

## MAKALELER/ARTICLES

### **# DEĞİŞTİRİLEMEZ ANAYASAL İLKELER ÜZERİNE SORGULAMALAR\*** (*INTERROGATIONS AROUND INTANGIBLE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*)

**Eric Sales\*\***

#### **ÖZ**

Anayasa hukuku, doğası gereği, siyasi iktidarın kullanımını temellendirmek ve çerçevelemek amacını güder. Yani, bir yandan meşrulaştırırken, diğer yandan sınırlar. Bazı durumlarda, ne bir değişikliğe ne de ilgaya konu olabilen temel birtakım kurallar dahi içerir. Değiştirilemez anayasal ilkeler, kurulu iktidarları daimi biçimde sınırlandırır. Elinizdeki makale, söz konusu ilkelerin kökeni, varlık amacı, maddi tanımı, korunması ve sorgulanabilirliği konularını tartışmayı amaçlamaktadır. Anayasal ilkelerin değiştirilmesine ilişkin maddi yasakların ortaya çıkmaya başladığı belirli bir zaman dilimi var mıdır? Bu yasakların varlığını haklılaştıran ortak gerekçeler var mıdır? Söz konusu yasakların kapsamı geniş mi yoksa dar mıdır? Değiştirilemez anayasal ilkeler, bu alanda ortak bir anayasal miras oluşturur mu? Bu ilkeler, etkili bir korumadan yararlanır mı; yararlanır ise, bu korumanın niteliği nedir? Gelecek kuşaklara değiştirilemez anayasal ilkeler dayatmak yerinde midir? Bu ilkeler aşılabilir mi? Cevabı evet ise, bu hangi yöntemle gerçekleştirilebilir?

---

\* Bu makale 07.06.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 21.11.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Cendube Üniversitesi (Tunus), Hukuki, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü tarafından 7-8 Nisan 2016 tarihlerinde düzenlenen “La nouvelle Constitution de 2014, deux ans après: quel état des lieux?” (2014 Yeni Anayasası, Geçen İki Senenin Ardından: Durum Tespiti) konulu kolokyumda sunulan tebliğdir.

\*\* Doç. Dr. (Kamu Hukuku), Montpellier Üniversitesi, Hukuk ve Siyasal Bilimler Fakültesi.

**Anahtar Kelimeler:** Asli kurucu iktidar, tali kurucu iktidar, gelecek kuşaklar, anayasa değişikliği, anayasaya uygunluk denetimi.

### **ABSTRACT**

*Constitutional law, by nature, is intended to establish and regulate the exercise of political power. It legitimizes the same time it limits. In some cases, it even contains rules considered essential, which can not be either modified or deleted. Intangible constitutional principles are therefore needed over time to established powers. The purpose of this article is to think about the origins of those principles, that of their rationale, their material identification, the question of their protection and finally to that of their possible questioning. Is there a period from which the material bans revise can be identified? Are there common justifications for their existence? Is scope of the prohibitions wide or narrow? The principles involved-they show a common constitutional heritage? Do they have effective protection and if so what kind? Is it appropriate to impose intangible constitutional principles to future generations? These intangible constitutional principles they be overcome? If so, in what ways?*

**Keywords:** *Original constituent power, derived constituent power, future generations, constitutional amendments, constitutional review.*

\*\*\*

Bozulmaz, ebedi, dokunulmaz, kutsal ve hatta taşlaşmış<sup>1</sup> gibi çeşitli kavramlarla da ifade edilen değiştirilemez anayasal ilkeler, öz itibariyle, zaman içerisinde geçerliliğini koruyan ve anayasal sürekliliğin yapı taşını oluşturan ilkelerdir. Katı nitelikteki yazılı anayasalarda bu ilkeler görünür durumdadır. Böylece, anayasa değişikliği yetkisine sahip erke karşı ileri sürülebilen usule ve zamana ilişkin sınırlamaların yanı sıra maddi birtakım sınırlar da bulunmaktadır. Söz konusu ilkeler, genellikle asıl ve sınırlandırılmamış bir erkin (asli kurucu iktidar), ikincil ve sınırlandırılmış bir erki (tali kurucu iktidar) bunlara saygı göstermeye zorlama amacıyla ortaya konmuş bir siyasi iradeye dayanırlar.

---

<sup>1</sup> Bu doğrultuda bkz. 1988 Brezilya Anayasası'nın 60/4 maddesinde kullanılan "clausulas pétreas" ifadesi.

Esasında, ilk yazılı anayasaların bazıları, geçici bir mutlak dokunulmazlığa sahipti. Örneğin 1791 Fransa Anayasası üzerinde on sene boyunca hiç bir değişiklik yapılamazdı.<sup>2</sup> Kurucu metni, eskiye dönüş ve dolayısıyla iktidarın yeni temellerinin ve dengelerinin sorgulanması yönündeki her türlü teşebbüse karşı muhafaza etme kaygısı, ilk Fransız anayasa yapımcıların bu tercihini anlaşılır kılmaktadır. Buna karşın, bu sürenin bitiminde, anayasal metin değiştirilebilir veya tamamen yeniden yazılabilir. 1787 ABD Anayasası ise, 5. maddesinde, geçici bir kısmi dokunulmazlık öngörmüştür.<sup>3</sup> Günümüzdeki tercih, ihlallerinin engellenmesi gerektiği düşünülen birtakım temel ilkelerin tanınması yönündedir. Bu doğrultuda, dokunulmazlık kısmi ama sürekli kılınmıştır.

Anayasal düzenin temellerini korumaya dönük ilk örnek, 17 Mayıs 1814 tarihli Norveç Anayasası'nın 112'nci paragrafında yer almaktadır.<sup>4</sup> Sonraki dönemde, daha belirgin ilkeler ortaya çıkmıştır. Buna örnek olarak, Fransa,<sup>5</sup> İtalya,<sup>6</sup> Türkiye,<sup>7</sup> Kamerun,<sup>8</sup> Benin,<sup>9</sup> Mali,<sup>10</sup> Burkina Faso'da<sup>11</sup> Cumhuriyet yönetim biçimi; Almanya'da<sup>12</sup> insan onuru ve

<sup>2</sup> Örneğin, ilk Fransa anayasası olan 1791 Anayasası'nda, anayasal metnin tamamına, Anayasa'nın VII. başlığının 2. ve 3. maddeleri bileşiminden çıkan belirli bir süre için değiştirilmezlik özelliği tanınmıştı. 2. maddeye göre, "Art arda üç yasama meclisinin, bir anayasa maddesinin değiştirilmesine yönelik aynı isteği ortaya koyması halinde, talep edilen revizyon gerçekleştirilebilir". 3. maddeye göre ise, "Gelecek yasama meclisi ve onu takip eden meclis, hiçbir anayasa maddesinde değişiklik talep edemez". Bir yasama meclisinin 2 sene görevde kaldığı düşünüldüğünde, toplam sürenin on sene olduğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>3</sup> 1808 yılı öncesinde yapılacak hiçbir değişiklik, hiçbir surette, 1. maddenin 9. kısmının ilk ve dördüncü hükmünü etkilemez ve bir federe devleti, onayı dışında, Senato'da eşit oy hakkından mahrum bırakamaz.

<sup>4</sup> Bkz. O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle?", La République en droit français, B. Mathieu ve M. Verpeaux (ed.), Paris, Economica, 1996, s. 270.

<sup>5</sup> 1958 Anayasası m. 89/5.

<sup>6</sup> 22 Aralık 1947 Anayasası m. 139.

<sup>7</sup> 7 Kasım 1982 Anayasası m. 1.

<sup>8</sup> 2 Haziran 1972 Anayasası m. 64.

<sup>9</sup> 11 Aralık 1990 Anayasası m. 156.

<sup>10</sup> 25 Şubat 1992 Anayasası m. 118.

<sup>11</sup> 1991 Anayasası m. 165.

<sup>12</sup> 23 Mayıs 1949 Anayasası m. 1 ve 20.

devletin federal yapısı; Türkiye,<sup>13</sup> Benin,<sup>14</sup> Mali'de<sup>15</sup> laiklik ilkesi; yine Türkiye'de<sup>16</sup> demokrasi<sup>17</sup> ve hukuk devleti; Bosna-Hersek'te<sup>18</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde tanınmış olanlar dahil temel hak ve özgürlükler<sup>19</sup> gösterilebilir. Küba Anayasası'nda da rejimin sosyalist karakteri ve siyasal ve sosyal sistem vazgeçilemez olarak kabul edilmiştir.<sup>20</sup> Maddi revizyon yasağı konusunda en uzun listeyi ise Yunanistan<sup>21</sup> ve Portekiz<sup>22</sup> Anayasaları içermektedir.

Oldukça basit nitelikteki bu ilk bilgilerin ardından, değiştirilemez anayasal ilkelerin karşı karşıya kaldığı kimi zorlukları belirtmek gerekmektedir. Öncelikle, bu ilkeler, her ne kadar mutlak bir anayasal katılığa işaret etseler de, bir devleti sarsabilecek olağan dışı şartlara dayanıksızdırlar. İktidar boşluğuna yol açacak bir savaş,<sup>23</sup> federal bir yapının dağılması<sup>24</sup> ya da bir devrim, dokunulmaz kılınmış herhangi bir ilkeyi yıkabilecek olaylardandır. Diğer yandan, bir devlet yapısının kurulması ya da yeniden kurulması, bu ilkeleri canlandırabilir ya da yeni temel ilkelere ortaya çıkmasına katkıda bulunabilir. Fakat, güzel idealler içeren bu

<sup>13</sup> 7 Kasım 1982 Anayasası m. 2.

<sup>14</sup> 11 Aralık 1990 Anayasası m. 156.

<sup>15</sup> 25 Şubat 1992 Anayasası m. 118.

<sup>16</sup> 7 Kasım 1982 Anayasası m. 2.

<sup>17</sup> 2 Haziran 1972 Kamerun Anayasası m. 64; 18 Mart 2005 Burundi Anayasası m.299; 5 Ekim 1988 Brezilya Anayasası m. 60/4.

<sup>18</sup> 14 Aralık 1995 Anayasası m. 2.

<sup>19</sup> 5 Ekim 1988 Brezilya Anayasası m. 60/4.

<sup>20</sup> 24 Şubat 1976 Anayasası m. 137.

<sup>21</sup> 9 Haziran 1975 tarihli Yunanistan Anayasası'nın 110. maddesine göre, anayasa değişikliği yasaları, özellikle, siyasi rejimin (parlamentar rejim) esasına ve şekline, insan değerinin korunmasına, kanun önünde eşitliğe, asalet ünvanı yasağına, herkesin ülkenin toplumsal, ekonomik ve siyasal yaşamına katılımına, bireysel özgürlüğe, dinî inanç özgürlüğüne ve erkler ayrılığına uygun olmak zorundadır.

<sup>22</sup> 2 Nisan 1976 Anayasası'nın 288. maddesine göre, anayasa değişikliği yasaları, özellikle, ulusal bağımsızlık ve Devletin birliğine, cumhuriyetçi yönetim şekline, Kiliseler ve Devletin ayrılığına, hak ve özgürlükler ile bunların güvencelerine, demokrasiye, erkler ayrılığına, anayasallık denetimine, mahkemelerin bağımsızlığına, yerel idarelerin özerkliğine uygun olmak zorundadır.

<sup>23</sup> 1791 Fransa Anayasası, iç çatışmalar ve Avusturya ile savaş nedenleriyle bir seneden fazla yürürlükte kalamamıştır.

<sup>24</sup> Yok olan pek çok federal devletin anayasası, 1949 Almanya Anayasası'ndaki gibi federal yapıyı (m. 20) koruma amacıyla bir değişiklik yasağı (m. 79/3) içerseydi, bu devletler varlıklarını sürdürebileceklerdi.

ilkelerin, ulusal ve uluslararası topluluğu teskin etmek için, bir siyasi iktidarın gerçek yüzünü gizleme işlevi görebileceğini de ihtimal dâhilinde bulundurmamak gerekir. Mesela, bazı anayasal metinlerde defalarca vurgulanan hukuk devleti ilkesi için durum böyledir. Anayasalarda bu ilkeye sıklıkla atıf yapılmasının nedeni, bu ilkenin tek başına temel değerlere ve özellikle insan haklarına saygılı iyi devleti tanımlamaya yeter olmasıdır. Bildirimsel ilkeler, hassas ilkeler, kurucu ilkeler, gerçeği gizleyici ilkeler; bunların hepsi hukukçuyu temkinli olmaya davet eden nitelermelerdir. Öte yandan, bu ilkelerin gerekliliği ve bu ilkelere saygı gösterilmesi yönünde bir konsensus sağlandığı durumlarda, bu konudaki tartışmaya gösterilen ilgi önemli ölçüde zayıflar. Örneğin Fransa’da, dokunulmazlığı konusunda kaygılar bulunmayan cumhuriyetçi yönetim biçimi bakımından durum böyledir.

Bazen, söz konusu ilkelerin tartışmaya açılması gerektiği şiddetle savunulur. Bu görüşte olanlara göre, yeni kuşakları bu ilkelere katı bir şekilde uymaya zorlamak kabul edilemez bir tutumdur. Çünkü “yaşayanlar üzerinde ölümlerin diktatörlüğü”<sup>25</sup> tahammül edilemezdir; ölümlerden kalan miras meşru olarak reddedilebilir ya da yaşayanları zarara uğratmadığı ölçüde kabul edilebilir. Buna göre, dünyanın halkının ilkeleri, zorunlu olarak bugünün halkının ilkeleri olmadığından; her toplum, dönemin ortak değerleri etrafında toplanma toplanma temel hakkına sahip olmalıdır. Ayrıca, değiştirilemezlik kavramı, bizzat anayasa hukukunun temelleriyle çatışan bir çelişki üzerine kuruludur. Gerçekten de, şayet anayasa değişikliğine ilişkin maddi yasaklara mutlak surette uyuluyorsa, halkın gerçekte egemen olmadığı ve kendisinin üstünde konumlanan bir iradeye tâbi olduğu iddia edilebilir. Bu durumda yalnızca bir devrim, yani hukuk dışı bir çözüm, tamamen yeni kurallar oluşturmaya zemin hazırlayarak bu sorunu aşabilir. Buna karşın, bir usul hilesi ile değiştirilemezlik çığnenirse- ki bu her zaman mümkündür-, görevdeki siyasi iktidar en sağlam ilkelerden dahi vazgeçebilir ve bu halde hukuki niteli-

---

<sup>25</sup> Bu konuda bkz. P. Ferreira da Cunha, “Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la Constitution matérielle, une illustration dans le contexte lusophone”, VIIth Constitutionnel Law World Congress, Atina, CD olarak ve internet ortamında yayımlanmıştır (2007), <http://works.bepress.com/pfc/6/>. Yazar, bu fikri savunan Claudia Goes Nogueira’nın tezini aktarmaktadır (“A impossibilidade de as clausulas pétreas vincularem as gerações futuras”, Revista de informação legislativa, Brasília, a. 42, n. 166, abril/junho 2005, s. 84).

ğini kaybeden Anayasa, bir üst norm olmaktan çıkar. Son olarak, şayet Anayasa yargıcı, Devletin kurucu değerlerinin muhafızı rolüne bürünürse, yargıçlar devleti tartışmasına girmeden ve Anayasa Mahkemesinin kurucu iktidar karşısında son sözü söyleyemeyeceği fikrinden vazgeçmeden, Anayasa yargıcının bir “sürekli anayasa kurucu” haline dönüşmesini haklılaştırmak zor olacaktır.

Değiştirilemez ilkelere saygı zorunluluğu, her şeyden önce kurulu iktidarlara<sup>26</sup> - dolayısıyla halkın kendisine değil ama temsilcilerine- uygulandığından, bu ilkeleri değiştirme ya da ortadan kaldırma girişimlerinin hukuken cezalandırılabilir olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. Bunu kabul etmemek, yalnızca anayasaya uygunluk denetiminin önemini yadsımak değil, aynı zamanda Anayasanın hukuki değerini de reddetmek anlamına gelecektir. Gerçekten de, değiştirilemez bir anayasal ilkeyi ihlal eden sıradan bir yasa ile bu ilkeyi anayasal düzenden çıkarmayı hedefleyen bir anayasa değişikliği yasası arasında nasıl bir fark vardır? Yanıt, çoğunluk farkı. Nitelikli bir çoğunlukla ve gerekince bir referandumla kabul edilen ikincisi yargısal denetime kapalıyken, basit çoğunluğa dayanan ilki hukuken itiraz edilebilir niteliktedir. O halde, farklı siyasal oluşumlar arasında bir konsensus sağlanmış olması- ki bu olmadan, nitelikli çoğunluğu yakalamak güçtür- ve gerektiğinde bu konsensusun halk tarafından onaylanması, maddi anayasanın ihlal edilebilmesi için yeterlidir.

Buna karşılık, iktidardaki siyasal partinin tek başına bu sonucu ulaşabilmesi kabul edilebilir değildir. Ancak bu şekilde düşünmek, aynı siyasal oluşumun anayasa değişikliği için gereken çoğunluğa sahip olması ihtimalini -zor olsa da mümkündür- gizlemek ya da nitelikli çoğunluğun sağlanmış olması halinde değiştirilemez ilkelerin anayasal düzlemde kalmaya devam edemeyeceğini kabul etmek anlamına gelecektir.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Örnek olarak bkz. 1791 Fransa Anayasası VII/ m. 8/2: “Anayasanın oluşturduğu erklerden hiç biri, VII. başlığın hükümlerine uygun biçimde revizyon yolu kullanılarak yapılacak reformlar haricinde, Anayasayı tamamen ya da kısmen değiştirme hakkına sahip değildir”.

<sup>27</sup> Bu konuda bkz. “Anayasa Değişikliği (L’amendement constitutionnel)” üzerine Venedik Komisyonu raporu, 469/2008, CDL-AD(2010)001: “(...) Buna karşılık Komisyon, değiştirilemezliğin, karmaşık ve itiraza konu olabilecek bir anayasa aracı olduğunu, ihtiyatla uygulanması ve demokratik düzenin temel değerleriyle sınırlı olması gerektiğini düşünmektedir. Bir anayasal demokrasi, en temel ilkeler ve yönetim biçimleri söz konusu olsa dahi, kural olarak, reform üzerine açık bir tartışmaya im-

Gelecek kuşakları kendi kurallarıyla bağlamayan ve temel ilkelere saygı gösterilmesi zorunluluğunu savunan bu birbirine kökten zıt iki siyasal tercih arasından kimi ülkelerin kurucu iktidarları, Anayasaya bir dizi değiştirilemez madde koymak suretiyle, tercihlerini ikincisinden yana kullanmışlardır.<sup>28</sup> Bu bakımdan, anayasa değişikliğine ilişkin maddi yasaklar koymanın faydası (I), söz konusu anayasal ilkelerin korunması meselesinden (II) daha az tartışılmaktadır.

### **I. Değiştirilemez Anayasal İlkelerin İşlevselliği Sorunu**

Anayasa değişikliğine ilişkin maddi yasakların işlevselliğini tartışmak, bu ilkelerin anayasa metninde yer almaması gerektiğini savunan görüşler ile bunun aksini savunan görüşleri ortaya koymayı gerektirir. Ancak, bu karşıt görüşlerin basit bir sentetik sunumunu yapmaktansa, tezlerden birini benimseyip diğer görüş karşısında savunmak bir bilimsel tartışma bakımından daha yararlı görünmektedir. Bu doğrultuda, maddi anayasa değişikliği yasaklarını işlevsiz bulan görüşün ikna edicilikteki zayıflığı ortaya konduktan sonra (A), bu tür yasakların işlevselliğini savunan görüşün yerindeliği ele alınacaktır (B).

#### **A. Revizyona İlişkin Maddi Yasakların İşlevsizliğini Savunan Görüşün Zayıflığı**

Maddi yasakların işlevsizliği, temelde, niceliksel, niteliksel, teorik ve demokratik olmak üzere dört gerekçeye dayanılarak savunulur. Niceliksel gerekçe, bu dördünden şüphesiz en zayıf olanıdır. Mevcut anayasaların tümü ele alındığında, anayasacılık konusundaki hakim modelin, türev kurucu iktidarın konu bakımından sınırlanmaması yönünde olduğu

---

kan tanımalıdır. Bir anayasa, muhtemel suistimallere karşı bir güvence sağlayan katı değişiklik kuralları içeriyorsa ve öngörülen usule uygun olarak sağlanmış çoğunluk değişiklik yapmak istiyorsa, kural olarak sınırlanmaması gereken demokratik bir karar söz konusudur.”

