

ANAYASANIN YENİLENMESİ VEYA ANAHTAR KELİMELERİN BELİRSİZLİĞİ*

(THE RENEWAL OF THE CONSTITUTION OR ON THE VAGUENESS OF
KEY WORDS)

Dr. Dr.h.c. Eivind Smith

Oslo Üniversitesi Profesörü (Norveç)

Anayasa Hukuku Uluslararası Derneği Başkan Yardımcısı

ÖZET

Marmara Üniversitesi Yuvarlak Masa toplantısında ve özellikle Prof. İbrahim Kaboğlu sayesinde ortaya konan ve karşılıklılığın zorunlu temelinde dair, karşılaştırmalı anayasa hukuku öğrencileri açısından kusursuz olan bu çalışma üzerine tespitlerde bulunan Profesör Smith, daha sonra anayasal tartışmalarda kullanılan bir dizi anahtar kelimenin muğlaklığı üzerinde duruyor. Norveç dâhil olmak üzere, farklı anayasal kültürlerden örneklere başvuran Profesör Smith, sekülerizm (laiklik), dine dayalı yönetim ve özgürlük arasındaki ilişkiye; biçimsel değişiklikle (anayasanın esasına yönelik) diğer değişim yolları arasındaki ilişkiye ve “anayasa-üstünlük” ve “baskıya direnme hakkı” da dâhil anayasa değişimini sınırlama fikrine ilişkin farklı kavramlaştırma yolları arasındaki ilişkiye yönelik konuları tartışıyor. Profesör, anayasa hukuku uzmanlarıyla, yargıçlar da dâhil olmak üzere bu alanda çalışanların, sadece hukukçu olmadıklarını fakat her şeyden önce insan olarak, insan olma niteliğinin gerektirdiği sorumluluğa sahip olduklarını hatırlatarak bitiriyor.

Anahtar Kelimeler: Din, Dine dayalı yönetim/Dinsellik, Devlet kilisesi, Sekülerizm, Laiklik, Devletin tarafsızlığı, Din ve inanç özgürlüğü, Norveç, Anayasa değişikliği, Değişiklik usulü, Nitelikli çoğunluk, Anayasal değişim, Biçimsel değişiklik yapılmaksızın anayasa

* İngilizceden çeviren Gülден KURT.

değişimi, Değişiklik veya yeni anayasa, Değişikliğin sınırları, Anayasa-üstü normlar, Baskıya direnme hakkı

ABSTRACT

Embarking with some remarks about the excellent framework for students of comparative constitutional law on the imperative basis of reciprocity provided by the Marmara University round table, and in particular by Professor İbrahim Kaboğlu, Professor Smith insists on the vagueness of a number of key words used in the constitutional debate. Drawing on examples from different constitutional cultures, including Norway, he namely discusses aspects of the relationship between secularism (laïcité), confessionalism and the freedom, between formal amendment and other ways of changing (the substance of) the constitution, and between different ways of conceptualizing the idea of limits to constitutional change, including “supra-constitutionality” and the “right to resist oppression”. He concludes by reminding that constitutional law scholars and practitioners, including judges, are not only jurists, but first and foremost human beings with the inherent responsibility that this quality entails.

Key words: *Religion, Confessional state/Confessionalism, State church, Secularism, Laïcité, State neutrality, Freedom of religion and belief, Norway, Constitutional amendment, Amendment procedure, Qualified majority, Constitutional change, Constitutional change without formal amendment, Amendment or new constitution, Limits to amendments, Supra-constitutional norms, The right to resist oppression*

Anayasa Hukuku Uluslararası Derneği gibi ulusal ve karşılaştırmalı anayasa hukuku alanında okuyan öğrencilerden oluşan bir topluluk için, toplantıların yapıldığı ülkedeki tartışmaların durumuna ilişkin fikir edinmek birincil önemdedir. Anayasal sistemler, dinler ile ulusal sınırlar arasında demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi temel konularda tartışmalar düzenlemek de aynı şekilde önemlidir.

Marmara Üniversitesi ve sayın dostumuz ve meslektaşımız Profesör İbrahim Kaboğlu sayesinde bu oldukça ilginç yuvarlak masa toplantı-

tısına katılma fırsatını elde ettik. Sadece yabancı katılımcıların farklı usullerde ve dünyanın farklı bölgelerinde meydana gelen anayasa değişikliklerinin çeşitli yönleri üzerine görüşlerini sunmasına olanak verilmiştir. Bundan daha da önemlisi, bu ülke tarihinin önemli bir döneminde Türkiyeli meslektaşlarla konuşma ve onlardan bilgi alma olanağı da sağlanmıştır. Salondaki canlı ilgi de büyük ölçüde bu deneyimin bir parçasıdır. Hepsi bir arada yuvarlak masa, daha ileri boyuttaki düşünceler için verimli bir zemin sağlamıştır.

Bu iki gün boyunca ortaya atılan bir yığın soru arasından, müsaa-denizle, sadece birkaç tanesi üzerinde yoğunlaşacağım. Genel bir usupla ifade edilse de görüşlerimin tamamı, Türkiye’deki mevcut anayasal sistem üzerine yapılan tartışmalardan edindiğim izlenimlere dayanmaktadır; elbette ki anladığım oranda.

Bağlantı tamam, herbirimizin ele almak zorunda olduğu sorunlara cevaplar sunan araçlar olarak anahtar kelimelere duyulan güçlü inanç karşısındaki şüphecilik olarak ifade edilebilir.

I. DİN VE DEVLET

Türkiye Cumhuriyeti, dinin önemli rol oynadığı bir tarihin ürünü olduğu gerçeğini tüm diğer ülkelerle paylaşmaktadır. Böylece “laiklik” ile “dine dayalı yönetim” arasındaki seçime ilişkin temel sorular ve anayasal tercihlerin sonuçları bu noktada pek çok modern devlette ortaktır.

Öte yandan, herhangi bir anayasa ile bu anayasanın yönetmek durumunda olduğu ulusal ortam arasındaki karşılıklı bağımlılık, bu konulardaki sorunların bir ülkeden diğerine doğal olarak mevcut olan farklılıkların somutlaşması anlamına gelir: söz konusu yönetim şeklinin tarihi ve kendi bilinci, esasında, hem anayasanın kendisini ve –hatta daha da fazla – zaman içinde geliştirilen anayasa pratiğini biçimlendirir.

Bu nedenle, bundan daha önemli olan, devlet ile bir “politik hayvan” (*zoon politicon*) olan vatandaşları arasındaki ilişkinin temel niteliğini vurgulamak; böylece dinsel boyutla da az çok yakın bir ilişki beslemeye yönelik gerekçelere dair insanlığın ortak tarihinden çıkarılan dersleri akılda tutmaktır. Dinler adına çok fazla zulüm yapılmıştır. Altın, toprak veya su kavgalarındaki maddî çıkarların temel *casus belli* olduğu durumlarda, umarım ki din bir daha asla kılıf olarak kullanılmaz.

II. TANRI VE HÜKÜMDAR

Anayasaya göre sekülerizm (laiklik), modern Türkiye'nin temellerinden biridir. Anayasanın Başlangıç Bölümü, "laiklik ilkesi"ni vurgular. 2. maddeye göre, Türkiye Cumhuriyeti, "demokratik, laik ve sosyal bir devlet"tir. Bu nitelikler, "değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez" (madde 3).

Güncel tartışmalarda "laiklik" ve "dine dayalı yönetim" kelimeleri, sıklıkla öncelikli koz olarak kullanılmaktadır. Anayasada yazılıysa veya başka resmi biçimlerde ilan edilirse bu kelimelerin sembol rolü vardır. Sembollerin önemi ise kesinlikle küçümsenmemelidir. Fakat bunlar tek başlarına söz konusu toplumdaki yasa ve olaylar hakkında pek az bilgi verirler. Başka bir deyişle, resmî beyanlar sadece başlangıç noktası olabilirler, asla hikayenin sonu olamazlar.

"Gerçeklik" bakımından ne ifade ederlerse etsinler, laiklik ve dine dayalı yönetim gibi kelimeler, Tanrı'nın ve Hükümdarın hükmettiği alanlar arasındaki gerçek bölünmeye ilişkin seçimlerdir. Bununla birlikte, seküler ve dinsel alanlar arasındaki etki akışı iki yönlü de olabilir. Belirgin bir maksatla değerlendirildiğinde "laik" devlet, en açık biçimde tanımlanan devlet olmaktadır. Örneğin, tarihte en çok bilinen "laik" cumhuriyet örneklerinden ikisinin – Fransa ve Türkiye – kuruluşu, farklı devlet kurumları üzerinde tarihsel olarak oluşmuş dinsel etkileri sınırlamaya veya bu etkilerden kurtulmaya yönelik planlı çabaların sonucu olarak görülebilir. Hatta amaçlanan, dinî liderleri laik devlet güçlerinin denetimine sokarak durumu tamamen tersine çevirmek de olabilir.

