

**ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN  
ANAYASAYA UYGUNLUĞU DENETİMİ  
(KUSURLARA KUSURLU BİR CEVAP MI?)\***

*(REVIEW OF CONSTITUTIONALITY OF CONSTITUTIONAL  
AMENDMENTS (AN IMPERFECT RESPONSE TO IMPERFECTIONS?))*

**Prof. Dr. Lech Garlicki (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıcı)  
ve Zofia A. Garlicka**

**ÖZET**

Anayasa değişiklikleri, modern “daha üstün yasa yapma” süreçlerinin bir parçasıdır. Kimi zaman bu değişiklikler anayasa metninin yapısına müdahale eder ve anayasanın kimliğini yok eder. Bu nedenle anayasa değişikliklerinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin sorun, oldukça önemli bir sorundur.

Bu yazı, anayasayı yıkıcı değişikliklere karşı korumak amacıyla geliştirilen anayasal düzenlemeler üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Bir yandan hemen hemen dünyadaki bütün anayasalar, anayasa değişikliklerinin kabulüne ilişkin belirli bir usul benimser. Dolayısıyla, anayasa mahkemeleri ve/veya yüksek mahkemeler, anayasa değişikliklerinin usulen geçerliliğine dair karar verme yetkisine sahip olabilirler.

Diğer yandan bazı anayasalar, açıkça veya üstü kapalı olarak, anayasa değişikliklerinin kapsam ve mahiyetine, esas bakımından sınırlamalar getirir. Dolayısıyla, anayasa mahkemesi ve/veya yüksek mahkemelerin, bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğuna dair karar vermesi gerekebilir.

Uygulamada, birçok ülkede, anayasa değişikliklerini denetleme girişimleri olmaktadır ve farklı mahkemeler, bu alandaki yargı yetkilerine dair değişik görüşler benimsemektedir. Hatta bazı durumlarda (Avusturya, Hindistan, Türkiye ve Ukrayna) mahkemeler, sadece yargı yetkileri olduğunu kabul etmekle kalmazlar, aynı zamanda, bir anayasa değişikliğinin – esas veya usul bakımından – anayasaya aykırı olup olmadığına yönelik karar da almaktadır.

---

\* İngilizceden çeviren Gülden KURT.

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, bir anayasanın kimliğinin ve doğasının nasıl korunacağı sorusuna verilmiş kusurlu bir cevaptan başka bir şey değildir. Yine de, soru tamamen teorik nitelikte olmadığından, cevap kusurlu olsa da, hiç olmamasından daha iyidir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa değişikliği, usule ilişkin sınırlama, esasa ilişkin sınırlama

### **ABSTRACT**

*Constitutional amendments are constantly present in the modern process of “higher law-making”. Sometimes, those amendments intervene into the very structure of the constitutional text and may destroy its identity. Therefore, the question how to assess constitutional amendments is a real one.*

*This paper is focused on those constitutional arrangements that were developed to protect constitution against a disruptive amendment.*

*On the one hand, almost all constitutions of the world impose a particular procedure on adoption of constitutional amendments. In consequence, constitutional and/or supreme courts may have a jurisdiction to decide on procedural validity of constitutional amendments.*

*On the other hand, some constitutions establish, in an expressed or implied manner, also substantive limits on the scope and content of constitutional amendments. In consequence constitutional and/or supreme courts may be invited to decide on the constitutionality of a constitutional amendment.*

*In practice, the attempts to review constitutional amendments have been taken in several countries and different courts took different positions as to their jurisdiction on the matter. At least in some cases (e. g. in Austria, India, Turkey and Ukraine) the courts decided not only to accept jurisdiction but also to declare – procedural or substantive -unconstitutionality of a constitutional amendment.*

*Judicial review of constitutional amendments offers no more than an imperfect response to the question how to protect the identity and nature of a constitution. However, as the problem is not of a purely theoretical character, even an imperfect response may be more useful than no response at all.*

**Key words:** *Constitutional amendments, procedural limitations, substantive limitations*

\*\*\*

## I. BAŞLANGIÇ İÇİN GÖRÜŞLER

Anayasa değişikliklerinin rolü ve mahiyetine ilişkin tartışmalar neredeyse yazılı anayasa fikri kadar eskiye dayanıyorken, bu tartışmaların son dönemlerde oldukça ateşli şekilde devam ettiği görülmektedir<sup>1</sup>. Anayasa Hukuku Uluslararası Derneği bu tartışmalarda oldukça aktif bir rol almaktadır: iki yıl içinde anayasa değişikliklerine ilişkin iki Yuvarlak Masa toplantısı (Kudüs ve İstanbul’da) düzenlemiştir. Bu tartışmalarda, anayasaların değiştirilebilirliğinin (eğer varsa) sınırları nelerdir sorusunun önemli bir yeri vardır. Yargısal usul açısından bu, bir hâkimin, belirli bir anayasa değişikliğini denetlemesine ve reddetmesine imkân veren (daha yüksek) bir referans normu olup olmadığı sorusuna dönüşür. Bir yandan bu tür normlar, söz gelimi uluslararası hukuk gibi dış kaynaklara dayanabilir<sup>2</sup>. Diğer yandan, daha geleneksel bir yaklaşımla, olası değişikliklere belli sınırlamalar getiren anayasanın kendisi olmaktadır. Bu sunumda bu ikinci yaklaşımı ele almak istiyoruz.

Anayasa değişikliklerinin önemi, anayasaların “yargısallaşması” sürecinin demokratik devletlerde genel olarak tanınmasıyla beraber yeni bir ivme kazandı. Modern anayasalar artık sadece tümüyle siyasî belgeler değildir, ait oldukları toprakların en üst yasaları olma evresine geçmişlerdir. Esas açısından; anayasaya uygunluğun yargısal denetimi sürecine tabi olan olağan yasaların konumuyla özellikle ilgilidir. Kurumsal boyutta, yargı organı tarafından iptal edilebilen yasama kararları yargı organı tarafından geçersiz kılınabilen parlamentoların geleneksel yetkilerini büyük oranda kısıtlamıştır. Bugün neredeyse tüm modern demokrasilerde, yasaların anayasaya uygunluğu denetimi, hem birey ve devlet

<sup>1</sup> G. J. Jacobsohn: An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, *International Journal of Constitutional Law* 2006, no. 3; K. Gözler: *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa 2008; *Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel no. 27 (2009). Ayrıca bkz. *La révision de la Constitution*, Paris - Aix-en-Provence 1993; *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (AIJC), vol. X, 1994.

<sup>2</sup> Kudüs’te yapılan Yuvarlak Masa sunumumuzda bu konuya eğildik. Bkz. L. Garlicki, Z. A. Garlicka: “External Review” of Constitutional Amendments? (International law as a norm of reference), *Israel Law Review* 2011, no. 2 (baskıda).

arasındaki ilişkinin belirlenmesinde hem de yönetim süreçlerinin esas ve usullerinin belirlenmesinde büyük rol oynamaktadır<sup>3</sup>.

Yasaların anayasaya uygunluğuna ilişkin yargısal denetimin temellerini hatırlatmak gereksizdir. Sadece bu süreçte, ulusal anayasa rehber veya ayrıcalıklı referans normu olarak konumlanırken, söz konusu anayasanın hiçbir suretle değişmez kalmadığına değinmek yeterlidir. Anayasalar, en azından demokratik yönetim sistemlerinde, yaşayan belgelerdir. Gerek yönetimin gerekse toplumun işleyişinin değişen içerik ve kapsamına sürekli olarak yanıt verebilmelidirler. Bu nedenle bütün anayasalar, sonu gelmez bir değişiklik ve düzeltme sürecine maruz kalırlar.

Biçimsel anayasa değişikliği<sup>4</sup>, mevcut anayasayı düzenlemenin en karmaşık yöntemi olmaktadır. Aynı zamanda da en sık görülen yöntemdir. Yazılı anayasa düşüncesinin kendisi halk egemenliği doktrinine dayandığından, anayasanın değiştirilmesinin de “halkın yüce iradesi” ile yakından ilgili olduğu unutulmamalıdır<sup>5</sup>. Sonuç olarak, biçimsel anayasa değişikliğine ilişkin kararlar, temsil niteliği olan karar alıcılara bırakılmalıdır ve hatta meşrulaştırmanın son düzeyi olan ulusal referandumda onay şartı aranabilir. Bu, biçimsel anayasa değişikliklerine olağan yasaların sahip olduğundan çok daha fazla meşruiyet sağlar ve böylece yüksek mahkeme veya anayasa mahkemesi gibi temsil niteliği olmayan organların müdahalesi için açık kapı bırakılmaz.

Anayasa değişikliklerine, modern dünyanın demokratik anayasal sistemlerinde sıkça rastlanır. Fakat birçok ülkenin anayasal uygulamalarının da gösterdiği gibi, biçimsel değişiklik, “daha üst yasa yapma” yöntemlerinden birini oluşturur<sup>6</sup>. Anayasalar, tüm metnin belli sürelerde

<sup>3</sup> Geleneksel olarak “Westminster” parlamenter egemenlik ilkesine dayanarak inşa edilen sistemler dahi, son zamanlarda, birtakım “yumuşak” anayasal veya yarı-anayasal denetim biçimleri ortaya koymaktadırlar. (L. Garlicki: La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/. développements récents, Revue française de droit constitutionnel, no. 79, Avril 2009, p. 234-240)

<sup>4</sup> Başka bir deyişle, ilk anayasa metninde belirtilen özel bir usulle (örneğin yasama yoluyla) gerçekleştirilen belirli bir metnin yazılı anayasa metnine eklenmesi.

<sup>5</sup> Bundan dolayı geleneksel doktrin, mevcut anayasayı değiştirmek konusunda egemenin sınırsız yetkisini tanıdığıdır. “Devletin yüce iktidarı olan kurucu iktidar, kendisiyle dahi, sınırlanamaz” (G. Vedel: Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris 1949, s. 117).

<sup>6</sup> B. Ackerman: Higher Lawmaking [in:] Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, S. Levinson, ed., Princeton 1995, p. 63ff.

tümüyle yenilenmesi, yasama organınca değiştirilme ve son fakat bir o kadar da önemli olan, yargısal yorum gibi farklı araçlarla da değiştirilir. Görünen o ki, çağdaş demokrasilerde, biçimsel anayasa değişiklikleri, birincisi yazılı anayasa metninin yargısal yorumu olan farklı anayasa değişikliği yöntemlerine yol açmaktadır (veya en azından onlarla bir arada bulunmaktadır). Zaman zaman çok yaratıcı olabilen bu yorum, teknik olarak değiştirilmemiş anayasa hükümlerinin yeni bir anlamının keşfedilmesine imkân verir. Mahkemeler, toplumsal gelişmeye tepki gösterebildiği ve bu gelişimi, eski anayasa metninin sınırları içine katıp önemli kararlarıyla pekiştirebildiği ve bunları yapmaya hazır olduğu müddetçe, biçimsel anayasa değişikliği sürecine girilmesine, yazılı anayasa metnine açık bir metnin eklenmesine gerek kalmayabilir.

Biçimsel anayasa değişikliği yönteminin kullanımı açısından genel bir model yoktur. Uygulamalar, benzer hükümet sistemlerini benimsemiş ve benzer demokrasi ve hukukun üstünlüğü düzeyine sahip olan ülkelerde dahi farklılık gösterir. Bazı ülkeler, ya anayasa metnini değiştirmeyi<sup>7</sup> ya da yasama üstü otoriteye sahip ayrı “anayasal yasalar”a başvurmayı<sup>8</sup> tercih edebilir. Başka ülkelerde, biçimsel anayasa değişikliği yönteminin kullanımı bir istisnadır<sup>9</sup>; Birleşik Devletler de bu gruba dâhildir<sup>10</sup>.

Bu farklılıklar, genel siyasî bağlam (siyasî gelenek ve anayasal kültür), anayasa metninin ve hukuki düzenlemelerin (bilhassa yazılı metnin uzunluk ve açıklığının, değişiklik sürecinin usul bakımından katı olmasının ve anayasanın değiştirilmesinde yargının rolünün) tarihsel ve

<sup>7</sup> Avrupa’da: 1949 tarihli Almanya Anayasası, elliden fazla kez değiştirilmiştir; 1958 Fransa Anayasası 25 kere; 1937 İrlanda Anayasası 29 kere değiştirilmiştir. Öte yandan, 1978 İspanya Anayasası sadece iki kez değiştirilmiştir.

<sup>8</sup> Avusturya’da, 1945’ten bu yana, 1920 Anayasasında, çoğunluğu ayrı anayasal yasalar veya olağan yasalara eklenen özel anayasal hükümler yoluyla, 800’den fazla değişiklik yapılmıştır. İtalya’da, 1947 Anayasası metninde yapılan 14 değişiklikten başka, 20 ayrı “anayasal yasa” kabul edilmiştir.

<sup>9</sup> Örneğin İspanya (1978 Anayasasında sadece iki değişiklik), Japonya (1946 Anayasasında henüz biçimsel değişiklik yapılmamıştır).

<sup>10</sup> Bunun yanında, 1787’den bu yana Federal Anayasada sadece 27 değişiklik yapıldığı doğru olmakla birlikte (ve son değişiklikler 1964, 1967, 1971 ve 1992’de yapılmıştır), durum eyaletler düzeyinde oldukça farklıdır. 1991 yılında yapılan bir çalışmaya göre, eyaletlerin değişiklik oranı, ulusal düzeydeki değişiklik oranının 9,5 katıdır (bkz. D. S. Lutz, op. cit., p. 247).

siyasî otoritesi (kimi zaman yarı-kutsallığı) gibi çok çeşitli faktörden kaynaklanır. Anayasa değişikliğinin rolü, aynı zamanda, ilk anayasal belgenin dayanıklılığına da bağlıdır; “eski” denilen anayasaların çoğu, sadece büyük oranda değiştirilmiş biçimlerde hayatta kalabilmiştir<sup>11</sup>.

Buna rağmen, güncel daha üst yasa yapma süreci sıklıkla farklı biçimlerde olsa dahi, biçimsel anayasa değişiklikleri hemen hemen her ülkede her zaman mevcuttur ve hiçbir suretle nesli tükenmiş veya tükenmekte olan bir tür olarak kabul edilemezler<sup>12</sup>.

Anayasa değişiklikleri, farklı nedenlerle kabul edildiği gibi, ulaşmayı hedefledikleri amaçlar da farklıdır.

Kimi zaman (özellikle anayasaların biraz fazla ayrıntılı olduğu ülkelerde) değişiklikler daha teknik bir yapıda, sadece, başka bir ülkede olağan bir yasayla yapılan bir düzenleme niteliğinde olabilir. Bununla birlikte, kimi zaman da anayasal değişiklikler, daha önemli ve siyasî bakımdan daha tartışmalı meseleleri ele alabilirler.

Bir anayasa değişikliği, mevcut anayasal yapıya büyük çaplı bir düzenleme getirmek üzere kabul edilebilir ki bu durumda, eski anayasasının (biçimsel olarak) yürürlükte kaldığını söylesek bile, aslında bu değişiklik, içeriği bakımından yeni bir anayasal belge yaratmıştır. Değişiklik usulünün bu aşırı kullanımı, tamamen yeni bir anayasa kabul etmektense eski anayasasının bir dizi değişiklikle yeniden düzenlendiği devrimci değişim dönemlerinde ortaya çıkabilir. Macaristan ve Polonya’da yaşanan son geçiş sürecinin tarihi, bu ülkelerin ikisinde de, eski anayasasının biçimsel olarak devamlılığının demokratikleşme sürecinin başarısızlığıyla sonuçlanmadığına dair en uygun örneği sunmaktadır<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Norveç, Belçika, Hollanda – bkz. E. Smith: *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer 1995. Bununla birlikte, 1787 A.B.D. Anayasası, en göze çarpan istisnadır.

<sup>12</sup> C. Klein (*Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne*, Les Cahiers..., p. 12) süreci, “anayasa değişikliklerinin sıradanlaşması” olarak tanımlar.

<sup>13</sup> Macaristan’da komünist 1949 Anayasası, 1989’dan sonra pek çok kere değiştirildi ancak henüz 2011’de yeni anayasayla değiştirildi (bkz. A. Arato, Z. Miklosi: *Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary* [in: *Framing the State in Times of Transition*, ed. by L. E. Miller with L. Aucoin, Washington 2010, p. 350ff). Polonya’da 1952 Anayasası 1989’da ve 1992’de büyük oranda değiştirildi ancak 1997’ye kadar yürürlükte kaldı (L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *Constitution-Making, Peace-Building and National Reconciliation. The Experience of Poland* [in: ]

Bununla birlikte genellikle anayasa değişiklikleri, yeni bir anayasa metninin kabul edilmesi gereken noktada durur. Çoğu tipik değişiklik, mevcut anayasanın bütün yapısını (kimliğini) yok etmeden çözülebilecek ve çözülmesi gereken belirgin bir problemi ele alır<sup>14</sup>. Örneğin Avrupa Birliği'ne üye tüm devletler, anayasalarında, artan Avrupa bütünleşmesi düzeyine bağlı olarak birtakım değişiklikler yapmışlardır<sup>15</sup>. Genel olarak, en azından savaş sonrası demokratik Avrupa'da anayasa değişiklikleri, demokrasinin, hukukun üstünlüğünün ve bireysel hakların geliştirilmesi sürecine çok uygun düşmüştü. Ancak, tarihin de gösterdiği üzere, bir anayasa değişikliği, tüm bu değerlerin taban tabana zıddı da olabilir. Bu değişikliklerin ömrünün çoğu zaman daha taslak aşamasında sona erdiği doğrudur; ancak, bu şekilde dahi ciddi sorunlara yol açabilirler. 1989'da ve 1990'da Birleşik Devletler Kongresi'ne sunulan fakat Kongre tarafından reddedilen Bayrak Yakma olarak adlandırılan değişiklikler bunun örneklerinden biridir<sup>16</sup>.

Son olarak, bir anayasa değişikliği, yönetimin siyasî erkleri ile yargı arasındaki diyalogda araç (hem de silah) olarak kullanılabilir. Anayasayı değiştirme yetkisi, yasaların anayasaya uygunluğuna ve/veya anayasanın yorumlanmasına ilişkin tartışmalarda “son söz”ü (“halk”ın

---

Framing..., p. 391ff). Arnavutluk'ta geçici bir anayasal belge 1991'de ve nihai anayasa 1998'de kabul edilmişti (S. N. Carlson: The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution [in:] Framing..., p. 311ff). Romanya ve Slovakya'da ilk anayasalar 1991 ve 1992'de kabul edildi fakat daha sonra oldukça büyük çaplı değişiklikler 2003 ve 2002'de gerçekleşti.

<sup>14</sup> Çok yakın zamanda bazı Avrupa ülkeleri (İspanya, Fransa ve Almanya), kamu harcamalarına sınırlama getiren “altın-kural-değişiklikleri” adı verilen değişiklikleri kabul etme kararı almıştır.

<sup>15</sup> Örneğin Avrupa Tutuklama Emri (EWA) usulü açısından bazı sorunlar yaşanmıştır. Pek çok anayasada vatandaşların iadesi yasaklandığından, anayasa mahkemelerinin ATE uygulamasına ilişkin yasal emirlerin iptali yönünde karar vermesine son verebilmek için anayasa değişiklikleri yapmak gerekmiştir. Bkz. P. Kovacs: A la recherche du bon chemin. Ou l'affaire du mandate d'arret europeen devant la Cour constitutionnelle hongroise [in:] Melanges en l'Honneur de Jean Charpentier, Paris 2008, p. 363ff.; Polonya'da Anayasa Mahkemesinin 2005 kararı neticesinde (L. Garlicki: Pologne, Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle vol. XXI (2005), p. 663-664), EWA uygulaması, Anayasa 2006'da değiştirildikten sonra gerçekleşti.

<sup>16</sup> Bkz. M. Tushnet: The Flag-Burning Episode, Univ. of Colorado Law Rev., vo. 61 (1990), p. 39ff.; J. Rosen: Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?, Yale Law Journal, vol. 100 (1992), no. 5.

muhtemel katılımıyla birlikte) parlamentoya verir. Amacı, mevcut anayasal hükümlere ilişkin, önceden açıklanmış, kimi yargısal yorumları hükümsüz kılmak olan değişiklikler daha önce de söz konusu olmuştur<sup>17</sup>. Yine, bir anayasa değişikliğinin, önleyici amaçlarla, anayasanın yorumlanmasında hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılması sebebiyle kabul edildiği durumlar da söz konusu olmuştur. Geleneksel olandan farklı olarak, bireysel haklara ilişkin “açık-uçlu” anayasa hükümleri bakımından, bu tür değişiklikler oldukça net ve dikkatli bir üslupla hazırlanır<sup>18</sup>. Böylelikle, en azından potansiyel olarak, anayasa değişikliği, güçlü bir değişiklik veya hatta mevcut anayasal düzenlemelerin ortadan kaldırılması aracı işlevi görebilir. Asıl sorun, 1814 Norveç Anayasasında<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Bunun bazı “klasikleşmiş” örnekleri, Birleşik Devletler’in anayasa tarihinde bulunabilir. 16. değişiklik, Yüksek Mahkemenin gelir vergisi konusundaki konumunu geçersiz kılmak amacıyla kabul edilmiştir (Pollock v. Farmers’ Loan and Trust Co. 1895). Hamner v. Dagenhart (1918) davasının sonucu olarak, çocuk işçiliğine ilişkin yasal düzenlemeye imkân veren değişiklik teklifleri sunulmuştur. Yeni Görüş (*New Deal*) adı verilen dönemdeki ihtilaflar sırasında yönetim, değişiklik sürecini başlatacak yeterli çoğunluğa sahip olmamakla birlikte Mahkemeyi “zamanda-atlama”ya ikna edecek başka yollar bulmayı başarmıştı (bkz. e.g. A. H. Kelly, W. A. Harbison: *The American Constitution. Its Origins and Developments*, New York 1970, p. 622ff and p. 759ff). Yine köleliği yasaklayan değişikliklerin (13, 14, 15) hedefi, Dred Scott kararını (1857) geçersiz kılmaktı ancak Yüksek Mahkeme sorunu, dramatik İç Savaş ortamında önemsiz kaldı.

Arnavutluk’ta 1997 yılındaki anayasa değişikliği, bankacılık-zinciri-dolandırıcılığına müdahale eden yasanın anayasaya aykırı olduğunu ilan eden Anayasa Mahkemesinin kararını hükümsüz kılmak amacıyla kullanıldı. Daha sonra Vedenik Komisyonu tarafından şu gözlem yapıldı (Opinion no. 9/1998, par. 62): “anayasa değişikliğinin meşru bir amacı olmalı ve özel ve geçici süreli ihtiyaçları buyurabilir. Bununla birlikte Komisyon, bu tür ad hoc anayasa değişikliklerinin ekonomik düzenlemeler alanında sürekli tekrarlanması karşısında uyarıda bulunmakta ve bu olayda seçilen metnin bu haliyle bir sonraki Arnavutluk Anayasasına eklenmemesi gerektiğini düşünmektedir”. Ayrıca bkz. ECtHR decision *Vefa Holding and Almuçaj v. Albania* (14 June 2011, par. 52).

<sup>18</sup> Örneğin 1949 Almanya Anayasasında 1993 yılında yapılan değişiklik, son derece ayrıntılı (ve oldukça sınırlı) bir “sığınma hakkı” düzenlemesi getirmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin ayrıntılı incelemesine maruz kalabilecek olağan yasalara çok daha az iş düşmüştür. Buna rağmen, değişikliğin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için Mahkemeye başvurulduğu; Mahkemenin, 1996 yılında, “Almanya Anayasasının dokunulamaz ilkeleri”nden hiçbirinin ihlal edilmediğine karar verdiği de belirtilmelidir (bkz. *infra* nos. 12 ve 14).

<sup>19</sup> 112. madde şöyle der: “Eğer Norveç Krallığı’nın bu anayasasının herhangi bir bölümünün değiştirilmesi icap ederse [...] her ne olursa olsun bu değişiklik, asla, bu



zaten belirtildiği üzere, gelecek nesillerin değişiklik yapma faaliyetlerine ilişkin herhangi bir sınırlama var mıdır (veya olmalı mıdır) sorusudur. Başka bir deyişle, asıl soru, kabul edilmesi mümkün olmayan fakat sadece tümüyle yeni bir anayasal belgeyle kabul edilebilen çok temel değişiklikler olup olmadığı sorusudur. Eğer bu soruya olumlu cevap veriyorsak, bunun, -mantıken kaçınılmaz- olan sonucu; bu sınırları aşan anayasal değişikliklerin, *ultra vires*, yani anayasaya aykırı olmaları bakımından kabul edilemez olarak nitelenmesi gerekliliğidir.

Ve eğer zihnimizde anayasaya aykırı bir anayasa değişikliğini kuramayamıyorsak, uluslararası maddî hukuk uyarınca, böyle bir değişikliğin sadece meşruiyetten değil, yasal geçerlilikten de yoksun olması gerektiğini de kabul ederiz. Sonuç olarak kurumsal anayasa hukuku, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğuna ve geçerliliğine karar verecek bir mahkeme yeri ve usulü ortaya koymalıdır.

Modern anayasa hukuku, bu türden sorularla yakından ilgilidir ve anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri üzerine teorik birtakım sayıklamalara girişmek gereksizdir. Bizim üzerinde durmak istediğimiz konu, daha ziyade uygulamaya yönelik bakış açısidir: yani; çeşitli anayasa yargılarının, anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri sorununa verdikleri yanıtlara ilişkindir.

Bu açıdan başka birtakım özel soru da gündeme gelir:

- Anayasa metinlerinin içinde olası anayasa değişikliklerine ilişkin sınırlandırmalar var mıdır?