<sup>28</sup> 1985'te bu kategoriye giren 38 ülke sayılmıştır (M.-F. Rigaux, “La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante”, Lancier, Bruxelles 1985, s. 45). Bu listeye günümüzde yeni ülkeleri de eklemek gerekir. Örneğin 1995 Bosna-Hersek Anayasası, m. 10/2 aracılığıyla, 2. maddesinde sayılmış hak ve özgürlükleri özel olarak korur. 27 Ocak 2014 Tunus Anayasası'nın 1. maddesi, değiştirilemez niteliktedir. Bu madde, Tunus'un bağımsız ve egemen özgür bir devlet olduğunu; dininin İslam olduğunu, dilinin Arapça olduğunu ve rejiminin Cumhuriyet olduğunu belirtir.

görülür.<sup>29</sup> Yazılı anayasaların büyük çoğunluğu bu şekilde olduğuna ve anayasal düzenleri de sorunsuz işlediğine göre, anayasa değişikliğine ilişkin maddi yasak koymanın da bir gereği yoktur diye düşünülebilir. Buna karşılık, hemen böyle bir sonuca varmak zordur, zira bu tespit kimi anayasal tezlerin ne tarihî boyutunu ne öncü karakterini hesaba katmaktadır. Her ne kadar devletlerin çoğunluğu Anayasalarının bütünüyle değiştirilebilmesine olanak tanımışlar ise de, demokrasilerini inşa etmek ya da bir yıkımın ardından yeniden inşa etmek adına halkın temsilcilerine karşı öne sürülebilir temel anayasal ilkeler koyan diğer devletlerin hataya düştüklerini söylemek mümkün değildir. Öte yandan, ABD Yüksek Mahkemesinin yasaların anayasaya uygunluk denetimini 1803'te kabul etmesinin ardından, anayasa yargısı alanında azınlıkta kalan Amerikan sistemi, ilerleyen süreçte Avusturya'da ve ardından Avrupa'da gelişecek olan anayasa yargısı sistemiyle birlikte dünyada hakim iki modelden biri haline gelmiştir. Sonuç olarak, anayasa değişikliği bakımından maddi sınırlamalar öngören Devletlerin sayısı olarak az olması, bu sınırlamaların gereksiz olduğunu veya yaygınlaşma şansı olmadığını savunmak için güvenilir bir veri oluşturmamaktadır.<sup>30</sup>

İkinci gerekçe, maddi yasakların belirsizliği iddiası ve hukuki korumalarının olmayışı tespitine dayanır. İlk bakış açısına göre, her türlü değişikliğe kapalı olan ilkeler çoğunlukla genel ya da belirsiz biçimde kaleme alınmışlardır ve bu açıdan, türev kurucu iktidara karşı gerçek bir sınır oluşturmazlar yahut çok geniş bir yasak oluştururlar.<sup>31</sup> Bu eleştiri, klasik bir eleştiridir, zira değiştirilemez anayasal ilkelerin, belirli veya kesin bir alan oluşturan "hukuk" içerisinde yer almadığı tezini yansıtmaktadır.

Buna karşılık, bir kuralın ancak kesin olması durumunda hukuk kuralı olabileceğini savunmak oldukça geçerli ve basit bir nedenle güçtür: Hukuk, gerçek anlamda görünür olmak için yorumlanması gereken bir kelime bütünüdür. Anayasayı değiştirme iradesini sınırlayan maddi yasakların belirsizliğinden kaynaklanan bu sözde zayıflığın arkasında, aslında, söz konusu ilkelerin aşırı geniş şekilde yorumlanma riski ve

<sup>29</sup> Bkz. Venedik Komisyonu Raporu, loc. cit.

<sup>30</sup> Güncel eğilim, değiştirilemez anayasal hükümlerin çoğaltılması yönündedir (Bkz. Cl. Klein, *Le contrôle des lois constitutionnelles- Introduction à une probléme moderne*, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, S. 27, Ocak 2010).

<sup>31</sup> Bu yönde bkz. Venedik Komisyonu Raporu, loc. cit.



dolayısıyla anayasa değişikliklerine karşı ileri sürülebilecek yasakların genişlemesi riski bulunmaktadır. İkinci bakış açısına göre, değiştirilemez ilkelerin belirsizliği eleştirisine, bu ilkelerin ihlal edilmesi durumunda uygulanacak güvencelerin olmayışı eleştirisi de eklenmelidir. Hukuken düzenlenmiş yaptırımların olmayışı, bu ilkelerin hukuki niteliğini ortadan kaldıracak, ya da farklı bir deyişle, bunların sadece siyasi ya da felsefi anlama sahip bir ilkeler manzumesi olarak görülmesine neden olacaktır. Doğrusu, maddi değişiklik yasakları içeren Anayasaların, anayasa değişikliklerinin şekli denetimine ek olarak anayasa mahkemelerine spesifik bir yetki tanınması ender görülen bir durumdur. Ancak bu, kimi gözü pek yargıçların anayasa değişiklikleri üzerinde esasa ilişkin bir denetim yapma yetkisini kendisinde görmesine engel olmamıştır.<sup>32</sup> Ayrıca, yakın tarihli bazı yeni anayasalarda anayasa mahkemesi, maddi yasaklara uygunluk açısından anayasa değişiklikleri üzerinde zorunlu bir önleyici denetim yetkisini haizdir. Örneğin Tunus Anayasası'na göre,<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin Anayasanın ilk maddesinde yer alan maddi revizyon yasaklarına uygunluğunu denetlemek zorundadır.<sup>34</sup> Sonuç olarak, ne belirsizlik ne de yaptırım yokluğu söz konusu anayasal hükümlerin hukuki değere sahip olmadığını kanıtlamaktadır.

Anayasa değişikliklerine ilişkin maddi sınırlara yöneltilen üçüncü eleştiri, anayasanın çifte revizyonu teorisine dayanmaktadır. Fransa'da III. Cumhuriyet döneminde Duguit tarafından geliştirilen<sup>35</sup> ve Vedel tarafından benimsenen<sup>36</sup> bu anayasal doktrine göre, maddi revizyon yasaklarını engelleri iki aşamalı bir işlemle aşmak her zaman için mümkündür: İlk aşamada değişikliği yasaklayan madde kaldırılır ve hemen ardından, eskiden yasaklı olan içerikteki düzenleme yürürlüğe konur. İki seçkin hukukçu tarafından savunulan bu teorinin çürütülmesi güçtür. Öte yandan, maddi revizyon yasaklarının bütün işlevini ortadan kaldırmak için sürekli bu teoriye başvurulduğundan, tezori, zaman içerisinde geçer-

<sup>32</sup> Bkz. 2. Bölüm.

<sup>33</sup> Bkz. 27 Ocak 2014 Anayasası m. 120 ve m. 144 ile Anayasa Mahkemesine ilişkin 3 Aralık 2015 tarih ve 2015-50 sayılı organik yasa (R.G.: 8.12.2015-98).

<sup>34</sup> Bkz. dipnot 28.

<sup>35</sup> Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, C.5, de Brocard, 3. Baskı, Paris, 1929, yeniden baskı CNRS, Paris, 1972, s. 540.

<sup>36</sup> Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, yeniden baskı Dalloz, Paris, 2002, s. 117.

liliğini koruyor görünmektedir.<sup>37</sup> Teorinin temelinde, anayasa değişikliği yasaları dahil tüm yasaların aynı türden bir başka yasa ile değiştirilebileceği gibi *a priori* tartışılmaz bir şekli hukuk mantığı yatmaktadır. Buna göre, anayasa yapıcı, daha önce meydana getirdiği şeyi aynı usulü takip ederek bozma olanağına her zaman sahiptir. Söz konusu teorinin şimdiki zamana uygun olmadığını ihtiyatlı bir şekilde ortaya koymak için,<sup>38</sup> teorinin ortaya çıktığı dönemin koşullarına vurgu yapmak gerekecektir. Nitekim dönemin doktrini somut koşulların gözlenmesi neticesinde oluşmuştur. Fransa'da, Cumhuriyetçi yönetim biçiminin değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenleme III. Cumhuriyet döneminde, 14 Ağustos 1884 tarihli anayasa değişikliği yasının<sup>39</sup> kabulü ile ortaya çıkmıştır. Yani, tali kurucu iktidarı sınırlayan bir asli kurucu iktidar durumu söz konusu değildir; tali kurucu iktidar, kendi kendisini sınırlamıştır. Dolayısıyla bu hukuki sınırın, sınırı koyan tarafından kaldırılabilirliği anlaşılabilir bir düşünceydi. Dahası, kanun-merkezci yaklaşımın (légitimisme) güçlü bir yükselişte olduğu bir dönemde üretilmiş bu teori, kanuna ve dolayısıyla onu üreten organa tanınan mutlak güçle uyum içerisindedir.

Ancak bugünün koşulları, söz konusu teorinin iki nedenle terk edilmesini gerekli kılmaktadır. İlk olarak, bugünün kanun koyucusu, anayasa yargısının ortaya çıkışıyla birlikte anayasaya saygı gösterme yükümlülüğü altına girmiştir. Yasa koyucunun anayasaya tâbi olduğu gibi türev kurucu iktidar da, asli kurucu iktidarın oluşturduğu şekli ve maddi sınırlara tâbidir. Anayasaya uygunluk denetimi ile artık sıradan bir yasa, ancak anayasaya uygun olması koşuluyla genel iradenin ifadesi olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde, anayasa değişikliği yasalarının da ancak revizyon yasalarına uygun olması halinde genel iradeyi yansıtacağını söylemek abartılı olmayacaktır. Bir hukuk devletindeki durum budur. İkinci olarak, halkın temsilcilerinin ürünü olan tali anayasal yasa, halkın ürünü olan asli anayasal yasanın hükümlerine uygunluk bakımın-

<sup>37</sup> B. Genevois, Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant, RFDA, 1998, s. 916.

<sup>38</sup> Bu doğrultuda bkz. O Beaud, "La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht", RFDA, S. 6, 1993, s. 1056-1064. Beaud'a göre, "revizyonun revizyonu" kabul edilemezdir çünkü bu, revizyon usulünü suistimalden ibarettir ve anayasa fikrinin reddi anlamına gelmektedir. Ayrıca bkz. O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle?", La République en droit français, B. Mathieu ve M. Verpeaux (ed.), Economica, Paris, 1996, s. 267-287.

<sup>39</sup> 14 Ağustos 1884 tarihli Yasa (R.G. 15.8.1884, s. 4361).

dan denetlenebilmelidir. Sonuçta bu iki eser sahibi, aynı değildir. Aynı normlar da söz konusu değildir, zira bir yanda anayasa ve diğer yanda önleyici bir anayasaya uygunluk denetimi kapsamında üretim aşamasında bir anayasa değişikliği yasası bulunmaktadır. Bu nedenlerle, anayasanın çifte revizyonu teorisi artık tamamen ikna edici değildir. Ama eğer siyasi çoğunluk, anayasal “kilitleri” kırmak için referandum yolunu kullanırsa, teori geçerliliğini korur. Bu varsayımda, revizyonu gerçekleştiren aynı zamanda anayasayı onaylayan olduğundan, onu her zaman değiştirebilir. Anayasa Mahkemesinin, egemen tarafından doğrudan oylanmış sıradan bir yasayı veya anayasa değişikliği yasasını denetlemeyi reddetmesi durumunda, bu yargının doğruluğu daha da güçlenecektir.

Son olarak bahsedilmesi gereken demokratik eleştiri ise, halkın, kendi anayasasını, her zaman değiştirebileceği düşüncesinden kaynağını alır. Bu nedenle de halkın karşısına anayasa düzeyinde maddi yasaklar koymak mümkün değildir. 24 Haziran 1793 Fransa Anayasası'nın 28. maddesine gönderme yapılarak savunulan ve Condorcet<sup>40</sup> tarafından da geliştirilen bu düşünceye göre, “(...) bir halk her zaman anayasasını gözden geçirme, yenilemeve değiştirme hakkına sahiptir. Bir kuşak, gelecek kuşaklara kendi yasalarını dayatamaz”. “Dünün halkı”, “bugünün halkı”nı anayasasına saygıya zorlayamaz. Bu önerme ne kadar göz kamaştırıcı olsa da, değişiklik yasakları, halkı değil ama halkın temsilcilerini bağladığından kolayca çürütülebilir. Halk, temsilcilerini, belirli bir zamanda, temel anayasal ilkelere uygun davranmak ile yükümlü kılmıştır. Temsilciler, anayasanın hukuki anlamını yok etmeye yetkili değildir. Yani, yalnızca halk, temsilcilerini “anayasal hücrelerinden” çıkarmaya veya bu “anayasal konforlarından” mahrum bırakmaya yetkilidir. Bu açıdan, Yunanistan örneği oldukça ilgi çekicidir. 1952 Yunanistan Anayasası, Devletin monarşik yapısını değiştirmeyi yasaklamışken 8 Aralık 1974 Referandumu, monarşiye son vermiş ve Cumhuriyeti kurmuştur. Bunun tersi bir süreç ise, bilindiği kadarıyla yaşanmamıştır.

<sup>40</sup> Bkz. özellikle E. Badinter ve R. Badinter, Condorcet, un intellectuel en politique, Librairie Arthème, Fayard, 1988.

## **B. Revizyona İlişkin Maddi Yasakların İşlevselliğini Savunan Görüşün Tutarlılığı**

Anayasa değişikliğini konu bakımından sınırlayan yasakların işlevselliği lehine öne sürülen argümanlar tarihî, hukuki ve dinamik olmak üzere üç başlık altında toplanabilir. Öncelikle, bu anayasal ilkelerin meşruiyetinin, ilgili ülkelerin tarihinden kaynaklandığı söylenebilir. Anayasadaki sürekli mevcudiyetleri, bu ilkelere ulusal anayasal sistemin bir parçası olarak gösterilen bağlılığın bir göstergesidir. Bu ilkeler, geçmiş hataların tekrarlanmaması için ve bir hafıza sorumluluğu oluşturmak için eski kuşakların yenilere bıraktığı bir mirastır. Almanya, 1949'dan beri insan onuru ilkesini dokunulmaz kılmıştır. Herkes bildiği gibi, insanı köleleştirmiş ve küçük düşürmüş nazi rejimine bir tepkidir. Fransa, İtalya ve Türkiye, monarşiye ya da imparatorluğa dönüşü ve bu şekilde güçler birliğini, keyfiliği ve siyasal özgürlüğün inkarını engellemek için cumhuriyet yönetimini değiştirilemez kılmışlardır. Kamerun, Benin, Burundi, Mali ve Burkina Faso da geçmiş otoriter rejimlerini unutmamak ve tekrarlanmasını engellemek için aynısını yapmışlardır. Bu yasakların varlık nedenleri tarihseldir ve değiştirilemez anayasal ilke olarak Anayasaya işlenmeleri semboliktir. Diğer yandan, bu ilkeler inkar edilmesi güç bir hukuki değere sahiptirler. Anayasa hukukuna dahildirler çünkü anayasa hukuku içerisinde yer alırlar.<sup>41</sup> Bunun aksini savunmak, anayasalarda hukuki hükümlerin yanı sıra, hukuki olmayan hükümlerin de var olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir. Oysa durum böyle olsaydı, söz konusu yasaklar hukuken kimseye karşı ileri sürülemez olurdu. Yasa koyucu da, türev kurucu iktidar da pekala bu yasaklar yokmuşçasına hareket ederek Anayasayı kırılğanlaştırabilir ve böylece onun, üst hukuk kuralı niteliğini kaybetmesine neden olabilirdi. Ayrıca, değiştirilemez anayasal ilkeler, sadece betimleyici niteliği haiz ilkeler değildirler; onları koruyan maddelerin ilan ettiği üzere emredicidirler. Nihayet, bu ilkeler, anayasal revizyon konusunda olanaklar alanının genişliğini ölçerler. Nitekim anayasal sürekliliğin kendisinde vücut buldu-

---

<sup>41</sup> Buna karşılık, bu ilkelerin kavranması güçtür, çünkü hukukun hem içinde hem dışındadırlar. Hukuki boyutun dışındadırlar, çünkü anayasal metnin yazım kuralı işlevi görürler. Kuruluş öncesi var olma özelliğiyle bu ilk ilkeler, kurucu iktidarın kaleminin yönlendiricisidirler. Erklar ayrılığı, hak ve özgürlük güvenceleri ve hatta demokrasi ilkesi için durum budur. Anayasanın hemen başında, Başlangıçta ya da ilk maddelerde, bulunmaları bu ilkelerin birincilliğinin ve öneminin kanıtıdır.

ğu değiştirilemez ilkeler haricinde tüm Anayasa değişikliğe uğrayabilir. Dolayısıyla, türev kurucu iktidarın yasama faaliyeti hukuken çerçevelenmiştir.<sup>42</sup>

Meselenin zorluğu, yasağın genişliğinin somut ölçüsünün belirlenmesinde yatar. Örneğin, bir temel özgürlüğün özüne ya da varlığına zarar veren bir anayasa değişikliği, temel hak ve özgürlüklerin kaynak ilkesi olması bakımından asli ilke<sup>43</sup> olarak kabul edilen insan onuru ilkesini ihlal etmiş olacaktır. Bu durumda, Almanya’da bu konudaki bir maddî revizyon yasağı, yalnızca Anayasasının birinci maddesiyle özdeşleşmeyecek; 2. ve 19. maddeler arasında sıralanan hak ve özgürlüklerin bütününe ilgilendirecektir. Anayasanın sadece 1. ve 20. maddelerine ilişkin değişiklik yasağı öngörülmüşken, böyle bir yorum, 1. ve 20. madde arasında kalan düzenlemelerin tamamının tali anayasa yapıcıya karşı hukuken ileri sürülebilen yasaklar oluşturduğu sonucunu doğurur.

Değiştirilemez ilkelerin kapsamı, zaman içerisinde değişebilir. Örneğin Türkiye’de hukuk devleti ilkesi, 1961’de soyut ve somut anayasallık denetimi ile yürürlüğe kondu. 2010 yılında, aynı ilke, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılmasıyla yeni bir boyut kazandı. Sonuç olarak, kişilerin doğrudan anayasa yargısına erişim imkanının tanınması ile hukuk devleti ilkesinin bir evrim geçirdiğini söylemek abartılı olmayacaktır. Aynı tespit demokratik devlet ilkesi açısından da yapılabilir. Bu ilkenin tanındığı 1961 yılında vatandaşların Cumhurbaşkanını doğrudan seçmeleri bu ilkenin bir unsuru değildi. 2007’den beri yürürlükte olan Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kuralı hiç şüphesiz AKP partizanları için demokrasi adına bir ilerlemedir. Bir siyasal partinin TBMM’ye girebilmesi için gereken % 10 barajının % 5’e çekilmesi de -gerçekleştirilmiş olsa idi- demokrasi adına bir ilerleme olarak kaydedilecekti çünkü ulusal temsili güçlendirmeye katkı yapacaktı. Bu tür örnekler değiştirilemez anayasal ilkelerin her biri için gösterilebilir. Bununla birlikte, bu evrimin altında yatan ilerleme kavramı tartışmaya açıktır, zira bu kavram kendisini kullananın öznelliğine ya da bakış açısına göre farklılaşmaktadır. Örneğin, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, demokrasi için bir tehlike olabilir çünkü o güne

<sup>42</sup> Bkz. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, Collection Quadrige, Paris, 1928, yeniden baskı 1993, s. 151-153.

<sup>43</sup> Bkz. özellikle B. Mathieu, “La dignité, principe fondateur du droit”, *Journal International de Bioéthique*, 2010/3, C.21, s. 77-83.

kadar yalnızca kolektif bir yapı olan meclisle sınırlı olarak tanınmış meşruiyeti, tek bir kişiye daha tanımaktadır ve bu şekilde, yetkinin otoriter biçimde kullanılması riskine kapı açmaktadır.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkanı, İHAM'ne başvuruları engelleme ve Avrupa Konseyi metnine ilişkin anayasa yargıçlarının kendi yorumlarını geliştirmesini mümkün kılarak devletin mahkum olmasının önüne geçme sonucunu yaratabilir. Seçim mevzuatında yapılacak bir değişiklik, koalisyon gerektireceği için hükümetin kurulmasını güçleştirebilir ve siyasal istikrarsızlığa neden olabilir. Bu şekilde demokratik iyileşme, hükümetin işleyişi üzerinde bir ağırlık olarak ortaya çıkabilir. Öyleyse, değiştirilemez ilkelerin anlamlarında iyileştirme meselesi güçtür; çünkü bazılarındaki fayda doğurabilecekken, bazılarındaki tehlike yaratabilecektir. Değiştirilemez anayasal ilkelerin anlamlarını geliştirirken izlenecek yolu belirlemek için, R. Dworkin'in, "zincir roman" metaforu önerilebilir. Yorum teorisini kurarken R. Dworkin, "hikaye tarzında" "birden çok yazar tarafından kaleme alınmış roman" imgesine başvurur.<sup>45</sup> Bu düşünce biçimi çerçevesinde, yazarlar – anayasa yapıcı, yasa yapıcı, anayasa yargıçları – tek bir romanın tek bir başlığını yazma görevini üstlenirler.<sup>46</sup> En iyi kitabı ortaya çıkartmak ve iç uyumunu sağlamak için her yazar, önüne gelen metni, sanki tek bir kişi tarafından yazılmış gibi kabul etmeli ve yorumlamalıdır. Bu ilk etapta romanın ana hattını bulmalı, burdan "ilerleme mantığı"na ulaşmalıdır.<sup>47</sup> Sonrasında, başlığın hazırlanmasında görev alan yazar, romanın gidişatına ilişkin çeşitli yorumlar arasından mümkün olan en iyisini seçmelidir. Bu ikinci safha, zincirin takip eden yazarına, baştan itibaren hikayedeki birliği neyin sağladığını keşfetme olanağı verir ve bu sayede o da, yazının devamını getirebilir. Burada, Dworkin'in, yargıcın kararındaki belirleyici kriterler olarak kullandığı

<sup>44</sup> Bkz. Un Président élu par le peuple, une bonne solution?, A. Bockel, H. Roussillon ve E. Teziç (ed.), Presses de l'Université Galatasaray et de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2000.

