Hakemli Makale **GSÜHFD**, 2022; 1: 411-445

PROTEGER LA DEMOCRATIE CONTRE LES GOUVERNEMENTS POPULISTES PAR L'INTERMEDIAIRE DES ARTICLES INTANGIBLES DES CONSTITUTIONS(*)(**)

Dr. Öğr. Üyesi **Serkan KÖYBAŞI**(***)

Résumé: Certains juristes et universitaires considèrent que les articles intangibles des constitutions sont contraires à la démocratie. Ils estiment que de tels articles créent une situation anti-démocratique en mettant certaines règles constitutionnelles hors de portée de la majorité populaire à un moment précis. Néanmoins, lorsque nous regardons ces articles intangibles en général, ils protègent souvent les principes et les structures de base sur lesquels les États sont construits. Ces principes suprêmes sont déterminés par le peuple constituant original et, en général, incarnent des valeurs démocratiques comme la forme républicaine de gouvernement ou les droits de l'homme fondamentaux. Par conséquent, la volonté de la majorité à un moment précis de ne pas être lié par ces principes signifie en fait qu'ils ont des tendances anti-démocratiques. Alors que les gouvernements populistes augmentent l'oppression et les discours discriminatoires envers l'opposition et les minorités, les articles intangibles pourraient plutôt être considérés comme des outils constitutionnels significatifs pour aider la démocratie libérale à survivre, plutôt qu'un moyen d'affaiblir la démocratie. Mais bien sûr, la fonction des articles intangibles dépend de la question de savoir si les cours constitutionnelles du monde entier trouvent en eux le pouvoir de les protéger et utilisent activement ce pouvoir dans leurs décisions.

Mots clés: Articles Intangibles, Cour Constitutionnelle, Démocratie, Populisme, Droits De L'Homme, Supra-Constitutionnalité, Amendement Constitutionnel, Principe De Mutabilité Constitutionnelle, Constitutionnalisme.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 07.12.2022 - Makale Kabul Tarihi: 13.06.2022.

(**) Cet article est une version révisée et mise à jour d'un travail présenté au IXème Congrès Mondial de Droit Constitutionnel organisé par l'Association International de Droit Constitutionnel et l'Institut de Droit Public et International de l'Université d'Oslo du 16 au 24 juin 2014 à Oslo. Remerciement à Dr Tolga Bilener de l'Université de Galatasaray pour la double relecture.

(***) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı (ORCID no: 0000-0002-9681-8602; *serkan.koybasi@law.bau.edu.tr*).

POPÜLİST İKTİDARLARA KARŞI DEMOKRASİYİ ANAYASALARDAKİ DEĞİŞMEZ MADDELER ARACILIĞIYLA KORUMAK

Öz: Anayasalardaki değişmez maddeler bazı hukukçu ve düşünürler tarafından demokrasiye aykırı olgular olarak görülmektedir. Bunun nedeni, genel olarak, belli bir dönemdeki halk çoğunluğunun değiştiremeyeceği anayasal kurallar olmasının anti-demokratik bir durum yarattığı iddiasıdır. Genelde değişmez maddelere bakıldığında bunların, devletlerin üzerine kurulduğu ilkeleri ve temel yapıyı koruduğu görülmektedir. Söz konusu ilkeler, o devleti kuran aslî kurucu halkın belirlemiş olduğu üstün ilkelerdir ve genelde hükûmetin cumhuriyetçi yapısı veya temel insan hakları gibi demokratik değerleri içermektedir. Bu nedenle, belli bir dönemdeki çoğunluğun bunlarla bağlı olmama isteği aslında anti-demokratik eğilimleri olduğunu göstermektedir. Özellikle popülist iktidarların muhalefet ve azınlıklara yönelik baskıyı artırdığı ve ayrımcı söylemden beslendiği bir dönemde değişmez maddeler anti-demokratik değil, bilakis liberal demokrasinin ayakta kalmasına destek veren önemli anayasal araçlar olarak kabul edilebilir. Ancak elbette bu işlevi görebilmeleri, çeşitli ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin kendinde değişmez maddeleri koruma yetkisi bulması ve bu yetkiyi kararlarında aktif olarak kullanmasına bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: Değişmez Maddeler, Anayasa Mahkemesi, Demokrasi, Popülizm, İnsan Hakları, Anayasa-Üstülük, Anayasa Değişikliği, Anayasaların Değişebilme İlkesi, Anayasalcılık.

PROTECTING DEMOCRACY AGAINST POPULIST GOVERNMENTS THROUGH UNAMENDABLE ARTICLES OF CONSTITUTIONS

Abstract: Some lawyers and scholars see unamendable articles in constitutions as contradict to democracy. They reason that such articles create an anti-democratic situation by putting certain constitutional rules out of the reach of the popular majority at a specific time. Nonetheless, when we look at these unamendable articles in general, they often protect the principles and basic structures on which states are built. These supreme principles are determined by the original constituent people and, in general, embody democratic values like the republican form of government or fundamental human rights. Therefore, the will of the majority at a specific time to not to be bound by these principles in fact means that they have anti-democratic tendencies. As populist governments increase oppression and discriminatory discourse towards the opposition and minorities, unamendable articles could

instead be considered as meaningful constitutional tools to help liberal democracy stay alive, rather than a means to weaken democracy. But of course, the function of unamendable articles depends on whether constitutional courts around the world find in them the power to protect them and use this power actively in their decisions.

Keywords: Unamendable Articles, Constitutional Court, Democracy, Populism, Human Rights, Supra-Constitutionality, Constitutional Amendment, Constitutional Mutability Principle, Constitutionalism.

INTRODUCTION

Il existe plusieurs Etats dont la constitution contient un ou plusieurs articles intangibles.[1] Parmi eux, certains Etats ont connu ou connaissent encore des problèmes en matière de démocratie ou de droits de l'homme. Il s'agit notamment des Etats africains, et même à une époque de certains Etats démocratiques et développés comme l'Allemagne, l'Italie et la France. On peut alors parler d'une variété de parcours historique, de culture, de langage et de religion parmi les Etats qui ont des articles protégés d'éventuelles altérations dans leur constitution. Mais ces Etats ont aussi des points communs. Par exemple, la plupart de ceux-ci ont connu des périodes populistes dans leur histoire et ensuite leurs peuples ont compris que le pouvoir constituant dérivé devait être limité par des articles intangibles, afin d'éviter que l'histoire se répète. L'Allemagne dont la constitution écrite après la IIème Guerre Mondiale en 1949 contenant un article intangible qui empêche le pouvoir constituant dérivé de changer, parmi les autres, la structure d'Etat de fédérale à unitaire, ce qu'il avait été fait par Adolf Hitler, juste après sa succession au pouvoir, par la réquisition *de facto* du système de *Gau* au lieu du *Länder,* qui ont continué à exister pendant l'ère des Nazis mais perdu leurs pouvoirs régionaux[2], est un excellent exemple à ce type de précautions contre la répétition de l'histoire.