- Bu türden yazılı sınırlamalar olmaması halinde, yine de, mevcut anayasanın kendi özü ve ruhundan bu sınırlamaları çıkarmak mümkün müdür?

- Bir anayasa değişikliğinin geçerliliğini denetlerken kullanılabilir birtakım “üstün” referans normları tanımlamak mümkün ise, bu türden denetime ilişkin yargılama yetkisini kabul edecek bir yargı organı var mıdır?

- Eğer mahkemeler bu yetkiyi kabul etmeye hazır ise, aynı zamanda, yetkilerini kullanmaya ve bir anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğuna, bu nedenle iptaline ve ihmeline karar vermeye de hazır mı?

---

anayasada somutlaşan ilkelere aykırı olamaz; değişiklik, sadece anayasanın ruhunu dönüştürmeyen özel hükümlerin değiştirilmesine ilişkin olmalı ve parlamentonun (Storting) üçte iki çoğunluğu değişikliği onaylamalıdır”.

## I. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNE GETİRİLEN KISITLAMALAR – USULE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğuna dair tüm tartışmaların başlangıç noktasını oluşturan usule ilişkin sınırlamalarla maddî sınırlamalar arasındaki ayırımıdır. Hemen hemen bütün modern anayasalar, katı belgeler olarak düzenlenmiştir; başka bir ifadeyle, metne ilişkin biçimsel değişikliğin, “olağan” yasama usulüne göre çok daha karmaşık olan özel bir usulle yapılması gerekir.

Bu, anayasanın katılık derecesi demokratik ülkelerde büyük ölçüde değiştiğinden, tektipliliğin olmadığı bir alandır. Parlatentonun “basit nitelikli çoğunluğunun” yeterli olabildiği sistemler vardır; fakat aynı zamanda, değişikliğe ilişkin usulün, sınırlı başarı şansı<sup>20</sup> bırakacak derecede karmaşık hale geldiği ve bununla beraber ortaya çıkan sorunlara, gerektiği durumda, gecikmeden tepki veremeyen ülkeler de vardır.

Değişiklik sürecinin katılığını gösteren üç düzenleme tipi ortaya koymak mümkündür:

- Usule ilişkin düzenlemeler: anayasa değişikliğine ilişkin kararlar, tüm diğer yasama kararları gibi, parlamentoda alınırken, bunların kabulüne ilişkin usul, bilhassa her iki mecliste de “nitelikli çoğunluk” sağlanması gerektiğinden, daha karmaşıktır<sup>21</sup>. Bundan başka, bazı ülkelerde, ulusal parlamento tarafından kabul edilen bir değişiklik, bunun ötesinde onay veya teyit de gerektirmektedir: ya bir ulusal referandum ya bir sonraki parlamento onayı veya federal sistemlerde, eyalet veya vilayetlerin görüş bildirmesi yoluyla. Bazen ulusal parlamento diğer organlara da, özellikle anayasa mahkemesine danışmalıdır;

- Zamansal ve durumsal sınırlamalar: pek çok ülkede anayasa değişikliği, olağanüstü hal süresince kabul edilemez; kimi zaman parlamento tarafından veya referandumda reddedilen değişiklikler, bir sonraki parlamento seçimlerinden önce yeniden sunulamaz.

<sup>20</sup> Özellikle anayasa değişikliğinin ulusal referandumda onaylanmasını gerektiren ülkelerle (İsviçre, Japonya ve İrlanda) bir sonraki yasama meclisi tarafından onaylanmasını gerektiren ülkelerdeki (Belçika ve İzlanda) durum budur. Federal ülkelerdeki değişiklik usulü, A.B.D. örneğindeki gibi, yerel yasama meclislerinin (eyaletlerin) sürece dâhil olmasıyla daha da karmaşık hale gelebilir.

<sup>21</sup> “Nitelikli çoğunluk şartı”, çoğu demokratik ülkedeki siyasî pratik açısından, ana muhalefet partilerinin onayı olmadan hiçbir anayasa değişikliğinin kabul edilemeyeceği anlamına gelir.

- İçerik temelli sınırlamalar: bazı anayasalar (Avrupa’da en bilinen örnekleri Avusturya ve İsviçre’dir) “değişiklik” ve “revizyon” arasında ayırım yapar. Bunlardan ikincisi, en önemli anayasal yapıları veya düzenlemeleri etkileyen değişiklik anlamında kullanılır ve yalnızca, çok zorlu usul şartlarının sağlanması durumunda kabul edilebilir<sup>22</sup>.

Tüm bu farklılıklara rağmen, anayasa değişiklikleri, sadece tüm usul şartları yerine getirildiği takdirde kabul edilebilir. Başka bir ifadeyle, herhangi bir değişikliğin geçerliliği, kabul edilmesi sırasında kurallara uyulmasına bağlıdır. Bu, hem siyasî tartışmalara hem yasal zorluklara açık bir alandır. Bazı usul şartlarının değerlendirilmesi görece kolaydır: parlamentoda oyların sayılmasının veya usulün sıralı aşamaları arasında geçmesi gereken sürenin hesaplanmasının daha çok teknik nitelikte olabileceği düşünülebilir. Fakat bazı ülkelerde bu konuda bile çok

<sup>22</sup> 1920 Avusturya Anayasasının 3. bölüm, 44. maddesi, yapısını ve kapsamını tanımlamakla birlikte, “tam revizyon” ifadesini kullanır. Bu tür bir revizyon öncelikle Ulusal Konsey’in üçte iki çoğunluğu (ve “federal konular”a ilişkin düzenlemeler getiren değişikliklerde Federal Konsey’in de aynı oranda çoğunluğu) tarafından kabul edilmeli ve sonrasında ulusal referandumda onaylanmalıdır.

İsviçre’de tüm anayasa değişiklikleri ulusal referandumla kabul edilmeli veya onaylanmalıdır. Yine de 1999 Anayasasının 192-195 arası maddeleri, tam ve kısmî revizyon arasında bir ayırım yapar. Üstelik 4. bölüm, 193. maddede, tam revizyonun dahi “uluslararası hukukun amir hükümlerini ihlal etmemesi gerektiği” ifade edilir (bkz. A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier: *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 2006, p. 495ff.)

Yine başka Avrupa ülkeleri de içerik temelli usul sınırlamaları kabul etmiştir. 1978 İspanya Anayasası “kısmî revizyon” ile “tam revizyon” arasında ayırım yapar ve dahası bazı temel hükümlere ilişkin “kısmî revizyon”ları da “tam revizyon” için öngörülen usule tabi kılar (Madde 167-168). 1997 Polonya Anayasası biçimsel bir ayırım benimser: Birinci (Anayasal Rejimin Genel İlkeleri başlıklı), ikinci (Birey Hakları başlıklı) ve on ikinci bölümlerdeki (Anayasa Değişikliği başlıklı) sıralanan hükümler, halk oylamasını da içerebilen oldukça karmaşık bir değişiklik usulüne tabidir. En radikal usul düzenlemesi 1993 Rusya Anayasasında kabul edilmiştir: Federal Parlatmentonun “nitelikli çoğunluğu”, Anayasanın birinci (Temel ilkeler başlıklı), ikinci (Haklar ve Özgürlükler başlıklı) veya dokuzuncu (Anayasa Değişikliği başlıklı) bölümlerine ilişkin değişiklikler kabul ettiği takdirde, konu özel olarak oluşturulmuş bir Kurucu Meclise gönderilir ve bu Meclis, ya teklif edilen değişiklikleri reddeder ya da yeni bir anayasanın kabul edilmesi için gereken işlemleri başlatır (madde 135). Son olarak İtalya Anayasasının 138. maddesi, “anayasa değişikliğine ilişkin yasalar” ile “anayasa ilişkin diğer yasalar” şeklinde bir ayırım yapar fakat bu yasaların kabullerine ilişkin usullerde fark gözletmez.

Avrupa’nın dışında, “değişiklik” ve “revizyon” arasındaki usule ilişkin ayırım, örneğin 1949 Costa Rica Anayasasında kabul edilmiştir (madde 195 ve 196).

daha karmaşık sorunlar ortaya çıkmıştır. Gerçekten de anayasa değişikliğine ilişkin usuller, belli bir değişikliğin ele aldığı konuyla bağlantılı olduğundan ve anayasalar “kısmî değişiklik” ile tam “revizyon” arasında kısa ve öz ayrımlar yaptığından, bu usuller arasındaki sınırları belirlemek kolay olmayabilir.

“Hukukun-hüküm-sürdüğü-devlet” kavramı, gerektiğinde veya ihtilaf durumunda, sorunun çözümü için uygun merciler olması gerektiğini de varsayar. Anayasa değişikliklerinin usullere uygunluğa dair tartışmalar, bu genel şarttan muaf tutulamaz. Geleneksel parlamenter egemenlik doktrininde, bir değişikliğin kurallara uygun olarak kabul edilip edilmediğine karar verme yetkisi, parlamentonun kendisine verilmiştir<sup>23</sup>.

Buna karşın, bazı ülkelerde yargı organı, anayasa değişikliklerinin usule uygunluğuna karar verilmesi bakımından daha uygun bir yer olarak görülür. Bir kere daha vurgulamak gerekir ki anayasa değişikliği, usulüne uygun olarak kabul edilmediği takdirde, var olamaz. Sonuç olarak bu değişiklikler, halk egemenliğinin kabul edilebilir ifadesi olarak görülemezler. Burada mahkemelerden, “halkın iradesi”ne müdahale etmesi beklenmez, ondan çok “halkın iradesi”nin uygun biçimde ifade edilmediği durumları ortadan kaldırması beklenir. Bu sebeple bu tür bir yargısal müdahalenin meşruiyetini kabul etmek daha kolaydır.

Fakat bu sunum teorilerden ziyade olaylar üzerine yoğunlaştığından, sorulması gereken soru, bu anayasa mahkemelerinin ve/veya yüksek mahkemelerin, anayasa değişikliklerinin usule uygunluğu alanında yargı yetkisine sahip olduklarını kabul etmeye hazır olup olmadıklarıdır. Her zaman olduğu gibi, karşılaştırmalı çalışmalarda, evrensel olarak uygulanan tek cevap söz konusu değildir. Fakat hiç değilse birtakım örneklerin incelenmesi yoluyla, anayasa mahkemelerinin/yüksek mahkemelerin yargılama yetkisini kabul ettiği durumların hiç de ender olmadığı görülmektedir.

<sup>23</sup> Bazı ülkelerde durum hala böyledir. İsviçre’de, hem anayasa değişikliği girişimlerinin kabul edilebilirliğine hem de usule ilişkin tüm diğer konularda karar veren parlamentodur. “Siyasî bir organ olan Federal Meclis, bu kimi zaman karmaşık, yasal problemler hakkında karar verecek uygun yer değildir” denilmiştir (U. Häfelin, W. Haller, H. Keller: Schweizerisches BundeStaatsrecht, Genf 2008, p. 529).

Sorunun açıkça anayasa metninde ele alınması istisnâdır<sup>24</sup>. Genellikle anayasalar, bu konuda sessizdir veya en iyi ihtimalle açık değildir. Bu sebeple yargı yetkisine dair genel anayasa hükümlerini kendiliğinden yorumlama ve yukarıda bahsedilen durumlara genişletilip genişletilemeyeceğine karar verme işi genellikle mahkemelere düşer.

Bazı Avrupa ülkelerinde bu yargı yetkisi genişlemesi doktrin sayesinde kolaylaşabilir<sup>25</sup>. Çok daha karmaşık usullerle kabul edilseler ve daha yüksek yasal otoriteye sahip olsalar da Anayasa değişikliklerinin, biçim bakımından, “yasalar” alanına ait olduğu kabul edilmektedir. Pek çok anayasa, anayasa mahkemelerini, yasaların anayasaya uygunluğu denetimine ilişkin genel bir yetkiyle donattığından ve “olağan yasa” denetiminin, bu yasaların kabulü sırasında usule uygunluk alanına genişlebildiği genellikle kabul gördüğünden, aynı çıkarım, anayasayı değiştire-

<sup>24</sup> Örneğin 1982 Türkiye Anayasasının 148. maddesi, açıkça belirtir: “anayasa değişiklikleri”, Anayasa Mahkemesi tarafından “sadece şekil bakımından incelenmeli ve denetlenmelidir”. Bir yandan, usul denetiminin açık yasal temelini ortaya koyar, fakat diğer yandan bu durum, anayasa değişikliklerinin esas bakımından incelenmesinin hariç tutulması olarak yorumlanabilir (bu konuda ve 1961 Anayasası ile bu anayasada yapılan 1971 değişikliklerine ilişkin daha fazla bilgi için: K. Gözler, op. cit., p. 40-49). Latin Amerika’da bazı anayasalar (Bolivya, Şili, Kolombiya, Costa Rica), anayasa değişikliğinin usul denetimini öngörmektedir – bkz. F. F. Segado: *La justicia constitucional: una vision de derecho comparado*, T. III, Madrid 2009, p. 344 and 499; R. Bille *La Giustizia costituzionale in America Latina* [in:] *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, ed. by L. Mezzetti, Padova 2009, p. 529. Güney Afrika’da, 1993 Anayasasının, 4. bölüm, 167. maddesi, Anayasa Mahkemesi, “anayasada yapılacak tüm değişikliklerin anayasaya uygunluğuna karar verir” der.

<sup>25</sup> Almanya için, bkz. J. Rozek: note 21 to par. 76 [in:] *Bundesverfassungsgesetz. Kommentar*, München 2001; Avusturya için, bkz. R. Walter: *Verfassung and Gerichtsbarkeit*, Wien 1960, p. 17 and 127; S. Peyrou-Pistoluley: *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris 1993, p. 173ff; Polonya için, bkz. W. Sokolewicz, note 39 to article 235 [in:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, ed. by L. Garlicki, vol. III, Warsaw 2005; Çek Cumhuriyeti için, bkz. A. Brösl: *O ústavnosti ústavných zákonov* [in:] *Metamorfózy práva ve stfdni Evropě*, red. H. Jermanova, Z. Masopust, Praha-Plzen 2008, p. 22; İspanya için, bkz. F.F. Segado *El sistema constitucional español*, Madrid 1992, p. 88. Fransa açısından, L. Favoreu’ye göre (France [in:] *Révision...*, p. 118): “bugün [...] anayasadaki yasaların, Anayasanın kendisi tarafından öngörülen usule uygun olarak kabul edilip edilmediğini denetleyebilmemiz gerekir”. Yunanistan için, bkz. E. Spiliotopoulos: *Greece* [in:] *Révision...*, p. 125.

ren “anayasal yasalar”ın usule uygunluğunun denetimi alanına da uygulanabilir<sup>26</sup>.

Diğer yandan, -sözgelimi İspanya doktrininde böyle bir sav ileri sürülmüştür-, anayasa mahkemelerinin yargı yetkisi, listeleme ilkesine dayanmaktadır ve açık bir anayasal temel olmadığı sürece genişletilmemelidir<sup>27</sup>. Bu türlü bir yaklaşım, anayasa mahkemesinin müdahalesini dışlayabilir; fakat, – usulüne uygun kabul edilmemiş bir anayasal yasanın hiç hayata geçmediğini kabul ettiğimize göre – her mahkeme, “anayasa hüküm bulunmaması” başvurusunu reddetme yetkisine sahip olabilir<sup>28</sup>.

Pek çok ülkede, bu ülkelerde henüz mahkemelerin anayasa değişikliklerinin usule uygunluğu üzerinde yargılama yetkisi üstlenmelerinin mümkün olup olmadığına kendilerinin karar vermesi gereken somut bir olay yaşanmadığında, bu tartışma sadece doktrin düzeyinde devam eder.

Avrupa’da, sadece ender durumlarda, bu tartışmayı mahkemeye götürme girişimi olmuştur. Mahkemelerin kararları bir anlamda tek tiptir.

Bazı anayasa mahkemeleri, anayasa değişikliklerinin usul denetiminin açıkça kendi yargı yetkisi içinde olduğunu düşünmektedir. Bu tür bir çıkarım, yargı yetkisi anayasada açıkça öngörüldüğünden Türk Anayasa Mahkemesi açısından açıktı. Fakat aynı zamanda Alman Anayasa Mahkemesi de, anayasa değişikliklerinin bütün usul şartlarını yerine getirerek kabul edilip edilmediğini pek çok vesileyle incelemiştir<sup>29</sup>. Aynı yaklaşım, Ukrayna Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da kabul edildi. Bu konuda en yerleşik yaklaşım, Avusturya’daki Anayasa Mahkemesinin içtihatıdır; bu mahkemenin yaptığı inceleme sadece tümüyle usule ilişkin konuların incelenmesi alanını geliştirmekle kalmaz, aynı zamanda

<sup>26</sup> Bkz. genel olarak K. Gözler, op. cit., p. 19.

<sup>27</sup> F. Rubio-Llorente: Espagne [in:] Révision..., p. 78-79. Meksika için, bkz. F. Serrano-Migallón: El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México, México 2008, p. 56. Ayrıca Hindistan Yüksek Mahkemesinin içtihat gelişimine bkz. (*infra*, no. 17).

<sup>28</sup> Benzer bir çıkarım Portekiz’de de kabul edilmiş görünmektedir (J. Miranda: Portugal [in:] Révision..., p. 207); yazarın görüşüne göre, usul şartlarını ihlal ederek kabul edilen bir anayasal yasa, “onaylanmadan yayımlanmış bir (olağan) yasa veya yayımlanmamış bir yasa gibi hukukî bakımdan var olmamış olacaktır” (207).

<sup>29</sup> Örneğin bkz. Federal Anayasa Mahkemesinin sığınmaya ilişkin bir anayasa değişikliğinin usule uygunluğunu onaylayan 18.4.1996 tarihli kararı (E94, 12), s.33.

belli bir anayasa değişikliğinin bir “tam revizyon” mu yoksa bir “kısmî revizyon” mu olduğuna ilişkin değerlendirme yapılmasına kadar da uzanır.

Son olarak bazı anayasalar, anayasa mahkemelerine/yüksek mahkemelere, değişiklik taslaklarını parlamentoda nihaî olarak kabul edilmeden önce inceleme yetkisi verir<sup>30</sup>. Yine bu “*a priori* denetim” değişiklik teklifinin içeriğine de odaklanabileceğinden, yasama usulünde gerekli bir aşama olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bir anayasa değişikliğinin usule uygunluğu, eğer anayasa mahkemesi gerektiği şekilde sürece dâhil olmazsa, engellenmiş olurdu<sup>31</sup>.

Öte yandan, diğer bazı ülkelerdeki mahkemeler, anayasa değişikliklerinin denetiminin çok farklı bir alan olmasından dolayı, açık bir anayasal düzenleme bulunmadığı takdirde, kendi yargı yetkilerinin dışında tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu tutum bilhassa, anayasa değişikliklerinin “siyasî mesele” olduğunu ve bu nedenle yargı denetiminin dışında tutulması gerektiğini düşünen Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin her zamanki tutumu olmuştur. Bu tutumun en çarpıcı gerekçelendirilmesi *Coleman v. Miller* davasında (1939) ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>. Coleman kararı, Yeni Görüş (*New Deal*)’ün çok farklı ortamında kabul edilirken, *Baker v. Carr* (1962) davasında, yani Yüksek Mahkemenin en etkin dönemlerinden birinde, bu karara olumlu anlamda gönderme yapılmıştır. Bu açıdan, Coleman kararının halen geçerli bir emsal

<sup>30</sup> 1980 Şili Anayasasının 93/3 maddesi, Anayasa Mahkemesinin, “yasaların veya anayasa değişikliklerinin hazırlanması sırasında ortaya çıkabilecek anayasaya uygunluk sorunlarını” hükme bağlayacağını belirtir; bkz. H. Molina Guaita: *Derecho constitucional*, Santiago 2009, p. 504.

<sup>31</sup> Anayasa mahkemesinin *a priori* müdahalesinin bir diğer biçimi, mahkemenin, yeni bir anayasa taslağının hazırlanması sürecine katılımıdır. Güney Afrika Cumhuriyeti, bu konudaki en dikkat çekici örneği sunmaktadır. 1994 Geçici Anayasası, yeni anayasa taslağını hazırlamakla görevli olanların uyması zorunlu olan 34 ilke benimsemiş ve Anayasa Mahkemesine, yeni anayasanın bu ilkelere uyup uymadığını değerlendirme yetkisi vermiştir. Mayıs 1996’da yeni seçilmiş bulunan Kurucu Meclis, anayasayı kabul etmiştir. Bununla birlikte Eylül 1996’da Anayasa Mahkemesi, anayasanın bu ilkelere bazılarında uygun olmadığı görüşüne dayanarak onay vermeyi reddetmiştir. Metin değiştirildikten sonra Mahkeme, Geçici Anayasada öngörülen tüm ilkelere uyumlu olduğundan, anayasayı Aralık 1996’da onaylamıştır (bkz. G. Devenish: *The South African Constitution*, Durban 2005, p. 23).

<sup>32</sup> Yüksek Mahkeme, “değişiklik sürecinde hemen hemen tümüyle dışarıda kalma yaklaşımı”ni benimsemiştir (J. R. Vile: *The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process* [in:] *Responding...*, p. 196).

karar olarak görüldüğünü ileri sürmek mümkündür. Diğer yandan Coleman kararı, oldukça özel bir konuyu (bir eyaletin daha önce onaylanmasını reddettiği bir değişikliği onaylamaya yetkili olup olmadığı sorunu) ele almıştı ve sonraki 80 yıl boyunca pek çok değişiklik kabul edilmesine rağmen, bu değişikliklerden hiçbiri, Yüksek Mahkemeye, onaylama sürecinin usule uygunluğunu denetlemesi için tekrar başvurulmasına uygun fırsatı yaratmadı.

Fransa'da Anayasa Konseyi, 1962 yılında, önceden ulusal referandumda kabul edilen bir anayasa değişikliğini biçim açısından denetlemeyi reddetti<sup>33</sup>. 1962 kararı, Konsey'in yargı yetkisini, parlamento tarafından kabul edilen bir değişikliğin usule uygunluğu bakımından ele almazken, 2003 yılında Konsey, yargı yetkisinin Anayasada ve Organik Yasada açıkça öngörülenin ötesine genişletilemeyeceği görüşünü yinelemiştir<sup>34</sup>.

Son olarak, bir anayasa mahkemesi/yüksek mahkeme yargı yetkisini kabule hazır olsa dahi bu, yargı yetkisini etkin biçimde kullanmaya da hazır olacağı anlamına gelmemektedir.

Avrupa'da sadece birkaç mahkeme, bir anayasa değişikliğinin, değişiklik sürecinin öngördüğü usul şartlarına uymadığı gerekçesiyle geçersiz ve etkisiz olduğuna karar vermiştir. Bu Almanya'da asla söz konusu olmamıştır. Öte yandan, (gayet iyi bilindiği üzere, özellikle etkin bir mahkeme olarak nitelenemeyecek) Avusturya Anayasa Mahkemesinin kararlarında, bir anayasal yasanın “usul açısından anayasaya aykırılığı”nın ifade edildiği davalar olmuştur. Bütün bu kararlar, Avusturya'nın “kısmî” ve “tam” değişiklikler arasında yaptığı ayırmadan kaynaklanmıştır: Mahkeme, birkaç değişikliği, içerik bakımından “tam re-

<sup>33</sup> 6 Kasım 1962 Kararı (62-20 DC): Konsey'in yargı yetkisi, onun “devlet kurumlarını düzenleyen bir organ” olarak rolünü yansıtmaktadır ve bu nedenle Parlamento tarafından kabul edilen yasalarla sınırlı olduğundan, doğrudan halk tarafından kabul edilen yasalara doğru genişletilmemelidir (bkz. L. Favoreu, L. Philip: Les grandes decisions du Conseil constitutionnel, Paris 2011, p. 31-37). 1962 kararı, Konsey'in yargı yetkisini, parlamento tarafından kabul edilen bir değişikliğin usule uygunluğu bakımından ele almamıştır. Bununla birlikte 2003 yılındaki kararında (bkz. *infra*, no. 14) Konsey, yargı yetkisinin Anayasada ve Organik Yasada açıkça öngörülenin ötesine genişletilemeyeceğini doğrulamıştır (*ibidem*, p. 34 ve 308-309).

<sup>34</sup> L. Favoreu i L. Philip tarafından yorumlanan 26 Mart 2003 (2003-469 DC) kararı (Les grandes..., p. 308-312).



vizyon” tanımına uygun oldukları halde “basit değişiklik” usulüyle, yani sonrasında ulusal referandumda onaya sunulmadan kabul edildiğini söyleyerek reddetmiştir<sup>35</sup>.

Bir anayasa mahkemesinin, bir anayasa değişikliğini usul bakımından geçersiz ilan ettiği durumlara, Avrupa’da dahi çok sık rastlanmasa da Avusturya, tek istisna değildir. Türkiye<sup>36</sup> ve son olarak Ukrayna<sup>37</sup>, bir anayasa değişikliğinin usulen anayasaya aykırı olduğuna ilişkin kararlar sonuçlanan denetimlere dair diğer örneklerdir.

<sup>35</sup> O. Pfersmann: La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemegne Fédérale. Théorie, pratique, limits [in:] La révision de la Constitution, Paris-Aix 1993, p. 37ff.

<sup>36</sup> Türkiye Anayasa Mahkemesi, daha 1970 yılında, politik açıdan oldukça önemli bir anayasa değişikliğinin usulen anayasaya aykırı olduğunu bildirmiştir. Mahkemenin kararı, Meclis oylaması sırasında aranan nitelikli çoğunluk şartının oldukça geniş bir yorumuna dayandırılmıştır (bkz. E. E. Hirsch: Verfassungswidrige Verfassungsänderung, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, no. 1, p. 53ff). Yine sonraki yıllarda da Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin usule uygunluğunu incelediği çeşitli davalar olmuştur ve bu davaların bazılarında incelemenin sonucu, reddi istenen değişikliğin iptali olmuştur (bkz. K. Gözler: op. cit., s. 40ff).