<sup>45</sup> Bkz. Ronald Dworkin, L'empire du droit, PUF, Collection Recherches politiques, 1994, s. 250. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, "La chaîne du droit", Droit et société, S.1, août 1985, 1. Bölüm, s.51 vd. Genel olarak bkz. Ronald Dworkin, Prendre les droits au sérieux, PUF, collection Léviathan, 1995; Ronald Dworkin, A matter of principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

<sup>46</sup> Dworkin'in metaforunun esas olarak yargıca ilişkin olduğunun altını çizmek gerekir.

<sup>47</sup> Bkz. Pierre Bourets, "Prendre le droit au sérieux: de Rawls à Dworkin", La force du droit, 1991, Esprit, s. 59 vd. ve 84.

temel unsurlar belirginleşir:<sup>48</sup> hükmün mevcut normlar sistemi ile bağdaşırılığını varsayan uyumluluk boyutu (birinci aşama) ve yargıçta, bir ünite olarak ortaya çıkan hukukun kalitesini mümkün olduğunca artıracak bir yorumun tercihi ihtiyacını doğuran değer boyutu (ikinci aşama). Teori, hukukun bütünlüğü ve hukukta doğru cevap bakımlarından yetersizlikler barındırorsa da;<sup>49</sup> düşünce biçimi dikkati hak etmektedir. Avusturya’da geliştirilmiş taşlaşma teorisi ile tamamlanabilir. Bu teoriye göre, “normların anlamları, yapıldıkları anın kontekstine referansla kristalleşir”.<sup>50</sup> Ancak teorinin kullanımı, Dworkin’in hukukun gelişebilirliği mecburiyeti ile ilişkilendirildiğinde ilgi çekici hale gelir. Bu şekilde, değiştirilemez prensiplerdeki iyileşmeyi tartmak için, bunların ilk anlamları, altına inilemez düzeyi oluşturacaktır. Aksi halde bu, prensipte zararlı bir gerilemeye, hatta özünde bir ihlale neden olacaktır. Sorunun özüne karar vermek güç olsa da; anlamın belirlenmesinde izlenen usul, dikkati üzerine çekmelidir. Değiştirilemez ilkelerin anlamını belirlemek için kullanılan tek bir hukuk yöntemi yoktur. Bahsi geçen ilkeleri tasvir eden kelimeleri değiştirmeden, özel bir korumadan yararlanmayan anayasal hükümlerin revizyonu ya da bazı yasalarda değişiklik ve hatta içtihatlarında yargıçlarca kullanılan yorum biçimine dayanmak mümkündür. Gerçek sorun, doğru usulun ne olduğunu ve değişikliğin meşru yaratıcısının kim olduğunu bilmektedir.

## II. Değiştirilemez Anayasal İlkelerin Korunması Sorunu

Tanım olarak revizyon yasaları, anayasaya aykırı yasalardır çünkü anayasanın hükümlerini kısmen ya da tamamen ilga ederler ya da değiştirirler yahut onlara yenilerini eklerler. Dolayısıyla, anayasallık denetimine konu olmalı mı sorusu, şaşırtıcı gelebilir. Dahası, buna gerek olmadığı çünkü anayasanın mevcut koşullara uyum sağlayabilmesi gerektiği savunulabilir. Gelecek nesiller, anın toplumsal gereklerine göre anayasada değişiklik yapabilmelidir. Yine de, değiştirilemez anayasal maddelerin mevcudiyeti halinde onları koruyacak bir mekanizmanın

<sup>48</sup> Hukuk kuralı yazan herkes açısından uygulanabilecek kriterler.

<sup>49</sup> Bu teorinin bir eleştirisi için bkz. Riccardo Guastini, “Théorie et ontologie du droit chez Dworkin”, *Droit et société*, S. 2, 1986, s. 15 vd.; Michel TROPER, “Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin”, *Droit et société*, S. 2, 1986, s. 41 vd.

<sup>50</sup> Bkz. Jean- Jacques Pardini, “Réalisme et contrôle des lois en Italie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2007, S. 22.

devreye sokulması mantıken zorunlu gözükmektedir. Bu koruma, çeşitli biçimlerde düşünülebilir. Bu biçimlerden radikal ve hukuk dışı olanı, halkın anayasal değerlerin muhafızlığına soyunmasıdır: Devrim yolu ile bir halkın iktidarın zararlı tutumuna ve yöneticilerin baskısına karşı mücadele etmesi her zaman mümkündür. Eğer bir halkın, anayasa değiştirme hakkı var ise; yönetilenlerin faydasına olduğu düşünülen ilkeleri koruma isteği de düşünülebilir. Erkek ayrılığı, demokrasi, hak ve özgürlükler, cumhuriyet ve diğerleri halk içindir. Hukuki olarak ise anayasa hukuku, anayasa değişikliği için nitelikli çoğunluğu şart kılan bir biçimsel güvence getirebilir. Bu durumun gerektireceği geniş siyasi uzlaşma gerçekleşmedikçe anayasal ilkeler korunacaklardır. Ancak düşük ihtimal olsa da anın siyasi iktidarının, tek başına bu nitelikli çoğunluğu sağlayabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda söz konusu biçimsel güvence, yetersizdir; çünkü oybirliğinin ya da ezici çoğunluğun sağlanması halinde temel anayasal ilkelerin ihlal edilebileceği sonucuna götürmektedir. Anayasa yargısı göstermiştir ki çoğunluğa sahip olmak, hukuken haklı olmak demek değildir. O halde revizyona ilişkin maddi yasakların korunması noktasında Anayasa mahkemelerinin oynayacağı rol önemlidir.<sup>51</sup> Öyle ki bu, güncel anayasa teorisi bakımından üzerinde en çok durulan sorulardan biridir.<sup>52</sup> Anayasa mahkemelerinin bazıları tereddüt ederken (A), diğerleri dikkate değer bir cesaret ile değiştirilemez anayasal ilkeleri ihlal eden anayasa değişikliklerini iptal etmektedirler (B).

### **A. Mütereddit Kimi Anayasa Mahkemelerince İhmal Edilen Bir Koruma**

Fransa Anayasa Konseyi, şüphesiz, anayasa değişikliklerinin anayasallık denetimi sorunu karşısında mütereddit anayasa mahkemeleri arasında sayılabilir. Bu konuda Anayasa'nın kendisine tanıdığı özel bir yetki yoktur. Buna karşılık, anayasa yargıçlarının müdahale alanını belir-

<sup>51</sup> O. Jouanjan'a göre anayasa değişikliği üzerinde yargısal denetim meselesi muhtemelen ilk olarak ABD'de gündeme gelmiştir. Yüksek Mahkeme, 1920'de karara bağladığı Rhode Island/ Palmer davasında esas denetimine kapıyı açık tutmuştur (Bkz. V.O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle?", La République en droit français, B. Mathieu et M. Verpeaux (ed.), Economica, Paris, 1996, s. 270).

<sup>52</sup> Cl. Klein, "Le contrôle des lois constitutionnelles- Introduction à une problématique moderne", Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, S. 27, janvier 2010.



leyen 61. maddede genel bir şekilde ifadesini bulmuş “yasa” sözcüğü, anayasa değişikliği yapan yasaları da içine alacak şekilde yorumlanabilir. Ayrıca türev kurucu iktidara uygulanan şekli şartlar, zamansal sınırlar ve cumhuriyet şeklini değiştirme yasağı; onun hukuki faaliyetinin denetimini gerekli kılar. Sonuç olarak, anayasa değişikliklerinin denetimi lehine bir içtihadı yorum gereklidir.

2 Eylül 1992 tarihli kararında Konsey, Anayasa değişikliklerinin denetiminin kendi uhdesinde olduğunu duyurmuştur. Bu şekilde, hükmetmiştir ki “bir yandan, anayasa değişikliğine girilemeyecek zaman dilimlerine ilişkin 7,<sup>53</sup> 16<sup>54</sup> ve 89/4.<sup>55</sup> maddelerin öngördüğü sınır ve diğer yandan da 89/5. maddenin değiştirilemez kıldığı cumhuriyetçi yönetim biçimi kayıtları saklı kalmak şartıyla kurucu iktidar egemendir”.<sup>56</sup> Ustaca formüle edilmiş olmasa da<sup>57</sup> bu anlayış, tali kurucu iktidarın sınırlarını belirlemekte ve bu sınırlara riayet denetimi konusunda anayasa yargıçlarının rolünü ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, doktrinin beklentisine zıt olarak Anayasa Konseyi, 26 Mart 2003 tarihli kararında, desantralizasyon konusundaki anayasa değişikliğinin cumhuriyetçi yönetim biçimine aykırı olduğu iddiasıyla kendisine yapılan iptal başvurusunu, yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>58</sup> Başvurucuların iddiaları ikna edici olmasa da Anayasa Konseyi, anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi olduğunu pekala açıkça ifade edebilir ama mevcut davada 89/5. madde ihlali olmadığına hükmedebilirdi. Bunu yapmayarak, anayasa yargıçları, anayasa değişikliklerine tümünden bir dokunulmazlık vermek için hiç bir sebep olmasa da, referandumla ilgili yasalar bakımından yaptıkları gibi<sup>59</sup> Anayasa'nın dar

<sup>53</sup> Anayasa m.7'ye göre 89. maddeye, cumhurbaşkanlığı boşluğu sürecinde ya da cumhurbaşkanının görevine devam edemeyeceğinin kesin şekliyle ilanından yeni cumhurbaşkanı seçilene kadar geçen süreçte başvurulabilir.

<sup>54</sup> Kurumların işleyişi üzerinde ağır ve yakın bir tehlike özellikle toprak bütünlüğüne tehditten kaynaklanıyor ise Cumhurbaşkanı 16. maddeyi devreye sokabilir.

<sup>55</sup> 89/4. maddeye göre toprak bütünlüğü üzerinde bir tehdit söz konusu olduğunda Anayasa değişikliği başlatılamaz ve sürdürülemez.

<sup>56</sup> CC, 92-312 DC, 2.9.1992, cons. 19, Rec, s.76.

<sup>57</sup> Eğer kurucu iktidar egemen ise, anayasal faaliyet alana ilişkin kayıtlar oluşturmak gerçekten zordur.

<sup>58</sup> CC, 2003-469 DC, 26.3.2003, Rec, s.293.

<sup>59</sup> Anayasa Konseyi, halkın yasama faaliyetinin, ilgili yasanın niteliği ne olursa olsun denetlenemez olduğunu kabul eder. Çünkü bu yasa, “ulusal egemenliğin doğrudan

bir okumasını yapmış ve yetkilerini yalnızca çekişmeli alana hasretmişlerdir.<sup>60</sup> Bunun sonucunda, öncelikle Cumhuriyet'in temel değerlerini muhafaza amacını taşıyan anayasal kilitler, ihlal halinde hukuki yaptırımdan yoksun kalmışlardır. Yine de bu akıl yürütme, kısmen mantıklı gözükebilir. Doğrudan halk tarafından oylanmaları mümkün referandum yasalarına ve anayasayı değiştiren yasalara karşı başvuruları reddeden Konsey, içtihadî düzlemde tutarlı bir yaklaşım sergilemiştir. Buna karşılık, Kongre'nin kabul ettiği anayasal reformlar konusundaki duruşu daha tartışmalıdır. Halkın temsilcileri tarafından oylanmış bir yasa söz konusu olduğunda denetimden kaçınmak nedendir?

Uzun müddet, halkın temsilcilerinin her şeyi yapabilecekleri çünkü onların, genel iradeyi temsil ettiği fikri hakimdi. Anayasallık denetiminin uygulanması ile mükemmel, yanılmaz ve özü gereği bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyucu yasa miti sarsılabilmıştır. Günümüzde ise -diğer Anayasa mahkemeleri gibi- bir Devleti kuran temel değerleri korumasız bırakmamak ve mutlak güçlü bir Parlamentonun yeniden ortaya çıkışına şahit olmamak için türev kurucu iktidar üzerinde tümünden bir denetimin zamanının artık geldiğini söylemek gerekir.<sup>61</sup> Sıradan yasalar gibi anayasa değişikliği yapan yasalar da temel anayasal değerlere uymalıdır. Bunu kabul etmemek, yeniden, çoğunluğa sahip olmanın haklı olmak demek olduğunun kabulü demek olacaktır. Diğer bir deyişle, kabul edilen anayasa değişiklikleri, ancak Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerine uygun olmaları halinde genel iradenin temsilcileridir. Anayasa Konseyi de belki bu durumu hızlıca kavrayarak, 30 Temmuz 2003 tarihli kararında tekrarlamıştır ki “Anayasa'nın 7, 16 ve 89. maddelerinin buy-

---

ifadesidir”. Referandumda kabul edilmiş bir değişiklik yasası için bkz. CC, 62-20 DC, 6.11.1962, Rec, s.95. Referandumda kabul edilmiş bir olağan yasa için bkz. CC, 92-313 DC, 23.9.1992, Rec, s.94.

<sup>60</sup> Senegal Anayasa Konseyi de Fransa içtihadını tekrarlamıştır (Bkz. DC, 90/2003, I.M Fall, Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, Credila, s.468 ve 2-c-2009, 18.6.2009, R.G. 6475- 19.6.2009 N-S, aktaran: M. Aïdara, “Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution: contribution à un débat”, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Afrilex, Aralık 2011).

<sup>61</sup> Bu konuda ayrıca bkz. O. Beaud, “Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle”, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, S. 27, janvier 2010. Ayrıca bkz. G. Carcassonne, “Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit”, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, S. 27, Ocak 2010.

rukları saklı kalmak kaydıyla kurucu iktidar, anayasal değerdeki mevcut ilke ve kurallar ile bağdaşmaz yeni hükümleri Anayasa'ya dahil etmekte serbesttir".<sup>62</sup> Yukarda sözü geçen 2 Eylül 1992 tarihli kararındakine benzer bir formülasyon ile Konsey, konuyu tam bir açıklığa kavuşturmamıştır. Yetkisini tüm anayasal yasalar için mi, yoksa sadece müdahalesinin gerektiğini düşündüğü kriz zamanlarındaki yasalar için mi kullanacağını şu an için kimse bilmemektedir. Kuşkusuz ki bir vekaleten görev yapan bir cumhurbaşkanını ya da geçici olarak bütün yetkileri elinde toplayan bir devlet başkanını, yönetimin cumhuriyetçi biçimini değiştirmeye kalkıştığında frenleyebiliyor olmak gereklidir. Ancak, kurumların işleyişi ve Cumhuriyetin temel değerlerini sarsan, toprak bütünlüğüne yönelik ağır ve yakın bir tehdide bu durumda etkin şekilde müdahale edilemeyecektir. Anayasa yargıçları, bu ihtiyatlarının nasıl bir faydaya yöneldiğini belki gelecekte netleştirecekler ya da yetkilerini gerçek anlamda kullanacaklardır.

## **B. Yürekli Kimi Anayasa Mahkemelerince Gerçekleştirilen Koruma**

Günümüzde, anayasa değişikliklerini denetleme yetkilerini kabul etmekle birlikte bunlar üzerinde gerçek bir denetim uygulamayan Anayasa mahkemelerini; değiştirilemez anayasal ilkeleri ihlal etmeleri halinde bu değişiklikleri iptal etmekten çekinmeyen Anayasa mahkemelerinden ayırt etmek mümkündür.

İlkinde İtalya, Almanya ve Avusturya içtihadı örnek gösterilebilir.<sup>63</sup> İtalya'da Anayasa yargıçları, 1988'de verdikleri bir kararda,<sup>64</sup> anayasa değişikliklerinin, konu bakımından Anayasaya aykırı oldukları gerekçeyle iptal edilebileceklerini kabul etti. Söz konusu kararda Anayasaya aykırılığın, 139. maddenin koruması altındaki cumhuriyetçi yönetim biçimine ilişkin bir ihlalden kaynaklanabileceği gibi- daha geniş ve belirsiz bir formülasyon ile- İtalya Anayasası'nın üzerine kurulu olduğu

<sup>62</sup> CC, 2003-478 DC, 30.7.2003, cons. 3, Rec, s. 406.

<sup>63</sup> Mali Anayasa Mahkemesi de, kurumların işleyişinin ve kamu güçlerinin faaliyetinin düzenleyicisi olma temel yetkisine dayanarak, olağan yasalarla aralarında bir ayırım yapmadan anayasal yasaları denetlemeyi kabul etti (Bkz. 01-128, 12.12.2001 kararı, aktaran: Aйдara).

<sup>64</sup> 1146/1988 kararı. İlkenin ifadesi ve gerçek bir anayasallık denetimi yapmaması bakımından içtihatı tekrar eden karar olarak bkz. 203/1989; 35/1997; 132/2002.

yüksek değerlerin özüne ilişkin ilkeleri ihlalden de kaynaklanabileceğini ifade edilmiştir.<sup>65</sup> Mahkeme, 2004'te verdiği bir kararda<sup>66</sup> aynı formülasyonu tekrarlayacak ve parlamenter rejimi tartışmaya açan bir anayasa değişikliğinin dayanaktan açıkça yoksun olduğuna hükmedecektir. Almanya Anayasa Mahkemesi ise, Anayasa'nın değiştirilemez alanının kapsamına ilişkin dar bir okumanın ardından,<sup>67</sup> 79/3. maddenin belirlediği anayasal kimlik, halkın kurucu iktidarına herhangi bir darbeyi önlemek amacını taşır. Hiç bir anayasal organ, 79/3. maddenin temel anayasal ilkelerini değiştirme yetkisine sahip değildir ve bunu gözetmeye sadece Anayasa Mahkemesi yetkilidir<sup>68</sup> şeklinde hüküm kurmakta tereddüt etmemiştir. Son olarak, Yargı kararlarını tanımayan ve anayasayı değiştirerek onların açıkça etrafından dönmeye çalışan çoğunluk iktidarının tutumu, Hukuk Devleti temel ilkesine aykırı olabilir. Bunun önüne geçmek için Anayasa yargıçlarının, Avusturya Anayasa Mahkemesi örneğini izleyerek, Anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda yetkili olduklarını bildirmeleri yeterlidir.<sup>69</sup>

İkincisi bakımından ise Türkiye Anayasa Mahkemesi örnek verilebilir. Türkiye Anayasa Mahkemesi, bu konuda şüphesiz en etkin mah-

<sup>65</sup> Toplu bir çalışma için bkz. F. Hourquebie, "Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites", [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org), s. 6 vd. Ayrıca bkz. M. Luciani, "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, S. 27, Ocak 2010.

<sup>66</sup> 2/2004 kararı.

<sup>67</sup> Bu doğrultuda bkz. O. Lepsius, "Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne", *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, S.27, janvier 2010. Toplu bir çalışma için ayrıca bkz. M. Fromont, "La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand", *RDP*, S.1, 1.1.2007, s. 89 vd.

<sup>68</sup> Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvE 2/08 ve diğerleri, 30.6.2009, Lizbon Anlaşması, aktaran: Lepsius.

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihata göre, "iptal edilmiş bir kanunu tekrar eden ya da Mahkeme'nin yetkilerini kısımaya çalışan bir kanun, hukuk devletini ihlal eder" (Bkz. VfSlg 11.756/1988; 11.829/1988; 11.916/1988; 17.156/2004; VfGH, 12.12.2002, V 88/00, aktaran: Gabriele Kucsko-Stadlmayer, "La mise en œuvre des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne", *Col-Loqui de Justicia Constitucional del Principat d'Andorra*, <http://tribunalconstitucional.ad/sites/default/files/documents-ponencies/07-GABRIELLE%20KUCSKO.pdf>, s.6). 2001 anayasal değişikliklerini de yine esas yönünden denetlemiştir (Bkz. VfSlg, 11.10.2001, G12/00, CODICES: AUT-2001-3-005).

kemelerdendir.<sup>70</sup> Devletin kurucu ilkelerini muhafaza, Türkiye’de merkezi önemdedir.<sup>71</sup> Anayasa Mahkemesi, onları, yasaların anayasaya uygunluk denetiminde ve siyasi parti kapatma davalarında referans norm olarak kullandığından, anayasallık blokuna ait oldukları şüphe götürmez. Ancak bunların, anayasa değişikliklerinin denetiminde kullanılabilmele-ri, gözü pek bir Anayasa yargısının varlığına bağlıdır. Anayasa gereğince anayasal değişiklikler, sadece biçim denetimine konu olabilir. Bu denetim, itiraza konu işlemin yayınından itibaren 10 gün içerisinde yapılır. İptal davası, cumhurbaşkanı ya da TBMM üye sayısının 1/5’i tarafından açılabilir.<sup>72</sup> Bu hipotezde, Anayasa’nın 148. maddesi doğrultusunda Mahkeme tarafından gerçekleştirilen denetim, anayasal değişiklik için gerekli teklif çoğunluğunun (TBMM üyelerinin en az 1/3’i) ve kabul çoğunluğunun (TBMM üyelerinin 3/5’ü) sağlanıp sağlanmamış olduğudur. Bir diğer gerek, bu tür değişikliklerin, ivedi usul ile yapılmamasıdır.<sup>73</sup> Sonuç olarak, anayasal değişiklikler, esas incelemesine konu olmadıklarından; diğer ülkelerden farklı olarak Türkiye’de değiştirilemez maddeler özel bir korumaya sahip değillerdir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, bu değişiklikler karşısında “tapınak şövalyesi” rolünü üstlenmekten geri durmamıştır. Sonuçta, 1982 Anayasası’nın formülü, meşruiyetini, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi’nce geliştirilmiş bulunan içtihadın devamı konusunda anayasa yapıcının istencinde bulur. O dönem anayasa değişiklikleri, yine ancak bir şeklî inceleme konusu yapılabilirdi; ama bu inceleme biçimi, bugün olduğu gibi konu bakımından sınırlandırılmış değildi. Bu konuda Anayasa’nın sessiz kalmasından hareketle Anayasa Mahkemesi, genişletici bir usul denetimi

<sup>70</sup> Benin Anayasa Mahkemesi de milletvekilliği süresini geriye etkili olarak artırmayı hedefleyen bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Halkın, güç müsadereğine karşı direnişini düzenleyen Anayasa’nın Başlangıç Bölümü’nde yer alan görev süresinin, ulusal bir mutabakatın ürünü olduğunu ifade etmiş ve hukuk devleti, çoğulcu demokrasi, hukuki güvenliğin ve ulusal kaynaşmanın korunması başta olmak üzere 1990 Anayasası’nın kabulündeki yönlendirici ideallere saygı gereğini hatırlatmıştır (Bkz. DCC 06-074, 8.7.2006, L. Sindjoun, Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine, Bruylant, Bruxelles, 2009, s.311, aktaran: Aïdara). Ayrıca bkz. S. Bolle, “La Cour constitutionnelle du Bénin censure une loi constitutionnelle”, la-constitution-en-afrique.org, 25 octobre 2007.