Diğer taraftan, "dine dayalı yönetim" niteliğindeki anayasal rejimlerin ardında yatan niyetler, her zaman net olmak zorunda değil. Bir bakıma, yönetimin siyasî organlarını dinsel ilkelere veya – en azından – söz konusu dinsel hiyerarşilerin hükmüne sunmak için gerekli araçlar olarak anlaşılabilirler ki, anayasal rejimlerde şeriate gönderme yapmanın anlamı ve/veya etkileri üzerine mevcut tartışmalar bunun örneklerini sunmaktadır. Diğer bakımdan, söz konusu dinsel hiyerarşileri laik denetime tabi kılmaya yönelik (her zaman açık olmayan) bir programın sonucu olarak da açıklanabilirler.

Sadece kilisenin Orta Çağ boyunca edindiği mal varlığına ilişkin olarak değil, iç işlerine ilişkin olarak da son sözün Krala bırakılması nedeniyle, Kuzey Avrupa'nın Lüteriyan "mezhep devletleri", bu ikinci

örneğe dâhil kabul edilmelidir. Politik terimlerle, bunların başlangıçtaki amaçları, elbette Katolik Kilisesinin dünyevî arzularını sona erdirmektir.

Bugün bile, “devlet kilise” sisteminin unsurlarının Kuzey-Batı Avrupa’da, en azından kısmen dünyevî devlet gücünün dinsel hiyerarşi üzerinde asgari denetim sağlamaya yönelik arzusu nedeniyle, devam etmekte olduğu görülmektedir.

III. “LAİKLİK” = “DEVLETİN TARAFSIZLIĞI”?

“Laiklik” tam olarak ne ifade etmektedir? Elbette cevap, söz konusu ülkedeki yasa ile somut durum arasında bir ayırım ve kavramın kendisi üzerine daha genel gözlemler yapmalıdır. Kavramın bu halinin, devlet ile dinler (veya dinsel topluluklar) arasında bir çeşit ayrılık anlamında olduğunu söylemeye gerek yok. Fakat karşılaştırma denemelerinin de gösterdiği gibi, “ayrılık” farklı biçimlerde ve farklı derecelerde gerçekleşebilir.

Bir anayasal düzenin (az veya çok) laik niteliğinin tespitinde sıkça kullanılan bir ölçüt, söz konusu devletin farklı dinler ve/veya dinsel gelenekler karşısında benimsediği “tarafsızlık” derecesidir.

Bu, bir başlangıç noktası olarak oldukça makul görünmektedir. Fakat tarafsızlık, ilk bakışta düşünebileceğinizden çok daha karmaşık bir kavramdır. Örneğin, devlet kurumlarının, kamu düzeni gereklerinin zorunlu kıldığı durumlar haricinde, mesela ceza hukuku alanı gibi, kesinlikle müdahale etmemesi durumunu mu ifade etmektedir? Yahut laik devlet yasalarının izin verdiği ölçüde ve eşitlik ölçütüne göre pozitif destek sağlanması mıdır? Eğer evetse, biçimsel bir eşitliği mi yoksa örneğin herhangi bir dinsel topluluğun baskın, marjinal, tarihsel veya “yeni” statüsüne bağlı olarak bir tür telafi önlemlerini mi (“pozitif ayrımcılık”) kapsar? Din ve inanç özgürlüğü bakımından, inancı olmayan (topluluklar) da kiliselerin ve diğer dinsel topluluklarınkine benzer bir statüye sahip olmalı mıdır?

Dünyadaki bütün anayasal ve diğer toplumsal mücadele alanları, bir yığın benzer ikilem sunar. Peki, ya günlük yaşam? Cuma veya Pazar günleri (Müslüman veya Yahudi meslektaşlara ve öğrencilere saygı icabı) üniversitelerde toplantı yapmaktan kaçınmalı mıyız veya birçok Avrupa ülkesinde hafta sonlarında – çoğu kez özellikle Cuma ve Cumartesi günleri – yuvarlak masa toplantıları düzenleme geleneğinin korunması kabul edilebilir mi? Ve günlerin adları gibi görünüşte basit me-

seleler ne olacak?: (İngilizce adı ‘Thursday’, Norveççe adı ‘Torsdag’ veya Almanca adı ‘Donnerstag’ [aslında, Thor’un yıldırım gönderdiğine inanılırdı] olan günde) gelecek Perşembe toplantı yapılmasını kararlaştırarak Old Norse (veya Alman) tanrısı Thor’u anmak, Hristiyan, Müslüman veya diğer tektanrılı dinlere mensup olanlara karşı bir hakaret olmaz mı?

Belki toplumlarımızın tarih tarafından, dinsel gelenekler tarafından biçimlendirildiğini açıkça kabul etmek en duyarlı cevap olacaktır. Elbette ki insanlar, ne “yanlış” günde ibadet etmeye zorlanmalı ne de açıkça kendi inançlarına karşı olan ihmale dayalı eylemlere maruz kalmalı (örneğin bir kısım dinsel emrin ceza hukukuna dâhil edilmesi gibi). Fakat bu gibi ön koşulların, sınırların belirlenmesine ilişkin sorunların ortadan kaldırılması bakımından hiçbir faydası yoktur. Bu sorunlar, sadece “tarafsızlık” veya “laiklik” gibi soyut formüllere başvurarak çözülemezler.

IV. LAİKLİK, DİNE DAYALI YÖNETİM VE DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ

Muhtemelen bu konuların tartışılmasının en önemli nedeni, bunların din ve inanç özgürlüğü üzerindeki olası etkileridir. Anayasal laiklik (onun belirli biçimleri), bu özgürlükleri korumak açısından olmazsa olmaz koşul mudur?

Karşılaştırmalı hukuk, Tanrının ve Hükümdarın alanlarının nasıl bölünmesi gerektiği konusunda aydınlatıcı ve açıklayıcı cevaplar sunmaktadır. Her şeyden önce, din ve inanç özgürlüğüne ilişkin temel gerekliliklerin gerçekleştirilmesi için (tabii belli sınırlar dâhilinde) bir yığın olanak olduğunu göstermek gerekir. Bundan başka, ilgili anayasa metniyle mahkemelerin veya başka yetkili aktörlerin konuya ilişkin yaklaşımı arasında doğrudan bir bağlantı olması gerekmediğini söylemek gerekir. Hatta anayasa metniyle farklı inançlardan (veya inancı olmayan) insanların tecrübe ettiği toplumsal gerçeklikler arasında da doğrudan bir bağlantı yoktur.

Avrupa’daki güncel tartışmalar, bu noktada minare inşa edilmesine ilişkin İsviçre’deki referandumdan, kadın veya homoseksüel rahip veya piskopos atanmasına dair kimi zaman kışkırtılan tartışmalardan, okul ve diğer kamu kurumlarında islamî başörtüsünün yerine ilişkin mahkeme

kararlarından ve devlet okullarında din eğitimi veya (haç gibi) dinsel sembollerin kullanımına ilişkin bir dizi sorundan bahsetmektedir.

Yine de “Arap Baharı” (2011’den bu yana) kaynaklı siyasî rejimlerin “laik” veya “dine dayalı yönetim” niteliği, ortak geleceğimiz açısından çok daha önemli görünmektedir.

V. DİNE DAYALI YÖNETİM VE NORVEÇ’TE DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ

Benim ülkemdeki durumun unsurları, bir yandan laiklik ve dine dayalı yönetim, diğer yandan din ve inanç özgürlüğü gibi ister istemez belirsiz olan anahtar kelimeler arasındaki ilişkinin göreceliliğini örneklemek için kullanılabilir.

Bugünkü (2011) haliyle Norveç Anayasası; din işlerini, piskopos ve kıdemli rahiplerin atanması ve görevden alınmasını da kapsayan (madde 21-22) Kral’ın otoritesine sunarak (Konsey’le birlikte, bkz. madde 16 ve 27-31) mezhep devleti yapısını (madde 2) büyük ölçüde olumlamaktadır. Bu izlenim, Kral’ın kendisinin de Evanjelik-Lüteriyen inanca sahip olduğuna ve bu inancı savunma zorunluluğu olduğuna (madde 4) ve Evanjelik-Lüteriyen kiliseye ilişkin konularda karar verilirken Devlet Konseyi’ne (hükümete) üye olmayanların hariç tutulmasına (madde 12) dair hükümlerle daha da güçlenir.

Başka bir ifadeyle: Norveç halen resmî bir kiliseye veya bir devlet kilisesine sahiptir; kilisenin kendi din özgürlüğü bakımından tamamlayıcı güvenceler vardır. Peki, diğerlerinin din özgürlüğü ne durumda?

