referenda.

In a decision of October 31<sup>st</sup> 1990, the German Constitutional Court rejected a proposal of Schleswig Holstein to grant foreign residents the right to vote in local elections as being unconstitutional with the argument that, according to Article 20 of the Basic Law, state authority is based on the German people which excludes non-citizens from the right to vote.<sup>1</sup>

#### **D) DEMOCRATIC ENVIRONMENT**

If the nation is the final authority of the constitution, the constitution maker representing the nation needs to continue to receive opinions and messages from the nation. Once representatives have been elected they cannot be dissolved from their necessary relationship to their constituency. Moreover, at the end of their elaboration of a constitution, they need to consult the citizens in order to get the approval for their proposal from the great bulk of the citizens. Such consensus can only be reached with careful and permanent interconnections between the representatives and the citizens. Such environment can only be generated within an constitutional system guaranteeing full freedom of communication of media, internet and press. The voters should have information of all issues at stake including advantages and disadvantages of the constitutional proposal. Should peoples have the right not only to approve

---

<sup>1</sup> Bundesverfassungsgericht 83 37.



final drafts but should they also have the possibility to initiate new ideas? The stability of the Swiss constitutional system which is based on such possibilities is mainly due to this concept of voting rights which includes also the possibility to change the political agenda by popular initiatives.

### **E) TYRANNY OF THE MAJORITY – TYRANNY OF THE MINORITY**

One has to consider that nations conceived as the citizens of the country including tax paying foreigners need to be restrained in order to protect the minorities from the tyranny of the majority. There are several possibilities to guarantee minorities special protection against constitutional renewal approved only by the majority of the peoples. For extreme cases one might think of a unilateral right to secession as it is provided in the Ethiopian constitution. On the other hand, one has also to prevent possibilities of a tyranny of the minority. A good balance between minorities and majorities is still one of the most crucial and difficult issues to be solved in a process of constitutional renewal. In fact these problems can only be addressed if one does not only focus on good governance but also on the question who governs whom.

### **F) PROBLEMS OF THE PARLIAMENTARY GOVERNMENTAL SYSTEM**

Governmental systems ruled by the parliamentary majority have up to now proved to be most efficient and democratic. But, the financial crisis actual governments are facing may be not only be an important economic issue, it could also have structural causes. Members of mainly professional parliaments depend on their re-election. For this reason majorities and minorities are often prepared to provide new financial expenditures in order to have a supportive constituency for their re-election. It may well be that in such governmental system it is almost impossible to overcome structurally the actual financial crises.

The Australian constitution provides an analogy to Switzerland by requiring a mandatory referendum for constitutional change. It seems that up to today all those constitutional referenda failed. One reason may be that in a parliamentary democracy the governing party has too small a majority to convince the constituency of its proposals. Our Swiss experi-

ence is that a proposal will pass the referendum only if all big parties agree. Thus in discussing constitutional renewal one may also have to address the system of parliamentary democracy.

### **G) THE WILL OF THE PEOPLE**

Finally to know what the nation really needs requires a process of voting that enables people to express their real will. Only if the citizens get all necessary information and only if they can evaluate the pros and cons of a proposal are they able to make sound decisions. Often one argues that the common people are not able to make such an evaluation. This argument opposes not only systems of direct democracy but even democracy as such. How should peoples be able to evaluate party programs and elect the parties they really favour with regard to their proper needs? There is no doubt that constitutional reforms often involve most complex issues. It is the obligation of the parties or of the government to explain those issues at stake in a plain and understandable language. If one really takes care of the peoples mind and of the will of the nation one has to draft proposals which can be understood by common citizens.