<sup>71</sup> Bkz. İ. Ö. Kaboğlu ve E. Sales, Le droit constitutionnel turc, entre coup d’Etat et démocratie, L’Harmattan, Paris, 2015, s.79 vd.

<sup>72</sup> Yani TBMM’deki 550 milletvekilinden 110’u.

<sup>73</sup> Şeklî gerekler, 1982 Anayasası’nın 175. maddesinde sayılmışlardır.

ile, Anayasa'nın bu sert çekirdeğine saygıyı denetim yetkisine almıştı. Yargısal aktivizminin felsefi ilkesi, daha 1965 tarihli bir anayasallık denetimi kararında beliriyordu. Bu kapsamda Mahkeme, 1961 Anayasası'nda yapılacak değişikliği düzenleyen 155. maddeye ilişkin şu tespitte bulunuyordu: "Bu maddeyi hazırlayan kurucu meclis ve onu kabul eden milletin (...) Anayasa'nın ve hukuk devletinin ilgasını öngördüğünü kabul etmek" mümkün değildir. "155. maddenin, Türk toplumunu daha gelişmiş bir medeniyet seviyesine taşımak için Anayasa'nın ruhuna uygun değişiklikleri yapabilmek adına kabul edildiği, şüphe götürmez bir gerçektir". Sonuç olarak, burdan, "Türk toplumunun gerilemesini, temel hak ve hürriyetlerin ve hukuk devleti ilkesinin yok edilmesini, tek kelime ile ifade etmek gerekirse 1961 Anayasası'nın esasını ortadan kaldırmayı amaç edinen hedeflere ulaşmak" mümkün değildir.<sup>74</sup> Mahkeme, bu içtihatını, biçim ve esas denetimine yetkili olduğunu belirterek 1970'de bir anayasal revizyon yasasını<sup>75</sup> iptal ettiği kararıyla<sup>76</sup> uygulamaya koymuştur. Anayasa yargıçlarının, anayasal değişikliklere ilişkin biçimsel denetim yetkisi olduğunu belirten ve bahsi geçen içtihatı direnç amacı taşıyan 1971 tarihli anayasal değişikliğin ardından Anayasa Mahkemesi, esas denetimi konusundaki yorumunu değiştirerek, ilkesel duruşunu daha da güçlendirmiştir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, değiştirilemez bir anayasal hükme ilişkin değişiklik teklifinde bulunulamayacağından yola çıkarak, bu alanda yaptığı denetimi şekli denetim kabul etmiştir.<sup>77</sup> Dahası Mahkeme, Cumhuriyet şeklindeki yönetim biçimine saygıyı da, 2. maddede sayılan Cumhuriyet ilkelerinin muhafazası gibi, denetim yetkisine dahil etmiştir. Dolayısıyla, eğer bir anayasal değişiklik, Cumhuriyet'in ilkelerini ihlal etmekteyse; aynı şekilde, Anayasa'nın

<sup>74</sup> AYMK, E.1963/173, K.1965/40 (R.G. 25.7.1967- 12656).

<sup>75</sup> Bu çift denetim, ardından gelen ve iptal edilmeyen ilgili anayasal değişikliğin denetimi esnasında da vurgulanacaktır (Bkz. AYMK, E.1970/41, K.1971/37 (R.G. 17.3.1972- 14131)).

<sup>76</sup> AYMK, 16.6.1970, E.1970/1, K.1970/31 (AYMKD, S.8, s.313-340). Bu davada Mahkeme, yönetimin cumhuriyetçi biçiminin denetiminin, bir şekli denetim olduğunu ve yetki alanı içinde bulunduğunu belirtmiştir.

<sup>77</sup> Bu formülü kullanarak Anayasa Mahkemesi, anayasal değişikliklere ilişkin aslında bir esas denetimi yapmış olmaktadır (Bkz. AYMK, E.1973/19, K.1975/87 (R.G. 26.2.1976- 15511)).

1. maddesini de ihlal etmiş olacaktır.<sup>78</sup> 1982 Anayasası döneminde de anayasa yargıçları, 2008 tarihli bir etkili esas denetimi ile bu içtihadı bağli kalmışlardır.<sup>79</sup>

2008’de 5735 sayılı Yasa, Anayasa’nın 10. maddesini, şu yönde değiştirmiştir: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”.<sup>80</sup> 42. maddeyi ise şu şekilde yeniden kaleme almıştır: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir”. İlk bakışta bu ifadelerde şaşırtıcı bir yön yoktur. İfadeler; eşitlik ilkesinin, anayasa hukukunun klasik iki düzenleme alanına ilişkin genel formülasyonundan ibarettirler: idare hizmetlerinden ve eğitim hizmetlerinden eşit yararlanma hakkı. Ancak, ifadelerin birlikte okunuşu ile açıkça ortaya çıkmaktadır ki değişikliğin amacı, kadın ya da erkek hiç bir bireyin kamu hizmeti görme hakkından ve dolayısıyla yüksek öğrenim hakkından men edilemeyeceğidir. Diğer bir deyişle türban gerekçesi ile genç kadınların üniversitelere erişimi engellenemeyecektir.<sup>81</sup> “Herhangi bir sebeple” ifadesi, bu reformun, AKP tarafından izlenen son amacını belirlemektedir. Türkiye’nin bu konuda daha önce de denemelere sahne olduğunu hatırlatmak gerekir. Örneğin, 1989’da, üniversitede türbanı ser-

<sup>78</sup> AYMK, E.1976/43, K.1977/4 (R.G. 21.4.1977- 15916); AYMK, E.1977/82, K.1977/117 (R.G. 4.1.1978- 16169).

<sup>79</sup> Burada kendime atıf yapmamı mazur görünüz: E. Sales, La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque (Protection), RDP, 2009, S.6, s.1649-1682. Yeniden ele alınarak güncellenmiş bir versiyon için ayrıca bkz. E. Sales, “La laïcité en droit constitutionnel turc”, Conférence-débat du CDPC “Laïcité et République”, Cycle “Les valeurs du droit public”, 10 Mart 2016, file:///C:/Users/eric/Downloads/Sales\_Turquie%20(4).pdf. Ayrıca bkz. I. Ö. Kaboğlu, “Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie”, Cahiers du Conseil constitutionnel, S.27, janvier 2010.

<sup>80</sup> 10. maddenin eski hali şöyleydi: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”.

<sup>81</sup> Mutlak biçimde ele alındığında bu revizyon, üniversiteye giriş sınavını da anayasa dışı kılmaktadır. Zira, adaylar arasından seçim yolu ile bir kısmı, yüksek öğrenim dışı bırakılmaktadır. Genişletici yorum ile bu reform, bu şekilde, tüm bir türk eğitim sistemini temelden sorgulanır kılmıştır.

best bırakan bir yasa kabul edilmişti.<sup>82</sup> Laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilen yasa<sup>83</sup> yerine bu sefer, üniversitelerde kılık serbestisini düzenleyen bir yasa kabul edildi. Tekrar Anayasa Mahkemesi önüne götürülen yasa, Mahkeme'nin sınırlayıcı bir yorumlayıcı kararıyla anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkeme'nin yorumlayıcı kararına göre, söz konusu serbesti, üniversitelerde türbanı kapsayacak şekilde anlaşılabilir.<sup>84</sup> Dolayısıyla, "herhangi bir sebeple" ifadesinin, anayasa yargıçlarının kararı ve laiklik ilkesinin türbana getirdiği sınırlamaya ilişkin Strasbourg Mahkemesi'nce de onanan yerleşik içtihadının etrafından dolaşmak amacını taşıdığı açıktır.<sup>85</sup> Mahkeme'nin önündeki en büyük sorun, anayasa değişiklikleri konusundaki biçim denetimi yetkisinin sınırlarının belirlenmesindedir. Ancak, yayımlanan Meclis tartışmaları, tek başına, reformun gerekli biçimsel koşullarda tamamlandığını tespit etmek için yeterli; muhalefetin anayasa reformu ile ilgili başvurusunu<sup>86</sup> kabul ederek Mahkeme, hazırlandığı iptal kararının sinyalini vermiştir. Ve nihayetinde, 5 Haziran 2008 tarihli kararı<sup>87</sup> ile Mahkeme, 4. maddeyi etkinleştirerek, Anayasa'nın değiştirilemez maddelerinin muhafızlığını sürdürmüştür. O halde, ilk üç maddede yapılacak değişiklikleri yasaklayan ve bu maddelerde değişiklik anlamına gelecek her tür önerinin önünü alan söz konusu madde, anayasa yargıcına, nitelendirme yetkilerini aşma ve yeni denetim teknikleri vasıtasıyla anayasal değişiklikleri iptal etme konusunda geniş takdir yetkisi tanımış olmaktadır. Bu durumda Mahkeme, revizyon yasası gerekçesini denetleyerek ve esasa ilişkin bir denetim yaparak, laiklik ilkesine aykırılığı tespit edebilecektir. Anayasa'nın 42. maddesine bir cümle eklenmesi yolu ile yapılan değişiklik, yeterince açık olmadığından; Mahkeme, ilk önce, tali kurucu iktidarın gerçek niyetini araştırmıştır. Bu şekilde ve daha önce kullanılmamış bir yöntem ile Mahkeme, anayasal reform çalışması için görevlendirilmiş komisyonun tartışmalarını incelemiştir. Bu incelemeden, reformun ama-

<sup>82</sup> Hükümetin ANAP tarafından yönetildiği dönemde kabul edilmiş bir yasadır. Bu partinin bazı üyeleri, 2002–2007 arası adalet bakanı ve ardından da hükümet sözcüsü olan Cemil Çiçek örneğinde olduğu gibi, daha sonra AKP'ye geçmişlerdir.

<sup>83</sup> AYMK, 7.3.1989, E.1989/1, K.1989/12 (AYMKD, S.25, s. 133-165).

<sup>84</sup> AYMK, 9.4.1991, E.1990/36, K.1991/8 (AYMKD, S.27/1, s. 285-323).

<sup>85</sup> Burada kendime atıf yapmamı mazur görünüz: Sales, Protection, s.1649-1682 ve özellikle 1664-1666.

<sup>86</sup> CHP'nin 112 milletvekili.

<sup>87</sup> AYMK, 5.6.2008, E.2008/16, K.2008/116 (R.G. 22.10.2008- 27032).



cının, türbana serbesti tanımak olduğu ortaya çıkmıştır. Daha net bir ifade ile söz konusu reform, “saç biçimleri” nedeniyle yüksek öğrenim hakkından mahrum kalan kadınlara karşı ayrımcılıkla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Bu şekilde, aslında, anayasal reform, hem türbanı yasaklayan anayasal ve idari içtihadı; hem de, üniversite iç düzenlemesinde yer alan türbanlı fotoğraf temin eden kadına diploma verilmesine ilişkin yasağın iptalini reddeden Danıştay’ın içtihadını etkisiz kılmayı amaçlamaktaydı.<sup>88</sup> Ardından, Mahkeme, söz konusu değişikliklere ilişkin esas incelemesine girmeden önce, bunların teklif edilebilirliğini denetledi. Bu zekice manevra ile Mahkeme, denetiminin genişlemesini meşru bir zemine oturttu. Mahkeme’ye göre, anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisi, değişiklik tekliflerini de kapsar; zira 4. maddeye göre, Anayasa’nın ilk üç maddesinin değiştirilmesi teklif edilemez. O halde, anayasa değişikliği için Parlamento, yeter çoğunluğu sağlasa da, 4. maddeyi ihlal eden bir değişiklik yapamayacaktır. Başka bir deyişle ve Mahkeme’nin de ifade ettiği üzere kurulu iktidar, kurucu iktidarın öngördüğü sınırları aşamayacaktır. Özetle, bu temel karar, özellikle anayasa değişikliği tekliflerinin denetimi konusunda aydınlatıcıdır. Öncelikle, 148. madde kapsamında biçimsel koşulları taşımayan bir değişiklik, teklif edilemez. İkinci olarak, biçimsel olarak geçerli olan bir değişiklik, 148. ve 4. maddeler birlikte değerlendirildiğinde asli kurucu iktidarın çizdiği sınırları aşar nitelikte ise, teklif edilemez. Ardından, Mahkeme, bahsi geçen kararlarında geliştirdiği gerekçeleri geliştirerek, değişikliğin içeriğinin denetimine girişmiştir.<sup>89</sup> Esasen ve türbanın, kişisel bir tercih ve hürriyet olduğunu da kabul etmekle birlikte Mahkeme, bunun, türban takmayanlarda bir toplumsal baskı unsuru haline gelebileceğini hatırlat-

<sup>88</sup> DK, 16.10.1989, E.1989/694, K.1989/772. Davaya konu olayları hatırlamak için bkz. İHAK, Karaduman- Türkiye, 3.5.1993, 16278/90.

<sup>89</sup> Mahkeme, kendi içtihatına ve özellikle de türbanı serbest bırakan yasaya ilişkin 1989 tarihli kararına (AYMK, 7.3.1989, E.1989/1, K.1989/12 (R.G. 25.7.1989- 20232)), Refah Partisi’nin kapatılmasına ilişkin 1998 tarihli kararına (AYMK, 16.1.1998, E.1997, K.1998/1 (R.G. 22.2.1998- 23266)) ve Fazilet Partisi’nin kapatılmasına ilişkin 2001 tarihli kararına (AYMK, 22.6.2001, E.1999/2, K.2001/2 (16.1.2002- 24642)) atıfta bulunmuştur. Ayrıca, 2001 Dahlab İsviçre’ye karşı kararından (İHAM, Dahlab- İsviçre, 15.2.2001, 42393/98), 2003 Refah Partisi kararından (İHAM, Refah Partisi- Türkiye, 13.2.2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98) ve 2005 Leyla Şahin Türkiye’ye karşı kararından (İHAM, Leyla Şahin- Türkiye, 10.11.2005, 44774/98) alıntılarla İHAM’nin içtihatına dayanmıştır.

mıştır. Bunun sonucu olarak, laiklik ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ve kamu düzenini bozma tehlikesi taşıdığını değerlendirmiştir. Türk Anayasa yargıçlarının duruşları, kendilerine bu alanda özel bir yetki tanınmadığından hareketle abartılı olarak değerlendirilebilirse de; çoğunluk iktidarının buna cevabı, abartı yönünden onlardan aşağı kalmaz: Çoğunluk iktidarı, bu içtihatı değiştirmek<sup>90</sup> ve din özgürlüğü konusundaki siyasetini yürütebilmek için, halka önemli bir Anayasa değişikliğini onaylatarak Anayasa Mahkemesi'nin yapısını değiştirmiştir.<sup>91</sup>

20 Eylül 2012 tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, laik devletin, inanç özgürlüğünü ona uygun bağlamında yaşamaya imkân veren devlet olduğunun altını çizmiştir.<sup>92</sup> Aynı dönemde, üniversite rektörlerince, örtülü genç kadınların üniversitelere ve derslere girmelerine izin verilmiştir. Danıştay ise, 5 Kasım 2012 tarihli bir kararında, Türkiye Barolar Birliği'nin avukatlar için türbanı yasaklayan 1971 tarihli bir meslekî düzenlemesinin yürütmesini, ölçsüz ve hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle durdurmuştur. Sonuçta, her ne kadar Türkiye Barolar Birliği'ne mesleğin icrasına ilişkin giyim kurallarını belirleme yetkisi veren bir yasa<sup>93</sup> mevcut olsa da, Barolar Birliği avukatlarına türbanı yasaklayan hiç bir dayanak yasa yoktur. Dolayısıyla, bu serbest mesleği icra eden kadınların din özgürlüğünün ihlaline hükmedilmiştir. Eski içtihatları göz önünde bulundurulduğunda Danıştay'ın bu kararı şaşırtıcı gibi gözükse de, meşruiyeti bakımından ve özellikle, 2010 anayasal reformu<sup>94</sup> ile tanınan bireysel başvuru yolu aracılığıyla kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde yeniden sorgulanabilme ihtimalinden dolayı anlaşılırdır. Anayasa Mahkemesi'nin bir bireysel başvuru üzerine 25 Haziran 2014 tarihinde verdiği karar,<sup>95</sup> bunu kolayca değerlendirebilme olanak tanır. Duruşma yargıcı tarafından verilen idari nitelikte bir karar ile bir avukata getirilen başörtüsü ile duruşmaya katılma yasağına

<sup>90</sup> Bkz. Sales, s.17-20.

<sup>91</sup> Bkz. 5982 sayılı anayasa değişikliği kanunu (R.G. 7.5.2010).

<sup>92</sup> AYMK, 20.9.2012, E.2012/65, K.2012/128 (R.G. 18.4.2013- 28622).

<sup>93</sup> 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı yasa (R.G. 7.4.1969- 13168).

<sup>94</sup> Bkz. adı geçen 7 Mayıs 2010 tarihli reform. Anayasa Mahkemesine, özellikle kesin hükümlere karşı bireysel başvuru yolunun tanınması ile 2010 anayasal reformu yüksek yargı içtihatının denetimine de olanak tanımıştır. Danıştay'ın tutumu, bu "yargısal vesayet" altına girişi ile yahut yüksek idari yargının, günün iktidarının siyasi fikirlerine bir anda duyduğu yakınlıkla açıklanabilir.

<sup>95</sup> AYMK, 25.6.2014, 2014/256 (5.7.2014- 29051).

karşı yapılan başvuruda Anayasa yargıçları, neyin bir dini inancın gereği olup olmadığını tartışma yetkilerinin olmadığını belirtmişlerdir.<sup>96</sup> Buna karşı, başvuru sahibinin, başörtüsü kullanımı ve dinini ifade arasındaki ilişkiyi Kuran'a ve- burası dikkat çekici- Diyanet'in<sup>97</sup> konu hakkındaki belirlemelerine dayanarak mükemmel şekilde kurduğunu ifade etmişlerdir. Bu yoruma göre, eğer kişinin inancı onun türban takmasını emrediyorsa, mekana ya da kıyafete ilişkin her türlü sınırlama din özgürlüğüne aykırı kabul edilecektir. Anayasa Mahkemesi, bu içtihadı 20 Mayıs 2015<sup>98</sup> tarihli bir kararında tekrarlamıştır. Söz konusu karar, bir adalet sarayı girişindeki güvenlik kontrolü esnasında bir kadından pardesüsünü çıkarması istemine ilişkindir. Söz konusu kişi, bireysel başvuru yoluna adil yargılanma hakkının ihlali gerekçesi ile başvurmuş olsa da; Anayasa yargıçları, talebi yeniden şekillendirerek, başvuru sahibinin inanç ve din hürriyetine müdahale tespitinde bulunmuşlardır. Neyin bir dini inancın gereği olup olmadığını yargılamak konusunda yetkisiz olduğunu tekrar eden Anayasa yargıçları, söz konusu kıyafetin mağdurun dini inancı ile ilişkisinin kurulmuş olduğunu kabul etmişlerdir.

Kamu kurumlarında çalışanların kılık ve kıyafetlerine ilişkin 25 Ekim 1982 tarihli düzenlemenin 5. maddesi kadınların başı açık şekilde görev icra etmesini düzenliyor idiyse de, 8 Ekim 2013 tarihli bir değişiklik bu yasağı kaldırmıştır. Bundan az zaman önce, 20 Eylül 2013'te, kamu denetçisi, polis karakolunda türbanlı çalıştığı gerekçesiyle bir kadın hakkında verilen disiplin cezasının geri alınmasını talep etmişti. Yakın tarihte, 2015'te, Danıştay'ca yapılan bir başvuru üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yargıç ve savcıların türban takmasına ilişkin hiç bir yasak olmadığını belirtmişlerdir. Ve son olarak, 2016 Ocak başında başbakan- inanç hürriyeti adına- isteyen kamu görevlisinin, cuma günü ibadetini mesai kaybına neden olmayacak şekilde yerine getirebileceğini işaret etmiştir. Özetle, kamu hizmetinden faydalananların, kamu

<sup>96</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, bu görüşünü desteklemek için ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1989 tarihli Oregon/ Smith kararına atıf yapması ilginçtir.