<sup>37</sup> 2010 yılında Ukrayna Anayasa Mahkemesi, usul denetimine ilişkin oldukça dikkat çekici bir örnek sunmuştur. 1996 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi, parlamento sunulan her değişiklik teklifini, ileriye dönük olarak denetler. Anayasanın, anayasa değişikliği açısından çeşitli sınırlamalar getirdiğini belirtilmelidir. Esas bakımından, “insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin kaldırılması ve kısıtlanmasını ön-gören veya Ukrayna’nın bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü tehlikeye atmaya yönelik” değişikliklerin kabul edilmesi yasaklanmıştır (madde 157, bölüm 1). Usul bakımından, bir değişiklik, parlamento üyelerinin en az üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmeli (madde 155) ve bazı anayasal hükümler söz konusu olduğunda, sonradan ulusal referandumda onaylanmalıdır (madde 156). Eğer bir değişiklik teklifi parlamento tarafından kabul edilmezse, reddedildiği tarihten itibaren en az bir yıl sonra tekrar teklif edilebilir (madde 158, bölüm 1). Son olarak, daha önce de belirtildiği üzere, madde 159, Anayasa Mahkemesini anayasa değişikliği işlemine dâhil etmektedir: Parlamentonun bir değişikliği kabul edebilmesi için öncelikle Mahkemenin, değişikliğin kabul edilebilirliğini onaylaması gerekmektedir.

2004 yılında Ukrayna Parlamentosu, yürütme organının yapısının özüne ilişkin büyük değişiklikler getiren bir anayasa değişikliğini görüşmüştür. Değişiklik taslağı gerektiği şekilde Anayasa Mahkemesine sunulmuş ve Mahkeme, taslağın kabul edilebilirliğini (157 ve 158. maddelerde belirtilen şartlara uygunluğunu) onaylamıştır. Bununla birlikte parlamento görüşmeleri sırasında ilk değişiklik metni büyük oranda değiştirilmiş ve son hali tekrar Mahkemeye sunulmamıştır. Birkaç yıl sonra 2004 değişikliğinin usulen geçerliliği Anayasa Mahkemesinde dava edilmiştir. 30.09.2010 tarihli kararında (1-45/2010) Mahkeme, değişikliğin Anayasanın 159. Maddesini ihlal ederek kabul edildiğine karar vermiş ve değişikliği karar tarihi itibarıyla hükümsüz kılmıştır.

Avrupa dışında, Güney Afrika'da Anayasa Mahkemesi, dört kez, Anayasada yapılan değişikliklerin usulen anayasaya uygunluğunu incelemiştir (ve onaylamıştır)<sup>38</sup>. Kosta Rika'da Yüksek Mahkemenin (Mahkemenin Anayasa Dairesinin), anayasa değişikliklerinin usule uygunluğunu değerlendirme yetkisi vardır. Sorunun gündeme geldiği davalar olmakla birlikte bunlar, Mahkemenin anayasaya aykırılık bulmasıyla sonuçlanmamıştır<sup>39</sup>. Bir anayasa değişikliğinin (usul gerekçesiyle) iptaline ilişkin cesur bir atak, 2000 yılında Moğolistan Anayasa Mahkemesinden geldi; fakat Mahkemenin anayasa yorumu aşırı biçimseldi ve son aşamada hâkimler geri adım atmak zorunda kaldı<sup>40</sup>. Sri Lanka'da 18. Değişiklik denilen değişikliğin kabulünde (2010) usule uygunluk, sonuçsuz kalsa da, Yüksek Mahkemede dava konusu oldu<sup>41</sup>.

Yukarıdaki örnekler, mahkemelerin, bir anayasa değişikliğinin usule uygunluğunu denetlenmesini gerektiren davaların pek çok ülkede yaşandığını göstermektedir. Listede Almanya, Avusturya, Fransa, Türkiye, Romanya ile Birleşik Devletler olduğuna göre, anayasa değişikliklerinin usule uygunluğu denetiminin, önemli anayasa yargılarının etki kapsamının dışında kaldığı iddia edilemez.

Doktrinin, usule uygunluk denetimine tümüyle muhalif olmadığı görülmektedir. Usule uygunluk denetiminin, "halkın iradesi" savına ve doğal olarak anayasa değişikliğinin daha fazla meşruiyete sahip olması konusuna odaklanmış olan geleneksel yaklaşım bakımından daha az saldırgan olduğu bir kere daha belirtilmelidir. Bu yaklaşım, bir değişiklik usule uygun olarak kabul edilmediği zaman geçerliliğini kaybetmektedir.

<sup>38</sup> A. Lollini: La Corte..., p. 808; C. Albertyn: Judicial Independence and the Constitution Fourteenth Amendment Bill, South African Journal on Human Rights, vo. 22 (2006), p. 129-130.

<sup>39</sup> A. Solis Fallas: La Dimensión Política de la Justicia Constitucional, San Jose 2008, p. 103; R. Hernández Valle: Las Reformas Constitucionales en Costa Rica [in:] Constitución y Justicia Constitucional, San Jose 2010, p. 101-105. Ayrıca bkz. Karar no. 3513-94 ve 3788-92 (*ibidem*, p. 104).

<sup>40</sup> T. Ginsburg: Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases, 2003, p. 198-200.

<sup>41</sup> 1978 Anayasası, bazı temel hükümlerin sadece ulusal referandum yoluyla değiştirilebileceğini öngörmektedir. 18. Değişikliğe ilişkin uyuşmazlık, "acil-yasa usulü" denilen usulde kabulü sebebiyle ortaya çıkmıştır – bkz. The Eighteents Amendment to the Constitution. Substance and Process, ed. by R. Edrisinha and A. Jayakody, Colombo 2010.

Egemenin (ister parlamento, ister halk olsun) anayasal düzenlemeleri değiştirmek bakımından sınırsız yetkisi olduğunu kabul edenler bile, hukukun üstünlüğüne ilişkin temel ilkelerin, aynı egemenin ilk anayasa metnine koyduğu usullerin gerektiği gibi gözetilmesini gerektirdiğini inkâr edemez.

Mahkemeler, anayasa değişikliklerinin usule uygunluğu üzerinde yargı yetkisini üstlenmeye hazır olup olmamaları bakımından bölünmüş bulunmaktadır. Mevcut anayasa değişikliği, sayısı sınırlı olan ülkelerde, denetim sorununun karara bağlanmadan kalması daha kolaydır<sup>42</sup>. Genel olarak, biçimsel denetime ilişkin davaların çok ender olarak mahkemeye götürüldüğü ve biçimsel denetimin istisnaî olarak değişikliğin iptali ile sonuçlandığı görülmektedir. Yine de bu türden iptaller olmaktadır ve bunlara mahkemelerin yetkilerini sıra dışı şekilde kullanması gözüyle bakılamaz.

## II. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNE GETİRİLEN KISITLAMALAR – ESASA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Anayasa değişikliklerinin esasına yönelik yargısal denetim, egemenlik ilkesinin özüne ilişkin olduğundan çok daha tartışmalı bir konudur. Her ne kadar doktrinde halk egemenliği savları, sadece halkın ve/veya parlamentonun mevcut anayasayı düzenlemek bakımından sınırsız yetki sahibi olduğunu savunanlar tarafından değil, aynı zamanda değişiklik yapma yetkisi açısından dolayı sınırlamalar olmasından yana olanlarca da kullanılsa da<sup>43</sup>, birincilerin konumu geleneksel “kurucu iktidar” kavramıyla daha kolay bağdaşmaktadır. Bundan başka, olası anayasa değişikliklerine ilişkin sürekli yasaklar olması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu yasakların nasıl zorunlu kılınacağı sorusu sorulabilir. Bu zorlama yetkisi mahkemelere verilirse, kaçınılmaz olarak şu soru gündeme gelir: hâkimlerin, “halkın iradesi”ne, yani parlamentonun nitelikli çoğunluğu ile alınan ve kimi zaman halk oylaması ile onaylanan kararlara müdahalesi ne derecede meşrudur?

<sup>42</sup> Anayasa değişikliği sıklığı ne kadar yüksekse ve değişikliklerin kabulüne ilişkin usul karmaşıklığı ne kadar fazlaysa, günün birinde, herhangi bir değişikliğin, bir hâkim tarafından usule uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ihtimali daha yüksektir.

<sup>43</sup> G. J. Jacobsohn, op. cit., p. 463.

Mahkemelerin hem yargı yetkisini üstlenmek hem bu yetkiyi olması gerektiği biçimde kullanmak açısından fazlaca ihtiyatlı olmasında şaşılacak bir şey yok.

Anayasaya uygun olmayan anayasa değişikliği kavramı, anayasal normların belli bir içsel hiyerarşisi olduğuna ve bir anayasanın ömrü dâhilinde değiştirilemeyecek kadar büyük önem arz eden normlar olduğuna ilişkin varsayıma dayanır. Bu kavram, entelektüel (doktrin) açıdan cazip olabilir fakat belli bir durumun yargısal değerlendirilmesi söz konusu olduğunda sorun, verili anayasal sistemde kabul edilen bu hiyerarşinin nasıl doğrulanacağına ilişkindir.

Bunun kolay yolu, bu bilgiyi anayasa metninde aramaktır; fakat bu tür bir analiz, görelî (olgucu) cevapların ötesine geçemez. Bunun zor yolu ise, modern anayasacılığın veya daha genel anlamda modern demokrasinin evrensel ilkelerini incelemektir. Bu, genel olarak uygulanabilen birtakım öneriler hazırlarken fayda sağlayabilir. Bundan başka, belirli anayasal metinlerin aşılmasını ve doğal hukukun ve/veya uluslararası hukukun (özellikle uluslararası İnsan hakları hukukunun) ilkelerine dayanan evrensel yasakların tanımlanmasını sağlayabilir. Yine, son olarak, yeni anayasa taslaklarının da belli sınırlamalara tabi olması şeklindeki çıkarımı destekleyebilir<sup>44</sup>.

Soruna ilişkin metinlerdeki cevaplar büyük oranda farklılık gösterir. Bazı anayasalar, tabii ki hepsi değil, açık ve kesin biçimde, olası anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin sınırlamalar getirmektedir. 1787 Birleşik Devletler Anayasasının 5. Maddesi özel yasaklar içerir: 1) herhangi bir eyaleti, kendi onayı olmaksızın, “Senato’da eşit oy” hakkından mahrum edecek olası değişiklikler, her zaman için, kapsam dışındadır; 2) Kölelik ve vergilendirmeye ilişkin değişiklik yetkisine, 1808’e kadar, sınırlama getirmektedir.

Bunun aksine 1814 Norveç Anayasası, sorunu genel anlamıyla ele alan ilk (ve belki de tek) girişimde bulunmuştur<sup>45</sup>. Norveç anayasasını

<sup>44</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: External Review..., no. II.5 and V.3.

<sup>45</sup> (Halen ilk yazıldığı haliyle yürürlükte bulunan) 112. maddesi şöyle der: “Eğer Norveç Krallığı’nın bu anayasasının herhangi bir bölümünün değiştirilmesi icap ederse [...] her ne olursa olsun bu değişiklik, asla, bu anayasada somutlaşan ilkelere aykırı olamaz; değişiklik, sadece anayasanın ruhunu dönüştürmeyen özel hükümlerin değiştirilmesine ilişkin olmalı ve parlamentonun (Storting) üçte iki çoğunluğu değişikliği onaylamalıdır”.

kaleme alanlar, daha çok şöyle genel hükümlere başvurmaya karar vermiştir: “bu anayasada somutlaşan ilkeler” ve “anayasanın ruhu”. Daha günümüze ait bir dil kullanmak gerekirse, 112. maddenin, anayasanın temel yapısına veya anayasal düzenin kimliğine yapılacak müdahalelere karşı süresiz bir yasaklama getirdiği söylenebilir.

Bununla beraber “Norveç yöntemi” anayasal gelişmelerin daha sonraki dönemlerinde takip edilmemiştir. Sonraki anayasaların çoğu, sorunu ele almamayı tercih ettiklerinden, zaman içinde belli bir devamlılık kazanan özel yasaklar öngören “A.B.D. yöntemi” olmuştur. 19. yüzyılın sonundan itibaren bazı anayasalar, daha belirgin yasaklar getirmeye ve olası tüm anayasa değişikliklerinin kapsamı dışında kalacak hükümleri sıralamaya başlamıştır. Açıkça sıralanan anayasal hükümlerin (ilkelerin) değiştirilemezliği modeli, ilk olarak, III. Fransız Cumhuriyeti’nin anayasal doktrininde ortaya çıkmış ve sonradan Fransa’nın çeşitli anayasal belgelerine eklenmiştir<sup>46</sup>. Fransa’daki yasakların kapsamı her zaman sınırlı olmuştur: anayasa değişikliği ile değiştirilemeyecek olan sadece “hükümet biçiminin cumhuriyet olduğu”dur. Her ne kadar bugün bu hükme daha çok bir tarihi anıt olarak bakmak gerekiyorsa da, “sıralanmış/özel yasaklar tekniği” uygulamasını, genel (Norveç) yaklaşımına bir alternatif olarak sunmuştur.

Yalnızca birkaç ülke Fransız modelini takip etmeyi ve monarşi karşıtı görüşleri, değiştirilemezlik ayrıcalığıyla donatarak sağlamlaştırılmayı tercih etmiştir. 1947 İtalya Anayasasının 139. maddesi, en iyi bilinen örneklerden biridir. Diğer Avrupa ülkelerinde yeni anayasalar, daha uzun değiştirilemez hükümler listeleri oluşturmaya başlamıştır. 1949 Almanya Anayasası, “Federasyon’un Länder’lerden oluşmasını, bunların yasama sürecine katılımını veya 1 ve 20. maddelerde belirtilen ilkeleri etkileyen” değişiklikleri kapsam dışında bırakmıştır<sup>47</sup>. Almanya Anayasasını kaleme alanları, daha geniş korunan hükümler listesi hazırlamaya iten nedenlerden biri, geçmişteki totaliter rejim deneyimine duyulan tepkiydi. Bu, diğer eski-otoriter ülkelerinin aynı fikrin cazibesine kapılmasının da nedeniydi. Avrupa’da Türkiye, Portekiz, Yunanistan, Romanya,

<sup>46</sup> Les Cahiers..., p. 6.

<sup>47</sup> Madde 79, bölüm 3, Madde 1 insan onuru ilkesini ortaya koyar. Madde 29, Almanya’yı demokratik, sosyal ve federal devlet olarak tanımlar; halk egemenliği, erkekler ayrılığı ve anayasanın üstünlüğü ilkelerini belirtir – bkz. B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hoffmann, A. Hophauf: Grundgesetz. Kommentar, Kluwer 2011, p. 1623-1631.

Ukrayna ve Çek Cumhuriyeti<sup>48</sup> gibi ülkeler, kendi değiştirilemez hükümler ve/veya ilkeler listelerini kabul etmişlerdir. Bu ülkelerden bazıları (Türkiye, Yunanistan, Romanya ve Portekiz), cumhuriyetçi ilkeyi bu listeye dâhil etmeyi tercih etmiştir, öteki ülkelerde bu gerekli görülmemiştir. Böylelikle, yeni yaklaşıma göre, değiştirilemez hükümler listeleri hem kapsam hem içerik bakımından genişlemiştir<sup>49</sup>.

Portekiz'deki anayasal gelişmeler bilhassa yol göstericidir. 1976 Anayasasının ilk metni, oldukça uzun bir değiştirilemez ilkeler listesi barındırıyordu. İlerleyen yıllarda yapılan reformlarla (1989 ve 1997) bu liste kısaltıldı (ancak hala çarpıcı ve tam 14 tane, yani dünyaki bütün anayasalardan çok daha fazla ilke içeriyor); bu da gösteriyor ki, değiştirilemezlik ilkesinin kendisi de değişiklikten muaf değil<sup>50</sup>.

Yukarıda bahsedilen tüm ülkelerde anayasanın kendisi, esasına ilişkin bazı noktaları sonraki muhtemel değişikliklerden koruyor. “Egemen halk”, tümüyle yeni bir anayasa kabul etme yetkisini her zaman için elinde tutuyor olsa bile, bu yönde karar alınmadığı müddetçe, değişiklik yetkisinin sınırlandırılması geçerliliğini koruyor. Ve daha önce de belirtildiği üzere, hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlette, esasa ilişkin yasaklamalar beraberinde uygun usul güvencelerini getirmelidir. Bu nedenle bu ülkelerde, anayasal değişikliğin esas bakımından anayasaya uygunluğuna ilişkin “dava ya da uyuşmazlık” olabileceğini düşünmek daha kolaydır. Ve eğer “dava ya da uyuşmazlık” olabiliyorsa, aynı zamanda bu konuda hüküm verecek bir yargısal merci de olmalıdır.

Bir anayasa, değişiklik yetkisinin esasa ilişkin sınırları açısından sessiz kaldığında durum daha da zorlaşmaktadır. Böyle bir anayasaya ilişkin ilk yorum, anayasanın sessizliğinin hiçbir sınırlama kabul etme-

<sup>48</sup> Kimi zaman liste o kadar fazla açık-uçlu ilkeden oluşuyor ki tüm düzenleme, genel yasaklar öngören “Norveç” anlayışına yaklaşıyor. Söz gelimi 1992 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasasının 9. maddesi, “hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik devletin özüne ilişkin değişiklikler kabul edilmez” demektir.

<sup>49</sup> Ayrıca bkz. 1995 Kazakistan Anayasası, madde 91, bölüm 2 (devletin merkeziyetçi yapısının, toprak bütünlüğünün ve “yönetim şekli”nin değiştirilemezliği)

<sup>50</sup> Bu, anayasalardaki tüm değiştirilemezlik güvencelerinin özünde var olan bir zayıflık. Fransız doktrininde bu duruma, “ard arda gelen ikili revizyon” deniyor (B. Genevois: Les limites d'ordre juridique a l'intervention du pouvoir constituant, Revue française de droit administrative, 1998, p. 916).

diği anlamına geldiğini ve ileride değişiklik yapacak olanların tam hareket özgürlüğüne sahip olduğunu akla getirebilir.

Fakat çeşitli ülkelerin kötü tarihi deneyimleriyle bağlantılı anayasal öngörü, metnin düz yorumlanmasına karşı uyarıda bulunur. Bütün anayasaların, birlikte ele alındığında anayasanın kimliğini oluşturan belli ilkeler etrafında inşa edildiği ve anayasa değişikliği yetkisinin bu kimliğin imhasına neden olacak şekilde genişletilemeyeceği ileri sürülebilir. Bu yaklaşıma ilişkin ilk doktrin çalışmalarından birinin Carl Schmitt tarafından ortaya atılmış olduğu gerçeğinden hoşlanmasak da, bugün, “değiştirilemez anayasa kimliği” düşüncesinin anayasa hukuku teorisinde köklü bir yer edindiği inkâr edilemez.

Kimi zaman, Almanya’da olduğu gibi, bu teori, anayasa metninde öngörülen anayasa değişikliği kısıtlamalarının genelleştirilmesi yoluyla oluşmuştur. Bununla beraber kimi zaman da, İtalya’da (*infra*, no.16) veya İsviçre’de<sup>51</sup> olduğu gibi, örtük yasaklamalar anlayışı, yazılı metnin herhangi bir yardım sağlamadığı anayasal sistemler için gündeme gelmiştir. Anayasaların yazılı olmayan normlar hiyerarşisi üzerine inşa edildiği kabul edilirse, o halde, “olağan anayasal yasalar”ın “temel anayasal yasalar”la uyumlu olmak durumunda olduğuna dair varsayımda doğruluk payı vardır<sup>52</sup>.

Şimdi burada doktrine ait kavramlara ve tartışmalara girişmek niyetinde değiliz<sup>53</sup>. Bizim konumuz daha ziyade anayasa mahkemesi ve/veya yüksek mahkeme hâkimlerinin, anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin sınırlamalar sorununu nasıl ele aldığıdır.

Anayasanın içinde anayasa mahkemesine/yüksek mahkemeye, anayasa değişiklikleri üzerinde açık bir yargı yetkisi tanınması çok nadir bir durumdur ve çoğu zaman bu yargı yetkisi sadece değişiklik tasaklarıyla sınırlıdır<sup>54</sup>. Bazı durumlarda, Türkiye’de olduğu gibi, anayasal hükümler, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimini açıkça kapsam dışı bırakır.

<sup>51</sup> U. Häfelin, W. Haller, H. Keller, op. cit., p. 10 and 519-520.

<sup>52</sup> L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, Paris 2007, p. 107-109.

<sup>53</sup> Bkz. örneğin K. Gözler, op. cit., p. 68ff.

<sup>54</sup> 1996 Ukrayna Anayasası, madde 159; 1991 Romanya Anayasası, madde 146, no.1; 1937 İrlanda Anayasası, madde 26.

Yine de bu, mahkemelerin, yargı yetkilerini anayasanın daha genel hükümlerine dayandırma imkânı olmadığı ve buna istekli olmadıkları anlamına gelmez. Almanya gibi anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin sınırlamalar getirmeyi tercih eden ülkelerdeki hâkimlerin durumu daha kolaydır. B. Ackerman'ın belirtildiği gibi: “bu yarı bilinçli koruma eylemi göz önünde tutulduğunda, Alman Anayasa Mahkemesinin, [söz gelimi] inanç özgürlüğünü bariz şekilde ihlal eden bir değişikliği ortadan kaldıran [...] bir karar çıkarması kesinlikle doğrudur”<sup>55</sup>. Ve gayet iyi bilindiği üzere, Alman Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin denetim işini pek çok kere üstlenmiştir<sup>56</sup>. Başlangıçta Mahkeme, on yıllar boyunca, 79. maddenin 3. kısmının katı yorumunu tercih etti. Bu tutum 2004 yılında Mahkemenin, bir değişikliğin anayasaya uygunluğunu onaylarken kapsam ve anlamını yeniden ifade etmesiyle birlikte değişti. Başka bir ifadeyle Mahkeme, değişikliğin, sadece kararda belirtilen yorum bakımından anayasal olduğuna karar verdi<sup>57</sup>. 2009 yılında Mahkeme, Lizbon Antlaşmasının anayasaya uygunluğunu onayladı fakat aynı zamanda “[Almanya] anayasal kimliği” kavramını da 79. maddenin 3. kısmındaki dokunulmazlık şartına dâhil etti<sup>58</sup>. O. Lepsius'un yakın zamandaki gözlemlerine göre, “neredeyse on yıldan bu yana bu hüküm Mahkeme tarafından karar ve denetim yetkisini genişletmek amacıyla kullanılıyordu”<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> B. Ackerman: *We the People*, vol. I: Foundations, Cambridge 1991, p. 15.

<sup>56</sup> Bir anayasa değişikliğinin 79. maddenin 3. kısmına uygunluğunun incelendiği ilk dava 1970 Telefon Anketi (Klass) Davasıdır. Sonraki içtihatlarında Mahkeme, beş anayasa değişikliğini daha (1972; 1991; 1996; 1996; 2004) denetlemiş ve Maastricht Antlaşması (1993) ve Lizbon Antlaşması (2009)'na ilişkin kararlarında da bu soruna atıfta bulunmuştur – bkz. M. Fromont: *La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand*, RDP 2007, p. 2ff).

<sup>57</sup> “Mahkeme [anayasal değişiklikte ‘verfassungskonforme Auslegung’ tekniğini kullanarak], değişikliğe, yasama tarafından tasarlanmamış yeni bir anlam verdi – O. Lespius: *Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de revision constitutionnelle dans la République fédérale d’Allemagne*, Cahiers..., p. 19-20.

<sup>58</sup> D. Grimm: *Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State*, *European Constitutional Law Review*, 2009, no. 3, p. 359-360

<sup>59</sup> O. Lepsius, op. cit., p. 18.



Fakat Almanya Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin esasına ilişkin inceleme yapmaya istekli olması, belirli bir değişikliğin anayasaya uygun olmadığı yönünde bir tespite dönüşmedi<sup>60</sup>.

Benzer anayasal düzenleme, Türkiye Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olmadığını kesinleştirmek üzere harekete geçirdi. K. Gözler'in belirttiği gibi, 1965 yılında (yani 1961 Anayasası döneminde) Mahkeme, “değişiklik yapma yetkisinin anayasayı ortadan kaldıramayacağını ve hukukun üstünlüğünü yok edemeyeceğini beyan etmişti. [Daha sonra] 3 Nisan 1971 tarihli kararında Mahkeme, anayasa değişikliklerini, sadece devletin cumhuriyetçi yönetim şeklinin değiştirilemezliğine değil, [...] anayasa metninde açıkça yazılmamış diğer ilkelere de uygunluğu bakımından denetlemeye yetkili olduğunu beyan etti”<sup>61</sup>. 1982 Anayasası, çok açık bir dille, “anayasa değişikliklerinin, sadece şekil bakımından incelenmesini ve denetlenmesini” öngörmektedir (madde 148, kısım 1). Bununla birlikte 2008 yılında Mahkeme, kız öğrencilerin üniversitelerde türban takmasına izin veren bir anayasa değişikliğini inceledi ve değişikliği laiklik ilkelerine uygun olmadığı gerekçesiyle reddetti<sup>62</sup>.