Yukarıdaki hükümleri anlayabilmek için, anayasanın (söz konusu bölümlerinin) yaşı dikkate alınmalıdır: Aslında bu hükümler, aşağı yukarı iki asır önce (1814) kabul edildikleri halleriyle korunmuştur. Bu halleriyle diğer inançlardan (veya inançsız) olan kimselere karşı hemen hemen ayrımcılık buyurmaktadır. Fakat kabul edildikten sonraki ilk on yıllık süreçte, olağan yasalar bu anlamda hızla eklenmiştir; bu arada din özgürlüğüne ilişkin ilk yasa teklifi taslağının hiçbir zaman anayasa metnine dâhil edilmemesi de işleri zorlaştırır. Bu anlamda din ve inanç özgürlüğüne yönelik modern standartlar karşılanmaktan hayli uzaktır.

Yine de durum zamanla iyileşmiştir. Bugün (2011), kimse Norveç’te bu standartların ciddi tehdit altında olduğunu düşünmez. Başka bir deyişle, yerleşik bir kilise ile geniş bir din ve inanç özgürlüğüne sahip diğer topluluklar arasında birarada yaşam seviyesine ulaşmış durum-

dayız. Bu arada Norveç, günümüzde bu durumun Avrupa'daki tek örneği de değildir.

Bugünkü durumu anlamak için, 1964 yılında (Anayasanın kabulünün 150. yılı vesilesiyle) din ve inanç özgürlüğüne ilişkin açık bir hüküm nihayet eklendiğini (madde 2§1) hatırlatmak faydalı olacaktır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme, Anayasanın devletin dinsel niteliğine ilişkin hükmünün (madde 2 § 2) – artık – Parlamentoda basit çoğunlukla kabul edilen yasaların esasını teşkil etmediğini açıkça ifade etmiştir¹.

Daha da önemlisi, siyasanın din ve inanç özgürlüğüne genel bağlılığı ve bunun yasal devamlılığıdır. Norveç sadece medenî ve siyasî haklara ilişkin tüm temel uluslararası sözleşmeleri onaylamakla ve (yazılı hukuk düzeyinde) iç hukuka dâhil etmekle kalmamıştır. Parlatmentonun, miras alınan yerleşik kilise sistemine ilişkin mevcut anayasal hükümleri kaldırması için üçte iki çoğunluk şartı aranmaması, Norveç Kilisesi ile diğer dinsel topluluklar arasında, bu topluluklara üyeleri oranında devletten mali destek görme hakkının tanınması yoluyla eşitlik sağlanması yönünde yasaların gelişmesi de tartışılabilir.

Uygulamada, bir derneğin, (vb. kuruluşların)bu tür bir destek alma hakkı bulunan gerçek dinsel dernekler arasına kabul edilmesi için öngörülen ölçütler oldukça liberaldir. Dahası bu haklar, inancı olmayan topluluklara kadar genişletilmiştir; böylelikle, “The Norwegian Humanist Association”, ülke nüfus büyüklüğüne kıyasla dünyanın en büyük derneği olmuştur².

Bu bakımdan bugünün Norveç’inde yasal statü kadar uygulama da, üst derecede özgürlük ve inanç özgürlüğü sağlayan *pozitif* laik devlet olarak nitelenebilen devlete oldukça yaklaşmıştır. Mezhep devletinden geriye kalan, sadece daha önce belirtilen anayasal düzenlemelerdir.

O halde yönetimin siyasi kurumlarının sonunda ileriye doğru önemli adımlar atmanın eşliğinde olmasında şaşılacak bir şey yoktur: 2008 yılında sağlanan geniş bir siyasî uzlaşma uyarınca, bu konulardaki temel anayasa hükümleri, büyük ihtimalle 2012 yazında kaldırılacaktır. Elbette bu, devlet ile Norveç Kilisesi arasındaki özel bağların tümüyle

¹ Karar için bkz. *Norsk Retstidende* 1983 p. 1004.

² Websitesine göre “The Norwegian Humanist Association, etik anlayışını insanî değerlere dayandıran insanlar için kurulan bir örgüttür” (<http://human.no/ Servicemeny/ English/>).

ortadan kaldırılmasını (henüz) kapsamayacaktır. Fakat ruhban sınıfının devletin işleyişi üzerinde belli bir denetime sahip konumda olduğu zamanlar çok geride kalmıştır. Bugün artık, Kilise üzerinde belli bir denetimi (diğerlerinin aksine, bu topluluğun din özgürlüğüne potansiyel zararı olan yollarla) elinde tutmak için asgari yasal dayanağı tümüyle gözden çıkarmak istemeyen devlettir.

Yakın gelecekteki anayasa reformu, muhtemelen farklı yollarla da olağan yasalarla daha önce kurulmuş olan dengeyi teyid edecektir. Bilhassa dinsel veya inanca dayalı tüm toplulukların kiliseyle aynı miktarda devlet yardımına erişme hakkının anayasalaşmasından bahsedilmelidir. Bu anlamda – pek azımızın çok geç kalmış gözüyle baktığı – reform, gerçek bir yeniliğe yol açıyor görünmemektedir.

Norveç örneği, devletin anayasadaki “laik” veya “dinsel” niteliğinin, gerçek anlamda güvence altına alınmış din ve inanç özgürlüğü bakımından her zaman belirleyici olmadığını göstermektedir. Sembolik hükümler farklı üst düzey çözümlerle birleştirilebilir; “dinsel” bir devlette din ve inanç özgürlüğü gerçekliğe ilişkin bir çelişkiden ziyade, bichimsel bir çelişki ifade eder.

Din temelinde ayrımcılık yapmama ilkesine gerektiği gibi saygı duyulduğu ölçüde, karşılaştırmalı hukuk, görünüşte karşıt anayasal rejimlerin eşit derecede kabul edilebilir sonuçlar ortaya koyabildiğini göstermektedir. Yasal rejimi, ilgili toplumun tarihi ve kendini ifade biçimi ışığında anlamak, bu temel alandaki modern standartlara saygı duyulmasını önlemez. Bu konular sadece Türkiye’de karmaşık değildir.

VI. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ USULÜ

İdeolojik bir bakış açısıyla, demokratik istekleri olan bir yönetim şeklinin anayasası, (meşhur Philadelphia ifadesini de hatırlatarak), “halk”ı oluşturan “biz”lerin kendi kendimizi nasıl yöneteceğimize karar verdiğimiz bir sözleşmedir.

Zaman zaman değişikliklere ihtiyaç olduğuna karar verebiliriz. Sürekli bir çıkmaza saplanma riskini almadan ve makul derecede halkın gözünde meşruiyet kazanmak ve halkın katılımını sağlamak için nasıl bir yol izlemeliyiz? Değişiklik için gereken bütün “talimatlar” bir ülkeden diğerine büyük oranda farklılık gösterdiğinden, karşılaştırmalı anayasa hukuku, farklı çözümlerin bir listesini verir. Biz burada, anahtar unsur-

lardan ikisi olan *süreklilik* ve *çoğunluk* arasındaki ilişki üzerine yoğunlaşacağız.

Genellikle anayasalar, metinde değişiklik yapılması için asgari bir zaman aşımı gerektirir. Çoğunlukla bu sistemler – parlamentonun iki meclisi, referandum veya birinci ve ikinci değişiklik oylamaları arasında parlamentonun yenilenmesi, gibi – farklı kurumların da müdahalesini içerir.

Bundan daha da sıklıkla rastlanan; anayasa değişikliklerinin, kabul edilebilmeleri için, belirleyici kurumların nitelikli çoğunluğunun onayı gereklidir (belirli bir yeter çoğunlukla veya yeter çoğunluk olmadan). İki unsur bir arada olabilir veya olmayabilir. Belli bir anayasal katılığı korumak için tek ve asıl çözüm olarak kendilerini nitelikli çoğunlukla sınırlandıran ülkeler, değiştirilen anayasanın halkın gözünde belli bir derecede meşruiyet kazanmasını sağlayabilirler. Bu, durumun söz konusu değişikliği gerektirdiğinin görülmesi halinde olabilir; fakat en çok da oylama, geniş destek sağlanacak bir biçimde dikkatle yapılırsa gerçekleşir.

Öte yandan bu sistemler, bir nitelikli çoğunluğun, sayısal üstünlüğünü kullanarak büyük oranda tartışmalı değişiklikler kabul etme riskine de maruz kalır. Anayasa metnindeki değişikliklerin her zaman uzlaşmaya dayanmak zorunda olmadığı açıktır; böyle bir gereklilik, anayasa değişikliği yetkisinin, özgün siyasî değişimler ortaya koymanın aracı olarak kullanım olanaklarını kolayca ortadan kaldırabilir.

Burada söz konusu olan daha çok, çoğunluğa ilişkin şartları yerine getirme imkânının bütünüyle seçim sisteminin şekline ve niteliğine (nispî, çoğunluk veya karma) bağlı olmasıdır; böylece çıkacak sonuç, kamuoyunda hâkim olan havaya göre meydana gelen kısa vadeli yön değişimlerinin etkisine açık olur. Bu durum, kendi kendine yönetme konusunda, uzun süreli olması umulan bir “halk sözleşmesi” olarak anayasa fikrine kesinlikle uymamaktadır.