### **III. WHAT SHOULD THE CONSEQUENCES FOR CONSTITUTION RENEWAL BE IF THE NATION IS NOT HOMOGENEOUS?**

How can peoples or cultural, religious or language communities be brought or held together in a state? The answer can only be: If the state is able to achieve legitimacy in relation to all of these communities, it will also be able to bring and hold these communities together. But how can the state build up such a broad legitimacy with regard to these communities? Two elements are necessary:

#### **A) COMMON IDENTITY THROUGH COMMON VALUES**

The state has to be able to embody common values, which are for each of the communities preferable to complete independence. Secondly, it has to be inclusive of all communities and to include them in the process of constitution making in such a way that all communities can identify with the proposal. This however is only possible if, instead of a

purely majority-based democracy, a consensus-oriented democracy with a political culture of negotiation and compromise can be established.

Fragmented nations need to create a foundation that enables all people within the state, regardless of the cultural community to which they belong, to identify with the state. This is probably the most difficult and still inadequately addressed challenge of our time.

## **B) DECENTRALISATION**

This goal can only be attained, if the state is simultaneously built upon various bases of legitimacy: Municipality, District and State. In turn, such structured legitimacy can only be realised if, at each level, decisions that affect the specific interests of a particular community can be made democratically.

The nation-state with its impenetrable shield of sovereignty must be re-examined, if it wants to be able to respond flexibly to the increasingly diverse range of demands and responsibilities through internal decentralisation and externally through internationalisation.

Modern multinational companies have long recognised that the secret to flexible and efficient leadership lies in the decentralisation of power and responsibility. In most states it is still the central legislature that decides on the organisational form of the regions and municipalities and on the nature and scope of the citizens' democratic rights at those levels. Can the central legislature or the central state also bear the responsibility for ensuring that these organisational forms take proper account of the historical and cultural particularities of the regions or that the democracy of the regions is maintained?

Corporations, which for instance have to decide on the planning of hospitals or general health care, must have the necessary means at their disposal and also be able to influence the selection and training of personnel, as well as being able to guarantee that the planning corresponds to the concrete needs of the people.

Too many modern conflicts are directly attributable to the fact that governments have determined the fate of regions and peoples far-removed from the centre because they have the formal power to do so, but have not been exposed to the consequences of their decisions (positive or negative) and have therefore borne no direct responsibility! An appropriate balance of power and responsibility can ultimately only be

realised in decentralised units. Modern public and private institutions should be designed in such a way that every person who has to make decisions on behalf of other people, also immediately feels the effects of his or her wrong decisions.

Only in a polity, which accords real autonomy to regions and municipalities, is government close enough to the people to be able to directly perceive the effects of its actions and decisions, and thus able to respond appropriately. Only when the population can react directly to flawed decisions, will the authorities have the necessary flexibility to amend and improve their policies.

### **C) DIVERSITY AS ASSET AND NOT AS BURDEN**

Diversity is wealth; diversity destroys uniform identity, equality and loyalty. The opinions on diversity could not be more contradictory. A constitution should be built upon the conviction that diversity contributes to the cultural, spiritual and even economic enrichment of a country. Diversity is a value, which must be continually fostered.

Humans need multidimensional loyalties. Loyalty to a cultural and/or religious community on the one side, and loyalty to a local community can be built up based on local autonomy and decentralisation. Modern history teaches us that the atomisation of society into millions of isolated individuals can have dangerous effects. Man is free as an individual only when he also has freedom within his collective unit, that is, the family, and the local and cultural community. Therefore, in addition to the liberty guaranteed to the single individual, religious, linguistic and cultural communities must also be guaranteed independence and autonomy. In a polity such limited group autonomy and liberty has to be realised, without endangering the indispensable solidarity. Diversity is not seen as burden or as an impediment to national unity, but rather as the engine that ensures constant dialogue and debate and therefore fosters vitality, innovation and creativity within the polity.