---

1 Selon nos recherches, le 09.11.2020, parmi les Etats qui sont membres des Nations Unis, il existait 60 Etats dont la constitution contient un ou plusieurs articles intangibles: l'Afghanistan, l'Algérie, l'Allemagne, l'Angola, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, Bahreïn, le Benin, la Bosnie-Herzégovine, le Brésil, le Burkina Faso, le Burundi, le Cambodge, le Cameroun, le Cape Verdet, Chypre, le Congo, le Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, l'Equateur, la France, la Dominique, l'El Salvador, la Grèce, le Guatemala, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Honduras, l'Iran, la Jordanie, le Kosovo, le Koweït, la République Tchèque, les Iles de Comores, le Luxembourg, le Mali, le Maroc, la Moldavie, la Mauritanie, la Namibie, Nauru, le Niger, la Norvège, le Portugal, la République centrafricain, la Roumanie, le Rwanda, le Sénégal, la Somali, le Tadjikistan, le Tchad, la Thaïlande, le Togo, la Tunisie, le Turkménistan, la Turquie, le Timor oriental et l'Ukraine.

2 CAPLAN Jane, **Hitler Almanyası 1933-1945**, İnkılap, İstanbul, 2012, s. 72.

L'élimination des pouvoirs de l'organe législatif devant le gouvernement pendant le 20e siècle, phénomène que l'on appelle «la chute du parlement»,[3] a détruit l'équilibre entre différents pouvoirs. Surtout par l'intermédiaire des partis politiques disciplinés, non seulement dans les régimes parlementaires, mais aussi dans ceux présidentiels la majorité parlementaire sortante des élections forme l'organe exécutif par lequel elle est aussi dominée. C'est pour cela, le parlement ne peut plus être considéré comme un organe balançant l'exécutif, mais seulement comme un organe d'approbation du gouvernement sans discussion. Ceci est généralement qualifié de la fin de la séparation des pouvoirs. Les médias, les organisations non-gouvernementales et le respect de l'opposition ont établi un nouvel équilibre dans les Etats plus démocratiques où les libertés de penser et de s'exprimer sont encore respectées, comme aux Etats-Unis ou bien dans les pays occidentaux; mais dans les régimes populistes et autoritaires, puisque ces éléments sont oppressés, l'organe exécutif a trouvé un champ politique sans aucune limite comme en Turquie, en Russie ou bien en Hongrie; sauf peut-être si l'on ne compte pas les limites qu'il rencontre face à la constitution et surtout à la cour constitutionnelle. Par exemple en Turquie, surtout après l'introduction du système du gouvernement présidentiel en 2017, qui est en effet un système super-présidentiel unifiant les pouvoirs de l'organe exécutif chez le Président et éliminant l'effet du parlement dans le système, la Cour Constitutionnelle est devenue le seul espoir des partis politiques pour l'annulation des normes anticonstitutionnelles et des individus pour la compensation des violations de leurs droits et libertés. Les chiffres des applications individuelles qui augmentent régulièrement montrent clairement ce phénomène: en 2017, 610 applications; en 2018, 3,442 applications; en 2019, 7,776 applications et en 2020, 25,674 applications furent introduites devant la Cour.[4]

Dans un régime où il n'existe aucune limite pour le gouvernement, les droits de l'homme figurent toujours au plus haut de la liste des «espèces en danger». Contre un gouvernement populiste qui domine l'exécutif et le pouvoir législatif, le garde-fou est la Cour constitutionnelle qui se penchera sur la protection des droits de l'homme par l'intermédiaire de la

---

3 HEYWOOD Andrew, **Politics**, Palgrave, 4th edition, New York, 2013, s. 326.

4 Le rapport annuel de la Cour Constitutionnelle de 2020, p. 210, https://anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (visité le 27.04.2022)

suprématie de la constitution, parce que le parlement ne peut plus jouer dans ce cas son rôle historique d'empêcher le(s) gouverneur(s) de ne pas respecter les droits naturels de l'homme. Alors, le seul pouvoir qui pourrait arrêter l'organe exécutif de créer un Etat autoritaire serait judiciaire, notamment la cour constitutionnelle. C'est pour cela que les populistes n'aiment pas le constitutionalisme qui les empêche par l'intermédiaire des cours nationales et internationales d'agir comme ils veulent sans respecter rien. Mais parfois, même les constitutions peuvent être incapables d'y parvenir. Le populisme suggère que rien ne peut surpasser la volonté du peuple.[5] Un gouvernement qui bénéficie d'un soutien assez puissant dans le parlement peut aussi réviser la constitution afin de contourner l'obstacle du contrôle de constitutionnalité. Cependant, si celle-ci contient des articles intangibles sur les droits de l'homme ou bien sur les principes démocratiques, alors la cour constitutionnelle peut établir l'équilibre perdu pour faire survivre les droits de l'homme au fur et à mesure qu'elle les utilise activement pendant le contrôle de constitutionnalité des révisions constitutionnelles. On peut penser sur ce point à l'intangibilité de la Loi Fondamentale d'Allemagne qui protège la dignité humaine et les droits de l'homme entre les articles 1 et 20. Un pays qui a causé la mort des millions de gens dans des conditions atroces sous un gouvernement populiste et autoritaire pendant la II. Guerre Mondiale a voulu empêcher la répétition d'une telle chose à travers les articles intangibles.

Non seulement la première partie du siècle précédent mais aussi les premières années du 21e siècle sont marquées par le populisme. Dans plusieurs pays, les gouvernements contre l'ordre établi, en utilisant des politiques divisant la société en deux camps, «nous» la nation et «les autres»,[6] ont gagné le pouvoir pour un certain moment ou bien sont encore au pouvoir. Parmi eux se trouvent les Etats-Unis, le Royaume-Uni la Russie, la Hongrie, la Pologne, le Venezuela et la Turquie. On y voit des gouvernants et des gouvernements qui voudraient bien se débarrasser des encadrements constitutionnels et sont à la recherche d'une souveraineté sans limitation. Par conséquent, l'importance et la valeur des articles intangibles dans les constitutions et le rôle des cours constitutionnelles sont de plus en

---

5 SCHOLTES Julian, «The Complacency of Legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», **EUI Working Paper** Law 2018/07, ISSN 1725-6739, https://ssrn.com/abstract=3127402 (Consulté le 26.10.2020), p. 2.

6 MÜLLER Jan-Werner, **Popülizm Nedir?**, 4. baskı, İletişim, İstanbul, 2020, p. 13 et 36-41.

plus compréhensibles.[7] Dans la première partie de cet article dont le but est la contribution à cette discussion, l'intangibilité va être proposée comme un moyen à utiliser contre les gouvernements populistes afin de limiter leurs pouvoirs dans une ère de concentration des pouvoirs au sein de l'organe exécutif. Cette fonction, outre celles classiques comme représenter la volonté du pouvoir constituant original, protéger la structure de l'Etat ou bien le régime politique, va être considérée comme une nouvelle fonction des articles intangibles, dans la deuxième partie.

I. L'INTANGIBILITE COMME UN ELEMENT DE LA DEMOCRATIE PLURALISTE

La démocratie moderne exige la protection de la pluralité.[8] Au 21e siècle, l'opposition et les minorités sont considérées comme étant aussi importantes que la majorité pour la survie de la démocratie. Par conséquent, le vrai combat pour assurer cette survie est de délimiter la majorité. Surtout dans une période de populisme ascendant depuis le début du 21e siècle, laquelle n'accepte pas l'autorité du droit, la protection de l'opposition et des minorités est plus cruciale que jamais. Les populistes ne considèrent pas le droit public comme étant légitime, parce qu'ils pensent que la volonté du peuple prévaut à tout, voire à la constitution.[9] Sur ce point, les articles intangibles de la constitution, qui jouent un rôle de conservation[10] peuvent ériger des obstacles incontournables devant les gouvernements populistes qui désirent un pouvoir illimité.