Romanya'da Mahkeme, 2003 anayasa reformu için hazırlanan taslak teklifini inceledi. Değişiklik tekliflerinden ikisinin, mülk edinme hakkına yönelik güvencenin kaldırılmasına ve adalete erişim hakkının engellenmesine neden olduğu gerekçesiyle anayasanın “değiştirilemez

<sup>60</sup> Bununla birlikte 1970 Klass kararı, 4'e 4 eşit oyla kabul edildi (Almanya sisteminde oy eşitliği, incelenmekte olan hükmün onaylanmasıyla sonuçlanır).

<sup>61</sup> K. Gözler, op. cit., p. 96. Gözler'in düşüncesine göre, “Türk Anayasa Mahkemesinin bu kararları oldukça tartışmalıdır”.

<sup>62</sup> 5.6.2008 tarihli karar (E 2008/16; K 2008/116). Anayasanın 4. maddesi, (cumhuriyetçi yönetim şekline ilişkin) 1. madde, (“Cumhuriyetin Nitelikleri”ne, yani demokratik, laik ve sosyal devlet ilkesine ilişkin) 2. madde ve (devletin bütünlüğüne ilişkin) 3. maddedeki hükümlerde yapılacak tüm değişiklikleri yasaklar.

Mahkeme, 148. maddenin “sadece şekil bakımından inceleme” hükmüne ilişkin dar yorumu benimsemişti. İlk üç maddedeki “değiştirilemez hükümler”e ilişkin anayasa değişikliklerinin, 4. maddeyle yasakladığını ileri sürüyordu. Bundan dolayı meclis, esas bakımından kabul edilemez bir değişiklik üzerinde görüşse bile bu, Mahkeme tarafından incelenip denetlenebilen bir usule aykırılık durumuna yol açıyordu. Başka bir deyişle, değişikliğin esas bakımından incelenmesinin özerk bir yapısı yoktu fakat sadece değişikliğin kabulü sırasında usule uygunluk denetimi için bir ön adım oluştuyordu. Bkz. İ. Ö. Kaboğlu: Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie, Les cahiers..., p. 40-41.

ilkeleri”ne aykırı olduğu kararına vardı. Bunun yanında Mahkeme, istişari görüş vererek pek çok başka “teklif”i parlamentonun dikkatine sundu<sup>63</sup>. Çek Cumhuriyeti’nde, *a posteriori* denetlemede Mahkeme, Avrupa Birliği’ne katılım için eklenen hükümlere ilişkin 2001 değişikliğini inceledi ve anayasaya uygun buldu<sup>64</sup>.

Farklı ülkelerdeki hâkimler, anayasa metni değişikliklerin içeriğini kısıtlasa dahi, anayasaya uygunluk alanına girmekte tereddüt edebilirler. Fransız Anayasa Konseyi’nin benimsediği yaklaşımı budur. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Konsey, önceleri, halk oylamasıyla kabul edilen yasaları (anayasa değişiklikleri de dâhil) denetlemeye yönelik yargı yetkisini reddetmiştir. Öte yandan 1992’deki Maastricht II kararında Konsey, “Madde 89-5’e [yönetim şeklinin cumhuriyet olduğuna] uygun [...] olmak üzere, kurucu otorite egemendir; uygun gördüğü biçimde anayasa hükümlerini kaldırma, değiştirme veya genişletme yetkisine sahiptir” demiştir. En azından denetim yetkisinin bir bölümünün, Konsey’in yargı yetkisi içinde olduğu ileri sürülebilir<sup>65</sup>.

Ne var ki on yıl sonra Konsey, bu yorumu reddedecek ve – oldukça muğlâk bir ifadeyle – anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olmadığını bildirecektir<sup>66</sup>. Sonraki sekiz anayasa değişikliğinden

<sup>63</sup> Karar no. 148, 16 Nisan 2003 (supra, note 31) – bkz. Constituția României, coord. I. Muraru, E. S. Tănăsescu, București 2008, p. 1460-1462. 2011 yılında Mahkeme, anayasa revizyonuna ilişkin başka yasa taslaklarını da inceledi ve bu taslaklardaki bazı hükümlerin anayasaya aykırı olduğuna karar verdi (karar no. 799, 17 Haziran 2011, Monitorul Oficial no. 440/2011).

<sup>64</sup> Constitutional Act n. 395/2001 – bkz. A. Brörtl, op. cit., p. 21.

<sup>65</sup> Karar 92-312, DC, parag. 19. S. Rials’ın ifadesiyle (Supraconstitutionnalité et systématicité du droit, Archives de philosophie du droit, vol. 57 (1986), p. 76): “Uygulamada [...] – bu önerme pek çoklarına anlamsız gelse de – yüksek mahkeme hâkiminin, açıkça anayasaya uygunluğa ters düşen anayasal yasaları engellemesinin mümkün olduğunun kabulüne kadar gidilebilir”. Karar, G. Vedel ile L. Favoreu (Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs no. 67, 1993) arasında oldukça ilginç tartışmalara yol açmıştır ki buradan Fransız doktrininin artık anayasa değişikliklerinin denetlenebilirliğinin “klasik” reddine bağlı kalmak istemediği sonucu çıkarılabilir.

<sup>66</sup> Karar 2003-469 DC. Dava desantralizasyona ilişkin bir değişikliğin cumhuriyetçi yönetim şekline uygun olmadığını savunan bir grup senatör tarafından açıldı. Çok isabetli bir yoruma göre (L. Favoreu, L. Philip, op. cit., p. 313); Konsey’den 89. maddenin (monarşi yasağı) ilk anlamının ötesine geçmesi ve “tüm cumhuriyetçi mirası” anayasanın değiştirilemez esasının bir parçası haline getirecek yeni bir yorum

hiçbirini Anayasa Konseyi'ne götürme girişimi olmadığından, sorun hukukî açıdan çözülmüş görünmektedir. Yine de bu konu üzerindeki akademik tartışmalar bitecek gibi değildir; tam aksine, bu aralar yeni bir ivme kazanmış görünmektedir<sup>67</sup>.

Yazılı anayasanın kendi normları arasındaki iç hiyerarşi konusunda sessiz kaldığı ülkelerde, anayasa değişikliklerinin denetlenmesi bakımından daha yaratıcı olmak gereklidir. Bütün önemli meselelerde olduğu gibi bu konudaki doktrin de bölünmüş durumdadır. Fakat son söz mahkemelere aittir; çünkü yalnızca içtihat, anayasa normlarının örtülü hiyerarşisi konusunda geçerli bir cevap sunabilir.

Tıpkı doktrin gibi yargı kararları da tek ve basit bir cevap vermekten oldukça uzaktır. Bu nedenle Gözler'in, "anayasa değişikliklerine esasa ilişkin sınırlama getirmeyen anayasal sistemlerde, usule uygun anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesine ilişkin yargı yetkisi söz konusu değildir" şeklindeki son tahliline katılmayız<sup>68</sup>.

Bazı mahkemeler, söz gelimi Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, İrlanda Yüksek Mahkemesi veya Macaristan Anayasa Mahkemesi gibi, kısıtlayıcı bir konum benimsemiştir. Fakat bu yargılarda bile mahkemeler, kimi zaman, sorunla tekrar yüzleşmek durumunda kalabilirler.

Birleşik Devletler'de Yüksek Mahkeme, anayasa değişiklikleri üzerinde yargı yetkisi olduğunu her zaman reddetmiştir. B. Ackerman gibi bazı yazarlara göre böyle bir talep, "Amerika bağlamında saçma" olacaktır<sup>69</sup>. Yüksek Mahkeme'nin sorunu doğrudan ele aldığı tek durum, yasaklamaya ilişkin bir anlaşmazlık sonucunda ortaya çıkmıştır. 18. Değişiklik (1919), alkollü içkilerin üretimine, nakliyesine ve satışına ilişkin yasak öngörmekteydi. Konu, iki nokta açısından mahkemelere taşındı:

---

biçimi benimsemesi bekleniyordu. Konsey ise, 89. maddenin esasa ilişkin yorumuna girmektense yargı yetkisi olduğunu reddetmeyi tercih etti.

<sup>67</sup> A. le Divellec, A. Levade, C. Pimentel: Avant-propos, Cahiers..., p. 8. Değişikliklerin anayasaya uygunluğu denetimini savunanlar ve buna karşı çıkanların savları için bkz. O. Beaud: Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle, Les Cahiers..., p. 43ff.; G. Carcassonne: Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle, Les Cahiers..., p. 46ff.

<sup>68</sup> K. Gözler, op. cit., p. 67.

<sup>69</sup> B. Ackerman: We the People..., p. 15. "Bizim Anayasamız, hiçbir zaman, ([çok çarpıcı] iki istina dışında) arkadan gelen Halk onayının karşısına açıkça mevcut yüksek yasaları koymamıştır" (*ibidem*, p.13). Doktrindeki "klasik" konum, L. Orfield (The Amending of the Federal Constitution, Chicago 1942) tarafından temsil edilir.

değişiklik usule aykırı biçimde kabul edilmişti ve esas bakımından, anayasa değişikliği, (10. Değişiklikle güvence altına alınan) eyaletlerin kolluk yetkilerine yönelik radikal bir saldırı içeriyordu ve böylece Birliğin asıl karakterinin ortadan kaldırılmasına neden oluyordu. Davacıların görüşüne göre, “federal birliğin esas doğasını yok etmek için değişiklik sürecini harekete geçirmek anayasaya aykırıydı”<sup>70</sup>. Buna karşın Yüksek Mahkeme, ayrıntılarla uğraşmaya hevesli değildi. Basit bir gerekçeyle davayı reddetti: “[18.] değişiklik, hukuka uygun teklif ve onay yoluyla, Anayasanın bir parçası haline gelmiştir ve söz konusu belgenin diğer hükümlerine olduğu gibi uyulmalı ve yürürlüğe konmalıdır”<sup>71</sup>.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin Yüksek Mahkemenin yargı yetkisini aştığı yönündeki görüş bakımından Palmer davası halen geçerli bir emsal dava olmaktadır. Bununla beraber doktrin, hiçbir zaman, bu yoruma oybirliğiyle destek vermeye hevesli olmamıştır. Özellikle 1980’lerin sonlarında, Bayrak yakma adı verilen değişiklikler ateşli tartışmalara yol açtığına, şu görüşler öne sürülmüştü: 1) değişiklik yapma yetkisinin sınırları vardır; 2) bu sınırlar, kurucuların “doğal haklar” anlayışında gizlidir; 3) 9. Değişiklik Yüksek Mahkemeye, “devredilemez doğal haklar”dan birine müdahalede bulunan bir değişikliği geçersiz kılma yetkisi vermektedir<sup>72</sup>. W. F. Murphy, değişiklik yetkisinin insan onuruna ilişkin temel ilkeleri ihlal edemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>73</sup>. A.R. Amar aynı görüşü, ifade özgürlüğü bakımından ele almıştır<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> A. H. Kelly, W. A. Harbison: *The American Constitution. Its Origins and Development*, New York 1963, p. 683.

<sup>71</sup> *State of Rhode Island v. Palmer*, 253 U.S. 350 (1920). Benzer şekilde, *Leser v. Garnett* davasında Mahkeme, 19. Değişikliğin (kadınların oy hakkı) esas bakımından anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiayı reddetti.

<sup>72</sup> Bkz. örneğin J. Rosen: *op. cit.*; R. G. Wright: *Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?*, *Loyola Univ. of Chicago Law Journal*, vol. 22 (1990-1991), p. 741ff; V. J. Samar: *Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?*, *Oklahoma City Univ. Law Review*, vol. 33 (2008), no. 3, p. 667ff. Ayrıca şurada tartışmalara bkz. *Responding to Imperfection...*

<sup>73</sup> W. F. Murphy: *An Ordering of Constitutional Values*, *S. Cal. Law Rev.*, vol. 53 (1980), p. 703 ff.

<sup>74</sup> A. R. Amar: *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, *Univ. of Chicago Law Review*, vol. 55 (1988), p. 1043ff.

Bayrak yakma değişikliği, Kongre tarafından reddedilmiştir ve Yüksek Mahkeme, görüşünü açıklama fırsatı bulamamıştır. O zamandan bu yana, Birleşik Devletler’de benzer bir ihtilaflı anayasa değişikliği gündeme gelmemiştir. Daha ileri tartışmalar beklemeye alınmıştır; fakat en azından doktrinde ihtilaf henüz çözümden çok uzaktır.

Yine İrlanda’da da doğal hukuka dayalı savlar, Yüksek Mahkeme’yi, bu hukukun temel ilkelerine aykırı anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisi olduğuna ikna etmek için ileri sürüldü. 1995’te 14. Değişiklik (kürtaj konusunda bilgi edinme özgürlüğü) anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Yüksek Mahkemeye götürüldü<sup>75</sup>. Mahkemenin herhangi bir yasa veya değişikliğin doğal hukuka aykırı olan hiçbir hükmünü uygulamaması gerektiği ileri sürüldü. Mahkeme, Justice Hamilton’un oldukça kısa gerekçesiyle, bu görüşe katılmadı: “Mahkeme, bu iddiayı kabul etmemektedir”<sup>76</sup>. Yine, daha sonraki bazı davalarda Mahkeme, anayasa değişikliğinin halkın iradesinin doğrudan bir ifadesi olduğunu, anayasa değişikliğinde ifade edilen halinin halkın iradesini temsil ettiğini (burada İrlanda’da değişikliklerin referandumla onaylanması şartı olduğu hatırlatılmalıdır) ve devletin hiçbir organı tara-

<sup>75</sup> Bilindiği üzere, kürtaj olma hakkı her zaman İrlanda’daki en tartışmalı konulardan biri olmuştur. 1970’lerin ortalarında Yüksek Mahkeme (McGee v. The Attorney General davasında), evli çiftlerin gebeliği önleyici ilaç kullanımına ilişkin yasağı anayasaya aykırı buldu. McGee Davasıyla Birleşik Devletler’deki Griswold v. Connecticut Davası (1965) arasındaki açık benzerlik, İrlanda Yüksek Mahkemesinin bir sonraki aşamada Roe v. Wade Davasındaki yolu izleyeceği yönünde öngörülere yol açtı. 1983 yılında 8. Değişiklik, açıkça kürtajı yasakladı (1937 Anayasası, madde 40, parag. 3, no.3). Bu durum, kürtaj sorununu mahkemenin yargı yetkisi alanından çıkardı. Yine de geriye iki soru kalıyordu: bir İrlanda vatandaşının yurtdışında kürtaj yaptırıp yaptıramayacağı ve İrlanda merkezli dernek ve kurumların kürtaja ilişkin konularda danışmanlık hizmeti vermesinin yasaklanıp yasaklanamayacağı. Yüksek Mahkeme, bu konuya müdahale etmeye istekli değildi (S.P.U.C. v. Grogan, 1990). Bununla birlikte iki başka anayasa değişikliği 1992 yılında kabul edildi: 14. Değişiklikle, yurtdışındaki yasal kürtaj hizmetlerine ilişkin bilgi edinme hakkı güvence altına alındı. 1995 yılında Parlamento, 14. Değişikliğin hükümlerini uygulamaya koyan bir yasa kabul etti. Cumhurbaşkanı, önleyici denetim usulünü kullanarak (Anayasanın 26. Maddesi), konuyu Yüksek Mahkemeye taşıdı. Yüksek Mahkeme önünde ileri sürülen iddialardan biri, asıl 14. Değişikliğin anayasaya aykırı olduğuna yönelikti.

<sup>76</sup> G. J. Jacobsohn, op. cit., p. 468-469; R. O’Connell: Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms, Journal of Civil Liberties, vol. 4 (1999), p. 64-66.

findan denetlenemeyeceğini onayladı<sup>77</sup>. Böylece, Birleşik Devletler'de olduğu gibi sorun çözülmüş görünmekteydi. Diğer taraftan, R. O'Connell'ın belirttiği üzere, İrlanda mahkemeleri, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini reddederken, “aslında, bu yetkiye ilişkin son derece makul bir iddiayı [...], hakların açık-uçlu güvencelerinin gelişen (hukuken tanınan) adalet ölçütlerine uygun olarak yorumlanması gerektiği şeklindeki yorum tekniğini savunuyorlar”dı<sup>78</sup>.

Macaristan'da Anayasa Mahkemesi, parlamentonun görev süresi hükmünü değiştiren 1997 değişikliği hakkında açılan davada hüküm verdi. Davacı taraflar, değişikliğin anayasal egemenlik ve yasal belirlilik ilkelerini ihlal ettiğini ileri sürdüler. Mahkeme, anayasal hükümleri inceleme, iyileştirme veya değiştirme ve böylece anayasayı değiştiren yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi olmadığı”nı söyleyerek davayı reddetti<sup>79</sup>. Benzer bir yaklaşım 1998 yılında Slovenya Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendi<sup>80</sup>.

Bu yelpazenin öteki ucunda, en azından potansiyel olarak, anayasal düzenin yazılı olmayan (temel) ilkelerinin savunulmasına müdahale etme yetkisi olduğunu teyid etme kararı veren anayasa mahkemeleri/yüksek mahkemeler yer alır.

Avrupa'da İtalya, en ilgi çekici örnek olarak görülebilir. 1947 Anayasası, esas bakımından tek bir sınırlama getirmiştir: devletin cumhuriyet olan yönetim şekli “anayasa değişikliğine konu olamaz” (madde 139). Bununla birlikte doktrinde, anayasa değişikliği ile değiştirilemez ve kaldırılamaz başkaca “anayasal yapının temel ilkeleri” (principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato) olduğu görüşü her

<sup>77</sup> G. J. Jacobsohn, op. cit., p. 469.

<sup>78</sup> R. O'Connell, op. cit., p. 66. İrlandalı hâkimler, Yüksek Mahkemenin, anayasada bulunan özgürlük ve adil yargılanma güvencelerinin yapısını fiilen tümüyle değiştirecek bir değişikliğe müdahale etmeyi reddettiği 1935 State (Ryan) v. Lennon Davasını göz önüne almak zorundalardı. Günümüzün diliyle ifade edersek, değişikliğin anayasal düzenin kimliğini büyük oranda geçersiz kıldığı söylenebilir.

<sup>79</sup> Judgment of 9 February 1998 no. 1260/B/1997 (see the official website of the Hungarian Court).

<sup>80</sup> Judgement of 29 January 1988, no. U-I-195/97 (see the official website of the Court) – Mahkeme, Anayasanın 68. maddesini değiştiren ve yabancıların Slovenya'da gayrimenkul alma olanaklarını artıran 1997 değişikliğinin anayasaya aykırı olduğu iddiası taşıyan bir dilekçe üzerine karara vardı. Mahkeme, dava üzerinde “yargı yetkisi olmadığı” yönünde görüş bildirdi.

zaman savunulmuştur. Gerek bu ilkelerin neler olduğuna gerekse tüm teorinin dayandığı anayasal temele ilişkin bir uzlaşma hiçbir zaman sağlanamasa da, genel olarak, C. Mortati tarafından II. Dünya Savaşı öncesinde geliştirilen “maddi anayasa” kavramından esinlendiği anlaşılmaktadır<sup>81</sup>.

Anayasa Mahkemesi, ilk kez 1970’lerin başında fakat sadece İtalya’nın uluslararası taahhütleri bağlamında bu sorunu ele almıştır<sup>82</sup>. Daha 1988’de Mahkeme, açık bir dille, “İtalya Anayasasının, kendi özsel içerikleri bakımından, anayasa değişikliği veya ayrı bir anayasal yasa yoluyla kaldırılamaz veya değiştirilemez bazı yüksek ilkeler içerdiğini” onaylamıştır. Anayasa metninde bu ilkelerden bazıları açıkça ifade edilmese dahi, “bunlar, her durumda, İtalya Anayasasının temelini oluşturan yüce değerlerin asıl özüne aittirler”. Bu nedenle, “Bu Mahkemenin, anayasa değişikliklerinin olduğu kadar, diğer anayasal yasaların da anayasal düzenin üstün ilkeleriyle uyumlu olup olmadığına dair hüküm verme yetkisine sahip olduğu inkâr edilemez”<sup>83</sup>. Başka bir ifadeyle, Mahkeme, yukarıda bahsedilen ilkelere aykırı bir anayasa değişikliğini geçersiz ilan etme yetkisine sahip olduğunu onaylamıştır.

Mahkemenin bu resmî beyanları her zaman *obiter dicta* biçiminde yapılmakla birlikte, bunlar gerçek kararlara giden yolu açmışlardır. 2004 yılında Calabria bölgesi, devlet-bölge ilişkilerine yeni düzenlemeler getiren bir değişikliğin anayasaya uygunluğunu dava konusu yapmıştır. Mahkeme, *ratione materiae* yönünden davayı reddetmemiştir. Davayı esasa dair değerlendirmiş ve anayasaya aykırılık iddiasının “açıkça asılsız” olduğuna karar vermiştir<sup>84</sup>.

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin büyük oranda kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Sorun daha ziyade,

<sup>81</sup> A. Pizzorusso, E. Rossi: *Italie [in:] Révision de la constitution...*, s. 138.

<sup>82</sup> Decision no. 30-32/1971 – constitutional regime of the Concordat; decision no. 183/1973 (Frontini) – constitutionality of treaties on European Integration.

<sup>83</sup> Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes, sous la dir. de P. Bon et D. Maus, Paris 2008, p. 76-77.

<sup>84</sup> Decision no. 2/2004 – bkz. T. Groppi, C. Meoli [in:] *Les grandes...*, p. 78; M. Luciani: *Le contrôle des lois constitutionnelles en Italie, Les Cahiers...*, p. 30; M. R. Donnarumma: *Intégration européenne et sauvegarde de l’identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles*, RFDC no. 84 (Octobre 2010), p. 727.

“üstün anayasal ilkeler”in içeriğinin tanımlanmasında ortaya çıkmaktadır. Corte Costituzionale içtihadında birtakım göstergeler bulunuyorsa da, kapsamlı bir liste hiçbir zaman oluşturulmamıştır<sup>85</sup>. Bununla beraber İtalyan Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerinde yargı yetkisi üstlenmeye istekli olduğu inkâr edilemez. Yine, bu “üstün ilkeler” kurgusunun tamamının, bütünüyle yargıç yapımı olduğu ve anayasa metninde açık bir temeli olmadığı da inkâr edilemez. Uygulamada Mahkeme, yargı yetkisi olduğunu teyid etmenin ötesine geçmemiştir. Bu nedenle İtalya’da anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi, anayasal sistemin potansiyel bir bileşeni olarak faaliyet göstermektedir. Esasında Mahkemenin, bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğuna ilişkin karar aldığı (ve uygunluğu onayladığı) tek bir dava olmuştur.

Hindistan’da Yüksek Mahkeme, niyetin ötesine geçmiştir. 1967 yılına kadar Mahkeme, Parlatentonun değişiklik yapma yetkisini kabule istekli olmuştur. Parlatentonun, 368. maddede öngörülen usul şartları yerine getirildiği takdirde, anayasanın herhangi bir hükmünü değiştirebileceğine karar verilmiştir<sup>86</sup>. Bununla beraber, 1967 Golak Nath kararında Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerinin, Anayasanın 13. maddesinin 2. kısmının anlamına göre “yasa” kategorisine sokulabileceğini ifade etmiştir<sup>87</sup>. Böylece temel hakları “kaldıracak veya azaltacak” bir değişiklik geçersiz olacaktır<sup>88</sup>. Mahkeme davayı başka bir gerekçeye dayandırarak karara bağladığından, bu açıklama, incelenen değişikliğin iptaliyle sonuçlanmadı. Yine de Mahkemenin kararı, “yargısal denetimin kapsamına ilişkin büyük mücadeleyi harekete geçirdi”<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> M. Luciani (op. cit., p. 31), şu ilkeleri içtihatlardan derlemiştir: devletin yargısal birliği ilkesi; yargısal korunma hakkı; laik devlet ilkesi; “demokrasi” ilkesi; “devredilemez kişi hakları” ilkesi.

<sup>86</sup> Shankari Prasad Singh Deo v. The Union of India (A.I.R. 1951, S. C. 458); Sajjan Singh v. The State of Rajasthan (A.I.R. 1965, S.C. 845). Bkz. M. P. Jain: Indian Constitutional Law, New Delhi 2008, p. 1620-1622.

<sup>87</sup> O zamanki 13. maddenin 2. kısmında şu ifade görülür: “Devlet, bu bölümde [yani, Bölüm III: Temel Haklar] sunulan hakları kaldıracak veya azaltacak bir yasa yapamaz ve bu hükmeye aykırı olarak yapılacak tüm yasalar, bu aykırılığın derecesine göre, geçersiz olacaktır”.

<sup>88</sup> L.C. Golak Nath v. State of Punjab (A.I.R. 1967, S.C. 1643). Bkz. Constitutional Amendment in India, ed. by P. D. T. Achary, New Delhi 2008, p. 15; M. P. Jain, op. cit., p. 1622-1627.

<sup>89</sup> S. P. Sathe: Judicial Activism in India, ..., p. 67.



Parlamento, Golak Nath'e tepki olarak, Parlamentonun anayasasının herhangi bir bölümünü değiştirme yetkisine sahip olduğunu öngören 24. Değişikliği (1971) kabul etti. İki yıl sonra Keshavanada kararıyla Mahkeme; sadece, anayasa değişikliklerinin 13. maddenin 2. kısmının anlamına göre "yasa" olarak nitelendirilmesi bakımından Golak Nath Davasını iptal etti. Aynı zamanda Mahkeme, anayasasının "temel yapısı" doktrinini oluşturdu; bu doktrine göre, hiçbir değişiklik, anayasal düzenin birtakım temel ilkelerini ortadan kaldıramazdı<sup>90</sup>. Değişiklik yetkisinin dar anlamda anlaşılması mümkün olmasa ve bu yetki, tüm maddelere genişletilse de; yine de, anayasasının kimliğini ve onun temel özelliklerini ortadan kaldırma ve değiştirme yetkisini içerecek şekilde sınırsız değildir<sup>91</sup>. Mahkeme, 25. Değişikliğin yargının anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sınırlamalar getiren bölümü hariç, incelediği değişikliklerin çoğunun anayasaya uygun (temel özelliklerle uyumlu) olduğuna hükmetmiştir.