Sonuçta son sözü, başka önemli güvenceler olmaksızın nitelikli çoğunluğa bırakmak, böylesi bir anayasal sistemin meşruiyetini kolayca zedeleyebilir. Mesele belli değişikliklerin sağduyulu olup olmaması değildir. Anayasal yapının meşruiyetini uzun vadede sağlayabilecek dengeyi kazandıran usul gerekliliklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkindir.

2011 yılında Macaristan Parlamentosundaki nitelikli çoğunluk, sayısal üstünlüğünü, ülkedeki diğer siyasal erkler tarafından şiddetle eleştirilen unsurlarla dolu yeni bir anayasa kabul etmek için kullanmıştır. Türkiye Meclisinde hiçbir parti tek başına üçte iki çoğunluğa sahip ol-

madığından 2011 genel seçimlerinin sonucunda, benzer bir durumun Türkiye’de de yaşanması önlenmiştir³. Böylelikle tasarlanan anayasa değişiklikleri (veya yeni anayasa), zorunlu olarak, yeni mecliste bulunan siyasi partilerden en az ikisinin dâhil olacağı bir süreç sonunda ortaya çıkacaktır.

Macaristan örneğiyle kıyaslandığında, sürekliliğe ilişkin şartlar, örneğin değişiklik tekliflerinin sonucunu, bir sonraki genel seçimlerde oluşacak parlamentodaki son oylamaya bırakmak, sayısal üstünlüğün kötüye kullanılması ihtimalini azaltmaktadır. En azından son sözü parlamentonun sahibi olan seçmenlere bırakmak, tüm aslî oyuncuların üzerine, zorunlu olarak bir derece belirsizlik yüklemektedir. Anayasanın geleceği bakımından bir miktar belirsizlik sağlık göstergesidir.

VII. “ANAYASA DEĞİŞİMİ”

Muhtemelen pek çok insan anayasa değişimi ve anayasa değişikliğinin aynı şey olduğunu düşünmektedir. Fakat biçimsel değişiklik, aslında değişimin bir biçimini ifade etmekle birlikte başka biçimler de mevcuttur.

Bir bakıma, anayasa metnini değiştirmek, her zaman, bu toplumdaki siyasî ve hukukî aktörlerin zihniyetlerinde de aynı şekilde değişimler meydana geleceği anlamına gelmez. Şimdilik, “Arap Baharı”nın sonuçları, farklı anayasaların kaçınılmaz olarak dinsel ve kültürel miras, sosyo-ekonomik gelişmişlik, güçlü bir orta sınıfın varlığı ve sivil toplumun durumu gibi faktörlere bağımlı olduğunun altını çizmektedir. Yuvarlak masa toplantısı süresince, Mısır’da devam etmekte olan gelişmelere dikkat çekilmiştir.

Bir başka bakımdan, siyasi rejimdeki önemli değişikliklerin, biçimsel anayasa ile oluşturulmuş olan kurumsal ve özsel çerçevede dâhilinde meydana gelebileceğini belirtmek gerekir, yani: anayasa metnini değiştirmeden. Amerika Birleşik Devletleri başkanının zaman içinde değişen rolü, “Beşinci Cumhuriyet”in, Fransız Ulusal Meclisinde cumhurbaşkanının çoğunluğa sahip olmaması (“cohabitation”) durumuna göre farklı yüzleri veya Norveç Kralı’nın önemli bir siyasi aktör olarak

³ Yuvarlak Masa toplantısının yapıldığı tarih olan 2011 Nisan’ı sonunda seçimler henüz yapılmamıştı. Rus Douma’sındaki Aralık 2012 seçimlerinin de benzer bir sonuç ortaya koyduğu eklenebilir.

hemen hemen hiç değişmemiş olan anayasal çerçeve içinde azalmakta olan rolü, bir yığın farklı örnekten birkaçıdır.

Siyasi seçimlerin asıl önemi, liberaller, muhafazakârlar, radikaller, milliyetçiler veya çoğunluğun (ve yönetimin) tüm diğer siyasi renkleri arasında değişimlere imkân vermesidir. Farklı çoğunluklar, anayasal çerçevenin gündelik politikalara ayırdığı alanı farklı biçimde kullanabilirler. Fakat anayasa açısından bakarsak bu değişimler, bir sorun olmaktan uzaktır. Aksine, bunun mümkün olması, ard arda gelen hükümetlerin dayandığı anayasa açısından bir başarı işaretidir.

Anayasanın en önemli *varlık nedeni*, tam olarak, asıl siyasî yaşam için bir *çerçeve* oluşturmak ve sonrasında bu çerçeveyi geliştirmektir. Siyasete ait sorulara cevaplar bulmak amacıyla olmamalıdır. Bu nedenle “hepsi-içinde” biçiminde oluşturulan anayasalar başarısız olmaya mahkumdur.

VIII. BİÇİMSEL DEĞİŞİKLİK OLMADAN DEĞİŞİM

Bununla birlikte anayasal çerçevenin kendisi de, biçimsel bir değişiklik olmaksızın, değişime uğrayabilir: anayasanın esasının mahkemelelerin veya ilgili başka aktörlerin “yorum”u yoluyla ve buna karşılık gelen değişiklikleri beklemeksizin, değişebileceğini uzun uzun kanıtlamak gerekmez. Gerçek “değişim” ile tamamen meşru “yorum” arasında çizilen sınırın nadiren uyumlu olduğu ve bunun asla sabit bir durum olarak değerlendirilemeyeceği gerçeği, ilgili aktörleri tam olarak ne olup bittiğini ayrıntılı olarak açıklamaya zorlamadan bu değişimleri kolaylaştırabilir.

Bu şekilde anayasal değişimi başarmak için hangi usulün seçilmesi gerektiğine ilişkin soru, biçimsel değişiklik alanının daha ötesine taşınmalıdır: uygun düşen anayasa metni değişiklikleri olmaksızın gerçekleşmesi bakımından örtük olan esasa ilişkin değişimin farklı türleri de mevcut olabilir.

Metin değişmeden kaldığı ölçüde anayasanın anlamı açısından mutlak istikrar bir seçenek değildir. Tüm diğer metinlerde olduğu gibi, anayasanın gerçek anlamını belirlemek istiyorsak “yorum” kaçınılmazdır. Fakat belli bir noktadan sonra, metni açıkça değiştiren bir değişimin,

örtük niteliği olan esasa ilişkin değişimden daha tercih edilebilir olup olmadığını sorgulamamız gerekir.

Farklı seçenekler arasından yapılacak tercihin dayanması gereken savlar arasında, usulün saydamlığı önemli bir yere sahip olmalıdır: tartışmalar, geniş kitlelere – ideal olarak da ilgili yönetimin tüm üyelerine açık olmalı mıdır? Ya da aksine duruşmadaki taraflar ile hüküm vermesi istenen hâkimlerle mi sınırlı olmalıdır? Benzer bir seçim, belirli bir dönemde anayasanın anlamı belirlerken, siyasi partilerle devlet kurumlarının yoğun olarak, en azından *de facto*, sürece dâhil olması durumunda da söz konusu olur.

Bu tür sorulara tavizsiz cevaplar vermenin, açık usulleri çok daha fazla desteklediğine inanıyorum. Ortaya çıkan esas olarak yeni anayasal normun meşruiyeti ve ilgili anayasanın hem sembolik hem de yasal gücünün sağlamaştırılması ihtiyacı söz konusu olduğunda da aynısı geçerlidir: neticede amacı; hâkimler, siyasetçiler veya kamu görevlileri oligarşisinin bir aracı olmak yerine, kendi kendini yönetmeye yönelik “halk sözleşmesi” olmak değil midir?

IX. ANAYASAYI DEĞİŞTİRMEK VEYA YENİ BİR ANAYASA KABUL ETMEK?

Değişikliğin amacı, yeni bir siyasî rejimin kurulmasıysa, tamamen yeni bir anayasa gerekli olabilir. Eğer söz konusu olan mevcut rejimin ileriye doğru dönüşümüyse, doğal olarak seçim mevcut anayasanın bölümlerini değiştirmekle önceki anayasada belirtilen değişiklik usullerine göre tamamen yeni bir metin kabul etmek arasında olacaktır.

1953 Danimarka Anayasası, ikinci tekniğin kullanımına dair karşılaştırmalı anayasa hukukunun sunduğu örneklerden biridir: Metnin büyük bölümü esasında, mutlak monarşinin 1849’da sona ermesinden bu yana ülkede kullanılan önceki üç anayasadan alınmıştır. Buna karşın, bugünkü Norveç Anayasasındaki hükümlerin aşağı yukarı üçte ikisinin yıllar içinde değiştirilmiş olması, bu anayasayı 1814 tarihli bir metin olarak ifade etmemize engel değildir.