1. Délimiter la majorité par la Constitution

La réapparition de la démocratie antique dans les temps modernes a provoqué de gros problèmes parce que nous ne vivions plus dans les Etats-cités

---

7 Pour les contributions remarquables les plus récentes voir: ROZNAI Yaniv, **Unconstitutional Constitutional Amendments,** Oxford University Press, New York, 2017; SUTEU Silvia, **Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism**, Oxford University Press, New York, 2021; **An Unamendable Constitution?,** ed. ALBERT Richard - EMRAH ODER Bertil, Springer, Cham, 2018.

8 La pluralité signifie la possibilité d'exister pour les minorités dans les mêmes circonstances que la majorité. Selon ce point de vue, exiger la limitation de la majorité afin de ne pas détruire la pluralité, donc la démocratie, ne peut pas être considéré comme "la tyrannie de la minorité contre-majoritairienne". Pour un regard contraire voir: ALBERT Richard, «Constitutional Handcuffs», **Arizona State Law Journal**, No. 42, January 2010, p. 664.

9 SCHOLTES, p. 3.

10 Selon la catégorisation de Richard Albert. Voir: ALBERT, pp. 678-698.

avec des millions d'habitants. Même Jean-Jacques Rousseau, partisan de la démocratie directe dans le *Contrat Social*,[11] avait ensuite accepté la nécessité de recourir à la représentation, même s'il l'a décrite comme une procédure du mandat impératif.[12] Après la Révolution française de 1789, Sieyès a eu la main haute avec sa théorie de la démocratie représentative.[13] Toutefois, on a cette fois-ci besoin d'une autre chose: délimiter la majorité pour la démocratie.

A. Le soutien du régime démocratique

La démocratie moderne exige que tout projet accepté par le parlement reflète le choix de la majorité, mais toutes les actions ne constituent pas une «loi». Cette dernière prend sa vraie valeur si et seulement si elle respecte la constitution, parce que la volonté ultime du peuple est déclarée pas seulement par la loi mais aussi par la constitution. De ce fait, la volonté des représentants reste obligatoirement secondaire / subsidiaire et elle doit être conforme à la volonté du peuple, telle qu'annoncée dans la constitution[14].

Le pouvoir constituant originaire, en d'autres termes, la volonté qui crée la constitution, selon Hans Kelsen, n'est pas seulement un pouvoir juridique mais politique[15] et les décisions politiques portent une valeur, au cas où il existe une institution protectrice ou régulatrice ayant la capacité de faire le contrôle de conformité constitutionnelle. De nos jours, la légitimité d'une décision ne découle pas seulement du fait d'être acceptée par une majorité démocratiquement élue, mais aussi de la conformité aux restrictions déterminées par la constitution.[16]

---

[11] ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Betik, İstanbul, 2004, p. 43.

[12] CRIGNON Philippe, «La Critique de la Représentation Politique Chez Rousseau», **Les Etudes philosophiques**, 2007/4 No. 83, p. 496.

[13] ESMEIN Adhémar, **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé**, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et Du Journal du Palais, Paris, 1909, pp. 260-263.

[14] ROUSSEAU Dominique, **La Justice Constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, Paris, 1992, p. 44.

[15] LOUGHLIN Martin, «On Constituent Power» *in* Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson, **Constitutionalism Beyong Liberalism**, Cambridge University Press, 2016, p. 157, cité par: SCHOLTES, p. 5.

[16] FAVOREU Louis, «De la Démocratie à l'Etat de Droit», **Le Débat**, no. 64, 1991, p. 162. Cependant, ALBERT pense que le constitutionnalisme est une attaque aux principes les plus fondamentaux de la démocratie: le pouvoir de se définir et se redéfinir et de former et reformer les contours de l'Etat. Voir: ALBERT, p. 673. Il prétend même, dans les pages suivantes, qu'une constitution n'est pas une vraie constitution si elle n'offre pas aux citoyens la possibilité de se redéfinir par l'intermédiaire des révisions constitutionnelles. ALBERT, p. 676.

Il n'est plus suffisant, de nos jours, pour les gouvernés, seulement d'élire leurs représentants par l'intermédiaire des voies démocratiques. Il faut aussi contrôler ces derniers après les élections. L'examen de constitutionnalité des lois constitue un de ces moyens de contrôle.[17] Parallèlement, l'intangibilité est la quintessence du constitutionnalisme et donc, aucune majorité, même unanime, et aucun référendum, ne peut légitimer la violation du noyau non-modifiable de la constitution.[18]

L'Allemagne est un exemple historique important dans ce cadre. Hans-Ulrich Evers affirme que la restriction prévue dans l'article 79/3 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne est une réponse à l'expérience d'avoir écarté la Constitution de Weimar en utilisant des pratiques «légales».[19] Le cauchemar de Weimar a ainsi montré que le déni du constitutionnalisme libéral pourrait être obtenu par l'intermédiaire des moyens formels légaux.[20] Le normativisme peut être considéré comme la base des processus de constitutionnalisation qui ont eu lieu au cours des dernières décennies. La positivisation des droits et l'établissement de l'ordre transnational européen sont les deux exemples les plus éminents de ces processus. La positivisation des droits dans les ordres constitutionnels nationaux après la Seconde guerre mondiale, en réaction aux horreurs du totalitarisme, s'inscrivait dans le projet de retirer de la sphère politique certaines parties de la vie publique jugées «intouchables».[21]

Les rédacteurs de la Loi fondamentale allemande ont estimé que si une disposition intangible dans la Constitution de Weimar avait existé, Hitler aurait dû ouvertement violer la Constitution avant de prendre virtuellement le pouvoir dictatorial. Grâce au respect traditionnel d'ordre et de légalité du peuple allemand, cela aurait pu faire une différence.[22] Par conséquent, l'intangibilité et sa mise en vigueur institutionnelle peuvent donner du temps

---

17 FAVOREU, pp. 161-162.

18 FARAGUNA, Pietro, «Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience», **European Journal of Law Reform**, Issue 3, 2019, p. 344.

19 Cité par KLEIN Claude, «**Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996, p. 109.

20 FARAGUNA, pp. 329-330.

21 SCHOLTES, p. 6. ALBERT, p. 667.

22 FOX GH / NOLTE G, «Intolerant Democracies», **Harvard International Law Journal**, 36: 1, 1995, pp. 1, 19 cité par: ROZNAI Yaniv, «Necrocracy or Democracy ? Assessing Objections to Constitutional Unamendability», *in* **An Unamendable Constitution ?**, éd. ALBERT Richard et ODER Bertil Emrah, Springer, 2018, p. 44.

additionnel au peuple pour reconsidérer leur support pour un changement contraire à leurs valeurs fondamentales, entravant ainsi la victoire des mouvements révolutionnaires.[23]

Le droit constitutionnel constitue un frein et un équilibre à la majorité parlementaire ainsi qu'un moyen de protection de la minorité et de l'opposition. En réalité, c'est l'Etat de droit, démocratique et libéral qui est protégé.[24] Cependant, il est assez fréquent de voir des chercheurs dire que, l'annulation par les cours constitutionnelles des lois et des modifications constitutionnelles acceptées par les majorités démocratiquement élues est «contraire à la démocratie».[25] Cependant, il faut accepter qu'un gouvernement qui se plaigne des obstacles constitutionnels, refuse alors de travailler dans le cadre de l'Etat constitutionnel.[26] La responsabilité de la cour constitutionnelle qui déclare la volonté du peuple fondateur, est d'empêcher la violation de la constitution et d'obliger les pouvoirs qui exercent la souveraineté à agir conformément au droit. Naturellement, la protection des articles intangibles qui constituent le noyau dur de la volonté du peuple constituant fait partie de ce devoir.