<sup>97</sup> Başbakanlık'a bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı (3 Mart 1924 tarihli yasa ile oluşturulmuş ve ardından 1961 ve 1982 Anayasalarına dâhil edilmiştir); camilerin yönetimi ile cami ve müezzinlerin atanması, yükseltilmesi ve görevden alınması konularında yetkilidir. Mevcudiyeti, başta laikliğin, ülkedeki çoğunluk dini üzerinde devlet kontrolüne dayandığını gösterir. Mevcut zamanda ise Kurum, Devlet alanında dini gereklerin yükseltilmesi işlevini görmektedir.

<sup>98</sup> AYMK, 20.5.2015, 2013/7443 (R.G. 10.8.2015- 29441).

hizmeti ile ilişkili serbest meslek icra edenlerin ve hatta kamu görevlilerinin inanç hürriyeti ve din hürriyeti; devletin yansızlığı adına diğer her şeyin önünde kabul edilmiştir. Kimilerine göre Türk laikliği, daha liberal yeni bir tanım kazanmıştır. Oysa burada gözden kaçan asıl nokta, Diyanet'in kendisinin, türbanı dinin şartı saymış olmasıdır. Dolayısıyla merkezdeki soru, Türkiye'de değiştirilemez anayasal ilke olarak laiklikten geriye ne kaldığıdır: Anlam aşımına uğrayan bir basit anayasal sözcük mü, yoksa, aşağı yukarı aynı anlama gelecek şekilde, kağıt üstünde basit bir engel mi?

### **KAYNAKÇA**

O. Beaud, "La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht" in RFDA, n°6, 1993, p. 1056-1064.

Olivier Cayla, Pasquale Pasquino (sous la direction de), "Le pouvoir constituant et l'Europe", Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", 2011, 122 pages.

M. Fromont, "La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand", RDP n°1, 1er Janvier 2007, p. 89 et s.

B. Genevois, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", RFDA, 1998, p. 916.

K. Gözler, "Le pouvoir de révision constitutionnelle", Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, 774 pages.

F. Hourquebie, "Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites", [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org), p. 6 et s. V.

O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?" in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), La République en droit français, Paris, Economica, 1996, p. 267-287.

I. Ö. Kaboğlu, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.

I. Ö. Kaboğlu et E. Sales, "Le droit constitutionnel turc, entre coup d'Etat et démocratie", L'Harmattan, 2015, p. 79 et s.

Cl. Klein, "Théorie et pratique du pouvoir constituant", coll. "Les voies du droit", PUF, 1996, 217 pages.

Cl. Klein, “Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

O. Lepsius, “Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d’Allemagne”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

M. Luciani, “Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

B. Mathieu, “La supra-constitutionnalité existe-t-elle ?, Réflexions sur un mythe et quelques réalités”, *petites affiches*, 1995, n°29, p. 12 et s.

Rapport de la Commission de Venise sur “L’amendement constitutionnel”, étude 469/2008, CDL-AD(2010)001

M-F. Rigaux, “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, *Lancier*, Bruxelles, 1985, p. 45.

E. Sales, “La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque”, *RDP*, 2009, n° 6, p. 1649-1682.

C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1928, trad. fr, Paris, PUF, coll. *Quadrige*, rééd. 1993, pp. 151-153.



***H* INTERROGATIONS AUTOUR DES PRINCIPES  
CONSTITUTIONNELS INTANGIBLES\***  
(*INTERROGATIONS AROUND INTANGIBLE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES*)

**Eric Sales\*\***

**RÉSUMÉ**

Le droit constitutionnel, par nature, est destiné à fonder et à encadrer l'exercice du pouvoir politique. Il légitime en même temps qu'il limite. Dans certains cas, il contient même des règles, considérées comme essentielles, qui ne peuvent faire l'objet ni de modification ni de suppression. Les principes constitutionnels intangibles s'imposent donc dans la durée aux pouvoirs institués. L'objet de cet article est de réfléchir à la question des origines desdits principes, à celle de leurs raisons d'être, à leur identification matérielle, à la question de leur protection et enfin à celle de leur éventuelle remise en cause. Existe-t-il une période à partir de laquelle les interdictions matérielles de réviser peuvent être identifiées ? Existe-t-il des justifications communes concernant leur existence ? L'étendue des interdictions est-elle large ou limitée ? Les principes concernés font-ils apparaître un patrimoine constitutionnel commun en la matière ? Disposent-ils d'une protection effective et si oui de quelle nature ? Est-il convenable d'imposer des principes constitutionnels intangibles aux générations futures ? Ces principes constitutionnels intangibles sont-ils surmontables ? Si oui, selon quel procédé ?

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale.07.06.2016 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 21.11.2016 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

Communication prononcée lors du colloque portant sur "La nouvelle Constitution de 2014, deux ans après: quel état des lieux ?", organisé par le département de droit public de la Faculté des Sciences juridiques, Economiques et de Gestion de Jendouba, Tunisie, Jeudi 7 et Vendredi 8 avril 2016.

\*\* Doç. Dr., Maître de conférences de droit public, HDR, Faculté de Droit et de Science politique de l'Université Montpellier

**Mots clés:** Pouvoir constituant originaire, pouvoir constituant dérivé, générations futures, amendements constitutionnels, contrôle de constitutionnalité.

### **ABSTRACT**

*Constitutional law, by nature, is intended to establish and regulate the exercise of political power. It legitimizes the same time it limits. In some cases, it even contains rules considered essential, which can not be either modified or deleted. Intangible constitutional principles are therefore needed over time to established powers. The purpose of this article is to think about the origins of those principles, that of their rationale, their material identification, the question of their protection and finally to that of their possible questioning. Is there a period from which the material bans revise can be identified? Are there common justifications for their existence? Is scope of the prohibitions wide or narrow? The principles involved-they show a common constitutional heritage? Do they have effective protection and if so what kind? Is it appropriate to impose intangible constitutional principles to future generations? These intangible constitutional principles they be overcome? If so, in what ways?*

**Keywords:** *Original constituent power, derived constituent power, future generations, constitutional amendments, constitutional review.*

\*\*\*

Les principes constitutionnels intangibles - principes inaltérables, éternels, intouchables, inviolables, sacrés ou encore pétrifiés<sup>1</sup> selon une grande variété d'expressions – sont par essence, des principes qui ont vocation à durer dans le temps et à incarner le socle de la continuité constitutionnelle. Leur présence est identifiable dans les Constitutions écrites marquées par leur rigidité. Ainsi, à côté des limites procédurales et éventuellement de limites temporelles, il existe des interdictions matérielles opposables au pouvoir en charge de la révision de la Constitution. Ces principes reposent sur une volonté politique exprimée, en général, par un pouvoir initial et inconditionné – le pouvoir constituant

---

<sup>1</sup> V. en ce sens l'expression utilisée par la Constitution brésilienne de 1988 laquelle vise les "clausulas pétreas" dans son article 60 paragraphe 4.



originnaire – lequel a souhaité contraindre à leur respect un pouvoir second et limité – le pouvoir constituant dérivé. A l'origine, certaines des premières constitutions écrites étaient même frappées d'une intangibilité totale temporaire. Ainsi, la Constitution française de 1791 ne pouvait faire l'objet d'aucune procédure de révision pendant une durée de dix ans<sup>2</sup>. Le souci de préserver le texte fondateur contre toute tentative de retour en arrière et donc contre une remise en cause des nouveaux fondements et équilibres du pouvoir permet de comprendre le choix des premiers constituants français en faveur de la protection de leur oeuvre constitutionnelle. Ceci étant, une fois ce délai écoulé, le texte pouvait être remanié ou intégralement réécrit. La Constitution américaine de 1787 mentionnait, quant à elle, une intangibilité partielle temporaire dans son article 5<sup>3</sup>. A l'heure actuelle, la préférence va à la reconnaissance de principes essentiels dont il est jugé utile de prémunir la violation. L'intangibilité est donc devenue partielle mais durable. Le premier exemple visant à protéger les fondements même de l'ordre constitutionnel figure au paragraphe 112 de la Constitution norvégienne du 17 mai 1814<sup>4</sup>. Par la suite, des principes plus précis ont été identifiés. Il en est ainsi de la forme républicaine du gouvernement en France<sup>5</sup>, en Italie<sup>6</sup>, en Turquie<sup>7</sup>, au Cameroun<sup>8</sup>, au Bénin<sup>9</sup>, au Mali<sup>10</sup> ou au Burkina Faso<sup>11</sup>, du

---

<sup>2</sup> Par exemple, dans la première constitution française de 1791 l'intangibilité de l'ensemble du texte constitutionnel était prévue pour une durée calculée selon une lecture combinée des articles 2 et 3 du titre VII de la Constitution. En ce sens, en vertu de l'article 2 "Lorsque trois législatures consécutives auront émis un vœu uniforme pour le changement de quelque article constitutionnel, il y aura lieu à la révision demandée". L'article 3 du titre VII de la Constitution prévoyait que "La prochaine législature et la suivante ne pourront proposer la réforme d'aucun article constitutionnel". Sachant qu'une législature s'étendait deux ans, la durée totale était donc de dix années.

<sup>3</sup> Aucun amendement adopté avant l'année 1808 ne peut en aucune façon affecter la première et la quatrième clause de la neuvième section de l'article premier et ne peut priver un Etat fédéré, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat.

<sup>4</sup> Exemple cité par O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?" in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 270.

<sup>5</sup> Article 89 al 5 de la Constitution de 1958.

<sup>6</sup> Article 139 de la Constitution du 22 décembre 1947.

<sup>7</sup> Article 1 de la Constitution du 7 novembre 1982.

<sup>8</sup> Article 64 de la Constitution du 2 juin 1972.

principe de dignité de la personne humaine et de la structure fédérale en Allemagne<sup>12</sup>, du principe de laïcité en Turquie<sup>13</sup>, au Bénin<sup>14</sup> et au Mali<sup>15</sup>, de la démocratie<sup>16</sup> et de l'Etat de droit encore en Turquie<sup>17</sup>, des droits et libertés fondamentaux<sup>18</sup> y compris ceux formulés par la Convention européenne des droits de l'homme en Bosnie-Herzégovine<sup>19</sup>. Le caractère socialiste et le système politique et social sont également déclarés irrévocables par la Constitution cubaine<sup>20</sup>. La liste des interdictions matérielles de réviser la plus longue est celle que l'on retrouve en Grèce<sup>21</sup> ou au Portugal<sup>22</sup>.

Au-delà de ces premières informations assez simples, il convient de souligner certaines difficultés qui pèsent sur la réflexion autour des principes constitutionnels intangibles. Tout d'abord, au-delà du fait qu'ils incarnent la rigidité constitutionnelle absolue, il n'en reste pas moins vrai qu'ils ne résistent pas aux circonstances exceptionnelles susceptibles de frapper un Etat. Une guerre entraînant la vacance du pou-

<sup>9</sup> Article 156 de la Constitution du 11 décembre 1990.

<sup>10</sup> Article 118 de la Constitution du 25 février 1992.

<sup>11</sup> Article 165 de la Constitution de 1991.

<sup>12</sup> Article 1 et 20 de la loi fondamentale du 23 mai 1949.

<sup>13</sup> Article 2 de la Constitution du 7 novembre 1982.

<sup>14</sup> Article 156 de la Constitution du 11 décembre 1990.

<sup>15</sup> Article 118 de la Constitution du 25 février 1992.

<sup>16</sup> Article 64 de la Constitution du Cameroun du 2 juin 1972, article 299 de la Constitution du Burundi du 18 mars 2005, article 60 paragraphe 4 de la Constitution du Brésil du 5 octobre 1988.

<sup>17</sup> Article 2 de la Constitution du 7 novembre 1982.

<sup>18</sup> 60 paragraphe 4 de la Constitution du Brésil du 5 octobre 1988.

<sup>19</sup> Article 2 de la Constitution du 14 décembre 1995.

<sup>20</sup> Article 137 de la Constitution du 24 février 1976.

<sup>21</sup> Selon l'article 110 de la Constitution de la Grèce du 9 juin 1975, les lois de révisions doivent notamment respecter la base et la forme du régime politique en tant que régime parlementaire, la protection de la valeur humaine, l'égalité devant la loi, l'interdiction de conférer des titres de noblesse, la participation de tous à la vie sociale, économique et politique du pays, la liberté individuelle, la liberté de conscience religieuse et la séparation des pouvoirs.

<sup>22</sup> En vertu de l'article 288 de la Constitution du 2 avril 1976, les lois de révisions doivent respecter notamment l'indépendance nationale et l'unité de l'Etat, la forme républicaine du gouvernement, la séparation des Eglises et de l'Etat, les droits et libertés et leurs garanties, la démocratie, la séparation des pouvoirs, le contrôle de constitutionnalité, l'indépendance des tribunaux, l'autonomie des collectivités locales.

voir<sup>23</sup>, l'éclatement d'une structure fédérale<sup>24</sup> ou encore une révolution constituant autant d'évènements susceptibles de briser n'importe quel principe préalablement déclaré inaltérable. A l'inverse, la construction ou la reconstruction d'une entité étatique peut les faire revivre ou contribuer à l'apparition de nouveaux principes fondamentaux. Il n'est pas exclu qu'ils servent parfois – parce que parés de toutes les vertus – à dissimuler la réalité d'un pouvoir politique pour rassurer la communauté nationale et internationale. Il en va ainsi du principe de l'Etat de droit maintes fois brandi dans certains textes constitutionnels car il permettrait à lui seul d'identifier un bon Etat respectueux des valeurs essentielles et spécialement des droits de l'homme. Principes déclaratifs, principes fragiles, principes fondateurs, principes dissimulateurs, autant de qualificatifs qui invitent le juriste à la prudence. Par ailleurs, lorsqu'un consensus est établi autour de leur nécessité et de leur respect, la réflexion à leur sujet perd beaucoup de son intensité. Tel est le cas, par exemple en France, de la forme républicaine du gouvernement dont l'intangibilité ne soulève pas de nombreuses préoccupations. Parfois, leur remise en cause est radicalement défendue car il ne saurait être acceptable de soumettre les nouvelles générations à leur stricte observation. Parce que la "*dictature des morts sur les vivants*"<sup>25</sup> serait intolérable, l'héritage qu'ils constituent pourrait légitimement être renié ou, dans une moindre mesure, accepté sous bénéfice d'inventaire. Les principes du peuple d'hier n'étant pas nécessairement ceux du peuple d'aujourd'hui, chaque société disposerait du droit fondamental de se rassembler autour des valeurs du moment dès lors qu'elles sont partagées. Ensuite, le thème de l'intangibilité

---

<sup>23</sup> La Constitution française de 1791 n'a pas duré au-delà d'un an en raison des affrontements intérieurs et de la guerre avec l'Autriche.

<sup>24</sup> Les nombreux Etats fédéraux ayant disparu n'auraient pas pu survivre si leur Constitution avait mentionné la même interdiction de réviser que celle de l'article 79 alinéa 3 de la Constitution allemande de 1949 qui vise à protéger, notamment, la structure fédérale de l'Etat énoncée à l'article 20.

<sup>25</sup> V. à ce sujet, P. Ferreira da Cunha, "Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la Constitution matérielle, une illustration dans le contexte lusophone", VIIth Constitutional Law World Congress - Athens published in CD and Internet (2007). Available at: <http://works.bepress.com/pfc/6/>. L'auteur cite la thèse de Claudia Goes Nogueira défendant cette idée ("A impossibilidade de as clausulas pétreas vincularem as gerações futuras", revista de informação legislativa, Brasília, a. 42, n. 166, abril/junho 2005, p. 84).

repose sur une contradiction qui heurte les fondements mêmes du droit constitutionnel. En effet, si les interdictions matérielles de réviser sont scrupuleusement respectées il peut être soutenu que le peuple n'est plus véritablement le souverain dans la mesure où il se retrouve contraint par une volonté qui lui est supérieure. Seule une révolution, solution non juridique, permettrait de régler la difficulté en favorisant l'établissement de règles constitutionnelles entièrement nouvelles. Si, en revanche, l'intangibilité est méconnue par un détournement de procédure – toujours possible – qui permettrait au pouvoir politique en place de faire céder le plus solide de tous les principes, la Constitution n'apparaîtrait plus comme une norme suprême en perdant son caractère juridique. Enfin, si les juges constitutionnels s'érigent en protecteurs du socle fondateur de l'Etat, il est difficile de justifier leur transformation en “*constituante permanente*” sans revenir sur l'inévitable problématique du gouvernement des juges et sur l'idée reçue selon laquelle la Cour constitutionnelle ne saurait avoir le dernier mot vis-à-vis du pouvoir constituant dérivé soit-il.

Or, parce que le respect des principes intangibles s'impose avant tout aux pouvoirs institués<sup>26</sup> – et donc aux représentants du peuple et non au peuple lui-même – il ne paraît pas exagéré de considérer que les tentatives visant à les modifier ou à les supprimer doivent pouvoir être juridiquement sanctionnées. Ne pas l'admettre consiste non seulement à nier l'intérêt du contrôle de constitutionnalité mais aussi et surtout à refuser simplement le caractère juridique de la Constitution. Quelle est, en effet, la différence entre une loi ordinaire méconnaissant un principe constitutionnel intangible et une loi constitutionnelle ayant pour objectif de l'éliminer de l'ordonnement juridique ? Une distinction de majorités. La seconde, adoptée à une majorité qualifiée, suivie le cas échéant d'un référendum, ne serait pas justiciable alors que la première, reposant sur une majorité simple, resterait juridiquement contestable. L'établissement d'un consensus entre différentes formations politiques – sans lequel la majorité renforcée est difficile à atteindre – validé éventuellement par le peuple suffirait donc pour admettre une violation de la Constitution

---

<sup>26</sup> V. par exemple, l'article 8 alinéa 2 du titre VII de la Constitution française de 1791: “Aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties, sauf les réformes qui pourront y être faites par la voie de la révision, conformément aux dispositions du titre VII ci-dessus”.

matérielle. En revanche, il ne serait pas acceptable que le parti politique au pouvoir puisse seul parvenir à un tel résultat. Néanmoins, réfléchir ainsi nécessite d'occulter l'hypothèse, certes rare mais possible, où la même formation politique dispose à elle seule de la majorité qualifiée requise pour procéder à la révision de la Constitution ou de considérer que les principes intangibles ne sauraient exister dans la sphère constitutionnelle dès lors qu'une majorité renforcée est prévue pour réformer le texte fondamental<sup>27</sup>. Entre deux options politiques radicalement opposées, consistant pour l'une à ne pas assujettir à ses lois les générations futures et résidant pour l'autre dans l'obligation de respecter des principes fondamentaux, le pouvoir constituant de certains pays<sup>28</sup> a choisi la deuxième solution en introduisant dans la Constitution toute une série de dispositions inaltérables. A ce titre, la question de l'utilité des interdictions matérielles de réviser (I) semble moins se poser que celle de leur nécessaire protection (II).

### **I. La question de l'utilité des principes constitutionnels intangibles**

Discuter de l'utilité des interdictions matérielles de réviser revient à mettre en évidence les arguments défavorables à leur inscription dans

---

<sup>27</sup> V. à ce propos le rapport de la Commission de Venise sur "L'amendement constitutionnel", étude 469/2008, CDL-AD(2010)001, "La Commission considère cependant que l'immutabilité est un instrument constitutionnel complexe et potentiellement contestable, qui devrait être appliqué avec prudence et n'être réservé que pour les principes de base de l'ordre démocratique. Une démocratie constitutionnelle doit en principe permettre un débat ouvert sur la réforme, même si celle-ci vise ses principes et ses structures de gouvernement les plus essentiels. Par ailleurs, tant que la constitution contient des règles d'amendement strictes – qui fournissent en général une garantie contre tout abus possible – et si la majorité exigée conformément aux procédures prescrites souhaite adopter la réforme, il s'agit dès lors d'une décision démocratique qui ne devrait pas, en général, être limitée".

<sup>28</sup> Trente-huit pays ont ainsi été recensés en 1985. V. en ce sens, M-F. Rigaux, "La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante", Lancier, Bruxelles, 1985, p. 45. Depuis, il faut rajouter à cette liste d'autres pays avec, par exemple la Bosnie-Herzégovine dont la Constitution de 1995 protège spécialement, par le biais de l'article 10 alinéa 2, les droits et libertés énoncés à l'article 2. En Tunisie, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du 27 janvier 2014 ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Il précise que la Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime.

le texte constitutionnel et ceux qui insistent sur leur nécessaire présence. Toutefois, au-delà d'une simple présentation synthétique des idées en opposition, il semble important, dans le cadre d'un échange scientifique, de défendre une thèse ne serait-ce que pour la soumettre à la contradiction. Ainsi, la démonstration consistera à révéler le caractère faiblement convaincant des propos développés en faveur de l'inutilité des interdictions matérielles de réviser (A) et à faire état de la pertinence de l'argumentaire mené au profit de leur intérêt (B).