Aslında “eski” ve “yeni” arasında sınır çizmek kolay olmayabilir. Aksine, bir rejimin “yeni” olarak nitelenmesi için gerekli değişimin türü

ve/veya derecesini “objektif olarak” belirlemek söz konusu olduğunda hemen anlaşmazlıklar ortaya çıkacaktır. Yeni bir anayasa metnini, bilhassa sembolik nedenlerle, tamamen “yeni” bir anayasanın kabulünü gerekli hale getirebilen, uzun süreli bir ard arda gelen anayasal değişimler sürecinin biçimsel sonu olarak görebilir miyiz? Veya aksine yeni bir anayasanın kabulü, metinde yüceltilen yeni yönelimlere uyan veya uymayan bir siyasî dönüşümün başlangıç noktası olarak mı anlaşılmalı?

Bu iki hipotez aslında tek bir anahtar soruda birleşmektedir: yeni metin, yine kendi kurduğu yönetim aygıtlarına yönelik yeni veya güçlendirilmiş bir meşruiyet kurulmasına ne ölçüde katkıda bulunabilir?

Bu bağlamda; başkaları, onlar ve öncekiler arasındaki farkların ileri sürülenden çok daha büyük olduğunu ileri sürmekle meşgulken, eski rejimin “hakikî” selefleri olarak ortaya çıkan gerçek anlamda yeni yöneticilere dair tarihsel örneklerini çok daha kolay saptayabiliriz.

X. DEĞİŞİKLİĞİN SINIRLARI?

Anayasada öngörülen usul şartlarına uygun olarak kabul edilen herhangi birşey, mevcut anayasada yapılan değişiklikler olarak kabul edilebilir mi? Usul kurallarının sıkı gözetimi altında kabul edilen anayasa değişiklikleri, esas bakımından anayasa aykırı olabilir mi?

Sorunun iki ayrı soru olarak bölünmesi daha iyi olur. Birincisi: değişiklik yapma yetkisine yönelik esasa ilişkin sınırlar var mıdır? İkincisi (eğer ilk soruya evet dendiye): değişiklik yapma yetkisinin kapsamına ilişkin bir belirsizlik olması halinde son söz kime aittir?

Öncelikle; bu alandaki tartışmaların, sıklıkla, doğası itibariyle son derece iyi kabul edilen anayasal statükoyu başlangıç noktası olarak aldığından, böylece anayasa değişikliğine getirilen sınırların aktif şekilde gözetilmesinin desteklendiğinden bahsetmek faydalı olabilir. Fakat statükonun iyi (veya alternatiflerinden daha iyi) olduğunu ve kimin için iyi olduğunu nasıl bilebiliriz? Hemen tek bir örnek düşünelim: Avrupa’nın pek çok yerindeki komünist yönetimlerden bildiğimiz, iktidar partilerinin statülerinin “ölümsüz” niteliğine dair anayasa üstü normlar ne olacak?

En azından kısmen cevap, bu sınırların kaynaklarına bağlıdır. Elimizde başlıca iki alternatif vardır. Biri, çok az ulusal anayasada karşılaş-

tığımız bu “anayasa üstü” normlar. Türkiye Anayasasının (bkz. yukarıda, temel niteliklerinden bazılarının değiştirilemezlik özelliğine ilişkin) 3. maddesi bunlardan biridir.

Diğeri, din, ahlak, ilkeler veya Dworkin veya Montesquieu gibi (neden olmasın?) yasa dışında kaynaklara yapılan atıflardan oluşmaktadır. Pek azı “anayasacılığa” başvuracaktır; belli bir anayasaya saygı talep etmek için değil; daha ziyade, demokrasi, hukukun üstünlüğü, haklar ve özgürlükler gibi ortak olduğu düşünülen değerlerin ifadesi olarak. Bu bakımdan, bu tür savlar, doğrudan doğal hukuk, din, ahlak ve benzerlerine yapılan açık göndermelerin maruz kaldığı aynı şüpheciliğe, kaçınılmaz olarak, maruz kalacaktır.

İlk alternatifi (anayasa üstülük hakkındaki hükümler) ön plana koymak, aşağı yukarı “doğru” cevabı avukatlara ve yargı kurumlarına bırakmak anlamına gelir. Anayasa değiştirme yetkisi, olanın aşmaması gereken sınırlamalara ilişkin olarak son sözün (anayasa) hâkimlerine ait olduğunu kabul edersek, bu seçim daha da güçlenmiş olur. Fakat bu seçenek en azından, halk egemenliği ilkesine bağlı yönetim biçimlerinde kabul edebileceklerimizin sınırındadır: mademki olağan yasaların yargısal denetimi, anayasa değişikliği yetkisi olanın, geleceğe dönük etki yaratan yargısal seçimleri düzeltmesi olanağını yaratıyor, anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimi, anayasanın gelecekteki anlamı üzerine son sözü, yalnızca hükümetin yargı kurumlarına bırakmak demektir⁴.

Farklı alternatiflerle ilgili son seçimin duruma ve söz konusu olan anayasal sisteme bağlı olabileceğini kabul ediyorum: neticede, Yüksek Mahkemenin, anayasanın anayasa üstü “temel yapı”sına⁵ ilişkin kendi doktrini lehine oldukça başarılı eylemleriyle göze çarpan Indira Gandhi Hindistan’ı, örneğin bugünün Norveç’inden bir hayli uzaktır. Fakat bununla beraber, tam da yargısal korumaya getirilen “anayasa üstü” sınırla-

⁴ Bu görüşlerle ilgili şu çalışmama bkz. “Old and protected? On the ‘supra-constitutional’ clause of the Constitution of Norway”, *Israel Law Review* 44:3 (2012 – yakında çıkıyor).

⁵ Bkz. Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine* (New Delhi, 2009: Oxford University Press).

rın başlangıç noktasının, demokratik hedefleri olan toplumlarda büyük şüphelere açık olduğuna inanıyorum.

Bunun aksine, anayasa değişikliklerine yasaya dayalı değil, ahlaka, vb. dayalı getirilen sınırlar hakkındaki seçenekleri açıkça desteklemek, son takdiri çok daha geniş bir kitleye bırakma eğiliminde olmaktır: din, ahlak, vb. alanında avukatların, yasa dışındaki normatif değerler üzerine düşüncelerinin her zaman başkalarının düşüncelerinden daha doğru olmak zorunda olmadığı açıktır. Bu anlamda açıkça normatif olan seçenek, halka “anayasayı geri verme”ye yaklaşmaktadır.

XI. BASKIYA DİRENME HAKKI

Anayasa değişikliğinin gerçek sahipleri üzerine şu ana kadar söylenenlerle, Aydınlanma’ya ve modern anayasalar çağının başlangıcına kadar giden anayasacılık geleneğinin temel bölümüne ulaşılır. Bana göre, anayasa değişikliklerine getirilen anayasa üstü sınırlar konusundaki güncel tartışmalar, nadiren, geleneklerimizin bu bölümünü hesaba katmaktadır.

Yüksek demokratik iddiaları olan her anayasanın dayandığı kuşkusuz bir miktar hayali “sözleşme”yi anımsatmayı kişisel olarak faydalı buluyorum: rejimin dayandığı temeller ihlal edilmediği sürece prens, yönetim hakkını (ve külfetini) elinde tutar. Sözleşmeye uyulmadığı takdirde halk, karar verme yetkisini tekrar eline alır. Gerekirse, belki de rejimi devirip yeni bir anayasa için temel atmak suretiyle, direnişe başvurabilir.

Kimi zaman bu ilke, anayasal nitelikteki metinlerde açıkça ifade edilir; “baskıya direnme”yi, insanın doğal ve sürekli haklarından biri olarak ilan eden 26 Ağustos 1789 tarihli “İnsan Hakları ve Yurttaş Beyanamesi”nin meşhur 2. maddesi örneğinde olduğu gibi. Yine çok meşhur 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (*Grundgesetz*) 20/4 maddesi de, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan anayasalar çağının önemli bir örneğidir.

Yine de bu türden hükümlerin yasa ve ahlak arasında bir yerde bulunduğu açıktır. Bu özel alanda, doğru sınırlandırma bana oldukça önemsiz görünmektedir: benzer normlar ortaya koymayan anayasalar

dahi, “onlar”ın değil, “bizim” olan anayasa hakkındaki temel ideoloji ışığında anlaşılması gerektiği iddiası makul olabilir. Prensi değil, halkı anayasal seçimlerdeki asıl söz sahibi olarak tanımanın önemini tarih pek çok kere kanıtlamıştır.

Anayasa hukukçularının ödevi her zaman kolay değil, özellikle siyasi gücün kapsamı ve kullanımına ilişkin zor sorular gündeme geldiğinde, karar almak durumunda olan hâkimler söz konusu olduğunda. Sadece hukukçu değil, her şeyden önce insan olduğumuz gerçeğiyle birlikte, bu karmaşa daha da zorlaşıyor. Hal böyle olunca “hukuk” namına her şeyi kabul etmeye razı olmamız gerekiyor.