B. Le rôle des articles intangibles à l'ère de la chute du parlement

Les constitutions peuvent être révisées souvent par des majorités parlementaires plus larges que celles nécessaires pour l'adoption de simples lois. C'est pourquoi, malgré le besoin d'avoir des majorités qualifiées, la constitution offre quasiment toujours une garantie seulement relative pour les droits et libertés fondamentaux. Ainsi, puisqu'ils interdisent toute modification les articles intangibles constituent des garde-fous indépendants de l'importance de la majorité parlementaire. Ils assurent donc une protection absolue contre d'éventuelles majorités populistes.[27]

---

[23] ACKERMAN B, **We the People: Foundations**, Harvard University Press, Cambridge, 1993, pp. 20-21, cité: ROZNAI, p. 44.

[24] DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, p. 295.

[25] Comme un exemple proéminent, voir: ALBERT, p. 667. Une liste non-exhaustive des auteurs contre l'intangibilité qui l'acceptent comme «la main morte des ancêtres» peut être trouvée dans l'article de ROZNAI. Voir: ROZNAI, pp. 32-33.

[26] DİKMEN CANİKLİOĞLU, p. 295.

[27] C'est vrai que, comme ALBERT le pointe, "l'intangibilité préservative est ancrée dans une philosophie de l'interprétation constitutionnelle en vertu de laquelle cette ancrage doit être interprétée à travers le point de vue des rédacteurs indépendamment de tout changement socio-

Le gouvernement, surtout dans les régimes parlementaires mais aussi dans la plupart des régimes présidentiels par l'intermédiaire de la discipline partisane, reléguant le législatif à un rôle d'apposer un tampon, convertit son programme politique aux lois par le biais de la majorité. Cette transformation observée dans la pratique du pouvoir normatif et sur la balance des pouvoirs met les cours constitutionnelles en confrontation, non pas avec le pouvoir législatif comme il est normalement attendu, mais avec le pouvoir exécutif. L'augmentation de la popularité de la juridiction constitutionnelle est donc un résultat de l'effondrement de la démocratie représentative.[28]

Aujourd'hui, il est admis que la majorité n'est pas l'unique condition de la démocratie mais elle en est qu'un moyen intermédiaire: le principe de la majorité dérivée de la souveraineté du peuple de Rousseau et la souveraineté de la Nation de Sieyès, ne veulent nullement dire une souveraineté illimitée et arbitraire de la majorité. Au contraire, il est conçu comme la formule d'une exécution majoritaire respectueuse des droits de la minorité.[29]

De ce fait, restreindre les révisions ou former des mécanismes garantissant le principe du pluralisme ne doivent pas être entendus comme la neutralisation des processus démocratiques, mais ils doivent au contraire, être appréhendés comme des garanties renforçant le principe de pluralisme.[30]

Il est évident que les articles intangibles constituent des restrictions et la cour constitutionnelle est au cœur du mécanisme qui prend ces restrictions sous garantie. Les articles et principes intangibles empêchent le despotisme de la majorité et deviennent, par le biais de la cour constitutionnelle, un instrument protégeant le pluralisme, un des caractéristiques les plus importants de la démocratie contemporaine.

---

politique pouvant justifier de s'écarter de cette vision fondatrice». ALBERT, p. 679. Mais ce qui manque chez ALBERT est l'analyse de la substance des articles intangibles. Si l'intangibilité protège les principes de démocratie et les droits de l'homme, ce qui est le cas dans plusieurs exemples, alors quel changement sociopolitique peut nous obliger à réviser ces articles, un gouvernement populiste qui veut supprimer la pluralité et la démocratie ? Dans ce cas, il ne faut pas reprocher les articles intangibles comme des menottes constitutionnelles mais il faut être reconnaissant de les avoir dans la constitution. Dans ce sens: ROZNAI, p. 37.

28 DİKMEN CANİKLİOĞLU, pp. 257-258.

29 DİKMEN CANİKLİOĞLU, p.194.

30 Ibid.

2. L'importance des articles intangibles dans la conception de la démocratie contemporaine

Les articles intangibles des constitutions sont parfois considérés comme des obstacles devant la démocratie puisqu'ils empêchent la révision de quelques dispositions ou de principes malgré la volonté de la majorité dans le parlement. Il faut quand même voir que cette interprétation de la démocratie est désormais assez archaïque. Comme on l'a vu ci-dessus, la majorité du parlement n'est qu'une partie intégrante de l'organe exécutif. La démocratie s'est transformée et cette réalité a confié aux articles intangibles une nouvelle tâche: La survie de la démocratie.

A. Le reflet du changement de la démocratie sur les articles intangibles

Le contenu de la notion de démocratie continue de changer. Une démocratie définie seulement par des élections organisées à d'intervalles précises n'est plus pertinente aujourd'hui. Désormais, une démocratie est ce mode de gouvernement dans lequel la participation populaire devient plus importante, le contrôle par le peuple plus fréquent. Aussi, on avance vers une forme de démocratie par laquelle le peuple peut participer directement au processus de prise de décisions. Il ne s'agit pas de la "démocratie directe" mais d'une démocratie "participative" où le peule participe continuellement à la formation des décisions par le biais des médias, des réseaux sociaux et éventuellement de la "Rue". C'est pour cette raison que l'on utilise la qualification de «démocratie délibérative»[31] ou bien celle de «démocratie continue»[32], ce qui permet de distinguer cette version moderne de la démocratie de celle plus archaïque.

Les institutions établies à travers les élections, sont des moyens déficients de la démocratie parce qu'elles ne peuvent pas créer des opportunités réelles, afin de jouer une influence efficace sur la production de politique des citoyens.[33] Une démocratie puissante est définie par une politique participative: plus exactement, elle exige *l'auto-administration* des

---

[31] Voir: ELSTER Jon, **Deliberative Democracy**, Cambrige University Press, Cambridge, 1998; DRYZEK John S., **Deliberative Democracy and Beyond - Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

[32] Voir: ROUSSEAU Dominique, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

[33] BUDGE Ian, **The New Challenge of Direct Democracy**, Polity Press, Cambridge, 1996; cité par: BOEDELTJE Mijke / CORNIPS Juul, "Input and Output Legitimacy in Interactive Governance", NIG Annual Work Conference working paper, Rotterdam, 2004, http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf (consulté le 01.12.2020), p. 4.

citoyens plutôt que *l'administration représentative* au nom de ces derniers. L'auto-administration est mise en pratique par le biais des institutions établies afin de faciliter la participation continue des citoyens aux processus du développement de l'ordre du jour, de la discussion, de la législation et de faire de la politique.[34] Le socle, dans une démocratie s'appuyant sur l'auto-administration ou d'une constitution qui s'y associe, est le citoyen et les droits et libertés fondamentaux.