Temel yapı teorisi sonradan 39. Değişikliğin bazı bölümlerinin geçersiz ilan edildiği Indira Ghandi Davasıyla (1975) tekrar onaylanmıştır<sup>92</sup>. Mahkemenin denetim yetkisinin en güçlü ifadesi 1980 Minerva Mills Davasında açıklandı<sup>93</sup>. Mahkeme, 42. Değişikliğin (1976) "anayasa değişikliğine ilişkin bir yasanın geçerliliği hiçbir mahkemede ve hiçbir gerekçeyle sorgulanamaz" şeklindeki hükmünü iptal etti. Mahkeme, 368. maddeye göre Parlamentonun, "anayasayı, anayasasının temel veya aslî özelliklerine zarar verecek ve temel yapısını yok edecek biçimde değiştiremeyeceğini" tekrar vurguladı<sup>94</sup>. "Değişiklik yapma yet-

<sup>90</sup> His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagaluaru v. State of Kerala (A.I.R. 1973, S.C. 461). Mahkeme, Kerala Toprak Reformu Yasası hükümlerini, "saldırılarından muaf tutulmasını sağlamak için" 9. Plana dâhil eden 29. Değişikliğin (1972) hükümlerini inceledi (O. Chinappa Reddy: The Court and the Constitution in India, Oxford 2010, p. 53). Ayrıca bkz. M. P. Jain, op. cit., p. 1628-1631.

<sup>91</sup> Mahkeme, "temel özellikler"den bazılarını saymıştır: anayasasının üstünlüğü, temsile dayalı ve demokratik yönetim biçimi, anayasasının laik niteliği, erkler ayrılığı, anayasasının federal yapısı (M. P. Jain, op. cit., p. 1629).

<sup>92</sup> Smt. Indira Nehru Ghandi v. Raj Narain (A.I.R. 1975, S.C. 229). Değişiklik, Başbakan ve Meclis Sözcüsünün seçimine ilişkin parlamento kararlarının yargısal denetimini kapsam dışı bırakıyordu (bkz. Constitutional Amendment..., p. 17; M. P. Jain, op. cit., p. 1632).

<sup>93</sup> Minerva Mills Lmd. V. Union of India (A.I.R. 1980, S.C. 1789).

<sup>94</sup> M. P. Jain, op. cit., p. 1686.

kisi, yok etme yetkisi değildir”<sup>95</sup>. Doktrinde ifade edildiği üzere: “Minerva Mills kararıyla birlikte, yargısal denetimin anayasanın aslı özelliklerinden olduğu ve sadece anayasa ile değiştirilebileceği görüşü kesin olarak yerleşmiştir”<sup>96</sup>.

Minerva Mills, daha sonra 10’dan fazla kere teyit edildi. Bu kararlardan birkaçı toprak reformu kapsamında alındığından<sup>97</sup>, esas anlaşmazlık; Parlamentonun Yüksek Mahkemenin denetim yetkilerine sınırlama getirme girişimlerinden kaynaklanıyordu. Temel yapı (temel özellikler) teorisi, Parlamentonun işlemlerini etkisizleştirmek için güçlü bir araç işlevi gördü. Son yapılan değerlendirmelere göre, “anayasanın temel özellikleri, sınırlı değildir. Mahkeme tarafından, bugüne dek, temel veya aslı olarak betimlenen 20’ye yakın özellik tanımlanmıştır. Herhangi bir özelliğin temel özellik olduğuna ilişkin bir iddia, Mahkemece görülen davada belirlenecektir”<sup>98</sup>.

Hindistan örneği, sonu gelmez tartışmaları körüklemiştir. Kimilerince Mahkemenin etkin konumu, temel anayasal değerleri koruma ihtiyacının teminatı olarak görülebilir<sup>99</sup>. Bazıları biraz daha ihtiyatlıdır; Mahkeme, siyasî düzlemde de sıklıkla saldırıya uğramaktadır. Yine de önemli olan, yerleşmiş bir anayasa yargısının, sadece üstü kapalı bir denetim yetkisi olduğunu iddia etmesi değil, aynı zamanda bu yetkileri kullanmayı seçmiş olduğu gerçeğidir. Böylece Hindistan’da, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi, anayasal sistemin gerçek (yani sadece potansiyel olmayan) bir bileşeni haline gelmiştir.

Hindistan örneği oldukça ayrıcalıklıdır. Dünya çapında bazı anayasa mahkemeleri, zaman zaman, esas bakımından denetim yetkileri olduğunu ifade etse de<sup>100</sup>, çok nadir olarak bu ifadeler, gerçekten anayasaya aykırılığa ilişkin beyanlara dönüşmektedir<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> Minerva Mills..., p. 1798.

<sup>96</sup> P. Divan: Amending Power and Constitutional Amendment, New Delhi 1997, p. 71.

<sup>97</sup> En güncel: I. R. Coelho v. State of Tamil Nadu and Others (2007, 2 S.C.C. 1).

<sup>98</sup> Constitutional Amendment..., p. 19.

<sup>99</sup> B. S. Tyagi: Judicial Activism in India, New Delhi 2000, p. 181. Çok daha güncel bir değerlendirme için, bkz. M. Godbole: The Judiciary and Governance in India, New Delhi 2009.

<sup>100</sup> Peru Yüksek Mahkemesinin 2005’te yaptığı gibi - G. J. Jacobsohn, op. cit., p.462. Güney Afrika’da Anayasa Mahkemesi, sadece *obiter dicta* biçimde olsa da, bir deği-

### III. SON DEĞERLENDİRMELER

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetiminin makul ve uygulanabilir olup olmadığına ilişkin tartışmalar, henüz kesinleşmiş çözümler ortaya koymadı. Ne de anayasa mahkemelerinin/yüksek mahkemelerin içtihatları bu konuya ilişkin genel bir resim sunabildi. Doktrin, büyük ölçüde bölünmüş durumda, anayasal düzenlemeler tek tiplikten bir hayli uzak, anayasa yargıçları çok nadir durumlarda bu sahaya girmeye cesaret edebiliyor.

Yine de anayasa yargısı pratiği sürekli olarak bize ilginç örnekler sunuyor. Elbette bizim amacımız bu örneklerin ötesine geçmek ve eksiksiz bir karşılaştırmalı analiz derlemek değil. Bu makale, sadece bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunu değerlendirmesi istenen yargı organlarına ilişkin bazı durumları ele almaktadır<sup>102</sup>. Fakat kabataslak olmakla birlikte bu örnekler, Başlangıç İçin Görüşler başlığında değinilen sorulara (*supra*, no.5), ilk ve deneme amaçlı cevaplar sunabilir.

Çoğu anayasa metninin olası anayasa değişikliklerine sınırlamalar öngördüğü görülmektedir. Neredeyse tüm dünyada bu sınırlamalar, değişiklik sürecinin usule ilişkin yönleriyle ilgilidir. Buna karşın bazı anayasalar daha ileri giderek ayrıca olası değişikliklerin esasına ilişkin sınırlamalar da getirirler. Bazı anayasal sistemlerde bu sınırlamalar, anayasa metninde *expressis verbis* öngörülmektedir; diğerlerinde, mevcut anayasanın özü veya ruhuna dayanılarak kurgulanmaktadır.

Bundan başka, biraz tereddütlü ve çekingen olmakla birlikte, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğuna ilişkin yargısal denetim yetkisini üstlenmeye istekli bazı anayasa mahkemeleri/yüksek mahkemeler olduğu da anlaşılmaktadır. Denetimin değişiklik sürecinin usule

---

şikliğinin anayasanın temel ilkelerine uygunluğunu denetleyebileceğini beyan etmiştir (A. Lollini, op.cit., p. 808).

<sup>101</sup> 2004'te Uganda'da (E. Bussey: Constitutional Dialogue in Uganda, 49 Journal of African Law (2005), p. 1-23; G. J. Jacobsohn, op. cit., p. 462) veya 2011'de Kazakistan'da olduğu gibi (Postanovljenije Konstitucionnogo Sovieta Respubliki Kazahstan po dielu "O provierke Zakona Respubliki Kazahstan 'O wniesienii izmienenija i dopolnienienija w Konstitituciju Respubliki Kazahstan' na sootvietswie Konstituciji Respubliki Kazahstan", Konstitucionnoje Prawosudie, 2011, no. 2, p. 63-69).

<sup>102</sup> Şu unutulmamalıdır ki anayasalar, anayasa değişiklikleri ve – hatta – anayasa yargıları sadece gelişmiş demokrasilerde var olmaz. Bu nedenle bu metinde bahsedilen bazı örnekler, bu yerlerde meydana gelmiş kimi uyumsuzlukları akla getirmektedir.

uygunluğu denetimiyle sınırlı olduğu çoğu olayda bazı mahkemeler, her şeye rağmen, yetkilerinin anayasa değişikliğinin esasına da uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir<sup>103</sup>.

Son olarak, mahkemelerin anayasa değişiklikleri üzerinde yargı yetkisine sahip olduklarını beyan ettiği ülkelerin pek çoğunda, bu beyanın, potansiyelin ilanı olarak kaldığı görülmektedir. Anayasaya aykırılığa dair somut kararlar, özellikle esas bakımından, oldukça enderdir. Hâkimler, bilhassa yasalara uygun biçimde kabul edilmiş bir anayasa değişikliğinin geçerliliği mahkemelerce ele aldığı anda açıkça ortaya çıkan “karşı-çoğunlukçu uyuşmazlık” konusunda çok dikkatlidirler<sup>104</sup>.

Bu gelişmeler, anayasal denetimde, olağan yasaların anayasaya uygunluğuna ilişkin sıradan denetimden daha “üstün” yeni bir düzeyin oluşum sürecinde olduğunu mu işaret etmektedir? Bizim görüşümüze göre, buna olumlu bir cevap vermek için erkendir.

Daha önce başka bir yazıda ifade ettiğimiz gibi; olağan yasaların yargısal denetiminin açık başarısı, dört faktörün bir araya gelmesine bağlıydı: (anayasal) referans normların sistemik (kapsamlı) doğası, bu normların görece kesinliği, denetimin usul ulaşırlılığı ve denetimin zorlayıcı etkileri (sonucu)<sup>105</sup>.

Bu bir aradalık, “daha üstün” denetim düzeyi açısından, başka bir deyişle, anayasa değişikliklerinin mevcut anayasanın metninde veya ruhunda yer alan üstün norm ve ilkelerle uyumlu olup olmadığına yönelik değerlendirme açısından söz konusu değildir. Bu bizi, “anayasanın sürekliliği hükümleri” kavramının, modern anayasanın istikrarını korumanın veya başka bir ifadeyle bu anayasaları yıkıcı yapıdaki olası değişikliklere karşı korumanın ortak çözümü olarak kabul edilmesine yetecek kadar gelişmiş görünmediği şeklindeki bir sonuca götürür. Bu nedenle, temel (yani aynı zamanda evrensel) değer ve ilkelerin etkin koru-

<sup>103</sup> Güncel karşılaştırmalı çalışmalardan birinde (A. Harding, P. Leyland, T. Groppi: Constitutional Courts. Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective [in:] Constitutional Courts. A Comparative Study, London 2009), “anayasa-hazırlığına yönelik yargı yetkisi (anayasanın kendisinin denetlenmesi)”, anayasa mahkemelerinin ayrı bir işlevi olarak tartışılmaktadır.

<sup>104</sup> Geleneksel yaklaşımda, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimi görüşünün başlı başına bir “crime de lèse-souveraineté (egemenliği ihlal suçu)” anlamına geldiği değerlendirilmiştir –ironi söz konusu değildir.

<sup>105</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: External Review..., sec. I.4.

masının, anayasanın kendisinin ruhunu ve kimliğini korumak için kabul ettiği “iç” mekanizmaların ötesine geçmelidir. Bu bakış açısıyla, “dış” referans normlarına, bilhassa uluslararası insan hakları hukukuna atıfta bulunmak cazip olabilir<sup>106</sup>.

Buna karşın, bu “dış” normlara duyulan ilgi, “iç” koruma mekanizmalarının hiçbir şey sunamayacağı sonucunun çıkarılmasını gerektirmez. Pek çok önemli anayasa sorunu ele alır ve açık veya örtülü şekilde, normlara ilişkin belli bir iç hiyerarşi oluşturur. Yine pek çok önemli anayasa mahkemesi (söz gelimi Almanya, Hindistan, İtalya, Türkiye sayılabilir) anayasa değişikliklerini, hem usul hem esas bakımından, denetleme yetkileri olduğunu teyit etmeye istekli görünmektedir. Gerçekten de pek çok olayda mahkemeler, bu yetkilerini kullanmaya (henüz?) hazır değildir. Ne de bu yetkilerin tamamen kendi yargı yetkilerinin dışında olduğu yönünde karar vermeye hazırdırlar.

Anayasa değişiklikleri, modern “daha üstün yasa yapma” süreçlerinde daima mevcuttur. Değişikliklerin çoğu, mevcut anayasanın yapısı ve mantığıyla çelişmez. Yine de kimi zaman değişiklikler, anayasa metninin yapısına (kimliğine) müdahale eder ve “anayasada değişiklik yapılmayanların çoğu üzerinde geniş ve derin bir karaltı bırakabilirler”<sup>107</sup>. Gerçekten de anayasalar çoğu zaman kusurludur ve anayasa değişiklikleri, bu başlangıçtaki kusurlara meşru bir yanıt olarak görülebilirler<sup>108</sup>. Fakat anayasa değişikliğinin kendisinin de kusursuzluktan bir hayli uzak olması mümkündür. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, soruna kusurlu bir yanıt sunmaktan başka bir şey değildir. Yine de, tümüyle teorik bir sorun olmadığından, kusurlu bir yanıt bile, hiç yanıt olmamasından faydalı olabilir.

<sup>106</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: External Review..., sec. II.5.

<sup>107</sup> R. G. Wright, op. cit., p. 746.

<sup>108</sup> S. Levinson’ın, Birleşik Devletler Anayasasının kusurlarına ve değiştirilemezliğine ilişkin yazılardan oluşan koleksiyonun giriş bölümündeki değerlendirmelerinde ifade ettiği gibi: “bu koleksiyonun başlığı, ‘Kusurluluğa Yanıt’, Washington ve Mason’ın ilminin tanınmasıdır. Onların kusur anlayışının önemi küçümsenmemelidir” (Responding..., p. 3).

**KAYNAKÇA**

A. Arato, Z. Miklosi: Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary [in]: Framing the State in Times of Transition, ed. by L. E. Miller with L. Aucoin, Washington 2010.

A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier: Droit constitutionnel suisse, vol. I, Berne 2006.

A. H. Kelly, W. A. Harbison: The American Constitution. Its Origins and Developments, New York 1970.

A. R. Amar: Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V, Univ. of Chicaco Law Review, vol. 55 (1988).

A. Solis Fallas: La Dimensión Política de la Justicia Constitucional, San Jose 2008.

B. Ackerman: Higher Lawmaking [in:] Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, S. Levinson, ed., Princeton 1995;

- We the People, vol. I: Foundations, Cambridge 1991.

B. Genevois: Les limites d'ordre juridique a l'intervention du pouvoir constituant, Revue français de droit administrative, 1998.

B. S. Tyagi: Judicial Activism in India, New Delhi 2000.

B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hoffmann, A. Hophauf: Grundgesetz. Kommentar, Kluwer 2011.

C. Albertyn: Judicial Independence and the Constitution Fourteenth Amendment Bill, South African Journal on Human Rights, vo. 22 (2006).

D. Grimm: Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State, European Constitutional Law Review, 2009, no. 3.

E. E. Hirsch: Verfassungswidrige Verfassungsänderung, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, no. 1.

E. Smith: Constitutional Justice under Old Constitutions, Kluwer 1995.

G. Devenish: The South African Constitution, Durban 2005.

G. J. Jacobsohn: An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, International Journal of Constitutional Law 2006, no. 3.

G. Vedel: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949.

H. Molina Guaita: *Derecho constitucional*, Santiago 2009.

J. Rosen: *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?*, *Yale Law Journal*, vol. 100 (1992), no. 5.

K. Gözler: *Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* no. 27 (2009);

- *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa 2008;

- *La révision de la Constitution*, Paris - Aix-en-Provence 1993;

- *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)*, vol. X, 1994.

L. Favoreu, L. Philip: *Les grandes decisions du Conseil constitutionnel*, Paris 2011.

L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni: *Droit Constitutionnel*, Paris 2007.

L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *Constitution-Making, Peace-Building and National Reconciliation. The Experience of Poland* [in:] *Framing...*;

- *“External Review” of Constitutional Amendments? (International law as a norm of reference)*, *Israel Law Review* 2011, no. 2.

L. Garlicki: *La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/. développements récents*, *Revue française de droit constitutionnel*, no. 79, Avril 2009;

- *Pologne*, *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* vol. XXI (2005).

M. Fromont: *La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand*, RDP 2007.

M. Godbole: *The Judiciary and Governance in India*, New Delhi 2009.

M. Tushnet: *The Flag-Burning Episode*, *Univ. of Colorado Law Rev.*, vo. 61 (1990).

O. Chinappa Reddy: *The Court and the Constitution in India*, Oxford 2010.

O. Pfersmann: *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale. Théorie, pratique, limits* [in:] *La révision de la Constitution*, Paris-Aix 1993.

P. Kovacs: A la recherche du bon chemin. Ou l'affaire du mandate d'arret europeen devant la Cour constitutionnelle hongroise [in:] Melanges en l'Honneur de Jean Charpentier, Paris 2008.

R. Hernández Valle: Las Reformas Constitucionales en Costa Rica [in:] Constitución y Justicia Constitucional, San Jose 2010.

T. Ginsburg: Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases, 2003.

The Eighteents Amendment to the Constitution. Substance and Process, ed. by R. Edrisinha and A. Jayakody, Colombo 2010.

U. Häfelin, W. Haller, H. Keller: Schweizerisches Bundestaatsrecht, Genf 2008.

W. F. Murphy: An Ordering of Constitutional Values, S. Cal. Law Rev., vol. 53 (1980).



**REVIEW OF CONSTITUTIONALITY OF  
CONSTITUTIONAL AMENDMENTS  
(AN IMPERFECT RESPONSE TO IMPERFECTIONS?)**

**Prof. Dr. Lech Garlicki (Judge in the European Court of Human Rights) and Zofia A. Garlicka**

**ABSTRACT**

*Constitutional amendments are constantly present in the modern process of “higher law-making”. Sometimes, those amendments intervene into the very structure of the constitutional text and may destroy its identity. Therefore, the question how to assess constitutional amendments is a real one.*

*This paper is focused on those constitutional arrangements that were developed to protect constitution against a disruptive amendment.*

*On the one hand, almost all constitutions of the world impose a particular procedure on adoption of constitutional amendments. In consequence, constitutional and/or supreme courts may have a jurisdiction to decide on procedural validity of constitutional amendments.*

*On the other hand, some constitutions establish, in an expressed or implied manner, also substantive limits on the scope and content of constitutional amendments. In consequence constitutional and/or supreme courts may be invited to decide on the constitutionality of a constitutional amendment.*

*In practice, the attempts to review constitutional amendments have been taken in several countries and different courts took different positions as to their jurisdiction on the matter. At least in some cases (e. g. in Austria, India, Turkey and Ukraine) the courts decided not only to accept jurisdiction but also to declare – procedural or substantive -unconstitutionality of a constitutional amendment.*

*Judicial review of constitutional amendments offers no more than an imperfect response to the question how to protect the identity and*

*nature of a constitution. However, as the problem is not of a purely theoretical character, even an imperfect response may be more useful than no response at all.*

**Key words:** *Constitutional amendments, procedural limitations, substantive limitations*

\*\*\*

## I. INTRODUCTORY REMARKS

While the debate about the role and nature of constitutional amendments is almost as old as the idea of a written constitution, it seems to be quite vividly continued also in recent times.<sup>1</sup> The International Association of Constitutional Law is taking an active part therein: within two years it conducted two Round Tables (in Jerusalem and in Istanbul) on constitutional amendments. An important place in those discussions was reserved for the question what (if any) are the limits on amendability of constitutions. In the procedural (judicial) perspective, this transforms into the question whether there are any (higher) norms of reference that may allow a judge to review and to reject a particular constitutional amendment. On the one hand, such norms may derive from the external sources, like, for example, the international law.<sup>2</sup> On the other hand, under a more traditional approach, it is the Constitution itself that may impose certain limits on the future amendments. This latter approach we intend to address in this presentation.

The significance of constitutional amendments gained a new momentum once the process of “juridization” of constitutions has found a common recognition among democratic states. Modern constitutions are

<sup>1</sup> G. J. Jacobsohn: *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, *International Journal of Constitutional Law* 2006, no. 3; K. Gözler: *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa 2008; *Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* no. 27 (2009). See also: *La révision de la Constitution*, Paris - Aix-en-Provence 1993; *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)*, vol. X, 1994.

<sup>2</sup> On this aspect was focused our presentation at the Jerusalem Round Table: see L. Garlicki, Z. A. Garlicka: “External Review” of Constitutional Amendments? (International law as a norm of reference), *Israel Law Review* 2011, no. 2 (in print).

no longer purely political documents; they have developed into supreme laws of their lands. In the substantive dimension, it has a particular bearing on the position of ordinary legislation which became subjected to the constant process of judicial review of constitutionality. In the institutional dimension, it considerably reduced the traditional powers of parliaments whose legislative decisions may be nullified by the judicial branch. Today, in almost all modern democracies, constitutional review of legislation plays a prominent role in both the determination of the relations between individual and the State and in the determination of the substance and procedure of the process of government.<sup>3</sup>

There is no need to recall the basics of the judicial control over constitutionality of legislation. It is sufficient to mention that while, in this process, the national constitution is positioned as the leading or exclusive norm of reference, that constitution by no means remains stable. Constitutions, at least in democratic systems of government, are living instruments. They continuously must respond to the changing context and content of the functioning of both the government and the society. Therefore, each and every constitution undergoes a never-ending process of change and adjustment.

A formal constitutional amendment<sup>4</sup> represents the most elaborate method of modifying the existing constitution. In a sense, it represents also the most distinguished method. It should be kept in mind that since the very idea of a written constitution is based upon the doctrine of popular sovereignty, also the modifications of the constitution remain closely related to the “supreme will of the people”.<sup>5</sup> In consequence, decisions on formal constitutional amendments must remain reserved to

---

<sup>3</sup> Even those systems which were traditionally constructed upon the “Westminster” principle of parliamentary sovereignty have recently introduced some “soft” versions of constitutional or quasi-constitutional review (L. Garlicki: *La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/. développements récents*, *Revue française de droit constitutionnel*, no. 79, Avril 2009, p. 234-240).

<sup>4</sup> I. e. an explicit textual addition to the written text of the Constitution introduced in a particular (legislative-like) procedure which is provided by the original text of that Constitution.

<sup>5</sup> That was why, the traditional doctrine, opted for an illimited power of the sovereign to amend the current constitution. „Le pouvoir constituant étant la pouvoir suprême de l’Etat ne peut être lié, même par lui-même” (G. Vedel: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949, s. 117).

particularly representative makers, and – in the ultimate form of legitimation – may even require approval by a national referendum. This vests formal constitutional amendments with higher level of legitimacy than that enjoyed by ordinary laws and, in consequence, it leaves less room for intervention of non-representative bodies, like supreme or constitutional courts.

Constitutional amendments are omnipresent in democratic constitutional systems of the modern world. But, as constitutional practices of many countries demonstrate, formal amendments constitute but one of the methods of the “higher lawmaking”.<sup>6</sup> Constitutions are altered also by other means, like periodic replacement of the entire document, legislative revision and – last, but certainly not least, judicial interpretation.<sup>7</sup> It seems that in modern democracies, formal constitutional amendments yield to (or, at least, cohabite with) other methods of constitutional adjustment, first of all - the judicial interpretation of the written text of the constitution. This interpretation, sometimes of a very creative nature, allows the discovery of a new meaning of, technically, unchanged constitutional provisions. As long as courts are able and willing to react to the evolution of the society and to consolidate this evolution in landmark opinions placing it within the limits of the old constitutional text, there may be no need to launch a formal process of constitutional amendment, i.e. of an explicit textual addition to the written text of the Constitution.

There is no general pattern as to the use of formal constitutional amendments. The practice varies even in countries that have adopted similar systems of government and represent a similar level of democracy and rule of law. Some countries may be more inclined either to modify the texts of their constitutions<sup>8</sup> or to resort to separate “constitu-

---

<sup>6</sup> B. Ackerman: Higher Lawmaking [in:] Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment, S. Levinson, ed., Princeton 1995, p. 63ff.

<sup>7</sup> D. S. Lutz: Toward a Theory of Constitutional Amendment [in:] Responding..., p. 237.

<sup>8</sup> In Europe: the German Basic Law of 1949 was modified on more than fifty occasions; the 1958 French Constitution on 25 occasions; the 1937 Constitution of Ireland on 29 occasions. On the other hand, the 1978 Constitution of Spain was modified only twice.

tional laws” that also enjoy the supralegislativ authority.<sup>9</sup> In other countries, the use of formal constitutional amendments remains exceptional;<sup>10</sup> the United States belongs to that group.<sup>11</sup>

Those differences are due to many different factors, like the general political context (political tradition and constitutional culture), the historical and political authority (sometimes even semi-sanctity) of the constitutional text as well as the legal arrangements (in particular, the size and clarity of the written text, the procedural rigidity of the amendment process and the role of the judiciary in constitutional revision). The role of constitutional amendment depends also on the durability of the original constitutional instrument: most of the so-called “old” constitutions were able to survive only in a considerably revised form.<sup>12</sup>

Nevertheless, even if the daily process of higher lawmaking is often being done in another way, formal constitutional amendments are constantly present in almost all countries and can by no means be regarded as an extinct or endangered species.<sup>13</sup>

Constitutional amendments are adopted for different reasons with different goals.