KAYNAKÇA

Eivind Smith, “Old and protected? On the ‘supra-constitutional’ clause of the Constitution of Norway”, *Israel Law Review* 44:3 (2012’de çıkıyor).

Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine* (New Delhi, 2009: Oxford University Press).

THE RENEWAL OF THE CONSTITUTION OR ON THE VAGUENESS OF KEY WORDS

Dr. Dr.h.c. Eivind Smith

*Professor of Public Law at the University of Oslo (Norway),
Vice-President, International Association of Constitutional Law*

ABSTRACT

Embarking with some remarks about the excellent framework for students of comparative constitutional law on the imperative basis of reciprocity provided by the Marmara University round table, and in particular by Professor Ibrahim Kaboğlu, Professor Smith insists on the vagueness of a number of key words used in the constitutional debate. Drawing on examples from different constitutional cultures, including Norway, he namely discusses aspects of the relationship between secularism (laïcité), confessionalism and the freedom, between formal amendment and other ways of changing (the substance of) the constitution, and between different ways of conceptualizing the idea of limits to constitutional change, including “supra-constitutionality” and the “right to resist oppression”. He concludes by reminding that constitutional law scholars and practitioners, including judges, are not only jurists, but first and foremost human beings with the inherent responsibility that this quality entails.

Key words: Religion, Confessional state/Confessionalism, State church, Secularism, Laïcité, State neutrality, Freedom of religion and belief, Norway, Constitutional amendment, Amendment procedure, Qualified majority, Constitutional change, Constitutional change without formal amendment, Amendment or new constitution, Limits to amendments, Supra-constitutional norms, The right to resist oppression

For a community of students of domestic and comparative constitutional law such as the International Association of Constitutional Law, gathering impressions from the state of the debate in the country where its meetings take place is of prime importance. It is crucial to organise the discussions on fundamental issues regarding democracy and the rule of law across constitutional systems, regions and national borders.

Thanks to the Marmara University and our esteemed friend and colleague, Professor Ibrahim Kaboğlu, we have had the opportunity to take part in this highly interesting round table. It has not only allowed foreign participants to present their own thoughts about various aspects on the renewal of the constitution in different forms and in different parts of the World. Even more importantly, it has provided opportunities to discuss with and learn from Turkish colleagues at this crucial period in the history of this country. The auditorium's vivid attention greatly added to the experience. Altogether, the round table has provided fertile ground for further reflexion.

Among the multitude of questions that have been raised during these two days, please allow me to focus on just a few. Albeit presented in a general form, my remarks are all inspired by impressions from discussions on the current constitutional system in Turkey – insofar as I understand them, of course.

My overarching theme may be described as scepticism against believing too much in key words as instruments for providing answers to problems each of us have to address.

I. RELIGION AND THE STATE

The Republic of Turkey shares with every other country the fact of being the product of a history in which religion plays a prominent part. In this way, main questions regarding the choice between “secularism” and “confessionalism”, and the consequences of constitutional choices at this point are common to most modern states.

On the other hand, the interdependence between any given constitution and the national context in which it is bound to operate, implies that the ways pertinent questions materialise necessarily change from one country to another: The history and self-understanding of the relevant polity fundamentally shape both the constitution itself and – even more – the constitutional practices that develop over time.

Even more important, thus, to keep in mind lessons from the common history of mankind as reasons for stressing the fundamental character of the relationship between the state and its citizens as “political animals” (*zoon politicon*) likely to nurture a more or less intimate relationship with the religious dimension as well. Too many atrocities have been committed in the name of religions. Let us never again admit religion as a mantle in situations where material interests regarding the fight for gold, land or water are the substantial *casus belli* ...

II. GOD AND THE EMPEROR

According to the Constitution, secularism (*laïcité*) is one of the fundamentals of modern Turkey. The preamble of the Constitution calls upon “the principle of secularism”. According to Article 2, the Republic of Turkey is “a democratic, secular and social State”. These characteristics “shall not be amended, nor shall [an] amendment be proposed” (Article 3).

In current debates, “secularism” and “confessionalism” are frequently used first and foremost as trump words. When written into constitutions or proclaimed in other solemn forms, they may play a role as symbols. The importance of symbols should never be underestimated. But in themselves, they have little to tell about law and fact in the relevant societies. In other words, if solemn declarations may well be the starting point, they are never the end of the story.

Whatever they mean “in reality”, words like secularism and confessionalism are about the choice between the proper delimitation of the realms of God and the Emperor. However, the stream of influence between the realms of the secular and the spiritual may go both ways. At least if judged by open intentions, the “secular” state would be the most clear-cut. For example, the establishment of two of the historically best known examples of “secular” (*laïc*) republics – France and Turkey – may well be understood as the outcome of deliberate efforts to limiting or getting rid of historically determined religious influences on the respective state powers. The intentions may even be to completely returning the situation by submitting the religious leadership to the control of the secular state powers.

At the other hand, the intentions behind constitutional regimes of a “confessional” nature are not necessarily clear-cut. One way, they may

be understood as means for submitting the political branches of government to religious precepts or – at least – to the judgment of the relevant spiritual hierarchies; current discussions on the intentions and/or effects of including mentions to the *sharia* in constitutional regimes provide examples. The other way, they may rather be explained as the outcome of a (not necessarily explicit) program about submitting the relevant spiritual hierarchies to secular control.

Because giving the King the last word not only regarding the church property accumulated throughout the middle ages but even in the internal affairs, the Lutheran “confessional states” in Northern Europe should be counted among the latter. In political terms, their initial aim was of course bringing the secular ambitions of the Catholic Church to an end.

Even today, the fact that elements of “state church” systems still subsist in North-Western Europe may be understood, at least partly, as a consequence of the ambitions of secular state powers to maintain a minimum of control over the spiritual hierarchy.

III. “SECULARISM” = “STATE NEUTRALITY”?

What precisely is meant by “secularism”? Of course the answer must distinguish between law and fact in a given country and more general observations about the concept as such.

It goes without saying that the concept as such is about some kind of separation between the state and religions (or religious communities). But as comparative experience shows, the “separation” may be realised in different forms and to different degrees.

One criterion often heard for the measurement of the (more or less) secular character of a constitutional order is the degree of “neutrality” that the relevant states observe towards different religions and/or religious traditions.

This seems perfectly reasonable as a point of departure. But neutrality is a much more complex concept than you may think at first glance. Does it mean, for instance, strict non-intervention by public authorities, except in situations commanded by considerations of *ordre public*, namely in the field of penal law? Does it rather allow for positive support insofar as by the secular state acts according to criteria about equality? If yes, does it imply formal equality or rather some kind of

compensatory measures (“positive discrimination”) due, for instance, to the relevant religious community’s status as dominant, marginal, historic or “new”? Should (communities of) non-believers – in the name of freedom of religion and belief – enjoy a status similar to that of churches and other religious communities?

Constitutional and other social arenas around the World provide a multitude of similar dilemmas. And how about every-day life? Should we avoid university gatherings on Fridays or Saturdays (due to respect for Muslim or Jewish colleagues or students), or would it be acceptable to maintain the tradition in many European countries to organise round tables by the end of the week – which more often than not means precisely Fridays and Saturdays? And how about seemingly simple issues like the very name of the week-days: Does referring to the Old Norse (or German) god *Thor* by agreeing on a meeting next Thursday (English), *Torsdag* (Norwegian) or *Donnerstag* (German; as a matter of fact, Thor is known for producing thunder ...) represent an offence to members of Christian, Muslim or other monotheist groups?

Perhaps the most sensible answer would be openly admitting that our societies are shaped by history, not the least by religious traditions? Of course people should neither be forced to worship on a “wrong” day nor submitted to acts or omissions clearly against their own beliefs (by the introduction of certain kinds of religious commands as penal law, for example). But such preconditions do nothing to eliminate the problems of delimitation. Such problems are not likely to be met by simply by referring to abstract formulae like “neutrality” or “secularism”.

IV. SECULARISM, CONFSSIONALISM AND THE FREEDOM OF RELIGION AND BELIEF

Arguably, the most important reason for discussing these matters is their possible impact on the freedom of religion and belief. Is (a particular versions of) constitutional secularism a *conditio sine qua non* for safeguarding these freedoms?

Comparative law offer stimulating and informative answers on how to divide the realms of God and the Emperor. First of all, it is likely to show that (within certain limits, of course) a multitude of possibilities are open for the realisation of the basic requirements regarding the freedom of religion and belief. Moreover, it seems to tell that there is not

necessarily a direct line from the text of the relevant constitution to the answers given by courts and other authoritative actors. Even less is there a direct link from the constitutional text to the social realities experienced by (non-) believers of different kinds.

In Europe, current discussions at this point include the Swiss referendum on the construction of minarets, the sometimes agitated debate on the appointment of female or homosexual priests or bishops, court rulings on the status of Islamic scarves in schools and other public institutions, and a number of questions regarding the teaching of religion or the presence of religious symbols (like the crucifix) in public schools.