Les constitutions aménagées par une appréhension ancienne de la démocratie dédient une importante partie de leur existence à prendre le pouvoir du peuple pour régulariser et légitimer l'existence et l'expression des représentants et par ricochet le silence et la non-existence des représentés.[35] Cette conception de démocratie représentative qui accorde plus d'importance à la volonté des représentants que celle du peuple n'est plus satisfaisante aujourd'hui. C'est une nécessité que les constitutions actuelles soient modifiées avec une nouvelle appréhension, avec la volonté d'aboutir à une démocratie plus participative et il faut insérer des mécanismes nouveaux qui serviront le peuple, pour que celui-ci participe de plus en plus directement aux processus de prise de décision. Les articles et les principes intangibles ont une fonction importante pour la continuité de la démocratie. Il s'agit de protéger la volonté du peuple constitutif contre les représentants. C'est pour cela que l'intangibilité et sa mise en vigueur ne doivent pas être vues comme des obstacles empêchant la délibération sur un sujet «non-modifiable», mais comme des moyens de participation démocratique de haut-niveau pour certains changements. Si elle est comprise de cette manière, la doctrine de l'intangibilité constitutionnelle peut être considérée comme le gardien du *pouvoir constituant original* du peuple.[36] Le contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour constitutionnelle sur cette intangibilité avec une interprétation démocratique et libérale consistera en une garantie contre les gouvernements populistes et oppressifs.

Tout de même, Dominique Rousseau admet le contrôle de constitutionalité effectué par la Cour constitutionnelle comme une méthode

---

34 BARBER Benjamin, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995, pp. 195-196.

35 ROUSSEAU Dominique, "De la Démocratie Continue", *in* **La Démocratie Continue**, sous la direction de ROUSSEAU Dominique, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995, p. 6.

36 ROZNAI, p. 53.

de contrôle du peuple sur les gouvernants hors des élections. Selon lui, «*la démocratie continue, dépasse la notion de la représentation, élargit et transforme la sphère de la participation du peuple en développant des méthodes nouvelles pour les idées de faire un travail politique: Le contrôle effectif et continu des gouvernants hors les temps des élections. Le plus fort de ces contrôles continus potentiels est le juge constitutionnel*»[37]. Il serait évident d'accepter qu'un des éléments de ce contrôle qui rend la démocratie plus participative est le contrôle des révisions constitutionnelles inconstitutionnelles.

Du point de vue des principes fondamentaux de l'Etat, La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), dans certains arrêts sur la dissolution des partis politiques visant la modification des articles intangibles de la Constitution turque, fait une distinction, entre les principes fondamentaux strictement liés aux caractéristiques et à la protection du régime démocratique et ceux qui ne le sont pas.[38] La Cour EDH déclare que, les principes énoncés dans le premier group sont acceptés par la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) et il ne serait nullement possible de protéger les autres dispositions de la Convention EDH sans leur existence et que, les Etats parties peuvent limiter, à ces fins, la liberté d'expression et la liberté d'association et de réunion. En contrepartie, la discussion ou l'expression de la volonté d'une modification est entendue sous la garantie de la liberté d'expression et de l'association.[39]

Partant, aux termes de la Cour EDH, l'existence d'un article intangible est légitime si ce dernier est strictement lié à la protection des caractéristiques du régime démocratique et la restriction de modification de ces articles ne constitue pas une violation de la liberté d'expression ou d'association. Il est concevable, par la présente, que la Cour tolère tacitement, l'existence de ces articles dans les constitutions, pour la protection du régime démocratique. En effet, la Cour décide ainsi que, démêler une discussion sur ces articles, même ceux qui sont strictement liés aux principes du régime démocratique, conduits par les partis politiques,

---

37 ROUSSEAU, "De la Démocratie...", p. 16.

38 Comme exemple voir: Refah Partisi c. Turquie (Grande Chambre), No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, date: 13.02.2003, § 93.

39 UYGUN Oktay, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri», *in* **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, p. 723.

n'est guère protégé par la Convention parce qu'elle peut nuire à la démocratie.[40]

En guise de conclusion, il s'agit que, les articles et les principes intangibles, garants de la démocratie et des droits et des libertés fondamentaux, démocratiquement déterminés par le peuple fondateur pour le bien-être de la société, constituent un mécanisme effectif vis-à-vis des majorités dans des parlements et de l'exécutif afin d'empêcher leurs comportements arbitraires. Selon Klein, «*il serait certes préférable de mettre des articles intangibles spéciaux dans des constitutions nouvelles. Ils accomplissent une fonction importante dans certaines limites à moins que leur effectivité ne soit pas exagérée*»[41].

L'application conforme à la démocratie de ce mécanisme effectif et fonctionnel serait assurée par l'interprétation de la cour constitutionnelle. Cette dernière, garante de l'institution de l'intangibilité, doit garder un équilibre très fragile, d'une part en respectant les décisions des représentants légitimes élus par le peuple, et d'autre part, en protégeant les principes et les droits et libertés fondamentaux déterminés encore par ce dernier.

B. La protection de la constitution contre la majorité parlementaire

La conception de «la violation de la constitution» est le résultat de sa suprématie. Les pouvoirs ayant une autorité limitée peuvent violer la constitution au fur et à mesure qu'ils veulent prolonger leur politique arbitraire. C'est cela qui crée le conflit entre l'autorité des gouverneurs et les droits des citoyens. L'augmentation des privilèges des gouvernants contre la restriction des droits des citoyens a forcé les législateurs à la rédaction des constitutions.[42] Par conséquent, Bülent Tanör affirme qu'il existe une corrélation directe entre la rigidité et la suprématie des constitutions: «La fermeté est la raison mais dans le même temps elle en est la conclusion de la suprématie des constitutions. Les constitutions deviennent strictespuisqu'elles contiennent des règles suprêmes et leur suprématie est

---

40 Regarder comme exemple: Türkiye Birleşik Komünist Partisi et les autres c. Turquie, dossier no: 19392/92, décision: 30.01.1998, § 55-56; Sosyalist Parti et les autres c. Turquie, dossier no: 21237/93, décision: 25.05.1998, § 47; Özgürlük ve Demokrasi Partisi c. Turquie, dossier no: 23885/94, décision: 8.12.1999, § 41; Refah Partisi c. Turquie (Grande Chambre), dossier no: 41340/98, décision: 13.02.2003, § 117-129.

41 KLEIN, p. 204.

42 TURPIN Dominique, **Contentieux Constitutionnel**, Paris, PUF, 1986, p. 9.

soulignée puisqu'elles sont rigides.»[43] Les articles intangibles se constituent, dans le cadre de la suprématie des constitutions, le noyau dur qui reflète l'essentiel d'une constitution.

La réflexion sur les mécanismes qui garantissent la suprématie contre les violations des pouvoirs politiques s'est accélérée, une fois que la suprématie de la constitution fut acceptée.