Sometimes (particularly in countries in which constitutions are a little bit too detailed), amendments may be of a more technical nature, simply providing a regulation which, somewhere else, would belong to

---

<sup>9</sup> In Austria, since 1945, there has been more than 800 modifications of the 1920 Constitution, mostly via separate constitutional laws or special constitutional provisions inserted into ordinary laws. In Italy, next to 14 amendments introduced into the text of the 1947 Constitution, twenty separate “constitutional laws” have been adopted.

<sup>10</sup> E. g. Spain (only two amendments of the 1978 Constitution), Japan (still no formal amendments to the 1946 Constitution).

<sup>11</sup> However, while it is true that, since 1787, there has been only 27 amendments to the federal Constitution (and the last ones were adopted in 1964, 1967, 1971 and 1992), the situation is quite different on the state level. According to a 1991 study, the state rate of amendment was about 9,5 times the national rate (see D. S. Lutz, *op. cit.*, p. 247).

<sup>12</sup> Norway, Belgium, the Netherlands – see E. Smith: *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer 1995. The most notable exception represents, however, the 1787 U.S. Constitution.

<sup>13</sup> C. Klein (*Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne*, *Les Cahiers...*, p. 12) describes the process as “la banalisation des révisions constitutionnelles”.

the ordinary legislation. Sometimes, however, constitutional amendments address more important and politically more controversial questions.

A constitutional amendment may be adopted to introduce such deep modifications to the existing constitutional structure that, while pretending that the old constitution remains (formally) in force, it creates, in its substance, a new constitutional instrument. Such extreme use of the amendment procedure may happen in times of a revolutionary change when, instead of adopting an entirely new constitution, the old one is modified by a series of amendments. The history of recent transition in Hungary and Poland provides us with a quite pertinent illustration as, in neither of those countries, the formal continuation of an old constitution resulted in a failure of the democratization process.<sup>14</sup>

Usually, however, constitutional amendments stop where a new constitutional instrument should be adopted. Most typical amendments deal with a particular problem that can and should be solved without destroying the whole structure (identity) of the existing constitution.<sup>15</sup> All Member-States of the European Union experienced, for example, several modifications of their constitutions that resulted from the developing level of the European integration.<sup>16</sup> Usually, at least in the post-

---

<sup>14</sup> In Hungary, the communist constitution of 1949 has been revised on several occasions after 1989 but was replaced by a new one only in 2011 (see: A. Arato, Z. Miklosi: *Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary* [in:] *Framing the State in Times of Transition*, ed. by L. E. Miller with L. Aucoin, Washington 2010, p. 350ff). In Poland, the 1952 constitution was heavily modified in 1989 and in 1992, but remained in force until 1997 (L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *Constitution-Making, Peace-Building and National Reconciliation. The Experience of Poland* [in:] *Framing...*, p. 391ff). In Albania, a transitory constitutional instrument was adopted in 1991 and the final constitution only in 1998 (S. N. Carlson: *The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution* [in:] *Framing...*, p. 311ff). In Romania and Slovakia, first constitutions were adopted in 1991 and 1992, but later a substantial revisions took place in 2003 and 2002.

<sup>15</sup> Very recently some European countries (Spain, France and Germany) decided to adopt so-called "golden-rule-amendments" which set limits for public spending.

<sup>16</sup> Some problems arouse, for example, upon the procedure of the European Arrest Warrant. As several constitutions prohibit extradition of a citizen, constitutional amendments were necessary to stop constitutional courts from invalidation of statutory provisions on EAW implementation. See: P. Kovacs: *A la recherche du bon chemin. Ou l'affaire du mandat d'arret europeen devant la Cour constitutionnelle hongroise* [in:] *Melanges en l'Honneur de Jean Charpentier*, Paris 2008, p. 363ff.; In Poland, in the consequence of the 2005 decision of the Constitutional Court (L.

war democratic Europe, constitutional modifications fit well into the process of developing democracy, rule of law and individual rights. But, as history shows, a constitutional amendment may also run counter those values. It is true that often the life of such amendments begins and ends on the drafting stage, but even then they may provoke serious problems. The example of the so-called Flag-Burning Amendments proposed in and rejected by the United States Congress in 1989 and 1990 is but one of the possible illustrations.<sup>17</sup>

Finally, a constitutional amendment may be used as an instrument (not to say a weapon) in the dialog between the political branches of the government and the judiciary. The power to amend the constitution reserves for the parliament (with eventual participation of the “people”) the “last word” in disputes on constitutionality of legislation or/and on interpretation of the constitution. There have been situations in which the goal of an amendment was to overrule certain, already pronounced, judicial interpretations of the exiting constitutional provisions.<sup>18</sup> There

---

Garlicki: Pologne, *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* vol. XXI (2005), p. 663-664), the implementation of the EWA took place only after the Constitution had been amended in 2006.

<sup>17</sup> See M. Tushnet: *The Flag-Burning Episode*, *Univ. of Colorado Law Rev.*, vo. 61 (1990), p. 39ff.; J. Rosen: *Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?*, *Yale Law Journal*, vol. 100 (1992), no. 5.

<sup>18</sup> Some “classic” examples can be found in the US constitutional history. The 16<sup>th</sup> Amendment was adopted to overrule the Supreme Court’s position in income tax matters (*Pollock v. Farmers’ Loan and Trust Co.* 1895). Amendment proposals were submitted, in reaction to *Hammer v. Dagenhart* (1918), to allow regulation of child labour. During the so-called New Deal controversy, the administration did not dispose of a sufficient majority to initiate the amendment process, however was able to find other ways to persuade the Court to “switch-in-time” (see, e.g. A. H. Kelly, W. A. Harbison: *The American Constitution. Its Origins and Developments*, New York 1970, p. 622ff and p. 759ff). Also the Anti-Slavery Amendments (13<sup>th</sup>-15<sup>th</sup>) were meant to overrule the *Dred Scott* holding (1857), however the problem of the Supreme Court was but secondary in the dramatic setting of the Civil War.

In Albania, a constitutional amendment was used in 1997 to overrule the decision of the Constitutional Court that declared unconstitutionality of legislation intervening into the so-called banking-pyramid-scams. As it was later observed by the Venice Commission (Opinion no. 9/1998, par. 62): “the constitutional amendment has a legitimate purpose and may have been required by specific and temporary needs. [The Commission] cautions, however, against the repeated use of such ad hoc constitutional amendments, in the area of economic regulation and considers that the text actually chosen should not be integrated as it is into the future Constitution of

also have been situations in which a constitutional amendment was adopted, let us say – preventively, to limit judicial discretion in constitutional interpretation. Unlike traditional, “open-ended” constitutional provisions on individuals’ rights, such amendments were drafted in a very exact and careful manner.<sup>19</sup>

Thus, at least potentially, constitutional amendment can serve as a powerful instrument of a modification or, even, of a decomposition of the existing constitutional arrangements. The question, noted already by the 1814 Constitution of Norway,<sup>20</sup> is whether there are (or whether there should be) any limitations on the amendment-making activity of the future generations. In other words, whether there are some so basic modifications that they cannot be adopted but in an entirely new constitutional instrument. If we answer in the affirmative, a – logically unavoidable – conclusion is that constitutional amendments that transgress those limits should be qualified inadmissible as *ultra vires*, i. e. unconstitutional.

And if we accept the intellectual construction of an unconstitutional constitutional amendment, we should also accept that, under the substantive constitutional law, such amendment should be deprived not only of its legitimacy, but also of its legal validity. In consequence, the institutional constitutional law should provide for a forum and for a procedure to decide on constitutionality and validity of constitutional amendments.

---

Albania”. See also ECtHR decision *Vefa Holding and Almuçaj v. Albania* (14 June 2011, par. 52).

<sup>19</sup> For example, the 1993 amendment of the 1949 German Basic Law introduced a very detailed (and quite restrictive) regulation of the “right of asylum”. Thus, less regulation was left for the ordinary laws that could be subjected to a full review of the Constitutional Court. It seems worth to note that the Court was, nevertheless, invited to review the constitutionality of the amendment, but – in 1996 – decided that it did not encroach upon any of the “intangible principles of the German Constitution” (see, *infra* nos. 12 and 14).

<sup>20</sup> Article 112 reads: “., If experience shows that any part of this Constitution of the Kingdom of Norway ought to be amended [...] such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution, and such amendment requires that two thirds of the Storting agree thereto”.



Modern constitutional law is very familiar with these questions and there is no need to enter into any theoretical divagations on unconstitutional constitutional amendments. What we would like to dwell on is rather a practical perspective: namely – what are the responses of different constitutional jurisdictions to the problem of unconstitutional constitutional amendments.

Several more specific questions arise in this perspective:

- Do constitutions themselves establish textual limitations on future constitutional amendments?

- In absence of such written limitations, is it, nevertheless, possible to reconstruct them from the very essence or spirit of the current constitution?

- If it is possible to define certain “higher” norms of reference that may be used to review a validity of a constitutional amendment, is there any judicial body that is ready to accept its jurisdiction for such review?

- If courts are ready to accept such jurisdiction, are they also ready to make use of their powers and to decide that a constitutional amendment is, indeed, unconstitutional and, therefore, null and void?

## **II. RESTRICTIONS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – PROCEDURAL LIMITATIONS**

It is the distinction between procedural and substantive limitations that forms the starting point for any discussion on the constitutionality of constitutional amendments. Almost all modern constitutions are constructed as rigid instruments; i.e. a formal amendment of the text requires a particular procedure which is more complicated than the “regular” legislative procedure.

This is, however, where the uniformity ends as the level of constitutional rigidity varies considerably in democratic countries. There are systems in which a “simple supermajority” in the Parliament may be sufficient, but there are also countries in which the procedure of amendment becomes so complex that leaves only a limited chance of success<sup>21</sup> and, in any case, cannot provide a prompt response to arising challenges.

---

<sup>21</sup> This is, particularly, the case where constitutional amendment requires confirmation by a national referendum (e.g. Switzerland, Japan and Ireland) or by the next

It seems possible to distinguish three types of arrangements which ensure the rigidity of the amendment process:

- Procedural arrangements: while decisions on constitutional amendments, like all other legislative decisions, are taken in the parliament, the procedure of their adoption is more complicated; in particular, it requires a “supermajority” in both houses.<sup>22</sup> Furthermore, in several countries, an amendment adopted by the national parliament may also require further ratification or confirmation: either by a national referendum or by the next parliament or, in federal systems, by representations of the states or provinces. Sometimes, the national parliament must also consult other bodies, in particular the constitutional court.

- Time and situational limitations: in many countries, constitutional amendment cannot be adopted during the state of emergency; sometimes, amendments rejected by the parliament or by the referendum, cannot be reintroduced before the next parliamentary election.

- Content-based limitations: some constitutions (Austria and Switzerland are the best known European examples) distinguish between “amendments” and “revisions”. The latter is reserved for a change that affects the most important constitutional structures or arrangements and cannot be adopted without following very demanding procedural requirements.<sup>23</sup>

---

legislature (e. g. Belgium and Island). In federal countries, the amending procedure may be additionally complicated by involvement of the local (state) legislatures as it demonstrates the example of the U.S.

<sup>22</sup> The “supermajority-requirement” means, in political practice of most democratic countries, that no constitutional amendment can be adopted without consent of the main opposition parties.

<sup>23</sup> Article 44 sec. 3 of the 1920 Constitution of Austria uses the term “total revision” without however defining its nature and scope. Such revision must be, at first, adopted by the two-thirds majority of the National Council (and, in respect to amendments intervening into so-called “federal matters”, also by the same majority of the Federal Council) and, subsequently, must be confirmed by a national referendum.

In Switzerland, all constitutional amendments must be adopted or confirmed in the national referendum. Nevertheless, Articles 192-195 of the 1999 Constitution provide for a distinction between its total and partial revision. On top of that, Article 193 sec. 4 provides that even a total revision “must not violate the mandatory provisions of international law” (see A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier: *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 2006, p. 495ff.

All those variations notwithstanding, a constitutional amendment cannot be adopted unless all procedural requirements have been observed. In other words, the validity of every amendment depends on the regularity of its adoption. This is an area open to both political debates and legal challenges. Some procedural requirements are relatively easy to assess: it can be assumed that counting votes in the parliament or calculating delays between subsequent stages of procedure may be of a rather technical nature. But, even in this respect, more complicated questions have already arisen in several countries. Once, however, procedures of constitutional amendment depend on the subject matter of particular amendments and once constitutions remain laconic in distinguishing between a “partial amendment” and a total “revision”, it may not be easy to delineate borderlines between those procedures.

The very concept of the “State-ruled-by-law” assumes that, if there is a case or controversy, there should also be an appropriate forum for its resolution. Disputes on the procedural regularity of constitutional amendments cannot be immunized from that general requirement. Under the traditional doctrine of parliamentary sovereignty, the power to decide

---

Also other European countries adopt content-based procedural limitations. The 1978 Constitution of Spain distinguishes between “partial revision” and “total revision” and, furthermore, assimilates “partial revisions” concerning some basic provisions with the procedure required for the “total revision” (Article 167-168). The 1997 Constitution of Poland adopted a formal distinction: provisions contained in its Chapters 1 (General Principles of the Constitutional Regime), 2 (Individual Rights) and 12 (Constitutional Amendment) are subjected to a most complicated amendment procedure that may also involve a popular referendum. The most radical procedural arrangement was adopted in the 1993 Constitution of Russia: if the “supermajority” of the Federal Parliament adopts amendments concerning Chapters 1 (Basic Principles), 2 (Rights and Liberties) or 9 (Constitutional Amendment) of the Constitution, the matter is transmitted to a specially appointed Constituent Assembly and this Assembly either rejects the proposed amendments or initiates the procedure of adoption of a new Constitution (Article 135). Finally, Article 138 of the Italian Constitution distinguish between “laws on constitutional revision” and “other constitutional laws”, without however, differentiating the procedure of their adoption.

Outside Europe, the procedural distinction between “modification” and “revision” is e. g. adopted in the 1949 Constitution of Costa Rica (Articles 195 and 196).

whether an amendment had been adopted in a regular manner was reserved to the Parliament itself.<sup>24</sup>

In several countries, however, the judicial branch is regarded as better placed to decide on procedural regularity of constitutional amendments. It should be emphasized, once again, that, if a constitutional amendment has not been duly adopted, it cannot enter into existence. In consequence, such amendment cannot be regarded a valid expression of the popular sovereignty. The courts are not invited here to interfere with the “will of people” but rather to eliminate situations in which this “will of the people” has not been expressed in the proper form. Thus, it is easier to accept legitimacy of such judicial intervention.

But, since this paper is focused more on facts than on theories, the question arises whether constitutional and/or supreme courts are ready to accept that they have jurisdiction over procedural regularity of constitutional amendments? As usually, in the comparative research, there is no universally applicable answer. But, at least upon examination of some examples, it seems that situations in which constitutional/supreme courts have accepted their jurisdiction are by no means exotically rare.

The problem is only exceptionally addressed in a clear manner by constitutional texts.<sup>25</sup> Usually, constitutions are silent or, at best, unclear.

---

<sup>24</sup> This is still the case in several countries. In Switzerland, it is the Parliament that decides on admissibility of initiatives of constitutional amendments as well as on all other aspects of the procedure. It was observed that “the Federal Assembly, being a political body, is not best placed to decide those, sometimes complex, legal problems” (U. Häfelin, W. Haller, H. Keller: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Genf 2008, p. 529).

<sup>25</sup> Like e.g. Article 148 of the 1982 Constitution of Turkey that provides *expressis verbis* that „constitutional amendments shall be examined and verified” by the Constitutional Court, but “only with regard to their form”. On the one hand it establishes clear legal basis for the procedural review, on the other hand, however, it may be read as an exclusion of substantive review of constitutional amendments (more, also in respect to the 1961 Constitution and its amendment of 1971: K. Gözler, *op. cit.*, p. 40-49). In Latin America, several constitutions provide for procedural review of constitutional amendments (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica) – see F. F. Segado: *La justicia constitucional: una vision de derecho comparado*, T. III, Madrid 2009, p. 344 and 499; R. Bille *La Giustizia costituzionale in America Latina* [in:] *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, ed. by L. Mezzetti, Padova 2009, p. 529. In South Africa, Article 167 sec. 4.d of the 1993 Constitution provides that the

Thus, it is usually left for the courts to interpret, on their own, general constitutional provisions on their jurisdiction and to decide whether it can be extended to the above-mentioned cases.

In several European countries, such extension may be facilitated by doctrine.<sup>26</sup> It is, in particular, submitted that constitutional amendments belong to “laws” in formal sense, even if they are adopted in more complicated procedure and even if they enjoy higher legal authority. As most constitutions vest constitutional courts with a general power to review constitutionality of “laws” and since it is generally assumed that review of “ordinary laws” extends also to procedural regularity of their adoption, the same reasoning may be applied to the review of procedural regularity of “constitutional laws” amending the Constitution.<sup>27</sup>

On the other hand, and such argument was e. g. raised in the Spanish doctrine, jurisdiction of constitutional courts is based on the enumeration principle and should not be extended without a clear constitutional basis.<sup>28</sup> Such approach may exclude intervention of the Constitutional Court, but – as it is possible to assume that a constitutional law adopted in an irregular manner has never come into life – each

---

Constitutional Court “decides on the constitutionality of any amendment to the Constitution”.

<sup>26</sup> For Germany, see: J. Rozek: note 21 to par. 76 [in:] Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, München 2001; for Austria, see: R. Walter: Verfassung und Gerichtsbarkeit, Wien 1960, p. 17 and 127; S. Peyrou-Pistoluley: La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche, Paris 1993, p. 173ff; for Poland, see W. Sokolewicz, note 39 to article 235 [in:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, ed. by L. Garlicki, vol. III, Warsaw 2005; for the Czech Republic, see A. Brösl: O ústavnosti ústavných zákonov [in:] Metamorfózy práva ve střední Evropě, red. H. Jermanova, Z. Masopust, Praha-Plzeň 2008, p. 22; for Spain, see F.F. Segado El sistema constitucional español, Madrid 1992, p. 88. For France, according to L. Favoreu (France [in:] Révision..., p. 118): „aujourd’hui [...] on doit pouvoir contrôler si la loi constitutionnelle a été adoptée dans le respect de la procédure prévue par la Constitution elle-même ”. For Greece, see E. Spiliotopoulos: Greece [in:] Révision..., p. 125.

<sup>27</sup> See, generally K. Gözler, op. cit., p. 19.

<sup>28</sup> F. Rubio-Llorente: Espagne [in:] Révision..., p. 78-79. For Mexico, see: F. Serrano-Migallón: El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México, México 2008, p. 56. See also the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court of India (infra, no. 17).

and every court might have a power to refuse application of “non-existent constitutional provision”.<sup>29</sup>

In most countries, this discussion begins and ends on the doctrinal level as they have never experienced a concrete case in which the courts themselves had to decide whether they would be ready to assume jurisdiction over procedural regularity of constitutional amendments.

In Europe, only on rare occasions, has it been attempted to submit such dispute to a court.

Some constitutional courts regard procedural review of constitutional amendments as clearly belonging to their jurisdiction. Such conclusion was obvious to the Constitutional Court of Turkey, since the Constitution provides for its jurisdiction in an explicit manner. But also the Constitutional Court of Germany has, on several occasions, examined whether a constitutional amendment was adopted in respect of all procedural requirements.<sup>30</sup> The same approach was adopted in the case-law of the Constitutional Court of Ukraine. The most established, in this respect, seems the jurisprudence of the Constitutional Court of Austria; its review enhances not only the examination of purely procedural matters but extends to the assessment whether a particular constitutional modification represented a “total revision” or a “partial amendment”.

Finally, some constitutions vest constitutional/supreme courts with a power to examine draft-amendments before their final adoption by the parliament.<sup>31</sup> While, this “a priori review” may also be focused on the

<sup>29</sup> Similar reasoning seems to be adopted, in respect to Portugal (J. Miranda: Portugal [in:] Révision..., p. 207), in the Author’s view, a constitutional amendment adopted in violation of the procedural requirements, “sera tout aussi inexistante du point de vue juridique qu’une loi promulguée comme loi (ordinaire) sans même avoir été approuvée ou qu’une loi non promulguée ” (207).

<sup>30</sup> See, e.g. the decision of the Federal Constitutional Court of 18.4.1996 (E 94, 12) p. 33 confirming the procedural regularity of a constitutional amendment on asylum.

<sup>31</sup> Article 93 no. 3 of the 1980 Constitution of Chile provides that the Constitutional Court adjudicates “on questions regarding constitutionality that might arise during the processing of bills or of constitutional amendments”; see: H. Molina Guaita: *Derecho constitucional*, Santiago 2009, p. 504.

The 1991 Constitution of Romania vested the Constitutional Court with the competence to review, *ex officio*, all proposal of constitutional amendments. This provision was maintained by the 2003 revision of the Constitution (Article 146). See e. g. Decision no. 148 of the Constitutional Court of Romania (16 April 2003) on the

substance of a proposed amendment, it constitutes a necessary stage of the legislative procedure. In other words, procedural regularity of a constitutional amendment may be challenged if the Constitutional Court has not been duly involved.<sup>32</sup>

On the other hand, the courts in some other countries, arrived at the conclusion that procedural review of constitutional amendments is so distinct that, in the lack of a clear constitutional regulation, it must remain outside their jurisdiction. Such, in particular, has always been the position of the U. S. Supreme Court, according to which review of constitutional amendments represents a “political question” and, as such, remains excluded from the judicial review. The most prominent elaboration of that position took place in *Coleman v. Miller* (1939).<sup>33</sup> While *Coleman* was adopted in a quite particular context of the New Deal, it was later cited with approval, in *Baker v. Carr* (1962), i. e. in one the

---

issue of constitutionality of the legislative proposal to revise the Constitution of Romania, sec. I (Monitorul Oficial no. 317/2003).

Article 159 of the 1996 Constitution of Ukraine provides that: “A draft law on introducing amendments [...] is considered by the [parliament] upon the availability – the Parliament may decide on the amendment only after the Court has confirmed its admissibility of an opinion of the Constitutional Court on the conformity of the draft law with the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution” (all quotations from: *Konstitucija Ukrainy. Constitution of Ukraine*, Odessa 1999). It means that the Parliament may adopt a constitutional amendment only after the Court has confirmed its admissibility (see e.g. decision of 1.4.2010, 1-12/2010, in which the Constitutional Court confirmed the admissibility of an amendment concerning immunities of the highest officials of the State).

<sup>32</sup> Another form of an a-priori involvement of the Constitutional Court is its participation in the drafting process of a new constitution. It seems that the Republic of South Africa delivered here the most spectacular example. The 1994 Interim Constitution adopted 34 principles that had to be followed by the drafters of the new Constitution and vested the Constitutional Court with a power to assess whether the new Constitution has followed the above-mentioned principles. In May 1996, the newly elected Constituent Assembly adopted the Constitution. However, the Constitutional Court, in September 1996, refused certification since, in its opinion, the Constitution did not respect some of the principles. It was only after the text had been amended that the Court, in December 1996, certified the Constitution as compatible with all principles imposed by the Interim Constitution (see: G. Devenish: *The South African Constitution*, Durban 2005, p. 23)

<sup>33</sup> The Supreme Court adopted “an almost complete hands-off approach to the amending process” (J. R. Vile: *The Case Against Implicit Limits on the Constitutional Amending Process* [in:] *Responding...*, p. 196).

most activist periods of the Supreme Court. Thus, it is not impossible to assume that *Coleman* may be still regarded as a valid precedent. On the other hand, *Coleman* dealt with a very particular question (whether a state is empowered to ratify an amendment whose ratification it had earlier rejected) and, even if several amendments were adopted within next 80 years, none of them offered a genuine occasion to re-invite the Supreme Court to review the procedural regularity of the ratification process.

In France, the Constitutional Council refused, in 1962, to review the procedural regularity of a constitutional amendment that had been adopted in the national referendum.<sup>34</sup> While the 1962 decision did not deal with the Council's jurisdiction in respect to procedural regularity of parliamentary-adopted amendments, in 2003, the Council reiterated that its jurisdiction cannot be extended beyond what had been expressly provided in the Constitution and the Organic Law.<sup>35</sup>

Finally, even if a constitutional/supreme court is ready to assume jurisdiction, this does not necessarily mean that it is also ready to exercise it in an active manner.

In Europe, only few courts did actually decide that a constitutional amendment was invalid or inoperational for failure to comply with the procedural requirements imposed on the amendment process. It has never happened in Germany. On the other hand, in practice of the Austrian Constitutional Court (which, as is well-known, cannot be categorized as a particularly activist one) there are cases in which a "procedural unconstitutionality" of a constitutional law was declared. All those decisions resulted from the Austrian distinction between "partial" and "total" modifications: the Court disqualified a couple of amendments finding

---

<sup>34</sup> Decision of 6 Novembre 1962 (62-20 DC): the Council's jurisdiction reflects its role as "un organe régulateur des pouvoirs publics" and, therefore, being limited to the laws adopted by the Parliament, must not be extended to laws adopted directly by the people (see L. Favoreu, L. Philip: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris 2011, p. 31-37). The 1962 decision did not deal with the Council's jurisdiction in respect to procedural regularity of a parliamentary-adopted amendment. However, in its 2003 decision (see *infra*, no. 14), the Council confirmed that its jurisdiction cannot be extended beyond what had been expressly provided in the Constitution and the Organic Law (*ibidem*, p. 34 and 308-309).