However, the “secular” or “confessional” character of the political regimes eventually emerging from the “Arabic spring” (2011 and onwards) appear as even more important for our common future.

V. CONFSSIONALISM AND THE FREEDOM OF RELIGION AND BELIEF IN NORWAY

Elements of the situation in my own country may be used for illustrating the relativity of the relationship between necessarily vague key words like secularism and confessionalism, on one hand, and the freedom of religion and belief, on the other.

As it presently (2011) stands, the Constitution of Norway strongly affirms the presence of a confessional state (Article 2) submitting religious affairs to the authority of the King (in Council, cf. Articles 16 and 27-31), an authority that even appoints and dismisses the bishops and senior priests (Articles 21-22). This impression is further reinforced by the provisions on the King’s personal belonging to the Evangelic-Lutheran faith and his obligation to defend it (Article 4), and on the exclusion of non-members of the Council of State (the government) when questions regarding the Evangelic-Lutheran church are to be decided (Article 12).

In other words: Norway still has an official or state church with the collateral limitations in the church’s own freedom of religion. How about the freedom of religion of others?

In order to understand the above-mentioned provisions, the age of (the relevant parts of) the Constitution should be taken into account: As a matter of fact, they have been kept more or less as they were adopted nearly two Centuries ago (1814). In themselves they hardly command

discrimination against people of other faiths (or against non-believers). But during the first decenniums of their existence, ordinary legislation strongly added in that sense; by the way, it was of no help that the original draft proposition regarding freedom of religion never got into the text of the Constitution. In this way, modern standards on the freedom of religion and belief were far from being satisfied.

Gradually, however, the situation improved. At present (2011), nobody seems to suggest that these standards are under serious threat in Norway. In other words, we have achieved a state of cohabitation between an established church and a multitude of other communities that enjoy a wide freedom of religion and belief. By the way, Norway would not be the only example of this kind in present-day Europe.

In order to understand the present situation, it is worthwhile recalling that in 1964 (on the occasion of the Constitution's 150th birthday), an explicit clause on the freedom of religion was finally inserted (Article 2 § 1). Accordingly, the Supreme Court has explicitly stated that the Constitution's clause on the confessional character of the state (Article 2 § 2), does not – or not any longer – command the substance of statutory law as adopted by simple majorities in Parliament.¹

More important, however, is the polity's general commitment to the freedom of religion and belief and its legal off prints. Not only has Norway ratified and domesticated (at the level of statutory law) all the main international conventions on civil and political rights. It may even be argued that the lack of a 2/3 majority in Parliament needed for abolishing the present constitutional provisions regarding the inherited system of an established church has sparked the development of legislation ensuring the equality between the Church of Norway and other religious communities by giving them the right to public financial support equal to their number of adherents.

In practise the criteria for admitting an association, etc. among the genuine religious ones entitled to such support are most liberal. Moreover these rights have been extended to communities of non-believers

¹ See the decision reported in *Norsk Retstidende* 1983 p. 1004.

thus apparently making the “The Norwegian Humanist Association” the World’s biggest compared to the size of the entire population.²

In this way, the legal status as well as the practise in present-day Norway comes very close to what might be qualified a *positive* secular state providing a high degree of freedom and belief. What remain of the confessional state are essentially the constitutional provisions already hinted at.

No big surprise then that the political branches of government finally seem on the brink of taking important steps forward: Following a broad political agreement concluded in 2008, the main constitutional provisions on these matters are likely to be removed during the summer of 2012. It is true that this will not (yet) entail the complete abolish the particular links between the state and the Church of Norway. But the time when the clergy was in a position of exercising some control over the operation of the state is far gone. Now it is more about the state not wanting to give completely away a minimum legal basis for keeping some control over the Church of Norway (in ways potentially detrimental to the freedom of religion of that community unlike all the others).

In other ways as well, the upcoming constitutional reform is likely to confirm the equilibrium already established by ordinary statute. In particular, the constitutionalisation of the right for every community of religion or belief to an access to public money equal to that of the church deserves mention. In this way, the reform – that quite a few of us tend to regard as long overdue – does not really seem to pave the way for real innovation.

The Norwegian example illustrates that the “secular” or “confessional” character of the state according to the constitution is not necessarily decisive for the freedom of religion and belief actually guaranteed and enjoyed. As symbolic provisions may be combined with different next-level solutions, freedom of religion and belief within a “confessional” state represents more of a formal than a real paradox.

Insofar as principles of non-discrimination on ground of religion are paid due respect, comparative law shows that seemingly opposite

² According to its website, “The Norwegian Humanist Association is an organization for people who base their ethics on human values” (<http://human.no/ Servicemeny/ English/>).

constitutional regimes may produce equally acceptable outcomes. Understanding the legal regime in light of the relevant society's history and self-understanding does not exclude the respect of modern standards in this fundamental field. These issues are complex not only in Turkey!

VI. THE PROCEDURE FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT

From an ideological point of view, the constitution of a polity with democratic ambitions is the pact by which (recalling the famous Philadelphian phrase) "we", as "the people" decide how to govern ourselves.

From time to time, we may come to the conclusion that changes are needed. How should we proceed in order to safeguard a reasonable degree of popular legitimacy and involvement without running the risk of a more or less permanent deadlock? As the entire "package" required for amendment varies a lot from one country to another, comparative constitutional law provides an array of different solutions. We concentrate here on the relationship between *duration* and *majority* as two of the key elements.

Frequently, constitutions require a minimum lap of time for textual amendment. More often than not, such systems include the involvement of different institutions as well – like two chambers of parliament, a referendum or the renewal of the parliament between a first and a second vote on amendments.

Even more frequently constitutional amendment requires the consent of a super-majority (with or without a particular *quorum*) in the decisive instances as a condition for it to pass.

The two elements may or may not be combined. Countries that limit themselves to a super-majority as the only or main device for keeping some constitutional rigidity may well succeed in ensuring the constitution as amended a reasonable degree of popular legitimacy. This may happen when the situation in itself is understood as requiring the relevant change, but even more if the vote has been carefully prepared in a manner likely to ensure broad support.

On the other hand, such systems are exposed to the risk of a super-majority using its numeric strength to adopt highly controversial changes. It goes without saying that amendments in the constitutional text need not always be consensual; such a requirement might all too

easily eliminate the possibility of using the power of constitutional amendment as a means for producing genuine political change.

The point is rather that the possibility of fulfilling requirements about majority entirely depends on the character and quality of the electoral system (proportional, majority or mixed...), thereby exposing the outcome to more or less short-term shifts in public mood. This fits badly with the idea of the constitution as “the people’s pact” about self-government with the inherent destiny of a long life.

Consequently, leaving the final word to a super-majority exempted from other important safeguards may too easily undermine the legitimacy of the constitutional system as such. The argument is not about the wisdom of particular amendments. It is about how to ensure procedural requirements that facilitate equilibrium likely to enhance the legitimacy of the constitutional set-up in the long run.

In 2011, a super-majority in the Parliament of Hungary used its numeric strength for adopting a new constitution with elements vividly contested by other political forces of that country. Because no single party obtained a 2/3 majority for itself in the Turkish Parliament, the outcome of the 2011 general elections contributed to avoiding a similar situation in Turkey.³ In this way, the constitutional amendments (or the new constitution) envisaged must by necessity result from a process including at least two of the political parties present in the new Assembly.

Compared to the example provided by Hungary, requirements about duration, for instance by submitting the fate of proposed amendments to a final vote in the parliament produced by the next general elections, reduce the possibilities of misuse of numeric strength. At the very least, leaving the final word to the electorate as the master of the parliament necessarily imposes a degree of uncertainty upon all the main players. For the future of the constitution, some uncertainty may prove healthy.

³ At the time of the Round table at the end of April 2011, the elections were still ahead.
– It may be added that the December 2012 elections to the Russian *Douma* gave a comparable outcome.

VII. “CONSTITUTIONAL CHANGE”

Many probably think about constitutional change and constitutional amendment as one and the same thing. But if formal amendment admittedly represents a form of change, there are other forms as well.

One way, amending the text of the constitution does not necessarily imply corresponding changes in the mentalities of political and legal actors in the society as such. For the time being, the aftermaths of the “Arab spring” are likely to highlight the different constitutions’ unavoidable dependence upon factors like the religious and cultural heritage, the level of socio-economic development, the presence of a strong middle class and the state of civil society. During the round table, this was namely highlighted regarding the ongoing developments in Egypt.

The other way, it should be noted that important changes in the political regime may take place within the institutional as well as substantial framework established by the formal constitution, that is: Without changing the text. The changing role of the president of the United States of America over time, the different faces of the “Fifth republic” according to the presence of not (“cohabitation”) of a presidential majority in the French National Assembly or the fading role of the king of Norway as a leading political actor within a pretty much unchanged constitutional framework, offer examples among a multitude of others.