Les pouvoirs politiques qui sont limités par la constitution, en cas d'annulation d'une loi par la cour constitutionnelle, essayent parfois de faire une révision constitutionnelle. Par exemple, la constitutionnalisation de la restriction de faire un recours contre les décisions du Conseil Suprême des Juges par le régime semi-militaire de 1971-73 en Turquie, qui avait été annulé précédemment par la Cour Constitutionnelle,[44] est l'une des illustrations de telles révisions. Alors, comme dans ce cas, la révision constitutionnelle devient une méthode pour surpasser les obstacles mis par la cour constitutionnelle devant les réformes que les autorités politiques veulent faire.[45] Les majorités parlementaires qui ne peuvent pas dépasser le contrôle de constitutionnalité veulent mettre en vigueur les lois contraires à la constitution en les transformant en loi constitutionnelle. Cette méthode peut susciter la perte de l'harmonie et provoquer des contradictions dans la constitution. Parce que dans ce cas, la constitution commence à contenir en même temps un principe fondamental et une régulation qui avait été précédemment trouvée en contradiction avec ce même principe. Finalement, l'harmonie dans la norme supérieure peut diminuer et cela peut affecter sa légitimité auprès du peuple.

Le premier auteur qui a systématisé l'idée de la protection de la constitution contre la majorité parlementaire est Carl Schmitt. Il a défendu que dans chaque constitution se trouvait un noyau dur plus protégé que les autres articles. Schmitt a fait une différence entre «la constitution» (*Verfassung*) et «la loi constitutionnelle» (*Verfassungsgesetz*).[46] L'auteur affirma que la première était une décision à propos de la forme et du style de l'union politique et que la deuxième ne serait valable que si et seulement si

---

43 TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, p. 148.

44 La décision de la Cour Constitutionnelle, 27.01.1977, Nos. 1976/43 E, 1977/4 K.

45 CANEDO Marguerite, «L'Histoire d'une Double Occasion Manquée», **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003, p. 770.

46 SCHMITT Carl, **Théorie de la Constitution**, 1e éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008, p. 151.

elle était conforme à la constitution. D'après Schmitt, l'essentiel de la Constitution de Weimar est la démocratie, la république, la structure fédérale et la représentation parlementaire, et la décision politique essentielle est l'Etat de droit. Ces normes forment l'essentiel de la constitution et sont hiérarchiquement plus haut que les «lois constitutionnelles». Par conséquent, ils ne peuvent pas faire l'objet d'une révision constitutionnelle. Avec une révision constitutionnelle, on peut modifier seulement les lois constitutionnelles. C'est pour cela qu'il faut distinguer «le fait de constituer» et «la révision constitutionnelle» ainsi que l'assemblée constituante et le parlement. De point de vue de l'article 76 de la Constitution de Weimar, une révision constitutionnelle signifie changer quelques articles des «lois constitutionnelles». Cela est possible seulement en protégeant l'identité et la continuité (*Identität und Kontinuität*) de la Constitution dans sa globalité.[47] On comprend alors que les articles intangibles sont des articles essentiels qui déterminent l'identité et la continuité d'une constitution.

S'il faut poursuivre cet exemple, le but de ceux qui ont élaboré la Constitution de 1949 de la République fédérale d'Allemagne a été d'empêcher la répétition de l'expérience négative de la Constitution de Weimar qui a été révisée essentiellement huit fois entre 1920 et 1932 et la création d'un système constitutionnel contenant des principes et valeurs hors d'atteinte possible de la part du pouvoir de réviser la Constitution.[48] En déterminant les articles intangibles, le pouvoir constituant désire la protection de l'essentiel de la constitution et de ces principes contre les futurs gouvernements populistes.

Certes, le moyen le plus important du mécanisme de protection est la Cour constitutionnelle. Selon Otto Bachof, surtout les constitutions préparées après la Seconde guerre mondiale ont reconnu des pouvoirs extraordinaires à la Cour constitutionnelle face à l'organe législatif au nom d'être «la garante de la constitution». Il a été présumé que les Cours constitutionnelles étaient les

---

[47] MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (visité le 21.08.2012), p. 10; cité par: SAĞLAM Fazıl, «AnayasaveDeğişmezKurallar» *in* **Prof.Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, p. 586.

[48] NOHLEN Nicholas, «Germany: The Electronic Eavesdropping Case», **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, no. 4, October 2005, http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html (visité le 21.08.2013), pp. 683-684.

gardiens des constitutions et qu'elles permettaient l'intégrité sociale.[49] Évidemment, l'un des plus importants éléments de l'intégrité sociale est celui formé par les articles intangibles qui sont déterminés par le pouvoir constituant originaire, l'auteur de la constitution.

II. LA NOUVELLE LISTE DES FONCTIONS DES ARTICLES INTANGIBLES DES CONSTITUTIONS

Tout comme l'expérience historique des pays à propos des gouvernements populistes et autoritaires, les fonctions des articles intangibles se trouvant dans leurs constitutions changent. De ce fait, les restrictions sur la révision de quelques articles des constitutions peuvent avoir des raisons rationnelles mais aussi politiques.[50] Quand on analyse les articles intangibles des constitutions on voit qu'il faut faire une distinction entre leurs fonctions traditionnelles et modernes.

1. Les fonctions traditionnelles des articles intangibles

Jusqu'à la fin du 20e siècle les articles intangibles ont été utilisés afin de protéger les attributs de l'Etat. On peut catégoriser ceux-ci en quatre sous-titres: la protection du régime politique, la protection de la forme de l'Etat, la protection des principes fondateurs de l'Etat et la préservation de la stabilité politique.

A. La protection du régime politique

La plupart des constitutions qui contiennent des articles intangibles les utilisent afin de protéger le régime politique, c'est-à-dire le système de gouvernement. Les constitutions, en général, rendent intangibles les articles qui déterminent le système politique qu'elles créent. C'est pour cela, le but de ce type de restriction est la protection de l'infrastructure essentielle du système.[51] En particulier, dans ce cas, on détermine des articles intangibles dans les constitutions pour que le pouvoir constituant dérivé ne puisse pas changer le régime déterminé.

---

[49] BACHOF Otto, **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?**, Tübingen, 1951, pp. 7-11; cité par: TURHAN Mehmet, «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. XXXIII, no. 1-4, 1976, p. 63.

[50] KLEIN, p. 120.

[51] GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. I, Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997, p. 118.