<sup>35</sup> Decision of 26 March 2003 (2003-469 DC) as commented by L. Favoreu i L. Philip (*Les grandes...*, p. 308-312).



that, while their content amounted to a “total revision”, they had been adopted in a procedure of a “simple amendment”, i.e. without subsequent approval in a national referendum.<sup>36</sup>

Situations in which a constitutional court did declare a procedural invalidity of a constitutional amendment are not frequent, but – even in Europe – Austria is not a single exception. Turkey<sup>37</sup> and, most recently, Ukraine<sup>38</sup> provide other examples of review that led to a decision on procedural unconstitutionality of a constitutional amendment.

---

<sup>36</sup> O. Pfersmann: *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale. Théorie, pratique, limits* [in:] *La révision de la Constitution*, Paris-Aix 1993, p. 37ff.

<sup>37</sup> The Constitutional Court of Turkey declared procedural unconstitutionality of a politically important constitutional amendment already in 1970. Its decision was based on a quite extensive interpretation of the requirement of qualified majority in parliamentary vote (see E. E. Hirsch: *Verfassungswidrige Verfassungsänderung*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1973, no. 1, p. 53ff). Also in later years there have been several cases in which the Constitutional Court examined procedural regularity of constitutional amendments and some cases in which that examination resulted in the invalidation of a challenged amendment (see K. Gözler: *op. cit.*, s. 40ff).

<sup>38</sup> In 2010, the Constitutional Court of Ukraine delivered quite spectacular, example of the procedural review. Under the 1996 Constitution, the Constitutional Court reviews, *ex ante*, every amendment proposal submitted to the parliament. It should be noted that the Constitution establishes several limitations in respect to constitutional amendments. In the substantive dimension, it is prohibited to adopt amendments which “foresee the abolition or restriction of human and citizens’ rights and freedoms, or if they are oriented toward a liquidation of the independence or violation of territorial integrity of Ukraine” (Article 157 sec. 1). In the procedural dimension, an amendment must be adopted by a majority of no less than two third of the constitutional composition of the parliament (Article 155) and – in respect to some constitutional provisions – must subsequently be confirmed by a national referendum (Article 156). If an amendment proposal has not been adopted by the parliament, it can be reintroduced not earlier than one year from the day of its rejection (Article 158 sec. 1). Finally, as it has already been mentioned, Article 159 includes the Constitutional Court into the procedure of constitutional amendment: the Parliament cannot adopt an amendment but after the Court has confirmed its admissibility.

In 2004, the Ukrainian parliament considered a constitutional amendment which had introduced far-substantial changes into the organization of the executive branch. The draft of the amendment was duly submitted to the Constitutional Court and the Court did confirm its admissibility (conformity with requirements set in Articles 157 and 158). However, in the course of parliamentary debates, the original text of the amendment was considerably modified and the final version was not resubmitted to the Court. Some years later, the procedural validity of the 2004 amendment was challenged before the Constitutional Court. In the judgment of 30.9.2010 (1-

Outside Europe, in South Africa, the Constitutional Court on four occasions reviewed (and upheld) the procedural constitutionality of amendments to the Constitution.<sup>39</sup> In Costa Rica, the Supreme Court (Constitutional Chamber) has jurisdiction to assess the procedural regularity of constitutional amendments. While there have been cases in which the problem was raised, it never prompted the Court to a declaration of unconstitutionality.<sup>40</sup> A daring attempt to invalidate a constitutional amendment on procedural grounds was taken by the Mongolian Constitutional Court in 2000, but its reading of the Constitution was overly formalistic and, finally, the judges had to back down.<sup>41</sup> In Sri Lanka, procedural regularity of adoption of the so-called 18<sup>th</sup> Amendment (2010) was challenged, albeit unsuccessfully, before the Supreme Court.<sup>42</sup>

The above-mentioned examples demonstrate that cases in which courts were invited to review the procedural regularity of a constitutional amendment have arisen in several countries. As the list includes Germany, Austria, France, Turkey, Romania as well as the United States, it cannot be said that the procedural review of constitutional amendments remains outside the scope of interest of important constitutional jurisdictions.

It seems that the doctrine is not entirely hostile towards procedural review. It should be, once again, noted that procedural review is less offensive for the traditional approach which is focused on the “popular

---

45/2010), the Court decided that the amendment was adopted in violation of Article 159 of the Constitution and invalidated the amendment as of the date of its judgment.

<sup>39</sup> A. Lollini: *La Corte...*, p. 808; C. Albertyn: *Judicial Independence and the Constitution Fourteenth Amendment Bill*, *South African Journal on Human Rights*, vo. 22 (2006), p. 129-130.

<sup>40</sup> A. Solis Fallas: *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*, San Jose 2008, p. 103; R. Hernández Valle: *Las Reformas Constitucionales en Costa Rica [in:] Constitución y Justicia Constitucional*, San Jose 2010, p. 101-105. See also judgments no. 3513-94 and 3788-92 (*ibidem*, p. 104).

<sup>41</sup> T. Ginsburg: *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, 2003, p. 198-200.

<sup>42</sup> The 1978 Constitution requires that several basic provisions cannot be amended but by a national referendum. The controversy over the 18<sup>th</sup> Amendment arose upon its adoption in the so-called “urgent-bill procedure” – see: *The Eighteenth Amendment to the Constitution. Substance and Process*, ed. by R. Edrisinha and A. Jayakody, Colombo 2010.

will” argument and, in consequence, on the higher legitimacy of constitutional amendments. That approach loses its validity whenever an amendment has not been adopted in a regular procedure. Even those who accept that the sovereign (be it the parliament or the people) has an unrestricted power to modify constitutional arrangements, cannot deny that basis precepts of the rule of law require full observation of procedures which the same sovereign established in the original text of the Constitution.

The courts remain divided as to their readiness to assume jurisdiction over procedural regularity of constitutional amendments. In countries where the actual number of constitutional amendments remains scarce, the problem of review may easily become moot.<sup>43</sup> Generally, it can be observed that cases concerning procedural regularity are only rarely submitted to the courts and only exceptionally does procedural review result in an actual invalidation of an amendment. Nevertheless, such invalidations happen and cannot be regarded as an entirely eccentric exercise of the courts’ powers.

### **III. RESTRICTIONS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENTS – SUBSTANTIVE LIMITATIONS**

Judicial review of the substance of constitutional amendments gives rise to more controversies since it affects the very heart of the sovereignty principle. While it true that, in the doctrine, arguments of popular sovereignty have been invoked not only by the proponents of unlimited power of the people and/or the parliament to modify the current constitution but also by those who argue for implicit limits on the amendment power,<sup>44</sup> the position of the former is easier to square with the traditional concept of the “pouvoir constituant”. Furthermore, even if it is accepted that there should be substantive prohibitions on future constitutional amendments, there still remains the question of how such prohibitions should be enforced. Whenever the enforcement power is given to the courts, an inevitable question arises: to what extent do

---

<sup>43</sup> The higher is the frequency of constitutional amendments and the higher is the procedural complication of their adoption, the more likely is a chance that one day an amendment would be disqualified by a judge due to its procedural irregularity.

<sup>44</sup> G. J. Jacobsohn, *op. cit.*, p. 463.

judges have the legitimacy to interfere with the “will of the people”, i. e. with decisions already taken by a parliamentary supermajority and, sometimes, confirmed by the national vote.

No wonder that courts remain quite prudent in both assuming the jurisdiction and exercising it in a genuine manner.

The very concept of an unconstitutional constitutional amendment is based upon the assumption that there is a certain internal hierarchy of constitutional norms and that there are norms of such crucial importance that they cannot be amended within the life-time of a particular constitution. This concept may be attractive in the intellectual (doctrinal) perspective, but – when it comes to a judicial assessment of a particular case – the question is how to confirm that such hierarchy has been adopted within the given constitutional system.

The easy way is to look for information in the constitutional text, but such analysis cannot go beyond relative (positivistic) answers. The hard way is to look to universal principles of modern constitutionalism or, even more generally, into universal principles of modern democracy. This may allow one to elaborate some generally applicable propositions. Furthermore, it may encourage one to go beyond particular constitutional texts and to define universal prohibitions based on the precepts of natural law and/or international law (in particular, international law on human rights). It may, finally, assist a conclusion that the drafting of new constitutions is also subject to certain limitations.<sup>45</sup>

Textual responses to the problem vary considerably. Some, but clearly not all, constitutions introduce, in a clear and explicit manner, restrictions on the substance of future constitutional amendments. Already Article 5 of the 1787 US Constitution contained specific prohibition: 1) it excluded, forever, such future amendments that would deprive any state, without its consent, of “its equal suffrage in the Senate”; and 2) it provided, until 1808, for limits on the amending power regarding slavery and taxation.

In contrast, the 1814 Constitution of Norway represented the first (and – perhaps – the only) attempt to address the problem in a general

---

<sup>45</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *External Review...*, no. II.5 and V.3.

manner.<sup>46</sup> The Norwegian drafters decided to resort to, rather general, clauses, like: “principles embodied in this Constitution” and “the spirit of the Constitution”. Using a more contemporary language, it can be said that Article 112 established an eternal prohibition to interfere with the basic structure of the Constitution or the identity of the constitutional order.

However, the “Norwegian method” has not been followed in the further course of constitutional development. While most subsequent constitutions decided not to address the question at all, it was the “US-method” of specific prohibitions that gradually acquired some continuation. From the end of the 19<sup>th</sup> Century, some constitutions began to introduce more specific prohibitions and to enumerate provisions that remain excluded from any future constitutional amendment.

This version of unamendability of explicitly enumerated constitutional provisions (principles) emerged, at first, in the constitutional doctrine of the III French Republic and, later, was included into several French constitutional instruments.<sup>47</sup> The French prohibition has always had a limited scope: it is only the “republican form of government” that cannot be modified by a constitutional amendment. Even if today this clause should be regarded rather as a historical monument, it represented the application of “the technique of enumerated/specific prohibitions” as an alternative to the general (Norwegian) approach.

Only few countries decided to follow the French pattern and to entrench antimonarchical sentiment by granting it the privilege of unamendability. Article 139 of the 1947 Constitution of Italy represented one of the best known examples. In other European countries, new constitutions began to establish a longer list of unamendable provisions. The 1949 Basic Law of Germany excluded amendments “affecting the division of the Federation into Länder, their participation in the legislative

---

<sup>46</sup> Its Article 112 (still in force in the original version) provides that: „ If experience shows that any part of this Constitution of the Kingdom of Norway ought to be amended [...] such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution, and such amendment requires that two thirds of the Storting agree thereto”.

<sup>47</sup> Les Cahiers..., p. 6

process or the principles laid down in Articles 1 and 20”.<sup>48</sup> One of the reasons that prompted the German drafters to elaborate a wider list of entrenched provisions was the reaction to the experiences of the earlier totalitarian regime. That was why other post-authoritarian countries were also attracted by the idea. In Europe, countries like Turkey, Portugal, Greece, Romania, Ukraine and the Czech Republic,<sup>49</sup> adopted their own lists of unamendable provisions or/and principles. Some of them (Turkey, Greece, Romania and Portugal) decided to include the republican principle in that list, in other countries it was not regarded as necessary. Thus, under the new approach, the list of unamendable provisions became wider in both its scope and its content.<sup>50</sup>

Constitutional developments in Portugal seem to be particularly instructive. The original text of the 1976 Constitution contained quite long list of the unamendable principles. The subsequent reforms (1989 and 1997) reduced that list (but it is still impressive and contains 14 principles, far more than any other constitution in the world), thus showing that the principle of unamendability is, in itself, not immune to modifications<sup>51</sup>.

In all the above-mentioned countries it is the Constitution itself that protects some of its substance from any subsequent amendment. While the “sovereign people” always retain the power to adopt an entirely new constitution, as long as no such decision has been taken, limitation of the amendment power remain in place. And, as has been

---

<sup>48</sup> Article 79 sec. 3. Article 1 establishes the principle of human dignity. Article 20 describes Germany as a democratic, social and federal state, establishes principles of people’s sovereignty, separation of powers and primacy of the constitution – see: B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hoffmann, A. Hophauf: Grundgesetz. Kommentar, Kluwer 2011, p. 1623-1631.

<sup>49</sup> Sometimes, the list includes principles of so open-ended nature that the whole regulation approaches to the “Norwegian” concept of general prohibitions. E. g. Article 9 of the 1992 Constitution of the Czech Republic provides that “amendments that affect the very essence of the democratic state ruled by law are inadmissible”.

<sup>50</sup> See also Article 91 sec. 2 of the 1995 Constitution of Kazakstan (unamendability of the unitary form of the state, its territorial integrity and “the form of government”).

<sup>51</sup> This is the inherent weakness of any constitutional guarantees of unamendability. In the French doctrine such situations are called “une double révision successive” (B. Genevois: Les limites d’ordre juridique a l’intervention du pouvoir constituant, Revue français de droit administrative, 1998, p. 916).

already observed, in a state-ruled-by-law substantive prohibitions must be accompanied by appropriate procedural guarantees. That is why, in those countries, it is easier to accept that there may be a “case or controversy” concerning the substantive constitutionality of a constitutional amendment. And if there may be a “case or controversy”, there should be also a judicial forum for its adjudication.

The situation becomes more difficult when a constitution remains silent as to the substantive limits of the amendment power. The first reading of such constitution may suggest that its silence is tantamount to the exclusion of any limitations and that the subsequent amenders are entirely free to act.

But constitutional intuition, coupled with sad historical experience of several countries, may advise against a literal interpretation. It may be suggested that each and every constitution is built around certain principles that, taken together, form its identity - and that the power of constitutional amendment cannot extend towards annihilation of that identity. While we may not like the fact that one of the first doctrinal elaborations of that approach was proposed by Carl Schmitt, it cannot be denied that the idea of an “entrenched constitutional identity” has acquired today a well-established place in the theory of constitutional law.

Sometimes, as in Germany, this theory developed as a generalization of the textually provided restrictions on constitutional amendments. Sometimes, however, like e.g. in Italy (*infra*, no. 16) or in Switzerland,<sup>52</sup> the concept of implied prohibitions was proposed for a constitutional system in which the written text offers no assistance at all. If it can be assumed that constitutions are constructed upon an unwritten hierarchy of their norms, than there is some force in the assumption that “ordinary constitutional law” must comply with “fundamental constitutional law”.<sup>53</sup>

We do not intend to enter here into doctrinal concepts and debates.<sup>54</sup> Our question is rather, how constitutional and/or supreme court judges address the problem of substantive limitations on constitutional amendments.

---

<sup>52</sup> U. Häfelin, W. Haller, H. Keller, *op. cit.*, p. 10 and 519-520.

<sup>53</sup> L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni: *Droit Constitutionnel*, Paris 2007, p. 107-109.

<sup>54</sup> See, e.g. K. Gözler, *op. cit.*, p. 68ff.

It is only very seldom that the constitution itself provides constitutional/supreme court with explicit jurisdiction over constitutional amendments, and, in most cases, this jurisdiction is limited to draft amendments.<sup>55</sup> Sometimes, like in Turkey, constitutional provisions expressly exclude any substantive review of constitutional amendments.

It does not mean, however, that courts may not be allowed and willing to derive their jurisdiction from more general provisions of the Constitution. The situation of judges is easier in countries that, like Germany, decided to provide limitations on the substance of constitutional amendments. As mentioned by B. Ackerman: “given this self-conscious act of entrenchment, it would be absolutely right for the German constitutional court to issue an opinion [...], striking down an amendment blatantly violating [e.g.] freedom of conscience”.<sup>56</sup> And, as it is well known, the German Constitutional Court has, on several occasions, undertaken the substantive review of constitutional amendments.<sup>57</sup> Initially, the Court, for several decades favored a strict interpretation of Article 79 sec. 3. This attitude changed in 2004, when the Court, while confirming the constitutionality of an amendment, reformulated its scope and meaning. In other words, the Court decided that the amendment was constitutional but only in the interpretation prescribed in the judgment.<sup>58</sup> In 2009, the Court confirmed the constitutionality of the Treaty of Lisbon but, at the same time, included the concept of the “identity of the

<sup>55</sup> Article 159 of the 1996 Constitution of Ukraine; Article 146 no. 1 of the 1991 Constitution of Romania; Article 26 of the 1937 Constitution of Ireland.

<sup>56</sup> B. Ackerman: *We the People*, vol. I: Foundations, Cambridge 1991, p. 15.

<sup>57</sup> The first case in which a conformity of a constitutional amendment with Article 79 sec. 3 was examined was the 1970 Telephone Surveillance (Klass) Case. In its later jurisprudence, the Court reviewed five other constitutional amendments (1972; 1991; 1996; 1996; 2004) and referred to the problem also in its judgments on the Maastricht treaty (1993) and Lisbon Treaty (2009) – see M. Fromont: *La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand*, RDP 2007, p. 2ff).

<sup>58</sup> „The Court [using the technique of a ‘*verfassungskonforme Auslegung*’ of a constitutional amendment] gave the amendment a new meaning which was not intended by the legislature” – O. Lespius: *Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d’Allemagne*, Cahiers..., p. 19-20.



[German] constitution into the intangible reserve of Article 79 sec. 3.<sup>59</sup> As it was recently observed by O. Lepsius, “since almost a decade, that provision is being used by the Court to extend its competence of decision and control”.<sup>60</sup> But, the readiness of the German Court to exercise the substantive review of constitutional amendments, has never developed into an actual statement on unconstitutionality of a particular amendment.<sup>61</sup>

A similar constitutional setting prompted the Constitutional Court of Turkey to confirm that it does have a power to review constitutional amendments. As recalled by K. Gözler, in 1965 (i. e. under the 1961 Constitution), the Court observed “that the amending power cannot abolish the Constitution and destroy the rule of law. [Later], in the decision of April 3, 1971, the Court declared itself competent to review the conformity of constitutional amendments not only with respect to the intangibility of the republican form of the State [...] but also with respect to other principles which are not expressly written in the text of the Constitution”.<sup>62</sup> The 1982 Constitution provided, in a clear language, that “constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form” (Article 148 sec. 1). Nevertheless, in 2008, the Court examined a constitutional amendment adopted to allow female students to wear headscarfs at universities and struck it down as incompatible with the principle of secularism.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> D. Grimm: Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State, *European Constitutional Law Review*, 2009, no. 3, p. 359-360

<sup>60</sup> O. Lepsius, *op. cit.*, p. 18.

<sup>61</sup> However, the 1970 *Klass* decision was adopted with by a Split 4:4 vote (under the German system a tie results in upholding of the provision under review).

<sup>62</sup> K. Gözler, *op. cit.*, p. 96. In Gözler’s opinion, “these decisions of the Turkish Constitutional Court are highly disputable”.

<sup>63</sup> Judgment of 5.6.2008 (E 2008/16; K 2008/116). Article 4 of the Constitution forbids any amendment of the provision of Article 1 (republican form of government), Article 2 (“Characteristics of the Republic”, i. a.: the principle of democratic, secular and social state) and Article 3 (integrity of the State).

The Court adopted a broad interpretation of the “verification only in regard to the form” clause of Article 148. It observed that Article 4 forbids constitutional amendment that encroach on the “intangible provisions” of Articles 1 to 3. Therefore, if the parliament proceeds on an amendment which, due to its substance, is inadmissible, it gives rise to a procedural irregularity that can be verified and sanctioned by the Court. In other words, the review of the substance of amendment

In Romania, the Court examined the draft proposal of the 2003 constitutional reform. It held that two of the proposed modifications are incompatible with the “unamendable principles” of the Constitution as they result in suppression of guarantee of the right to property and in suppression of the access to justice. In addition, in a form of advisory opinion, the Court submitted several further “proposals” to the attention of the Parliament.<sup>64</sup> In the Czech Republic, in a posteriori review, the Court examined and upheld the constitutionality of the 2001 amendment which introduced provisions preparing adhesion to the European Union.<sup>65</sup>

In other countries, judges may remain more reluctant to enter the area of supraconstitutionality, even if the constitutional text restricts the content of amendments. This seems to be the approach of the French Constitutional Council. As already mentioned before, the Council, at first, rejected jurisdiction to review laws (including constitutional amendments) adopted by a popular referendum. On the other hand, in the 1992 Maastricht II decision, the Council observed that “subject [...] to compliance with Article 89-5 [republican form of government], the constituent authority is sovereign; it has the power to repeal, amend or amplify constitutional provisions in such manner as it sees fit”. This could suggest that, at least, some power of review remains within the jurisdiction of the Council.<sup>66</sup> Ten years later, however, the Council re-

---

does not have an autonomous nature, but constitutes only a preliminary step for the review of the procedural regularity of its adoption. See I. Ö. Kaboglu: *Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie*, Les cahiers., p. 40-41.

<sup>64</sup> Decision no. 148 of 16 April 2003 (supra, note 31) – see *Constituția României*, coord. I. Muraru, E. S. Tănăsescu, București 2008, p. 1460-1462. In 2011, the Court examined another draft law on constitutional revision and declared unconstitutionality of some of its provisions (decision no. 799 of 17 June 2011, *Monitorul Oficial* no. 440/2011).

<sup>65</sup> Constitutional Act n. 395/2001 – see A. Brörtl, op. cit., p. 21.

<sup>66</sup> Decision 92-312, DC, par. 19. As observed by S. Rials (*Supraconstitutionnalité et systématicité du droit*, *Archives de philosophie du droit*, vol. 57 (1986), p. 76): “Pratiquement [...] on ire meme jusqu’au admettre - proposition qui apparaitre aberrante a beacoup – la possibilite pour le juge supreme de bloquer les lois constitutionnelles heurtant trop manifestement la supraconstitutionnalite ”. The decision gave rise to an interesting debate between G. Vedel and L. Favoreu (*Souveraineté et supraconstitutionnalité*, *Pouvoirs* no. 67, 1993) that showed that the

jected such interpretation and – in a very laconic statement – indicated that it had no jurisdiction to review constitutional amendments.<sup>67</sup> From the judicial perspective, the problem seems to be solved, as there was no attempt to challenge any of the subsequent eight constitutional amendments before the Constitutional Council. Nevertheless, the academic debate on the matter is far from exhaustion; on the contrary, it may now even be gaining a new momentum.<sup>68</sup>

More creativity in respect to the review of constitutional amendments is necessary in those countries in which the written constitution remains silent as to the internal hierarchy of its norms. The doctrine, as usually in important matters, remains divided on that point. But, the last word belongs to the courts because only their case-law can bring a valid answer as to the implied hierarchy of constitutional norms.

Like the doctrine, the judicial decisions are very far from giving a single and simple answer. We are not, therefore, ready to confirm Gözler's concluding observation that "in a constitutional system where there is no substantive limit on the constitutional amendments, there is no judicial power to review the substance of procedurally correct constitutional amendments".<sup>69</sup>

It is true that some courts, like for example the U. S. Supreme Court, the Supreme Court of Ireland or the Constitutional Court of Hungary, have chosen a position of restraint. But even in those jurisdictions, the courts may, from time to time, be invited to revisit the problem.

---

French doctrine is no longer ready to stick to the "classic" negation of reviewability of constitutional amendments.

<sup>67</sup> Decision 2003-469 DC. The case was lodged by the group of senators who challenged the compatibility of an amendment on decentralization with the principle of the republican government. It was rightly observed (L. Favoreu, L. Philip, *op. cit.*, p. 313) that the Council was invited to go beyond the original meaning of Article 89 (prohibition of monarchy) and to adopt a new broad interpretation that would include "the whole of the republican heritage" into the unamendable substance of the constitution. The Council preferred simply to deny jurisdiction than to enter into any substantive interpretations of Article 89.

<sup>68</sup> A. le Divellec, A. Levade, C. Pimentel: *Avant-propos, Cahiers...*, p. 8. For arguments of the proponents and opponents of the review of constitutionality of amendments, see O. Beaud: *Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle, Les Cahiers...*, p. 43ff.; G. Carcassonne: *Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle, Les Cahiers...*, p. 46ff.

<sup>69</sup> K. Gözler, *op. cit.*, p. 67.

In the U.S., the Supreme Court has always rejected any jurisdiction upon constitutional amendments. According to some authors, like B. Ackerman, such proposition would be “absurd in American context”.<sup>70</sup> The only occasion to address the problem in a direct manner was offered to the Supreme Court in the wake of the controversy over prohibition. The 18<sup>th</sup> Amendment (1919) provided for prohibition of the manufacture, transportation and sale of alcoholic liquor. It was attacked before the courts on two points: that the amendment was adopted in a irregular procedure and that, in its substance, the amendment constituted a radical invasion into the police powers of the states (guaranteed under the 10<sup>th</sup> Amendment) and thereby brought a destruction of the original character of the Union. As it was maintained by the plaintiffs, “it was unconstitutional to use the process of amendment to destroy the very nature of the federal union”.<sup>71</sup> The Supreme Court, however, was not ready to enter into details. It dismissed the case upon a plain statement: “the [18<sup>th</sup>] Amendment, by lawful proposal and ratification, has become a part of the Constitution and must be respected and given effect the same as other provisions of that instrument”.<sup>72</sup>

The *Palmer* case still seems to represent a valid precedent under which any substantive review of constitutional amendments remains beyond the jurisdiction of the Supreme Court. The doctrine, however, has never been ready to offer an unanimous support to that interpretation. Particularly, in the end of 1980s, when the so-called Flag-Burning Amendments gave rise to vivid discussions, it was suggested that: 1) the amendment power is subjected to limitations; 2) those limitations are hidden in the Founders’ recognition of “natural rights”; and 3) the 9<sup>th</sup> Amendment empowers the Supreme Court to nullify an amendment that

---

<sup>70</sup> B. Ackerman: *We the People...*, p. 15. “Our Constitution has never (with two [insignificant] exceptions) explicitly entrenched existing higher law against subsequent revision by the People” (ibidem, p. 13). The “classic” position in the doctrine was presented by L. Orfield: *The Amending of the Federal Constitution*, Chicago 1942.