### **A. La faiblesse des propos développés en faveur de l'inutilité des interdictions matérielles de réviser**

L'inutilité des interdictions matérielles de réviser repose, à titre principal, sur quatre motifs de nature quantitative, qualitative, théorique et démocratique. Au titre du premier, sans doute le plus faible de tous, il résulterait de l'observation de l'ensemble des Constitutions existantes que le modèle dominant en matière de constitutionnalisme repose sur l'inexistence de limites de fond opposables au pouvoir constituant dérivé<sup>29</sup>. Dès lors que la grande majorité des Constitutions écrites ne contient aucune règle spécifique en la matière et que le système constitutionnel fonctionne parfaitement en cette absence, il conviendrait d'admettre que les interdictions matérielles de modifier la Constitution ne sont pas nécessaires. Toutefois, il semble bien difficile d'aboutir aussi rapidement à une telle conclusion car elle ne prend en considération ni la dimension historique ni le caractère précurseur de certaines idées constitutionnelles. Si certains Etats, les plus nombreux, ont fait le choix de permettre le changement total de leur Constitution, il n'en reste pas moins impossible d'affirmer que les autres se sont trompés en érigeant dans leur texte fondamental, par exemple pour construire ou reconstruire leur démocratie, des principes constitutionnels essentiels opposables aux représentants du peuple. Par ailleurs, lorsque la Cour Suprême des Etats-Unis introduit le contrôle de constitutionnalité des lois en 1803, le système américain, minoritaire à l'époque dans le domaine de la justice constitutionnelle, est devenu par la suite l'un des deux modèles dominant dans le monde à côté de celui qui se développera plus tard en Aut-

---

<sup>29</sup> V. à ce propos le rapport de la Commission de Venise sur "L'amendement constitutionnel", étude 469/2008, CDL-AD(2010)001, préc.

riche puis en Europe. En conséquence, le faible nombre d'Etats enregistrant actuellement des interdictions matérielles de réviser ne peut être une donnée fiable pour démontrer leur inutilité en même temps que leurs faibles chances de développement<sup>30</sup>.

La deuxième raison avancée réside dans l'affirmation de l'imprécision des interdictions matérielles de réviser et dans le constat de l'inexistence de leur protection juridique. Selon le premier point de vue, les principes constitutionnels mis à l'abri de toute révision, étant très souvent rédigés de façon générale ou imprécise, ne constitueraient pas une véritable limite ou formeraient une interdiction trop large opposée au pouvoir constituant dérivé<sup>31</sup>. La critique, ici, est assez classique dans la mesure où lesdits principes ne sauraient être assimilés à du droit car celui-ci est caractérisé par sa précision. Or, l'idée selon laquelle la règle juridique serait définie par sa clarté est bien difficile à soutenir pour la bonne et simple raison que le droit reste un ensemble de mots qui supposent un travail d'interprétation pour apparaître véritablement. Ainsi, derrière la faiblesse prétendue liée à l'imprécision des limites matérielles imposées au pouvoir de révision, subsiste le risque d'une lecture trop extensive desdites prescriptions et donc d'un élargissement des interdictions opposables aux lois constitutionnelles. Selon le second point de vue, il faudrait rajouter à l'imprécision des principes intangibles l'absence de garanties visant à leur assurer une protection en cas de non-respect. Le défaut de sanction juridictionnellement organisée révélerait leur absence de juridicité ou pour le dire autrement témoignerait de leur simple signification politique ou philosophique permettant de les ranger au titre des pétitions de principes. Il est vrai que les Constitutions qui les mettent en place reconnaissent rarement une prérogative spécifique, par exemple, à la Cour constitutionnelle en dehors d'un éventuel contrôle formel des amendements constitutionnels. Néanmoins, cela n'a pas empêché certains juges constitutionnels audacieux de se déclarer compétents pour

---

<sup>30</sup> La tendance actuelle est celle de l'augmentation des dispositions constitutionnelles intangibles. V en ce sens, Cl. Klein, *Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne*, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.

<sup>31</sup> V. à ce propos le rapport de la Commission de Venise sur "L'amendement constitutionnel", étude 469/2008, CDL-AD(2010)001, préc.

l'examen au fond des lois de révision de la Constitution<sup>32</sup>. Par ailleurs, dans les Constitutions les plus récentes - comme c'est le cas en Tunisie - la Cour constitutionnelle détient, en vertu du texte fondamental<sup>33</sup>, un rôle essentiel par la médiation d'un contrôle obligatoire préventif des propositions de lois constitutionnelles lesquelles doivent respecter les interdictions matérielles de réviser contenue dans l'article 1er de la Constitution<sup>34</sup>. En conséquence, ni l'imprécision ni l'absence de sanction ne permettent de démontrer l'absence de valeur juridique des dispositions constitutionnelles en cause.

La troisième critique adressée aux limites matérielles imposées aux révisions constitutionnelles repose sur la théorie de la double révision de la Constitution. Reprise par le doyen Vedel<sup>35</sup> à partir d'une grille de lecture développée par Duguit<sup>36</sup> sous la III<sup>ème</sup> République en France, la réflexion doctrinale conduit à démontrer qu'il est toujours possible de surmonter ces interdictions constitutionnelles en procédant en deux temps. Ainsi, une première réforme de la Constitution peut toujours supprimer l'article protecteur et être immédiatement suivie d'une autre permettant de mettre en place, au niveau constitutionnel, ce qui était auparavant prohibé. Défendue par deux éminents juristes, la thèse dispose d'une solidité difficile à ébranler. D'ailleurs sa pérennité semble assurée dans la mesure où elle est sans cesse réitérée pour enlever toute leur utilité aux limites matérielles de réviser<sup>37</sup>. Au titre de ses fondements figure une logique juridique formelle a priori indiscutable en vertu de laquelle une loi, y compris constitutionnelle, peut être remise en cause par une autre loi de même nature. Ainsi, en observation du parallélisme des formes, le législateur constituant est toujours en mesure de défaire ce qu'il a lui-même contribué à mettre en place. Or, il semble impor-

---

<sup>32</sup> Voir la deuxième partie.

<sup>33</sup> V. les articles 120 et 144 de la Constitution du 27 janvier 2014 et la loi organique numéro 2015-50 relative à la Cour constitutionnelle du 3 décembre 2015, JORT numéro 98 du 8 décembre 2015.

<sup>34</sup> V. la note 25.

<sup>35</sup> Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, p.117.

<sup>36</sup> Duguit, Traité de droit constitutionnel, vol. V, Paris, de Boccard, 3<sup>ème</sup> éd., 1929, rééd. CNRS. 1972, p. 540.

<sup>37</sup> B. Genevois, Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant, RFDA, 1998, p. 916.



tant de prendre en considération le contexte dans lequel la théorie a été élaborée pour tenter de démontrer avec prudence qu'elle n'est plus adaptée aux temps présents<sup>38</sup>. En effet, à l'origine, la doctrine du moment a été fabriquée à partir de l'observation des circonstances. L'interdiction de modifier la forme républicaine du gouvernement est apparue, en France, sous la III<sup>ème</sup> République à l'occasion du vote de la loi constitutionnelle du 14 août 1884<sup>39</sup>. En conséquence, ce n'est nullement le pouvoir constituant originaire qui en a imposé le respect au pouvoir constituant dérivé, mais ce dernier pouvoir qui s'est lui-même contraint. Il était donc compréhensible d'estimer que cette limite juridique était surmontable par son auteur. Plus encore, mise en place dans une période fortement marquée par le légicentrisme, la théorie était parfaitement en phase avec la toute puissance reconnue à la loi et, par voie de conséquence, à l'institution qui procède à sa fabrication. Néanmoins, les circonstances d'aujourd'hui devraient vraisemblablement conduire à l'abandon de la théorie de la double révision pour deux raisons. En observation de la première, le législateur contemporain est soumis au respect de la Constitution depuis la mise en place de la justice constitutionnelle. Le législateur ordinaire est soumis à la règle constitutionnelle tout comme le législateur constituant dérivé est contraint par les limites formelles et matérielles érigées par le pouvoir constituant originaire. Avec le contrôle de constitutionnalité, les lois ordinaires n'expriment la volonté générale qu'à partir du moment où elles respectent la Constitution. Avec ce même contrôle, il ne semble pas exagéré d'affirmer que les lois constitutionnelles n'expriment cette même volonté générale uniquement en observant les interdictions constitutionnelles de réviser quelle que soit leur nature. Il en va ainsi dans le cadre d'un Etat de droit. Au regard de la seconde, la loi constitutionnelle dérivée, lorsqu'elle est le fruit du travail des représentants du peuple, doit pouvoir être contrôlée par rapport aux exigences formulées par la loi constitutionnelle originaire fabriquée par

---

<sup>38</sup> En ce sens, v. également O. Beaud, "La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht" in RFDA, n°6, 1993, p. 1056-1064. Selon lui, "la "révision de la révision" est inacceptable car elle constitue ni plus ni moins qu'un détournement de la procédure de révision et par la même occasion une négation de l'idée constitutionnelle...". V. aussi, O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?" in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 267-287.

<sup>39</sup> Loi du 14 août 1884, JO du 15 août 1884, p. 4361.

le peuple. L'auteur n'est effectivement pas le même. Il en va de même de la norme puisqu'il y a d'un côté la Constitution et, de l'autre, dans le cadre d'un contrôle préventif de constitutionnalité, une loi constitutionnelle en cours de fabrication. Pour l'ensemble de ces raisons, la théorie de la double révision de la Constitution ne paraît plus totalement convaincante. Elle demeure toutefois encore valable si la majorité politique du moment utilise la voie référendaire pour faire sauter les “*verrous*” constitutionnels. Dans une telle hypothèse, l'auteur de la révision étant aussi celui qui a validé la Constitution pourra toujours changer la donne constitutionnelle. Ceci est encore plus vrai dès lors que la Cour constitutionnelle refuse de contrôler la loi, ordinaire ou constitutionnelle, votée directement par le souverain.

La dernière critique - démocratique - concerne justement le peuple puisqu'elle souligne que ce dernier a toujours la possibilité de changer sa Constitution. En conséquence de quoi, il n'est pas possible de lui opposer des interdictions matérielles de nature constitutionnelle. A ce titre, l'article 28 de la Constitution française du 24 juin 1793 est souvent cité comme référence pour défendre l'idée, développée également par Condorcet<sup>40</sup>, selon laquelle “*un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*”. “*Le peuple d'hier*” ne peut soumettre le “*peuple d'aujourd'hui*” au respect de sa loi constitutionnelle. Or, une telle affirmation, aussi séduisante soit elle, n'emporte pas la conviction pour la bonne et simple raison que les interdictions matérielles de réviser ne concernent pas le peuple mais uniquement ses représentants lesquels ont été, à un moment donné, contraints par le peuple de respecter des principes constitutionnels essentiels. Les représentants du peuple ne sont pas autorisés à vider la Constitution de son sens juridique. Seul le peuple est donc en mesure de les libérer de leur “*cellule constitutionnelle*” ou de les priver de leur “*confort constitutionnel*”. De ce dernier point de vue, l'exemple grec est particulièrement intéressant. En effet, alors que la Constitution de 1952 mentionnait l'interdiction de réviser le caractère monarchique de l'Etat hellénique, le référendum du 8 décembre 1974 a décidé de la fin de la monarchie et de l'établissement de la République. Sauf erreur, il n'existe pas d'exemple de processus inversé.

---

<sup>40</sup> V. notamment, E. Badinter et R. Badinter, “Condorcet, un intellectuel en politique”, Librairie Arthème, Fayard, 1988.

## **B. La pertinence des arguments en faveur de l'utilité des interdictions matérielles de réviser**

Au titre des arguments développés en faveur de l'utilité des interdictions matérielles de réviser, trois raisons principales peuvent être avancées sur le plan historique, juridique et dynamique. Tout d'abord, ces principes constitutionnels trouvent souvent leur justification dans l'histoire des pays concernés. Leur présence continue dans la Constitution témoigne du degré d'attachement qui leur est porté en tant que partie intégrante du système constitutionnel national. Ils représentent une forme d'héritage, un legs des vieilles générations aux nouvelles pour éviter les erreurs antérieures et pour établir un devoir de mémoire. L'Allemagne interdit, depuis 1949, de remettre en cause le principe de dignité, comme chacun le sait, en réaction au régime nazi qui a asservi et dégradé la personne humaine. La France, l'Italie ou encore la Turquie, prohibent la modification de la forme républicaine du gouvernement pour éviter le retour de la monarchie ou de l'empire et avec eux le rétablissement de la confusion des pouvoirs, de l'arbitraire et de la négation de la liberté politique. Le Cameroun, le Bénin, le Burundi, le Mali ou le Burkina Faso font de même pour rappeler et endiguer les régimes autoritaires du passé. Leur raison d'être est historique et leur inscription en tant que principes constitutionnels intangibles est symbolique.

Par ailleurs, ils disposent d'une valeur juridique difficile à nier. Ils sont du droit constitutionnel parce qu'ils sont dans le droit constitutionnel<sup>41</sup>. Ne pas l'admettre conduirait à considérer qu'il y a dans les constitutions des dispositions juridiques et d'autres qui ne le seraient pas. Or, si tel était le cas, les interdictions ainsi visées ne seraient juridiquement opposables à personne. Le législateur constituant dérivé tout comme le législateur ordinaire pourraient agir en les ignorant parfaitement et, ce faisant, fragiliser la Constitution laquelle perdrait, par voie de conséquence, sa qualité de règle juridique supérieure. En outre, les principes

---

<sup>41</sup> Néanmoins, les principes en question sont délicats à saisir car ils sont à la fois en dehors du droit et dans le droit. Ils se situent à l'extérieur de la sphère juridique car ils servent de principes d'écriture du texte constitutionnel. A ce titre, ils guident la plume du pouvoir constituant en tant que principes premiers disposant d'un caractère pré-constituant. Il en va ainsi du principe de la séparation des pouvoirs, de la garantie des droits et libertés ou encore du principe démocratique. Leur place au tout début de la Constitution, dans le préambule ou dans les premiers articles, atteste de leur fonction initiale et insiste corrélativement sur leur importance.

constitutionnels intangibles ne sauraient être identifiés comme étant simplement descriptifs. Ils sont prescriptifs ainsi que l'attestent les formules consacrées dans les articles protecteurs desdits principes. Enfin, ils permettent de mesurer le champ des possibilités en matière de révision constitutionnelle. Ainsi, toute la Constitution peut faire l'objet de modifications à l'exception des principes constitutionnels incarnant la continuité constitutionnelle. L'activité normative du pouvoir constituant dérivé est donc juridiquement encadrée<sup>42</sup>. La difficulté réside dans la mesure concrète de l'étendue de l'interdiction. Par exemple, le principe de dignité de la personne humaine, souvent considéré comme un principe matriciel<sup>43</sup> dans le sens où il représente le "*principe-source*" des droits et libertés fondamentaux, peut être considéré comme violé par une loi constitutionnelle portant atteinte à l'essence ou à l'existence d'une liberté fondamentale. Dans une telle hypothèse, en Allemagne, l'interdiction matérielle de réviser, dans ce domaine, ne serait plus caractérisée par l'unique article 1er de la Loi fondamentale mais concernerait l'ensemble des droits et libertés énoncés et contenus dans les articles 2 à 19. Sachant que seuls les articles 1 *et* 20 sont mis à l'abri des révisions constitutionnelles, une telle interprétation permettrait d'estimer que ce sont les articles 1 à 20 qui seraient juridiquement opposables au législateur constitutionnel institué.

Dans l'ensemble, et cela peut surprendre, aucun des principes constituant le socle de la continuité constitutionnelle n'est figé dans le temps au regard de son sens. Par exemple, la notion d'Etat de droit a été accompagnée en Turquie, en 1961, de la mise en place corrélative du contrôle de constitutionnalité lequel pouvait être réalisé soit de façon abstraite soit concrètement à la suite d'une question préjudicielle de constitutionnalité. En 2010, la même notion coexiste avec la reconnaissance du droit de recours individuel devant la Cour constitutionnelle. En conséquence, il n'est pas exagéré de considérer que l'Etat de droit a évolué par la mise en place d'un accès direct des justiciables à la justice

---

<sup>42</sup> V. C. Schmitt, "Théorie de la Constitution", 1928, trad. fr, Paris, PUF, coll. Quadrige, rééd. 1993, pp. 151-153. V. également, B. Mathieu, "La supra-constitutionnalité existe-t-elle ?, Réflexions sur un mythe et quelques réalités", petites affiches, 1995, n°29, p. 12 et s.

<sup>43</sup> V. notamment, B. Mathieu, "La dignité, principe fondateur du droit", in *Journal International de Bioéthique*, 2010/3, vol. 21, p. 77-83.

constitutionnelle. Il en va de même du concept d'Etat démocratique lequel ne comprenait pas, au moment de sa consécration constitutionnelle en 1961, la possibilité pour les citoyens de désigner directement le Président de la République. Depuis 2007, le principe de l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel direct est sans doute considéré par les partisans de l'AKP comme un progrès démocratique incontestable. L'abaissement du seuil de 10% des suffrages des électeurs inscrits à 5%, pour qu'un parti politique puisse être présent au sein de la GANT, s'il était concrétisé, poursuivrait également une amélioration de la démocratie dans la mesure où il contribuerait à parfaire la représentation nationale. Les exemples pourraient être multipliés pour chaque principe constitutionnel intangible. Néanmoins, la notion de progrès qui sous-tend ces évolutions peut être discutée car elle relève soit de la subjectivité de celui qui l'utilise soit de l'angle à partir duquel on l'analyse. Ainsi, la désignation populaire du Président de la République peut-elle être considérée comme un danger pour la démocratie car elle confère à un seul une légitimité jusqu'alors réservée à la collectivité parlementaire et car elle risque de déboucher sur un exercice autoritaire du pouvoir<sup>44</sup>. Le recours individuel devant la Cour constitutionnelle, destiné à assurer la protection des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, peut avoir pour conséquence d'éviter les recours devant la Cour de Strasbourg et de limiter corrélativement les condamnations de l'Etat tout en permettant aux juges constitutionnels de développer leur propre interprétation du texte du Conseil de l'Europe. La modification de la législation électorale peut, dans les faits, rendre difficile la constitution d'un gouvernement, en raison des nécessaires coalitions qu'elle implique, et introduire de l'instabilité politique si les ententes s'avèrent fragiles. Une amélioration démocratique est donc en mesure de peser sur l'efficacité gouvernementale. L'appréhension de l'évolution de la signification des principes intangibles est, en conséquence, loin d'être aisée car elle peut se révéler néfaste pour les uns et bénéfique pour les autres. En guise de solution, il pourrait être proposé de suivre la métaphore du "*roman à la chaîne*" de R. Dworkin afin de déterminer une ligne de conduite à suivre pour l'évolution de la signification des principes constitu-

---

<sup>44</sup> V. A. Bockel, H. Roussillon, E. Teziç (sous la direction de), "Un Président élu par le peuple, une bonne solution ?", Presses de l'Université Galatasaray et de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2000, 293 p.

tionnels intangibles. Pour construire sa théorie de l'interprétation R. Dworkin a recours à l'image d'un "roman écrit à plusieurs mains" selon une méthode "narrativiste"<sup>45</sup>. Dans le cadre de cette réflexion, les auteurs – le législateur constituant, le législateur ordinaire, les juges constitutionnels – ont en charge la rédaction d'un chapitre d'un seul et unique roman<sup>46</sup>. Pour réaliser le meilleur livre possible et en assurer la cohésion intrinsèque, chaque auteur doit considérer et interpréter le texte qu'il reçoit comme écrit par un seul et unique auteur. Dans cette première étape, il doit trouver la ligne directrice du roman, en déceler "*la logique de progression*"<sup>47</sup>. Ensuite, l'auteur en charge de l'écriture du chapitre doit choisir parmi les différentes interprétations de la suite du roman, celle qui en fera le meilleur possible. Cette seconde étape doit permettre au prochain auteur de la chaîne de découvrir ce qui fait l'unité du récit depuis le début, afin qu'il puisse en écrire la suite. Apparaissent, ici, les deux éléments fondamentaux que Dworkin utilise comme critères déterminants dans la décision du juge<sup>48</sup>: la dimension de la compatibilité (première étape), impliquant que le jugement s'intègre convenablement dans le système de normes existant et la dimension de la valeur (seconde étape), qui nécessite de la part du juge le choix de l'interprétation améliorant autant que possible la qualité du droit conçu comme unité. Tout en ayant conscience des imperfections de sa théorie sur la complétude du droit et sur la bonne réponse en droit<sup>49</sup>, il n'en reste pas moins que sa réflexion mérite l'attention. Elle pourrait être complétée par la théorie de la pétrification, développée en Autriche, qui implique une "*crystallisation des significations des normes constitutionnelles par la référence*

<sup>45</sup> V. R. Dworkin, "L'empire du droit", PUF, coll. Recherches politiques, 1994, part., p. 250.; v. également, R. Dworkin, "La chaîne du droit", in Dossier R. Dworkin, in Droit et société, n° 1, août 1985 (1<sup>ère</sup> partie), p. 51 et s. De façon générale, v. R. Dworkin, "Prendre les droits au sérieux", 1995, PUF, coll. Léviathan; R. Dworkin, "A matter of principle", 1985, Cambridge, Harvard University Press.