D'ailleurs, on rencontre souvent dans les constitutions des Etats qui ont connu une période autoritaire comme le communisme ou bien le fascisme des articles intangibles qui protègent la continuité de l'ordre démocratique. En effet, ceux qui défendent que les articles intangibles ne seraient pas compatibles avec la démocratie, essaient de cacher cette réalité contrairement à l'éthique scientifique.[52] Les meilleurs exemples pour des Etats ayant des articles intangibles pour assurer la continuité de la démocratie sont l'Allemagne et l'Italie qui ont été gouvernés par les fascistes avant et pendant la Seconde guerre mondiale, et le Portugal et la Grèce qui ont été gouvernés à un moment donné par des gouvernements militaires. Par exemple en Allemagne, comme déjà cité dans la première partie, l'article intangible de la Constitution[53] est un résultat de la réaction à la victoire du parti Nazi formellement conforme, mais matériellement contraire aux dispositions démocratiques de la Constitution de Weimar. La logique de cet article est d'empêcher des tentatives de «coups d´État constitutionnels» ou, à défaut, de les priver de la légitimité découlant de la constitution.[54]

Par conséquent, parfois, les auteurs qui dénoncent l'existence d'articles intangibles ont été critiqués d'être contre la démocratie. Par exemple en Turquie, le refus de l'existence de l'intangibilité dans les constitutions peut être vu comme le rejet des principes républicains. Les auteurs qui pensent que le rejet de l'existence d'une intangibilité dans les constitutions a comme but la destruction des principes de laïcité, de la suprématie de droit et de l'État unitaire, défendent que la vraie raison de refuser l'intangibilité est la volonté de remplacer la suprématie de droit avec la souveraineté de la majorité.[55]

Alors il faut d'abord préciser ce qu'on comprend de la démocratie. Si on pense que la démocratie est le système dans lequel la majorité parlementaire démocratiquement élue a un pouvoir sans-limite, même hégémonique, puisqu'il est le seul représentant de la nation[56], comme disait Sieyès,[57] et

---

52 SAĞLAM, p. 572.

53 La Loi fondamentale de la Fédération allemande, article 79/3

54 Venice Commission, **Report on Constitutional Amendment**, adopted at its 81st Plenary Session, 11-12 December 2009, § 212.

55 SAĞLAM, p. 570.

56 DİKMEN CANİKLİOĞLU, p. 196.

57 BURDEAU Georges, **La Démocratie**, Seuil, Neuchâtel, 1956, p. 40-41.

donc qu'il a le droit de gouverner tout seul,[58] alors bien sûr que les articles intangibles ne peuvent pas être considérés comme démocratiques. Cependant, dans la démocratie moderne la seule source de légitimité n'est plus l'élection, mais aussi le respect dû au principe de l'Etat de droit. Le but réel de l'Etat de droit est l'empêchement d'un gouvernement arbitraire et celui d'assurer aux citoyens un futur sûr et protégé.[59] C'est un principe essentiel de la démocratie moderne de dire que le gouvernement élu par le peuple doit respecter les droits et les libertés de la minorité et de l'opposition, doit être transparent et contrôlable et il doit éviter les actions anti-démocratiques. Comme Burdeau le décrit parfaitement, «*les démocraties dites occidentales (...) entendent dégager la volonté populaire d'une société diversifiée où s'entrecroisent et parfois se heurtent les intérêts et les représentations de l'ordre souhaitable. Elles sont pluralistes en ce sens que, d'une part, elles considèrent comme naturelle - et au fond heureuse - la variété sociologique du milieu politique et que, d'autre part, elles tiennent pour une valeur éminemment respectable l'autonomie de chaque personne humaine.*»[60]

D'après Klein, un système juridico-constitutionnel dans lequel existent des normes sans possibilité d'annulation ou de révision est renfermé sur lui-même et il ajoute que «*dans la mesure où celui-ci repose sur une norme qui apparaît comme fondamentale (le caractère républicain ou monarchique), il peut interdire le remplacement de cette norme. De fait, il apparaîtra que si l'on modifie la norme malgré l'interdiction qui en est faite, on aboutira au remplacement d'un système de droit par un autre (alors même que la seule norme modifiée serait celle ayant trait précisément à ce caractère républicain ou monarchique)*»[61] C'est pour cela que dans les Etats où le régime est protégé par les articles intangibles une révision de régime est possible si et seulement si un nouveau système juridique commence à s'opérer. Dans ce cas, il faut accepter que le pouvoir constituant originaire soit apparu et qu'il est en train de créer un nouvel Etat.

---

58 LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin, Ankara, p. 25.

59 BİLİR Faruk, «Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (Yeniden) Yapılanması», **Demokrtatik Anayasa**, ed. GÖZTEPE Ece et Çelebi Aykut, Metis, İstanbul, 2012, p. 369.

60 BURDEAU, p. 103-104.

61 KLEIN, p. 144.

BURDEAU arrive à la même conclusion en utilisant une autre voie. L'auteur écrit que l'interdiction de réviser le régime ne veut sans doute pas dire la protection éternelle des institutions de ce régime. Parce que, d'après l'auteur, «*(la constitution) refuse seulement à l'organe de révision, la faculté d'opérer des réformes qui, par leur nature ou leur importance, dépassent les possibilités d'un pouvoir institué. Mais ces mêmes réformes, il appartient toujours au pouvoir constituant originaire de les réaliser.*»[62] Donc BURDEAU pense que, dans un Etat où la révision du régime est interdite, c'est seulement le pouvoir constituant originaire qui peut changer le régime. Evidemment, un pouvoir théoriquement sans-limite a aussi le pouvoir de changer les articles intangibles.

B. La protection de la forme de l'Etat

Quelques constitutions déterminent la forme de l'Etat, c'est-à-dire la décision par rapport à laquelle les pouvoirs provenant de la souveraineté sont distribués parmi les organes publics, comme étant intangible.

L'article 3 de la Constitution de Turquie de 1982, par exemple, stipule que «L'Etat de Turquie, avec son pays et sa nation, est indivisible.». Là, on voit que la forme unitaire de l'Etat ne peut pas être révisée.[63] La Cour constitutionnelle a précisé que la révision de cet article intangible n'est pas possible et le programme politique d'un parti en ce sens est une raison de dissolution dudit parti politique.[64]

En France, une révision constitutionnelle qui accorde de nouveaux pouvoirs aux administrations locales a été le sujet d'un recours au Conseil constitutionnel. Ce dernier a rejeté la revendication des sénateurs qui soutenait que la décentralisation était contraire à l'article 89/5 de la Constitution de France qui protège la forme républicaine du gouvernement et qui est intangible.[65] Il convient de souligner que la raison donnée par le Conseil est le manque de pouvoir. Les juges constitutionnels ont déclaré que la Constitution leur donne seulement le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ordinaires et organiques, mais pas des lois constitutionnelles.

---

62 BURDEAU; cité par: GÖZLER, Le Pouvoir de..., t. I, s. 89.

63 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000, p. 117.

64 Pour un exemple voir: La décision de la Cour constitutionnelle de Turquie, en date de: 23.11.1993, E. 1993/1, K. 1993/2. Mais c'est toujours un débat si cet article permetune forme régionale comme celle d'Espagne ou non.