### **D) LIBERTY AND PEACE**

The goal of the modern state is individual liberty. If the state recognises and protects only individual liberty, culture becomes politically invisible and the traditional cultural communities will fade into private obscurity. Individual liberty is of little help to minorities who want to

cultivate their language. The majority, through its exercise of individual rights, will displace the minority culture. If one wants to protect and foster the culture of minorities one has to recognise the right of communities to assert and develop their own group values. Minorities that feel threatened or assailed by the majority will not recognise the state as legitimate and will initiate secessionist procedures. For the sake of peace the state will therefore in some instances have to give group-rights priority over individual rights.

The balance between individual liberty and collective rights is to be found in man's need for peace and harmony. When peace is at stake, the dignity of a community as well as the dignity of the individual have to be weighed against each other. If peace and harmony are gravely threatened, the dignity of the community must be protected, provided that this does not destroy the core of personal human dignity.

The centralistic majority principle can be opened up through the vertical separation of powers and complemented by an appropriate model of modern partnership and peaceful conflict resolution. Indeed, the majority principle alone no longer suffices as the only model for resolving conflicts within the modern state. It has to be accompanied by the recognition of autonomous group rights and the opportunity for groups to participate as units in the decision making process of the state.

*Categorical* conflicts over religion, language, territory and symbols of sovereignty or culture cannot be dealt with by simple majority. Moreover it is generally not possible through purely majoritarian democracy to convert categorical either/or conflicts into quantitative less/more issues and thereby defuse the common good.

#### **IV. WHAT SHOULD BE THE GOVERNMENTAL PRINCIPLES WHICH HAVE TO BE RESPECTED EVEN BY THE POWER WHICH THE CONSTITUTION HAS MANDATED FOR CONSTITUTIONAL RENEWAL?**

##### **A) CIVIL LAW CONSTITUTIONS AS "BIG BANG"**

If we follow the Montesquieu's advice, he provides an important "*caveat*" namely that the legislature and I would add also the constitution maker has always to respect the basic governmental principles. Most common law constitutions did emanate out of the Commonwealth either because of a rebellion against the colonial power or, without a

revolution, depending on an act of Westminster. Civil law constitutions come out of revolutions or a civil or international war and are considered as the “*big bang*” which sets up a new constitutional order and determines as well as defines social justice. Thus once the constitution is established it provides for its further development that some basic principles have to be respected even by the constitution maker. Some actual constitutions provide such guarantees and the question is whether other constitutions should follow.

### **B) IS THE SOVEREIGN ALMIGHTY?**

There is, of course, one logical argument against such precautions: The sovereign is considered almighty. How can the sovereign limit itself with constitutional principles? Is this not a contradiction per se. As long as the constitution making power is a constitutionally mandated power the constitution can always limit this power. The question remains whether such power should be limited. Today several constitutions limit the power of constitution making. Turkey, Germany and Rumania are just some examples. Switzerland has limited the popular initiative to the mandated international law, but it has restrictively interpreted this mandatory international law and decided that e.g. the prohibition of minarets may well violate international law (human rights, principle of non-discrimination) but there is no possibility to consider this initiative as invalid. Finally the majority of the voters and the majority of the cantons have adopted an initiative which clearly violates basic international human rights principles. Such inconsistency should be avoided and actually there are different proposals to avoid constitutional amendments which are contradictory to basic international human rights.

Although, as some experiences of other countries in particular have demonstrated, it would seem appropriate to include a provision which would at least limit the delegated constitution making power, such clauses should only refer to the basic principles of the rule of law and no other specific issues which are considered by the actual constitution maker to be enshrined in the constitution as perennial.

## **V. CONCLUSION**

The renewal of the constitution has to follow the principles of legislation with the important difference that any procedure for the renewal of the constitution should not depend on a simple majority but be as inclusive as possible. The constitution making power has to find the spirit of the nation. The nation, however, has to be conceived neither as ethnic nor as purely civic. The nation has to include also residential and tax-paying foreigners.

In cases of a fragmented nation, the renewal of the constitution should always include the different communities and never exclude any important part of the citizens. The spirit of the nation can only be found in a democratic environment which respects the will of the people.