<sup>46</sup> Il est important de souligner que la métaphore de Dworkin concerne essentiellement le juge.

<sup>47</sup> V. P. Bouretz, "Prendre le droit au sérieux: de Rawls à Dworkin", in "La force du droit", 1991, Esprit, p. 59 et s., part., p. 84.

<sup>48</sup> Critères transposables à n'importe quel auteur du droit.

<sup>49</sup> Pour une critique de cette théorie, v. R. Guastini, "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", in Droit et société, n° 2, 1986, p. 15 et s.; M. Troper, "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", in Droit et société, n° 2, 1986, p. 41 et s.

*faite au contexte existant au moment de leur édicition*”<sup>50</sup>. Mais son exploitation ne paraît intéressante qu’à partir du moment où on l’associe à l’impératif dworkinien de perfectibilité du droit. Ainsi pour jauger l’amélioration des principes intangibles, leur sens initial serait le seuil minimum en deçà duquel on ne pourrait pas aller car cela entraînerait un recul préjudiciable au principe voire une atteinte à son essence même. S’il est difficile de trancher sur le fond le problème, la procédure suivie pour déterminer leur signification doit attirer l’attention. Il n’existe pas une méthode juridique unique pour donner un sens aux principes intangibles. Sans changer les mots qui désignent lesdits principes, il reste possible de réviser les dispositions de la Constitution qui ne bénéficient pas d’une protection spéciale ou de modifier certaines lois ordinaires ou encore de s’en tenir à la lecture qui en est faite par les juges au travers de leur jurisprudence. Le problème véritable est de savoir quelle est la bonne procédure et, derrière elle, quel est l’auteur légitime du changement ?

## **II. La question de la protection des principes constitutionnels intangibles**

Par définition, les lois de révision de la Constitution sont des lois inconstitutionnelles dans la mesure où leur adoption a pour conséquence de supprimer intégralement ou partiellement des articles de la Constitution, de les modifier ou encore de rajouter des dispositions nouvelles. En conséquence, il peut paraître surprenant de se poser la question de savoir si elles doivent faire l’objet d’un contrôle de constitutionnalité. Plus encore, il est possible de considérer qu’elles ne le nécessitent pas du tout car le texte constitutionnel doit pouvoir être adapté aux circonstances présentes. La Constitution initiale, en effet, ne peut être gravée dans le marbre au point d’interdire aux générations futures la possibilité d’un texte en phase avec les exigences sociales du moment. Toutefois, dès lors qu’il existe des dispositions constitutionnelles intangibles, la mise en place d’un mécanisme de protection semble s’imposer logiquement. La question de la protection des interdictions matérielles de réviser peut être abordée de différentes façons. De façon radicale et non juridique, le peuple peut être érigé en gardien des valeurs constitutionnelles dans la

---

<sup>50</sup> V. JJ. Pardini, “Réalisme et contrôle des lois en Italie”, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 22, juin 2007.

mesure où, par la révolution, il lui est toujours possible de se dresser contre les errements du pouvoir et l'oppression des gouvernants. Si le peuple a le droit de changer de Constitution, il n'est pas interdit de croire qu'il peut aussi avoir envie de préserver des principes imaginés pour la défense des intérêts des gouvernés. La séparation des pouvoirs, la démocratie, les droits et libertés, la forme républicaine du gouvernement... sont effectivement et avant tout des principes pour le peuple. D'un point de vue juridique, il peut s'agir d'une garantie formelle organisée par le droit constitutionnel imposant le respect d'une majorité qualifiée pour procéder à la révision du texte constitutionnel. Dès lors qu'elle est difficile à réunir, car elle suppose un consensus politique assez large, les principes constitutionnels intangibles se retrouveraient à l'abri de tout changement. Or, réfléchir ainsi, suppose de laisser de côté l'hypothèse, certes rare mais possible, d'une majorité politique du moment rassemblant à elle seule les exigences constitutionnelles formelles. La protection politique ainsi établie n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle permet de considérer qu'une majorité consensuelle ou écrasante pourrait ne pas respecter les principes constitutionnels essentiels. La justice constitutionnelle a permis de comprendre que la loi du nombre n'est pas, à elle seule, celle qui permet d'avoir juridiquement raison. Ainsi, au titre de la protection juridique des interdictions matérielles de réviser, il est sans doute intéressant de prendre en compte le rôle que les cours constitutionnelles peuvent jouer<sup>51</sup> car il s'agit de "*l'une des questions les plus contemporaines de la théorie constitutionnelle actuelle*"<sup>52</sup>. Certaines d'entre elles se montrent hésitantes (A) alors que d'autres font preuve d'une remarquable audace en n'hésitant pas à censurer les amendements constitutionnels lorsqu'ils heurtent les principes constitutionnels intangibles (B).

---

<sup>51</sup> Selon O. Jouanjan c'est vraisemblablement aux Etats-Unis que la question d'un contrôle juridictionnel du pouvoir de révision a été posée pour la première fois dans la décision rendue par la Cour suprême en 1920 dans l'affaire Rhode Island v. Palmer en laissant ouverte l'existence d'un contrôle au fond. V. O. Jouanjan, "La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?" in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), "La République en droit français", Paris, Economica, 1996, p. 270.

<sup>52</sup> Cl. Klein, "Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne", Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.



### A. Une protection négligée par certaines cours constitutionnelles hésitantes

Le Conseil constitutionnel français fait assurément partie des cours constitutionnelles hésitantes sur la question délicate de l'examen de la conformité constitutionnelle des amendements constitutionnels. Il est vrai qu'il ne détient pas de compétences spécifiques de la Constitution pour le contrôle des lois constitutionnelles. Toutefois, le mot "loi" visé de façon générale à l'article 61, lequel détermine le champ d'intervention des juges constitutionnels, n'interdit pas d'englober les lois de révision du texte fondamental. En outre, la présence constitutionnelle d'exigences formelles, de limitations temporelles et l'interdiction de modifier la forme républicaine du gouvernement, s'imposant au pouvoir constituant dérivé, supposent la vérification de son activité juridique. En conséquence, il n'était pas exagéré d'imaginer une interprétation jurisprudentielle favorable à un contrôle de la constitutionnalité des amendements constitutionnels.

Dans sa décision du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel avait pu laisser entendre qu'il se réservait la possibilité de contrôler les lois de révisions de la Constitution. Ainsi, il avait considéré que "*sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7<sup>53</sup>, 16<sup>54</sup> et 89, alinéa 4<sup>55</sup>, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision, le pouvoir constituant est souverain*"<sup>56</sup>. Si la formule restait pour le moins troublante<sup>57</sup>, elle permettait de comprendre, au-delà de sa maladresse, l'étendue des

<sup>53</sup> Selon l'article 7 de la Constitution "Il ne peut être fait application ... de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur".

<sup>54</sup> L'article 16 peut être déclenché par le Président de la République quand une menace grave et imminente sur le fonctionnement des institutions résulte notamment d'une atteinte à l'intégrité du territoire.

<sup>55</sup> L'alinéa 4 de l'article 89 prévoit qu'aucune "procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire".

<sup>56</sup> CC n°92-312 DC du 2 septembre 1992, cons. 19, Rec., p. 76.

<sup>57</sup> Si le pouvoir constituant est souverain, il est effectivement difficile de formuler des "réserves" sur le terrain de son activité constitutionnelle.

limites opposables au pouvoir constituant dérivé en même temps que la plausible intervention des juges constitutionnels en la matière et spécialement en ce qui concerne les circonstances de temps ou sur le plan matériel.

Toutefois, contre les attentes de la doctrine et alors que la saisine demandait une censure de la loi constitutionnelle relative à la décentralisation pour méconnaissance de la forme républicaine du gouvernement, les juges constitutionnels refuseront finalement d'exercer le contrôle des lois constitutionnelles, dans leur décision du 26 mars 2003, en soulignant qu'ils ne disposent que d'une compétence d'attribution n'englobant pas une telle possibilité<sup>58</sup>. Si les arguments des saisissants n'étaient pas véritablement convaincants, le Conseil aurait pu, par exemple, affirmer clairement sa compétence de contrôle des lois constitutionnelles tout en précisant qu'en l'espèce il n'existait pas d'atteinte avérée à l'article 89 alinéa 5 de la Constitution. Or, alors qu'il n'y a pas de raison de conférer une totale immunité constitutionnelle aux lois de révision de la Constitution, les juges constitutionnels, en opérant une lecture stricte de la Constitution, ont décliné – comme pour les lois référendaires<sup>59</sup> – leur compétence pour en connaître sur le terrain contentieux<sup>60</sup>. En conséquence, les verrous constitutionnels destinés, principalement, à la préservation des valeurs essentielles de la République se retrouvent dépourvus de sanction juridique en cas de violation. Néanmoins, le raisonnement peut paraître logique en partie. Refusant de connaître des recours contre les lois référendaires et les lois de révision pouvant être votées directement par le peuple, il est tout à fait cohérent sur le plan jurisprudentiel que le Conseil constitutionnel

<sup>58</sup> CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Rec., p. 293.

<sup>59</sup> Le Conseil constitutionnel considère l'activité législative du peuple comme incontrôlable quelle que soit la nature de la loi en question car elle constitue "l'expression directe de la souveraineté nationale". Pour une loi de révision votée par référendum, v. CC, n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec., p. 95. Pour une loi ordinaire votée par référendum, v. CC, n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Rec., p. 94.

<sup>60</sup> Il en va de même pour le Conseil constitutionnel du Sénégal lequel a repris à son compte la jurisprudence constitutionnelle française. V. DC numéro 90/2003, in I.M Fall, "Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal", CREDILA, p. 468 et la décision numéro 2-c-2009 du 18 juin 2009, JORS numéro 6475 du 19 juin 2009 N-S citées par M. Aïdara, "Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution: contribution à un débat", in Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Afrilex, publié en décembre 2011.

adopte ce positionnement. En revanche, la posture est plus discutable à l'endroit des réformes de la Constitution adoptées par le Congrès du Parlement. Pourquoi ne pas envisager leur contrôle dans la mesure où il s'agit, encore, d'une loi votée par les représentants du peuple ?

Pendant longtemps, il a été considéré que le législateur pouvait tout faire sous prétexte qu'il représentait la volonté générale. Il a fallu attendre la mise en place du contrôle de la constitutionnalité des lois pour que soit favorisée la remise en cause nécessaire du mythe de la loi parfaite, infaillible et par essence protectrice des droits et libertés des individus. A l'heure actuelle, le temps est peut être venu d'accepter – à l'image d'autres cours constitutionnelles un entier contrôle du pouvoir constituant dérivé sous peine de laisser les dispositions constitutionnelles fondatrices des valeurs d'un Etat sans protection et de voir renaître la toute-puissance ancienne du Parlement<sup>61</sup>. Si la loi ordinaire doit respecter les exigences constitutionnelles, la loi constitutionnelle doit également respecter les valeurs constitutionnelles essentielles. Ne pas admettre cela conduit à reconnaître encore la simple supériorité de la loi du nombre. En d'autres termes, les amendements constitutionnels votés ne représentent la volonté générale qu'à partir du moment où ils sont conformes aux dispositions intangibles de la Constitution. Le Conseil constitutionnel s'en est peut-être rapidement rendu compte dans la mesure où il retiendra, dans sa décision du 30 juillet 2003, que *“rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle”*<sup>62</sup>. En reprenant une formule proche de celle contenue dans sa décision précitée du 2 septembre 1992, le Conseil laisse le doute subsister en la matière. Nul ne sait, à l'heure actuelle si sa compétence est embryonnaire pour toutes les lois constitutionnelles ou si elle est seulement envisageable pour les seules lois constitutionnelles des temps de crise vis-à-vis desquelles il estimerait son intervention nécessaire. Il est sans doute souhaitable de

---

<sup>61</sup> V. également dans ce sens, O. Beaud, “Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle”, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 27, janvier 2010. V. aussi G. Carcassonne, “Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit”, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.

<sup>62</sup> CC, n° 2003-478 DC, du 30 juillet 2003, cons. 3, Rec., p. 406.

pouvoir freiner un Président de la République par intérim ou un chef d'Etat s'octroyant temporairement tous les pouvoirs dès lors que l'un comme l'autre seraient tentés de modifier la forme républicaine du gouvernement. En revanche, il sera plus difficile d'agir avec efficacité pour faire face à une menace grave et imminente sur l'intégrité territoriale pesant sur le fonctionnement des institutions et sur les valeurs essentielles de la République. L'avenir permettra peut-être aux juges constitutionnels de préciser clairement l'utilité de cette réserve ou de s'en servir véritablement dans le champ de leurs compétences.

### **B. Une protection réalisée par certaines cours constitutionnelles audacieuses**

A l'heure actuelle, il est possible de distinguer les Cours constitutionnelles qui ont admis leur compétence de contrôle des lois de révision de la Constitution sans pour autant l'exercer véritablement de celles qui ont franchi le pas en la matière en n'hésitant pas à les censurer pour méconnaissance des principes constitutionnels intangibles.

Au titre des premières, il est intéressant de mentionner les jurisprudences italienne, allemande et autrichienne<sup>63</sup>. Ainsi, en Italie, les juges constitutionnels, dans un arrêt rendu en 1988<sup>64</sup>, ont reconnu que les lois de révision peuvent être déclarées inconstitutionnelles en raison d'un vice matériel affectant la forme républicaine du gouvernement protégée par l'article 139 de la Constitution, mais aussi – dans le cadre d'une formule plus large et indéterminée – en observation d'une atteinte aux principes qui appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne<sup>65</sup>. La Cour reprendra cette même

---

<sup>63</sup> La Cour constitutionnelle du Mali a également accepté le contrôle des lois constitutionnelles sans les distinguer des lois ordinaires en estimant sa compétence fondée par le rôle de régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics conféré à la Cour par la Constitution. V. Arrêt numéro 01-128 du 12 décembre 2001. Cité par M. Aïdara, préc.

<sup>64</sup> Arrêt numéro 1146 de 1988 de la Cour constitutionnelle. Jurisprudence répétée, au niveau de l'affirmation de principe et sans l'exercice véritable d'un contrôle de constitutionnalité, dans les arrêts numéro 203 de 1989, numéro 35 de 1997, numéro 132 de 2002.

<sup>65</sup> Pour une étude d'ensemble, v. F. Hourquebie, "Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites", [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org), p. 6 et s. V. également, M. Lu-

formulation, en 2004<sup>66</sup>, à l'occasion du contrôle d'une loi de révision tout en estimant que la question de la remise en cause de la forme de gouvernement de type parlementaire était manifestement infondée. De son côté, la Cour constitutionnelle allemande, après avoir procédé à une interprétation stricte de l'étendue de l'intangibilité constitutionnelle de la Loi fondamentale<sup>67</sup>, n'a pas hésité à souligner que "*l'identité constitutionnelle déterminée par l'article 79 alinéa 3 est destinée à prévenir une atteinte au pouvoir constituant du peuple. Aucun organe constitutionnel n'a la compétence de modifier les principes constitutionnels fondamentaux de l'article 79 alinéa 3 et seule la Cour fédérale veillera à cela*"<sup>68</sup>. Enfin, en méconnaissant les décisions de justice et en poursuivant délibérément leur contournement en révisant la Constitution, l'attitude du pouvoir politique majoritaire pourrait être jugée contraire au principe fondamental de l'Etat de droit. Il suffirait, pour cela, que les juges constitutionnels suivent l'exemple de la Cour constitutionnelle autrichienne qui s'est octroyé un pouvoir de contrôle des lois constitutionnelles en l'affirmant<sup>69</sup>.

---

ciani, "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie", Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.

<sup>66</sup> Arrêt numéro 2 de 2004.

<sup>67</sup> V. en ce sens, O. Lepsius, "Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne", Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, numéro 27, janvier 2010. Pour une étude d'ensemble, v. également, M. Fromont, "La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand", RDP n°1, 1er Janvier 2007, p. 89 et s.

<sup>68</sup> Cour constitutionnelle fédérale, arrêt 2 BvE 2/08 et autres, arrêt du 30 juin 2009, Traité de Lisbonne. Cité par O. Lepsius, op. cit.

<sup>69</sup> La Cour constitutionnelle a développé une jurisprudence par laquelle "une loi constitutionnelle créée pour répéter une loi déjà annulée ou pour réduire les compétences de la Cour, peut être considérée comme une violation de l'Etat de droit". V en ce sens, VfSlg 11.756/1988, 11.829/1988, 11.916/1988, 17.156/2004; VfGH 12.12.2002, V 88/00, cité par G. Kucsko-Stadlmayer, "La mise en œuvre des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne", [http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui\\_justicia/07GABRIELLE%20KUCSKO.pdf](http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/07GABRIELLE%20KUCSKO.pdf), p. 6. Elle a, d'ailleurs, contrôlé matériellement les modifications de la Constitution en 2001. V. en ce sens, la décision rendue le 11 octobre 2001 par le VfSlg. G12/00, CODICES: AUT-2001-3-005.

Au titre des secondes, la Cour constitutionnelle turque est sans doute l'une des plus actives en la matière<sup>70</sup>. La protection des principes fondateurs de l'Etat est un sujet central en Turquie<sup>71</sup>. Si leur appartenance au bloc de constitutionnalité ne fait pas de doute puisque la Cour constitutionnelle les utilise comme normes de référence pour le contrôle des lois ordinaires et pour mesurer la nécessité de procéder à la dissolution des partis politiques, la question de leur exploitation pour l'examen des amendements constitutionnels n'a pu être tranchée que par une jurisprudence constitutionnelle audacieuse. En vertu de la Constitution, seul un contrôle formel des amendements constitutionnels – exercé dans un délai de dix jours après la publication de l'acte contesté – peut être déclenché soit par le Président de la République soit par un cinquième des membres de la GANT<sup>72</sup>. Dans cette hypothèse, l'examen réalisé par la Cour, selon l'article 148 de la Constitution, se limite à la vérification du respect des majorités requises pour leur proposition (1/3 au moins des membres de la GANT) et pour leur adoption (3/5<sup>ème</sup> des membres de la GANT). En outre, il est nécessaire que de tels amendements ne soient pas délibérés selon la procédure d'urgence<sup>73</sup>. En conséquence, les lois de révision de la Constitution ne pouvant faire l'objet d'un contrôle au fond, les dispositions inaltérables de la Constitution sont dépourvues de protection spéciale alors que, contrairement à d'autres pays, la Cour constitutionnelle turque n'avait pas hésité à s'ériger en "*gardienne du temple*". La solution retenue par la Constitution de 1982 trouve, en effet, sa justification dans la volonté du constituant de revenir sur une jurisp-

---

<sup>70</sup> La Cour constitutionnelle du Bénin a également censuré une loi constitutionnelle visant à augmenter la durée du mandat des députés avec effet rétroactif. Elle a estimé que la durée du mandat initial est le résultat d'un consensus national consacré dans le Préambule de la Constitution lequel affirme l'opposition du peuple à la confiscation du pouvoir et elle a rappelé le nécessaire respect des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution de 1990 à savoir l'Etat de droit, la démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale. V. DCC 06-074 du 8 juillet 2006, in L. Sindjoun, "Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine", Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 311. Cité par M. Aïdara, préc. V. aussi S. Bolle, "La Cour constitutionnelle du Bénin censure une loi constitutionnelle", in [la-constitution-en-afrique.org](http://la-constitution-en-afrique.org), 25 octobre 2007.

<sup>71</sup> V. I. Ö. Kaboğlu et E. Sales, "Le droit constitutionnel turc, entre coup d'Etat et démocratie", L'Harmattan, 2015, p. 79 et s.

<sup>72</sup> C'est-à-dire 110 députés sur les 550 que comporte la GANT.

<sup>73</sup> Les exigences formelles sont énumérées par l'article 175 de la Constitution de 1982.

rudence constructive antérieure de la Cour constitutionnelle développée sous l'empire de la Constitution de 1961. A l'époque, les amendements constitutionnels pouvaient de la même façon faire l'objet d'un contrôle formel mais celui-ci n'était pas encadré comme il l'est maintenant. En conséquence de ce silence, la Cour s'était octroyée la compétence, par le biais d'un contrôle formel extensif, de contrôler le respect de ce "*noyau dur*" de la Constitution. Le principe philosophique de son activisme judiciaire figurait déjà dans une décision rendue en 1965 lors de l'examen de la constitutionnalité d'une loi ordinaire. A cette occasion, la Cour a souligné, s'agissant de l'article 155 relatif à la révision de la Constitution de 1961, qu'il n'est pas possible de "*penser que l'assemblée constituante qui a rédigé cet article et la Nation qui l'a adopté (...) ont prévu l'abrogation de la Constitution et de l'Etat de droit (...). Le fait que l'article 155 a été adopté pour procéder à des révisions conformes à l'esprit de la Constitution pour amener la société turque à un niveau plus élevé de civilisation est une réalité sans discussion*". En conséquence, il n'est pas envisageable de permettre "*d'atteindre des buts visant au recul de la société turque, à l'anéantissement des droits et libertés fondamentaux et du principe de l'Etat de droit, en un mot visant à supprimer l'essence de la Constitution de 1961...*"<sup>74</sup>. En 1970, elle mettra directement en œuvre cette jurisprudence en censurant une loi de révision de la Constitution<sup>75</sup> en précisant qu'elle est en mesure d'exercer son contrôle à la fois sur le plan formel et sur le plan matériel<sup>76</sup>. Malgré un amendement constitutionnel, voté en 1971, précisant la portée du contrôle formel susceptible d'être réalisé par les juges constitutionnels et visant à contrecarrer la jurisprudence précitée, la Cour a maintenu sa position de principe en la déguisant et en la renforçant. Ainsi, en considérant qu'une disposition constitutionnelle intangible ne peut faire l'objet d'une proposition de modification, les juges constitutionnels ont-ils donné l'impression de limiter l'examen des révisions constitutionnel-

<sup>74</sup> Cour constitutionnelle, E. 1963/173, K. 1965/40, JO du 25 juillet 1967/12656.