The very point with political elections is to allow for changes between liberal, conservative, radical, nationalist or any other political colour of the majority (and of the government). Different majorities may make different use of the space that the constitutional framework leaves open for day-to-day politics. But from a constitutional point of view, such changes are far from representing a problem. To the contrary, their possibility is a sign of success for the constitution on which successive governments are based.

The Constitution’s most prominent *raison d’être* is precisely to establish and eventually develop a *framework* for genuine political life. It should not aim at providing answers to any question of a political kind. Constitutions nevertheless constructed to being all-inclusive are bound to fail!

VIII. CHANGES WITHOUT FORMAL AMENDMENT

However, the constitutional framework itself may undergo changes even without formal amendment: It hardly needs further demonstration that the substance of the constitution may be changed through “interpretation” by courts or other relevant actors without waiting for corresponding amendments. The fact that the delimitation between genuine “change” and perfectly legitimate “interpretation” is rarely uncontroversial and never may be observed as a fact, may facilitate such changes without forcing the relevant actors to spell out what is actually going on.

In this way, the question to know which procedure to choose for achieving constitutional change should be extended beyond the sphere of formal amendment: Different kinds of substantive changes that are implicit in the sense of taking place without corresponding textual amendments may be available as well.

Absolute stability when it comes to the meaning of the Constitution insofar as the text is left unchanged is not an option. Like any other texts, “interpretation” is unavoidable if we want to settle the constitution’s exact meaning. But beyond a certain point, we ought to ask whether change by explicitly amending the text should be preferred to substantive change of an implicit nature.

Among the arguments on which the choice between different options should be based, the transparency of the procedure should hold a prominent position: Should the discussions be open to a broad audience – ideally: to the entire membership of the relevant polity? Should it rather be limited to the parties in court cases and the judges called upon to decide? A similar choice appears if political parties and state organs are heavily involved, at least *de facto*, in settling the constitution’s meaning at any given moment.

I believe principled answers to such questions favour more rather than less open procedures. The same goes when it comes to the legitimacy of the resulting, substantively new constitutional norm and the need for enhancing the symbolic as well as the legal strength of the relevant constitution: After all, was it not meant to be “the people’s pact”

about how to govern itself, not the instrument of an oligarchy of judges, politicians or civil servants?

IX. AMENDING THE CONSTITUTION OR ADOPTING A NEW?

If the aim of the renewal is the establishment of a new political regime, an entirely new constitution may well be needed. If only the further transformation of the present regime is at stake, the choice would normally be open between amending parts of the existing constitution and adopting a completely new text by following the amendment procedure laid down by the former.

The 1953 Constitution of Denmark is but one of the examples of use of the latter technique that comparative constitutional law may offer: The major part of the text is actually brought forward from the three former constitutions of that country since the absolute monarchy came to an end in 1849. By contrast, the fact that roughly two thirds of the provisions of the present Constitution of Norway have been amended throughout the years does not stand in the way for presenting that constitution as a text originating from 1814.

As a matter of fact, the delimitation between “old” and “new” may not be easy. To the contrary, disagreement may rapidly appear when it comes to “objectively” delimiting the kind and/or degree of changes required for a regime to qualify as “new”. Should we regard a new constitutional text as the formal end of a long-lasting process of successive constitutional changes in a way that may render the adoption of an entirely “new” constitution important mainly for symbolic reasons? Should the adoption of a new constitution rather be understood as the starting-point of a political transformation that may or may not respond to the new directions enshrined in the text?

The two hypothesis may converge, however, in a single key question: To what extent is the new text likely to (contribute to) the establishment of a new or enhanced legitimacy for the governmental apparatus that it has itself constituted?

With this background, we may more easily map historic examples of genuinely new rulers wishing to appear as the “real” followers of *l’ancien régime* whereas others tend to make the differences between themselves and the former appear as more profound than may perhaps be justified.

X. LIMITS TO AMENDMENTS?

Should anything be accepted as amendments to the present constitution insofar as adopted according to the procedural requirements of the latter? May constitutional amendments adopted under the strictest observance of the rules of procedure be unconstitutional on substantive grounds?

The question had better be divided into two separate ones. First: Are there substantive limits to the power to amend? Second (if yes to the first question): Who has got the last word in case of doubt regarding the extent of the amendment power?

I may be worthwhile mentioning, first, that discussions in this field quite often seem to take as a point of departure that the constitutional *status quo* is good more or less by definition; it then goes without saying that active guardianship of limits to constitutional amendment ought to be favoured. But how do we know that the *status quo* is good (or better than the alternative) – and for whom? Think of just one example: How about supra-constitutional norms on the “eternal” character of the status of the ruling parties we used to know from communist rule in many parts of Europe?

At least in part, the answer depends on the sources of such limits. Two main alternatives seem at hand. One is such “supra-constitutional” norms that we find in quite a few national constitutions. Article 3 of the Turkish constitution (on the non-amendable character of certain of its basic characteristics, see above) counts among them.

The other consists of references to extra-legal sources like religion, morality, principles or (why not?) Dworkin or Montesquieu. Quite a few would even call upon “constitutionalism”, not as a quest for respect for a given constitution but rather as the expression of presumably common

values about democracy, the rule of law, rights and freedoms. In this way, this way of arguing inevitably becomes exposed to exactly the same kinds of scepticism than open references directly to natural law, religion, morality and the like.

Putting the first alternative (about clauses on “supra-constitutionality”) at the forefront implies more or less leaving the “right” answer to lawyers and judicial institutions. This choice is further enhanced if we accept that the last word about the limits not to transgress by the constitution-amending power belongs to (constitutional) judges. But this option is at least at the brink of what we should accept in polities committed to the principle of popular sovereignty: Whereas judicial review of ordinary legislation leaves the possibility open for the constitution-amending power to correct judicial choices with effect for the future, judicial review of the substance of constitutional amendment implies leaving the last word about the constitution’s future meaning to the judicial branches of government alone.⁴

I easily admit that the final appreciation of the different alternatives may depend upon the situation and constitutional system at stake: After all, Indira Gandhi’s India, marked by the Supreme Courts’ quite successful activism on behalf of its own doctrine on the constitution’s supra-constitutional “basic structure”,⁵ is far away from, say, present-day Norway. But I nevertheless tend to believe that the very point of departure about “supra-constitutional” limits submitted to the guardianship of the judiciary is open to considerable doubt in societies with democratic aspirations.

By contrast, openly underpinning the options about limits to constitutional amendment not according to law but to morality, etc. tends to submit the final appreciation to a much broader audience: In the field of religion, morality and the like, it becomes apparent that the lawyer’s

⁴ On this way of reasoning, see further in my “Old and protected? On the ‘supra-constitutional’ clause of the Constitution of Norway”, *Israel Law Review* 44:3 (2012 – forthcoming).

⁵ See for instance Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine* (New Delhi, 2009: Oxford University Press).

opinions about extra-legal normative values are not necessarily better than those of others. In this way, the openly normative option comes closer to “giving the constitution” back to the people.

XI. THE RIGHT TO RESIST OPPRESSION

What has just been said about the masters of constitutional amendment leads further to a fundamental part of the constitutional tradition dating back to the Enlightenment and the birth of the modern constitutional epoch. It seems to me that current debates about so-called supra-constitutional limits to constitutional amendment rarely take this part of our traditions into account.

Personally, I find it worthwhile recalling the admittedly more or less imaginary “pact” on which any constitution with high democratic pretensions is based: The prince enjoys the right (and the burden) to govern insofar as the fundamentals on which the regime is based are not violated. If the pact is no longer respected, the people recover its right to decide. If needed, it may recur to resistance, possibly even by overturning the regime and establishing the bases for a new constitution.

Sometimes this principle is explicitly spelled out in texts of a constitutional nature, famously exemplified by article 2 of the *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* of 26 August 1789 declaring “*la résistance à l’oppression*” one of the natural and imprescriptible rights of man. The equally famous article 20 (4) of the 1949 Constitution (*Grundgesetz*) of the Federal Republic of Germany provides an important example from the constitutional epoch emerging from post-World War II.

It seems clear, however, that provisions of this kind are best situated somewhere between law and morality. In this particular field, the exact delimitation seem rather unimportant to me: It may plausibly be argued that even constitutions that do not spell out similar norms should be understood in the light of the underlying ideology about “our” constitution, not “theirs”. The importance of acknowledging the people, not the prince, as the final arbiter of constitutional choices is amply demonstrated by history.

The task of constitutional lawyers is not always easy, not the least when it comes to judges and others bound to decide when difficult questions about the scope and exercise of political power come about. The complexity is not eased by the fact that we are not only lawyers; above all, we are human beings. But as such, we should not be prepared to accept anything in the name of “law”.

BIBLIOGRAPHIE

Eivind Smith, “Old and protected? On the ‘supra-constitutional’ clause of the Constitution of Norway”, *Israel Law Review* 44:3 (2012 – forthcoming).

Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine* (New Delhi, 2009: Oxford University Press).