<sup>71</sup> A. H. Kelly, W. A. Harbison: *The American Constitution. Its Origins and Development*, New York 1963, p. 683.

<sup>72</sup> *State of Rhode Island v. Palmer*, 253 U.S. 350 (1920). Similarly, in *Leser v. Garnett*, the Court rejected the claim that the 19<sup>th</sup> Amendment (women franchise) was unconstitutional in substance.

would encroach upon one of the “unalienable natural rights”.<sup>73</sup> W. F. Murphy suggested that the amendment power cannot infringe upon basic principles of human dignity.<sup>74</sup> A. R. Amar addressed the same opinion in regard to an amendment abolishing free speech.<sup>75</sup>

The Flag Burning Amendment was rejected by the Congress and the Supreme Court did not have a chance to express its opinion. Since then, no similarly controversial constitutional amendment has ever been proposed in the United States. It put on hold further discussion but, at least at a doctrinal level, the controversy is still far from being resolved.

Also in Ireland, arguments based on natural law, were raised to convince the Supreme Court that it has the power to nullify a constitutional amendment that runs counter the basic precepts of that law. In 1995, the constitutionality of the 14<sup>th</sup> Amendment (freedom of information on abortion) was challenged before the Supreme Court.<sup>76</sup> It was

---

<sup>73</sup> See, e.g. J. Rosen: *op. cit.*; R. G. Wright: Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?, *Loyola Univ. of Chicago Law Journal*, vol. 22 (1990-1991), p. 741ff; V. J. Samar: Can a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?, *Oklahoma City Univ. Law Review*, vol. 33 (2008), no. 3, p. 667ff. See also discussion in: *Responding to Imperfection...*

<sup>74</sup> W. F. Murphy: *An Ordering of Constitutional Values*, *S. Cal. Law Rev.*, vol. 53 (1980), p. 703 ff.

<sup>75</sup> A. R. Amar: *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, *Univ. of Chicaco Law Review*, vol. 55 (1988), p. 1043ff.

<sup>76</sup> As it is well known, access to abortion has always constituted one of the most controversial problems in Ireland. In mid-1970s, the Supreme Court (in *McGee v. The Attorney General*) held that prohibition of the use of contraceptives by married couples was unconstitutional. The obvious similarity of *McGee* to the U.S. case of *Griswold v. Connecticut* (1965) gave rise to predictions that, on the next occasion, the Irish Supreme Court would follow *Roe v. Wade*. In 1983, the 8<sup>th</sup> Amendment adopted a clear prohibition of abortion (Article 40 sec. 3 no. 3 of the 1937 Constitution). This removed the very problem of abortion from the Court's jurisdiction. What, however, remained were two residual questions: whether an Irish citizen may have an abortion abroad and whether Ireland-based associations and institutions may be prohibited from counseling on abortion matters. The Supreme Court was not ready to intervene (*S.P.U.C. v. Grogan*, 1990). However, in 1992, two further constitutional amendments were adopted: the 14<sup>th</sup> Amendment guaranteed the right to information on (abortion) services lawfully offered abroad. In 1995, the Parliament adopted a law which implemented the provisions of the 14<sup>th</sup> Amendment. The President of Republic, using the procedure of a preventive review (Article 26 of the Constitution), referred it to the Supreme Court. One of arguments raised before the Supreme Court challenged the very constitutionality of the 14<sup>th</sup> Amendment.

submitted that the Court should not enforce any provision of a law or amendment that was contrary to natural law. The Court disagreed, by a rather concise statement of Justice Hamilton: “The Court does not accept this argument”.<sup>77</sup> Also, in some later cases, the Court confirmed that a constitutional amendment represents the will of the people (it should be kept in mind that amendments in Ireland require approval in a referendum) and cannot be reviewed by any organ of the State.<sup>78</sup> Thus, the matter seems to be settled. On the other hand, as it was noted by R. O’Connell, the Irish courts, while rejecting the power to review constitutional amendments, “still endorse the interpretative technique which makes the assertion of that power quite plausible [...] that the open-ended guarantees of rights must be interpreted accordingly to (judicially announced) evolving standards of justice”.<sup>79</sup>

In Hungary, the Constitutional Court ruled on the challenge to the 1997 amendment which i.a. modified the term of office of the Parliament. The petitioners alleged that the change violates the constitutional principles of sovereignty and legal certainty. The Court dismissed the case by indicating that it “does not have competence to examine, amend or change constitutional provisions and therefore to review the constitutionality of legal regulations amending the Constitution”.<sup>80</sup> A similar position was taken, in 1998, by the Constitutional Court of Slovenia.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> G. J. Jacobsohn, *op. cit.*, p. 468-469; R. O’Connell: *Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms*, *Journal of Civil Liberties*, vol. 4 (1999), p. 64-66.

<sup>78</sup> G. J. Jacobsohn, *op. cit.*, p. 469.

<sup>79</sup> R. O’Connell, *op. cit.*, p. 66. The Irish judges had to have in mind the 1935 *State (Ryan) v. Lennon* case in which the Supreme Court refused to intervene against an amendment that, de facto, overturned the whole structure of constitutional safeguards of liberty and fair trial. Using the modern vocabulary, it could be said that the amendment nullified most of the identity of the constitutional order.

<sup>80</sup> Judgment of 9 February 1998 no. 1260/B/1997 (see the official website of the Hungarian Court).

<sup>81</sup> Judgement of 29 January 1988 no. U-I-195/97 (see the official website of the Court) – the Court ruled on a petition challenging the constitutionality of the 1997 amendment which modified Article 68 of the Constitution and extended possibilities of foreigners to acquire real property in Slovenia. The Court observed that “it has no jurisdiction” over the case.

On the other side of that spectrum are constitutional/supreme courts that decided to confirm, at least potentially, their power to intervene in the defense of unwritten (basic) principles of constitutional order.

In Europe, Italy may be regarded as the most interesting example. The 1947 Constitution established only one substantive limitation: the republican form of the State “shall not be a matter for constitutional amendment” (Article 139). The doctrine, however, has always maintained that there are some further “fundamental principles of the constitutional structure” (*principi fondamentali dell’assetto costituzionale dello Stato*) which cannot be altered nor abolished by a constitutional amendment. While there has never been an agreement neither as to the list of those principles nor to the constitutional foundation of the whole theory, it seems that the general inspiration was taken from the concept of “the material constitution” developed by C. Mortati before the Second World War.<sup>82</sup>

The Constitutional Court discussed the problem, for the first time, in the beginning of the 1970s., but only in the context of international commitments of Italy.<sup>83</sup> It was only in 1988, when the Court confirmed, in an explicit manner, that “the Italian Constitution includes certain higher principles which, in their essential content, cannot be abolished or modified neither by a constitutional amendment nor by a separate constitutional law”. Even if some of those principles are not expressly mentioned in the text of the Constitution, “they nevertheless belong to the very essence of the supreme values which form the foundation of the Italian Constitution”. Therefore, “it cannot be denied that this Court has a power to decide on conformity of constitutional amendments as well as other constitutional laws with the higher principles of constitutional order”.<sup>84</sup> In other words, the Court confirmed its competence to invalidate a constitutional amendment which would run counter the above-mentioned principles.

---

<sup>82</sup> A. Pizzorusso, E. Rossi: *Italie [in:] Révision de la constitution...*, s. 138.

<sup>83</sup> Decision no. 30-32/1971 – constitutional regime of the Concordat; decision no. 183/1973 (Frontini) – constitutionality of treaties on European Integration.

<sup>84</sup> *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, sous la dir. de P. Bon et D. Maus, Paris 2008, p. 76-77.

While those pronouncements of the Court have always been made in a form of obiter dicta, they paved the way for an actual adjudication. In 2004, the region of Calabria challenged the constitutionality of an amendment introducing modifications into State-regions relations. The Court did not dismiss the case as inadmissible *ratione materiae*. It considered it on the merits and decided that allegation of unconstitutionality was “manifestly ill-founded”.<sup>85</sup>

The Constitutional Court’s competence to review constitutional amendments seems to be already well established. More difficulties arise in defining the content of “higher constitutional principles”. While several indications may be found in the case-law of the Corte Costituzionale, no comprehensive list has ever been produced.<sup>86</sup> Nevertheless, it would be difficult to deny that the Italian Court is ready to assume jurisdiction over constitutional amendments. It also cannot be denied that the whole construction of “higher principles” is a purely judge-made one and does not have very clear base in the written text of the Constitution. In practice, the Court has never gone beyond mere confirmation of its jurisdiction. Thus, in Italy, the substantive review of constitutional amendments functions as a potential component of the constitutional system. There is only one case in which the Court actually decided on (and upheld) constitutionality of a constitutional amendment.

In India, the Supreme Court went beyond mere statements of intent. Until 1967, the Court has been ready to accept the Parliament’s power of amendment. It was held that the Parliament may amend any provision of the Constitution providing the procedural requirements of Article 368 had been met.<sup>87</sup> However, in the 1967 *Golak Nath* judgment,

---

<sup>85</sup> Decision no. 2/2004 – see T. Groppi, C. Meoli [in:] *Les grandes...*, p. 78; M. Luciani: *Le contrôle des lois constitutionnelles en Italie*, *Les Cahiers...*, p. 30; M. R. Donnarumma: *Intégration européenne et sauvegarde de l’identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles*, RFDC no. 84 (Octobre 2010), p. 727.

<sup>86</sup> M. Luciani (op. cit., p. 31) derives the following principles from the case-law: principle of the jurisdictional unity of the State; right to judicial protection; principle of the secularity of the State; principle of „democracy”; protection of „inalienable rights of the person”.

<sup>87</sup> *Shankari Prasad Singh Deo v. The Union of India* (A.I.R. 1951, S. C. 458); *Sajjan Singh v. The State of Rajasthan* (A.I.R. 1965, S.C. 845). See M. P. Jain: *Indian Constitutional Law*, New Delhi 2008, p. 1620-1622.



the Supreme Court observed that constitutional amendments can be included into the category of “laws” within the meaning of Article 13 sec. 2 of the Constitution.<sup>88</sup> Thus, an amendment which “takes away or abridges” fundamental rights becomes null and void.<sup>89</sup> As the Court decided the case on other grounds, this statement did not result in invalidation of the amendment under review. Nevertheless, the Court’s judgment “stirred the great controversy regarding the scope of judicial review”.<sup>90</sup>

In reaction to *Golak Nath*, the Parliament adopted the 24<sup>th</sup> Amendment (1971) which provided that the Parliament has power to amend any part of the Constitution. Two years later, in the *Keshavanada* judgment, the Court overruled *Golak Nath* but only in respect to the qualification of constitutional amendments as “laws” within the meaning of Article 13 sec. 2. At the same time, the Court developed the doctrine of “basic structure” of the Constitution under which no amendment may alter certain fundamental principles of the constitutional order.<sup>91</sup> It was indicated that although the power of amendment cannot be narrowly constructed and extends to all the Articles, it is not unlimited so as to include the power to abrogate or change the identity of the Constitution or its basic features.<sup>92</sup> The Court upheld the constitutionality (conformity with the basic features) of most amendments under review except, however, the part of the 25<sup>th</sup> Amendment which had provided for limitations of judicial powers to review constitutional amendments.

---

<sup>88</sup> Article 13 sec. 2 read in the material time: “The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part [i. e. Part III: Fundamental Rights] and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void”.

<sup>89</sup> L.C. Golak Nath v. State of Punjab (A.I.R. 1967, S.C. 1643). See: Constitutional Amendment in India, ed. by P. D. T. Achary, New Delhi 2008, p. 15; M. P. Jain, op. cit., p. 1622-1627.

<sup>90</sup> S. P. Sathe: Judicial Activism in India, ..., p. 67

<sup>91</sup> His Holiness Kesavananda Bharati Sripadagaluaru v. State of Kerala (A.I.R. 1973, S.C. 461). The Court reviewed the provisions of the 29<sup>th</sup> Amendment (1972) by which the provisions of the Kerala Land Reform Act were included in the 9<sup>th</sup> Schedule “to grant them immunity from attack” (O. Chinappa Reddy: The Court and the Constitution in India, Oxford 2010, p. 53). See also M. P. Jain, op. cit., p. 1628-1631.

<sup>92</sup> Among those “basic features”, the Court mentioned: supremacy of the Constitution, representative and democratic form of government, secular character of the Constitution, separation of powers, federal character of the Constitution (M. P. Jain, op. cit., p. 1629).

The theory of “basic structure” was later reaffirmed in *Indira Ghandi* (1975) in which certain parts of the 39<sup>th</sup> Amendment were held void.<sup>93</sup> The most powerful confirmation of the Court’s power to review was expressed in the 1980 *Minerva Mills* case.<sup>94</sup> The Court struck down a provision of the 42<sup>th</sup> Amendment (1976) which stipulated that “the validity of any constitutional amendment act shall not be called in question in any court on any ground”. The Court reiterated that, under Article 368, Parliament cannot “so amend the Constitution as to damage the basic or essential features of the Constitution and destroy its basic structure”.<sup>95</sup> “The power to destroy is not a power to amend”<sup>96</sup>. As it was observed: “with the decision of *Minerva Mills* it has been firmly established that judicial review is essential feature of the Constitution and cannot be amended out of the Constitution”.<sup>97</sup>

*Minerva Mills* was later confirmed on more than 10 occasions. While several of those decisions were taken in the context of land reforms,<sup>98</sup> the primary controversy resulted from the Parliament’s attempts to impose limitations on the reviewing powers of the Supreme Court. The theory of “basic structure” (basic features) served as a powerful instrument to neutralize the Parliament’s action. As it was recently observed, “the basic features of the Constitution are not finite. So far about 20 features described basic or essential have been defined by the Court. The claim of any particular feature to be a basic feature would be determined by the Court in each case that comes before it”.<sup>99</sup>

The Indian experience provoked a never-ending debate. For some, the activist position of the Court can be regarded as warranted by the

---

<sup>93</sup> *Smt. Indira Nehru Ghandi v. Raj Narain* (A.I.R. 1975, S.C. 229). The amendment excluded the judicial review of parliamentary decisions concerning election of the Prime Minister and the Speaker of the House (see: *Constitutional Amendment...*, p. 17; M. P. Jain, op. cit., p. 1632).

<sup>94</sup> *Minerva Mills Lmd. V. Union of India* (A.I.R. 1980, S.C. 1789).

<sup>95</sup> M. P. Jain, op. cit., p. 1686.

<sup>96</sup> *Minerva Mills...*, p. 1798.

<sup>97</sup> P. Divan: *Amending Power and Constitutional Amendment*, New Delhi 1997, p. 71.

<sup>98</sup> Most recently: *I. R. Coelho v. State of Tamil Nadu and Others* (2007, 2 S.C.C. 1)

<sup>99</sup> *Constitutional Amendment...*, p. 19.

need to protect basic constitutional values.<sup>100</sup> Others may remain more reserved. Also, in the political dimension the Court has often been under attack. What seems important, however, is the very fact that an established constitutional jurisdiction not only asserted an implied power of review but also decided to exercise those powers. Thus, in India, substantive review of constitutional amendments becomes a real (and – not only potential) component of the constitutional system.

The Indian example remains rather isolated. While some constitutional courts around the world may, from time to time, declare that they do have the power to substantive review,<sup>101</sup> it is only very exceptionally that those declarations develop into actual statements of unconstitutionality.<sup>102</sup>

#### IV. CONCLUDING OBSERVATIONS

Debates on the reasonability and feasibility of review of constitutionality of constitutional amendments have not yet brought any conclusive answers. Nor has the case law of constitutional and/or supreme courts produced any general picture. The doctrine remains sharply divided, constitutional regulations are very far from uniformity, constitutional judges only on rare occasions decide to venture into that territory.

Nevertheless, the practice of constitutional adjudication is constantly furnishing us with interesting examples. It is, of course, not our intention to compile a complete comparative information. This article addresses only some situations in which the judicial branch was invited

---

<sup>100</sup> B. S. Tyagi: *Judicial Activism in India*, New Delhi 2000, p. 181. For a more recent assessment see: M. Godbole: *The Judiciary and Governance in India*, New Delhi 2009.

<sup>101</sup> Like the Supreme Court of Peru in 2005 – G. J. Jacobsohn, *op. cit.*, p.462. In South Africa, the Constitutional Court observed, while only in form of obiter dicta, that it might review compatibility of an amendment with basic principles of the Constitution (A. Lollini, *op.cit.*, p. 808).

<sup>102</sup> Like in Uganda in 2004 (E. Bussey: *Constitutional Dialogue in Uganda*, 49 *Journal of African Law* (2005), p. 1-23; G. J. Jacobsohn, *op. cit.*, p. 462) or in Kazakhstan in 2011 (Postanovlienije Konstitucionnogo Sovieta Respubliki Kazahstan po dielu ‘O provierke Zakona Respubliki Kazahstan ‘O wniesienii izmienienija i dopolnienienija w Konstituciju Respubliki Kazahstan’ na sootwietswie Konstituciji Respubliki Kazahstan”, *Konstitucionnoje Prawosudie*, 2011, no. 2, p. 63-69).

to assess constitutionality of a constitutional amendment.<sup>103</sup> But those examples, however sketchy, may deliver first and tentative answers to the questions mentioned in our introductory remarks.

It seems that many constitutional texts provide for restrictions on future constitutional amendments. Almost universally those restrictions are related to procedural aspects of the amending process. Some constitutions, however, have gone further and also establish substantive restrictions on future amendments. In some constitutional systems those restrictions were expressis verbis provided in the constitutional text, in others they are reconstructed from the very essence or spirit of the current constitution.

It seems, furthermore, that there are several constitutional/supreme courts that, albeit with certain hesitation and timidity, are ready to assume jurisdiction for judicial review of constitutionality of constitutional amendments. In most cases that review is limited to the procedural regularity of the amending process, some courts, however, accepted that their review extends also to the substance of constitutional amendments.<sup>104</sup>

Finally, it seems that in most of those countries in which courts have confirmed jurisdiction over constitutional amendments this confirmation remains in the sphere of potentiality. Actual decisions on unconstitutionality, particularly on the substantive one, are extremely rare. The judges are mindful of the “counter-majoritarian controversy” which arises with particular clarity when courts challenge the validity of a duly adopted constitutional amendment.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> It should be kept in mind that constitutions, constitutional amendments and – even – constitutional jurisdictions exist not only in the developed democracies. Thus, some examples mentioned in this text recall controversies that had taken place in elsewhere.

<sup>104</sup> In one of the recent comparative studies (A. Harding, P. Leyland, T. Groppi: *Constitutional Courts. Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective* [in:] *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London 2009) the “constitutional-drafting jurisdiction (controlling the Constitution itself)” was discussed as a separate function of constitutional courts.

<sup>105</sup> It was observed, not without some irony, that under the traditional approach, the very idea of review of constitutionality of constitutional amendments amounted to a “crime de lèse-souveraineté” (A. le Divellec, A. Levade, C. M. Pimentel, op. cit., p. 7).

Do these developments indicate that a new level of constitutional review, “higher” than the regular review of constitutionality of ordinary statutes, is in the process of formation? In our opinion, it would be premature to propose an affirmative answer.

As we observed elsewhere, the clear success of the judicial review of ordinary legislation was due to a combination of four factors: systemic (comprehensive) nature of the (constitutional) norms of reference, relative precision of those norms, procedural accessibility of review, and binding effects (finality) of review<sup>106</sup>.

Such combination is not present in respect to the “higher” level of review, i. e. to the assessment whether constitutional amendments are compatible with higher norms and principles contained in the text or in the spirit of the actual constitution. This led us to a conclusion that the concept of “constitutional eternity clauses” does not seem to be sufficiently developed to be regarded as a common solution to protect stability of modern constitution or, in other words, to protect those constitutions against future amendments of disruptive nature. That is why the effective protection of basic (i. e. also universal) values and principles should go beyond the “internal” mechanisms which constitution itself adopts to protect its spirit and identity. In this perspective, it may also be attractive to refer to the “external” norms of reference, particularly to the international human rights law.<sup>107</sup>

Sympathy for those “external” norms should not warrant, however, a conclusion that nothing can be offered by the “internal” mechanisms of protection. Several important constitutions address the problem and establish, in an explicit or implicit manner, certain internal hierarchy of their norms. Also several important constitutional jurisdictions (to mention only Germany, India, Italy, Turkey) seem ready to confirm their competence to review constitutional amendments in both, procedural and substantive dimension. It is true that in most cases, courts are not (yet?) ready to exercise their powers. Neither, however, are they ready to rule that those powers remain entirely outside their jurisdiction.

Constitutional amendments are constantly present in the modern process of “higher law-making”. Most of the amendments do not con-

---

<sup>106</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *External Review...*, sec. I.4.

<sup>107</sup> L. Garlicki, Z. A. Garlicka: *External Review...*, sec. II.5.

flict with the structure and logic of the current constitution. Sometimes, however, amendments intervene into the very structure (identity) of the constitutional text and may “cast a broad and deep shadow on much of the remainder of the Constitution”.<sup>108</sup> It is true that constitutions are often imperfect and that constitutional amendment may be regarded as a legitimate response to the original imperfections.<sup>109</sup> But it seems also possible that a constitutional amendment may, in itself, be far from perfection.

Judicial review of constitutionality of constitutional amendments offers no more than an imperfect response to the problem. However, as the problem is not of a purely theoretical nature, even an imperfect response may be more useful than no response at all.

## BIBLIOGRAPHY

A. Arato, Z. Miklosi: *Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary* [in]: *Framing the State in Times of Transition*, ed. by L. E. Miller with L. Aucoin, Washington 2010.

A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier: *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 2006.

A. H. Kelly, W. A. Harbison: *The American Constitution. Its Origins and Developments*, New York 1970.

A. R. Amar: *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, *Univ. of Chicaco Law Review*, vol. 55 (1988).

A. Solis Fallas: *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*, San Jose 2008.

B. Ackerman: *Higher Lawmaking* [in:] *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, S. Levinson, ed., Princeton 1995.

- *We the People*, vol. I: *Foundations*, Cambridge 1991.

<sup>108</sup> R. G. Wright, *op. cit.*, p. 746.

<sup>109</sup> As observed by S. Levinson in his introductory remarks to the collection of essays on imperfection and amendability of the U. S. Constitution: „the title of this collection ‘Responding to Imperfection’, is a recognition of Washington’s and Mason’s wisdom. One should not minimize the importance of their acknowledgement of imperfection” (*Responding...*, p. 3).

B. Genevois: Les limites d'ordre juridique a l'intervention du pouvoir constituant, *Revue française de droit administrative*, 1998.

B. S. Tyagi: *Judicial Activism in India*, New Delhi 2000.

B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hoffmann, A. Hoplauf: *Grundgesetz. Kommentar*, Kluwer 2011.

C. Albertyn: Judicial Independence and the Constitution Fourteenth Amendment Bill, *South African Journal on Human Rights*, vo. 22 (2006).

D. Grimm: Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State, *European Constitutional Law Review*, 2009, no. 3.

E. E. Hirsch: *Verfassungswidrige Verfassungsänderung*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 1973, no. 1.

E. Smith: *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer 1995.

G. Devenish: *The South African Constitution*, Durban 2005.

G. J. Jacobsohn: An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective, *International Journal of Constitutional Law* 2006, no. 3.

G. Vedel: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949.

H. Molina Guaita: *Derecho constitucional*, Santiago 2009.

J. Rosen: Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?, *Yale Law Journal*, vol. 100 (1992), no. 5.

K. Gözler: Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* no. 27 (2009).

- *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa 2008.

- *La révision de la Constitution*, Paris - Aix-en-Provence 1993.

- *Révision de la constitution et justice constitutionnelle*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle (AIJC)*, vol. X, 1994.

L. Favoreu, L. Philip: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris 2011.

L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevoitian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni: *Droit Constitutionnel*, Paris 2007.

L. Garlicki, Z. A. Garlicka: Constitution-Making, Peace-Building and National Reconciliation. The Experience of Poland [in:] Framing... - "External Review" of Constitutional Amendments? (International law as a norm of reference), *Israel Law Review* 2011, no. 2.

L. Garlicki: La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens c/. développements récents, *Revue française de droit constitutionnel*, no. 79, Avril 2009.

- Pologne, *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* vol. XXI (2005).

M. Fromont: La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand, *RDP* 2007.

M. Godbole: *The Judiciary and Governance in India*, New Delhi 2009.

M. Tushnet: *The Flag-Burning Episode*, *Univ. of Colorado Law Rev.*, vo. 61 (1990).

O. Chinappa Reddy: *The Court and the Constitution in India*, Oxford 2010.

O. Pfersmann: *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale. Théorie, pratique, limites* [in:] *La révision de la Constitution*, Paris-Aix 1993.

P. Kovacs: *A la recherche du bon chemin. Ou l'affaire du mandat d'arrêt européen devant la Cour constitutionnelle hongroise* [in:] *Mélanges en l'Honneur de Jean Charpentier*, Paris 2008.

R. Hernández Valle: *Las Reformas Constitucionales en Costa Rica* [in:] *Constitución y Justicia Constitucional*, San Jose 2010.

T. Ginsburg: *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, 2003.

*The Eighteenth Amendment to the Constitution. Substance and Process*, ed. by R. Edrisinha and A. Jayakody, Colombo 2010.

U. Häfelin, W. Haller, H. Keller: *Schweizerisches Bundestaatsrecht*, Genf 2008.

W. F. Murphy: *An Ordering of Constitutional Values*, *S. Cal. Law Rev.*, vol. 53 (1980).