<sup>75</sup> Cour constitutionnelle, E. 1970/1, K. 1970/31, arrêt du 16 juin 1970, AYMKD, n° 8, p. 313-340. Dans cette affaire, la Cour a précisé qu'elle était en mesure de contrôler le respect de la forme républicaine du gouvernement en considérant qu'il s'agissait bien ici d'un contrôle formel.

<sup>76</sup> L'affirmation de ce double contrôle sera rapidement réitérée par la suite par la Cour constitutionnelle sans pour autant invalider l'amendement constitutionnel concerné. Cour constitutionnelle, E. 1970/41, K. 1971/37, JO du 17 mars 1972/14131.

les à un simple contrôle formel de leur caractère proposable<sup>77</sup>. En outre, la Cour a estimé que le respect de la forme républicaine du gouvernement relevait de son chef de compétence au même titre que la nécessaire protection des valeurs de la République énoncées à l'article 2 de la Constitution de 1961. Si une proposition de révision constitutionnelle s'avère contraire à ces caractéristiques républicaines, elle viole donc, par la même occasion, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>78</sup>. Sous l'empire de la Constitution de 1982, les juges constitutionnels ont renoué avec cette ancienne jurisprudence en activant efficacement un contrôle au fond en 2008<sup>79</sup>.

En 2008, la loi constitutionnelle n° 5735 a modifié l'article 10 de la Constitution en précisant que "*les organes de l'Etat et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe d'égalité dans toutes leurs actions et dans le bénéfice des services publics*"<sup>80</sup>. Elle a procédé, par ailleurs, à une réécriture de l'article 42 en soulignant que "*l'on ne peut priver une personne de son droit à un enseignement supérieur sous aucun prétexte*" et en ajoutant que "*les limites de ce droit sont fixées par la loi*". A priori, il n'y a rien de choquant dans les formulations ainsi retenues lesquelles ont pour objectif de décliner le principe général d'égalité dans deux domaines classiques du droit constitutionnel à savoir l'égal accès pour tous aux services de l'administration et à ceux de l'éducation. Toutefois, la lecture combinée de ces deux nouvelles dispositions permet aisément de comprendre que l'objectif de la réforme était de faire en sorte que chaque individu, homme ou femme, puisse

---

<sup>77</sup> En utilisant cette formule, la Cour constitutionnelle exerce en réalité un contrôle matériel des amendements constitutionnels. V. en ce sens, Cour constitutionnelle, E. 1973/19, K. 1975/87, JO du 26 février 1976/15511.

<sup>78</sup> Cour constitutionnelle, E. 1976/43, K. 1977/4, JO du 21 avril 1977/15916; E. 1977/82, K. 1977/117, JO du 14 janvier 1978/16169.

<sup>79</sup> Qu'il soit permis de renvoyer ici à E. Sales, "La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque", RDP, 2009, n° 6, p. 1648-1682. Pour une version remaniée et actualisée, v. également, E. Sales, "La laïcité en droit constitutionnel turc", Conférence-débat du CDPC "Laïcité et République", Cycle "Les valeurs du droit public", 10 mars 2016, file:///C:/Users/eric/Downloads/Sales\_Turquie%20(4).pdf. V. également, I. Ö. Kaboğlu, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", Cahiers du Conseil constitutionnel, numéro 27, janvier 2010.

<sup>80</sup> L'ancien article 10 était ainsi formulé: "Les organes de l'Etat et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe d'égalité dans toutes leurs actions".



bénéficier des services publics et donc ne puisse voir son accès à l'enseignement supérieur interdit sous aucun prétexte. Autrement dit, il n'était pas possible de refuser l'accès aux universités aux jeunes femmes voilées car elles portent le foulard<sup>81</sup>. Le “*sous aucun prétexte*” était donc déterminant pour mesurer la finalité poursuivie par l'AKP au travers de cette réforme. Notons au passage qu'il ne s'agit pas de la première tentative dans ce domaine en Turquie. Par exemple, en 1989, une loi avait été votée afin de permettre le port du voile dans l'enceinte universitaire<sup>82</sup>. Censurée par la Cour constitutionnelle pour méconnaissance du principe constitutionnel de laïcité<sup>83</sup>, elle avait alors été remplacée, en 1991, par une nouvelle loi reconnaissant cette fois-ci la liberté vestimentaire dans les universités. Saisie également de ce dernier texte, la Cour avait émis une réserve d'interprétation neutralisante en reconnaissant le caractère constitutionnel de ladite loi en précisant qu'elle ne permet pas toutefois la faculté de porter le foulard dans les établissements d'enseignement supérieur<sup>84</sup>. La formule “*sous aucun prétexte*” avait donc bien pour objectif de contourner les décisions des juges constitutionnels et notamment une jurisprudence protectrice du principe de laïcité par ailleurs considérée comme permettant légitimement l'interdiction du port du voile par la Cour de Strasbourg<sup>85</sup>. Le problème majeur qui se posait à la Cour résidait dans la limitation de sa compétence au contrôle formel des amendements constitutionnels. Toutefois, en acceptant le recours déposé par l'opposition politique<sup>86</sup> contre la réforme constitutionnelle alors que

---

<sup>81</sup> Prise dans l'absolu, cette révision a également pour conséquence de rendre inconstitutionnel l'examen d'accès aux universités puisqu'en opérant une sélection entre les candidats il implique l'exclusion de l'enseignement supérieur de ceux qui ont été recalés. Interprétée de façon extensive, la réforme de la Constitution entraînerait aussi une remise en cause fondamentale du système éducatif turc.

<sup>82</sup> Loi adoptée lorsque le gouvernement était dirigé par l'ANAP dont certains membres ont intégré, par la suite, l'AKP à l'image de Cemil Çiçek, ministre de la justice du gouvernement AKP de 2002 à 2007 et ensuite porte parole du gouvernement.

<sup>83</sup> Cour constitutionnelle, E. 1989/1, K. 1989/12, arrêt du 7 mars 1989, AYMKD (Revue des arrêts de la Cour constitutionnelle), n° 25, p. 133-165.

<sup>84</sup> Cour constitutionnelle, E. 1990/36, K. 1991/8, arrêt du 9 avril 1991, AYMKD, n° 27/1, p. 285-323.

<sup>85</sup> Qu'il soit permis ici de renvoyer à E. Sales, “La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque”, RDP, 2009, n° 6, p. 1649-1682, part., p. 1664 à 1666.

<sup>86</sup> Les 112 députés du CHP.

la publicité des débats parlementaires permettait, à elle seule, de constater préalablement que la révision avait été votée dans des conditions formelles valables, la Cour laissait déjà entrevoir la censure qu'elle préparait. En effet, par sa décision, en date du 5 juin 2008<sup>87</sup>, elle s'est érigée en gardienne des principes intangibles en activant l'article 4 de la Constitution lequel, par sa présence et son contenu, fait des trois premières dispositions du texte fondamental le socle intangible de la Constitution. En interdisant de réviser le triptyque républicain turc et en prohibant toute proposition allant dans le sens de leur modification, cet article donne alors aux juges constitutionnels toute latitude pour dépasser leur compétence d'attribution et pour censurer les amendements constitutionnels par la mise en oeuvre de nouvelles techniques de contrôles. En l'espèce, en procédant à un contrôle des motifs de la révision et à un contrôle au fond, la Cour a pu mettre en évidence l'atteinte portée au principe constitutionnel de laïcité. L'amendement constitutionnel en ajoutant un alinéa à l'article 42 de la Constitution n'étant pas suffisamment explicite, la Cour a recherché, dans un premier temps, l'intention véritable du pouvoir constituant dérivé. Ainsi, et de façon inédite en la matière, les juges constitutionnels se sont appuyés sur les débats de la commission parlementaire chargée de la préparation et de l'examen de la réforme constitutionnelle pour mettre à jour les objectifs réellement poursuivis par le pouvoir en place. De cet examen, il est clairement ressorti que le but recherché était de permettre le port du voile au sein des universités. Plus précisément, il s'agissait de lutter contre la discrimination pesant sur les femmes privées d'études supérieures à cause de leur "coiffure". Ainsi, habilement, la révision constitutionnelle permettait non seulement de contourner la jurisprudence constitutionnelle et administrative assurant la protection du principe de laïcité en prohibant le port du voile dans l'enseignement supérieur, mais aussi la loi procédant à son application offrait la possibilité de réduire à néant la jurisprudence administrative par laquelle le Conseil d'Etat avait refusé d'annuler un règlement intérieur d'université aux motifs qu'il pouvait légalement permettre à l'administration de ne pas délivrer un diplôme à une jeune

---

<sup>87</sup> Cour constitutionnelle 2008/116, du 5 juin 2008, Requête 2008/16, JO du 22 octobre 2008, n° 27032.

filles ayant fourni une photo d'identité sur laquelle elle apparaissait voilée<sup>88</sup>.

Ensuite, avant de procéder à un contrôle au fond des amendements constitutionnels en question, la Cour constitutionnelle a pris la peine, au préalable, de vérifier s'ils étaient proposés. Ce détour astucieux lui a ainsi donné l'occasion de justifier pour l'essentiel l'élargissement de son contrôle. Selon la Cour, la vérification des amendements constitutionnels peut également porter sur les propositions de révisions car en vertu de l'article 4 il n'est pas possible de proposer un amendement qui aurait une incidence sur les trois premiers articles de la Constitution. En conséquence, si une proposition est toutefois votée dans les conditions de majorité requises cela ne permet pas aux parlementaires d'adopter un amendement méconnaissant l'article 4 précité. En effet, ainsi que la Cour le précise, le Parlement, en tant que pouvoir institué, ne saurait dépasser les limites fixées par le constituant. En résumé, cette décision fondamentale est particulièrement éclairante sur le contrôle des propositions de révision. Tout d'abord, une proposition non valide sur le plan formel n'est pas recevable en vertu de l'article 148 de la Constitution. Ensuite, une lecture combinée des articles 148 et 4 de la Constitution, permet également à la Cour d'affirmer qu'un amendement formellement valide ne le rend pas nécessairement proposable dès lors qu'il méconnaît les bornes établies par le pouvoir constituant originaire. A la suite, de cet examen, la Cour s'est livrée à un contrôle du contenu de la révision constitutionnelle en reproduisant des arguments développés dans de précédentes décisions<sup>89</sup>. Pour l'essentiel, et tout en reconnaissant que le port du fou-

---

<sup>88</sup> Arrêt du Conseil d'Etat du 16 octobre 1989 rendu dans l'affaire Karaduman. Pour un rappel des faits, voir Commission EDH, Karaduman c. Turquie, Requête, n° 16278/90, 3 mai 1993, préc.

<sup>89</sup> La Cour a fait référence à sa propre jurisprudence et notamment à sa décision de 1989 sur la loi autorisant le port du voile (Cour constitutionnelle, E. 1989/1, K. 1989/12, 7 mars 1989, préc.), à celle de 1998 concernant la dissolution du Refah (Cour constitutionnelle, E. 1997/1, K. 1998/1, 16 janvier 1998) et à celle de 2001 portant dissolution du Fazilet (Cour constitutionnelle, E. 1999/2, K. 2001/2, 22 juin 2001). Elle s'est appuyée, en outre, sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en citant des extraits de l'arrêt Dahlab contre Suisse de 2001 (Cour EDH, Dahlab c. Suisse, Requête n° 42393/98, 15 février 2001), de l'arrêt concernant le Refah de 2003 (Cour EDH, Refah partisi c. Turquie, Requêtes n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003, et de l'arrêt Leyla Şahin contre Turquie de 2005 (Cour EDH, Leyla Şahin c. Turquie, Requête n° 44774/98, 10 novembre 2005).

lard peut représenter une liberté et un choix personnel, elle a pris le soin de rappeler qu'il constitue surtout un moyen de pression sociale sur celles qui ne le portent pas. En conséquence, il est contraire aux principes constitutionnels de laïcité et d'égalité et risque de nuire à l'ordre public. Si la position des juges constitutionnels turcs peut être jugée excessive dans la mesure où ils se reconnaissent compétents là où la Constitution ne leur confère aucun pouvoir spécifique, la réponse du pouvoir politique majoritaire n'en reste pas moins exagérée car celui-ci est allé jusqu'à faire adopter par le peuple une importante révision constitutionnelle<sup>90</sup> lui permettant de changer la composition de la Cour constitutionnelle afin de renverser sa jurisprudence<sup>91</sup> et de mener à bien sa politique en matière de liberté religieuse.

Dans une décision du 20 septembre 2012, la Cour constitutionnelle a effectivement souligné qu'un "*Etat laïque est celui qui permet de vivre librement sa croyance religieuse dans un contexte approprié*"<sup>92</sup>. Dans la même période, les recteurs d'Universités, nommés par le Président de la République, ont laissé pénétrer dans les campus, puis dans les cours, les jeunes filles voilées. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 5 novembre 2012, a, de son côté, suspendu une réglementation professionnelle, édictée en 1971 par l'Union des barreaux de Turquie, interdisant le port du foulard pour les avocates au motif qu'elle était disproportionnée et sans fondement juridique. Il n'y a effectivement aucune loi interdisant le port du voile par les avocates et l'Union des barreaux n'a pas de compétence en la matière même si une loi<sup>93</sup> lui donne la possibilité de fixer les règles vestimentaires d'exercice de la profession. A donc été retenue une violation de la liberté religieuse des femmes exerçant cette profession libérale. Si la jurisprudence du Conseil d'Etat peut surprendre au regard de ses positions antérieures, elle se justifie sans doute au regard de son légalisme et surtout en raison de la possible remise en cause de ses décisions devant la Cour constitutionnelle depuis la réforme constitutionnelle de 2010 ayant également introduit le recours individuel<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Voir la loi constitutionnelle n° 5982 du 7 mai 2010.

<sup>91</sup> V. E. Sales, "La laïcité en droit constitutionnel turc", préc., p. 17-20.

<sup>92</sup> Décision de la Cour constitutionnelle, du 20 septembre 2012, JO du 18 avril 2013.

<sup>93</sup> Loi n° 1136, article 49.

<sup>94</sup> V. La réforme précitée du 7 mai 2010. En introduisant le recours individuel devant la Cour constitutionnelle pour contester, notamment, les décisions de justice définitives, la réforme constitutionnelle de 2010 permettra aussi de contrôler la jurisprudence des juridictions suprêmes. La position du Conseil d'Etat turc peut donc s'expliquer par

La décision rendue le 25 juin 2014<sup>95</sup> par la Cour constitutionnelle, dans le cadre d'un recours individuel, permet de le mesurer assez facilement. Dans cette affaire où était en cause l'interdiction opposée par l'administration judiciaire à une avocate de plaider voilée devant un tribunal, les juges constitutionnels ont pris le soin de préciser qu'ils n'avaient pas de compétence pour juger de la validité d'une prétention religieuse<sup>96</sup>. En revanche, ils estiment que la requérante a parfaitement établi le lien entre le port du voile et l'expression de sa religion en s'appuyant sur le coran et – élément remarquable – sur les précisions apportées par le Diyanet<sup>97</sup> en la matière. Ainsi, dès lors que la croyance de la personne concernée lui dicte de porter le foulard, toute limitation relative à un lieu déterminé ou au type de vêtement concerné constitue une atteinte à la liberté de religion. La Cour constitutionnelle a reproduit cette jurisprudence, dans une décision du 20 mai 2015<sup>98</sup>, s'agissant d'un contrôle de police effectué à l'entrée d'un Palais de justice à l'occasion duquel il a été demandé à une femme de retirer son "*pardessus*". Alors que celle-ci avait formulé un recours individuel pour violation du droit à un procès équitable, les juges constitutionnels ont pris le soin de requalifier la demande en estimant qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté de conscience et de religion de la requérante. Tout en rappelant qu'ils n'avaient pas de compétence particulière pour juger de la validité d'une prétention religieuse, les juges de la loi ont considéré qu'il avait été établi que ledit vêtement avait un lien avec la croyance religieuse de la victime.

Alors que le règlement sur la tenue et vêtements des travailleurs dans les institutions publiques, en date du 25 octobre 1982, précisait,

---

cette mise sous "tutelle juridictionnelle" ou par une soudaine proximité de la haute juridiction administrative avec les idées politiques de la majorité du moment.

<sup>95</sup> Décision de la Cour constitutionnelle, du 25 juin 2014, Requête 2014/256.

<sup>96</sup> Il est intéressant de souligner que la Cour constitutionnelle mentionne au soutien de cette affirmation une affaire jugée par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1989, Oregon/Smith.

<sup>97</sup> La Direction des affaires religieuses (créée par la loi du 3 mars 1924 et intégrée, par la suite, dans la Constitution de 1961 et dans l'actuelle Constitution de 1982), relevant du Premier ministre, est chargée de s'assurer de la direction des mosquées, de la nomination, de la rémunération et de la destitution des imams et des muezzins. Sa présence démontre que la laïcité reposait à l'origine sur un contrôle de l'Etat sur la religion majoritaire du pays. A l'heure actuelle, l'institution permet de faire remonter dans la sphère étatique les exigences religieuses.

<sup>98</sup> Décision de la Cour constitutionnelle, du 20 mai 2015, Requête 2013/7443, JO du 10 août 2015, n° 29441.

dans son article 5, que les femmes doivent accomplir leurs fonctions avec la tête découverte, une modification en date du 8 octobre 2013 a supprimé cette exigence permettant ainsi le port du voile dans les administrations. Peu de temps auparavant, une décision du Médiateur de la République, rendue le 20 septembre 2013, demandait le retrait d'une sanction disciplinaire infligée à une femme pour avoir travaillé avec le voile dans un commissariat de police. Récemment en 2015, à la suite d'une demande formulée par la Cour de Cassation, le Conseil supérieur des juges et des procureurs a considéré qu'il n'existait aucune interdiction concernant le port du voile par les juges du siège et les membres du parquet. Enfin encore, au début du mois de janvier 2016, le premier ministre a indiqué – au nom de la liberté de conscience – que les officiers qui souhaitent aller prier le vendredi peuvent le faire sans que cela soit considéré comme une perte du temps de travail. En résumé, la liberté de conscience et la liberté de religion des usagers des services publics, des personnes exerçant une profession libérale en lien avec le service public ou encore celles des fonctionnaires priment avant toute chose au nom du principe de la neutralité de l'Etat. Il en résulterait donc pour certains, une nouvelle définition plus libérale de la laïcité turque. Or, il est sans doute étonnant de présenter ainsi ladite évolution pour la bonne et simple raison que la question du port du voile est considérée comme une obligation de nature religieuse... par le Diyanet lui-même ! L'interrogation centrale est donc de savoir ce qu'il reste de la laïcité en tant que principe constitutionnel intangible en Turquie. Un simple mot constitutionnel en perte de sens ou, ce qui revient quelque part à la même chose, une simple barrière de papier.

### **BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

O. Beaud, "La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht" in RFDA, n°6, 1993, p. 1056-1064.

Olivier Cayla, Pasquale Pasquino (sous la direction de), "Le pouvoir constituant et l'Europe", Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", 2011, 122 pages.

M. Fromont, "La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand", RDP n°1, 1er Janvier 2007, p. 89 et s.

B. Genevois, "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant", RFDA, 1998, p. 916.

K. Gözler, "Le pouvoir de révision constitutionnelle", Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, 774 pages.

F. Hourquebie, “Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites”, [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org), p. 6 et s. V.

O. Jouanjan, “La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?” in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 267-287.

I. Ö. Kaboğlu, “Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

I. Ö. Kaboğlu et E. Sales, “Le droit constitutionnel turc, entre coup d’Etat et démocratie”, *L’Harmattan*, 2015, p. 79 et s.

Cl. Klein, “Théorie et pratique du pouvoir constituant”, coll. “Les voies du droit”, PUF, 1996, 217 pages.

Cl. Klein, “Le contrôle des lois constitutionnelles – Introduction à une problématique moderne”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

O. Lepsius, “Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d’Allemagne”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

M. Luciani, “Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 27, janvier 2010.

B. Mathieu, “La supra-constitutionnalité existe-t-elle ?, Réflexions sur un mythe et quelques réalités”, *petites affiches*, 1995, n°29, p. 12 et s.

Rapport de la Commission de Venise sur “L’amendement constitutionnel”, étude 469/2008, CDL-AD(2010)001

M-F. Rigaux, “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, *Lancier*, Bruxelles, 1985, p. 45.

E. Sales, “La protection du principe constitutionnel de laïcité par la Cour constitutionnelle turque”, *RDP*, 2009, n° 6, p. 1649-1682.

C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1928, trad. fr, Paris, PUF, coll. *Quadrige*, rééd. 1993, pp. 151-153.