65 La décision du Conseil constitutionnel, date: 26.03.2003, no. 2003-469.

Si on regarde l'article 79 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, on voit que l'interdiction de changer la forme fédérale de l'Etat est assez évidente. D'après cet article, une révision constitutionnelle contraire au principe de division de l'Etat fédéral en land et à celui de la participation des Etats fédérés à la législation de l'Etat fédéral est impossible. L'article 79/3 de la Loi fondamentale qui protège la forme fédérale est une expression de la réaction au régime national socialiste. Parce qu'en 1933, après qu'Adolf Hitler ait obtenu le pouvoir, l'un de ses premiers actes a été de changer le système fédéral prévu par la Constitution de Weimar. Hitler a créé une forme unitaire autoritaire et totalitaire dans laquelle tous les pouvoirs se sont concentrés entre ses mains. C'est pourquoi, en Allemagne, un parti qui défend une politique de changement de la forme fédérale en révisant l'article intangible est considéré comme ayant le but de fonder un régime dictatorial comme celui d'Hitler.[66]

L'un des sujets importants du débat, surtout dans les pays européens, est de savoir si le caractère indépendant de l'Etat serait l'un des principes intangibles dans les constitutions. Si un jour l'Union européenne devient une fédération, est-ce que les pouvoirs constituants dérivés des Etats membres peuvent sacrifier l'indépendance de leur Etat fondé par le seul propriétaire de la vraie souveraineté, le peuple constituant ? Dietrich Murswiek soutient que, «même si ce n'est pas écrit directement dans la constitution, le statut d'indépendance de l'Etat constitue une pré-condition du pouvoir constituant issu de la constitution, par conséquent ce statut ne peut pas être supprimé par une simple révision. Donc, dans le cas de transformation de l'Union européenne en une fédération, les Etats ne peuvent pas devenir membres de cette fédération par une simple révision de leur constitution.»[67]

La décision de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne sur le Traité de Lisbonne[68] a confirmé cette idée de Murswiek. Dans cette décision, la Cour de Karlsruhe a décidé que le caractère indépendant de l'Etat allemand était un principe intangible de la constitution et transformer l'Etat indépendant en un membre d'une fédération était hors du pouvoir de Bundestag et que c'est seulement le pouvoir constituant originaire qui pouvait décider à la suppression de l'indépendance. La Cour a également

---

66 UYGUN, p. 730.

67 MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (consulté le 04.11.2020)

68 La décision en date de 30 juin 2009, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421).

conclu que le Traité de Lisbonne ne transformait pas l'Union en un État fédéral, donc le signer n'était pas contraire à la Loi fondamentale.[69]

C. La protection des principes fondateurs de l'Etat

Dans certains Etats on voit que, à part le régime politique et la forme de l'Etat, le ou les principes acceptés comme essentiels par le pouvoir constituant originaire sont protégés d'une révision. Ce sont des principes auxquels on accorde plus d'importance que les autres dans la constitution. S'il faut donner un exemple, dans la Constitution du Portugal les principes de la laïcité, les droits des ouvriers et l'économie planifiée sont intangibles.

Pendant la préparation de la Constitution de 1949 d'Allemagne, on a voulu empêcher par les articles intangibles les crises constitutionnelles vécues pendant la Constitution de Weimar. Comme Olivier LEPSIUS l'indique, «*(e)n créant cette disposition, le Conseil parlementaire* (qui élaborait la Loi Fondamentale) *voulut prévenir une décomposition de la Constitution comme celle connue pendant la République de Weimar en 1933. La protection des éléments matériels centraux visés par l'article 79 alinéa 3 LF* (Loi Fondamentale) *s'explique par l'expérience faite en 1933 (mise au pas des Länder, système du parti unique, «dispense» du respect des droits fondamentaux, etc.). La norme de l'article 79 alinéa 3 LF a pour objectif d'empêcher que l'ordre constitutionnel puisse être supprimé dans sa substance et ses fondements par la voie purement légaliste et formelle de la révision constitutionnelle et serve à légaliser après coup un régime totalitaire.* »[70] Autrement dit, le but d'intangibilité en Allemagne est la protection de la dignité humaine et les autres valeurs de l'ordre constitutionnel essentiel déterminées dans les articles 1 et 20 de la Constitution.[71]

---

[69] La Cour constitutionnelle allemande a rendu une autre décision en mai 2020, en pleine crise provoquée par le coronavirus, dans laquelle elle estime que la Banque Centrale Européenne et la Cour de justice ont outrepassé leur mandat en adoptant en 2015 un programme d'achat de titres publics sur les marchés. Cette décision a montré une fois encore l'importance de la souveraineté nationale pour la Cour constitutionnelle de Karlsruhe.

[70] LEPSIUS Olivier, «Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Révision constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne», **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, no. 27, Janvier 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html (consulté le 01.12.2020), p. (indéfini)

[71] QUINT Peter E., «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective», **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts des Gegenwart**, vol. 57, 2009, University of Maryland Legal Studies Research Paper, no. 2010-22, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs (visité le 01.12.2020), p. 13.

Dans la Constitution turque de 1982, les principes comme la laïcité, l'Etat social et l'Etat de droit sont intangibles. Mais à part ces principes, l'article 2 qui ne peut pas être révisé contient aussi des concepts non-légaux comme la paix sociale, la solidarité nationale et le nationalisme d'Atatürk qui n'ont aucune liaison avec le fondement de l'Etat. Par conséquent, il faut admettre qu'il n'existe aucun besoin de rendre ces concepts intangibles. Le véritable objectif du pouvoir constituant originaire anti-démocratique formé après le coup d'Etat du 12 septembre 1980 était l'ingénierie sociale et politique de la volonté militaire. Élever ces principes au niveau d'intangibilité confère à la Cour constitutionnelle un moyen de contrôle sans limite sur l'Assemblée nationale et à l'Etat, un devoir de «sculpter les citoyens», ce qui ne peut pas être considéré compatible avec une démocratie pluraliste.[72] L'utilisation des articles intangibles comme un moyen d'oppression des citoyens est contraire à la raison d'être du concept d'intangibilité qui est la protection de la démocratie et des droits de l'homme. Alors, ceci constitue un abus du pouvoir par le constituant originaire obtenu par extorsion.

Le pouvoir constituant originaire obtenu par l'intermédiaire de la force militaire, quoi qu'il en soit la raison du coup d'État, doit respecter, pendant l'écriture de la nouvelle constitution, la volonté du peuple et les principes de la démocratie participative, comme on l'a vu pendant le processus de l'écriture de la Constitution de 1961 de Turquie.[73] Sinon, la légitimité de la constitution serait, tout au début, mise à mal. En plus, si le pouvoir constituant originaire dominé par les militaires utilise son pouvoir souverain afin de déterminer des articles intangibles à la recherche de créer un Etat et un peuple comme il l'imagine, cela serait une atteinte à l'autonomie politique de la nation. Les partis politiques et la société civile seraient emprisonnés, après la fin du gouvernement militaire et le passage à la normalité, dans un cercle de politique défini par quelques gens qui n'avaient aucune compétence démocratique à représenter la nation. Par exemple, le pouvoir constituant originaire de la Constitution 1982 de Turquie, visant un peuple nationaliste, Turco-musulman et conservateur, a introduit sa vision politique comme des concepts non-légaux dans le préambule et les articles intangibles. C'est pour cela qu'on peut dire que la contradiction de l'esprit de la Constitution à la démocratie et aux droits de l'homme est écrite au code génétique

---

[72] ŞİRİN Tolga, «Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak», **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, 2011, p. 26.

[73] TANÖR, p. 9-11.

de celle-ci.[74] La structure construite par ce pouvoir constituant anti-démocratique a fonctionné comme un régime de tutelle et a façonné la politique réelle.[75]

D. La préservation de la stabilité politique

Comme on l'a écrit ci-dessus, il est assez fréquent d'utiliser les articles intangibles afin de protéger le régime et la forme de l'Etat. Cela peut donner lieu à un conservatisme et à l'empêchement du progrès social. En vérité, les articles intangibles, avec un contenu large ou bien strict, sont mis dans les constitutions par les pouvoirs constituants originaux afin d'assurer la continuité du *statu quo*. Elles doivent plutôt être considérées comme une garantie pour la continuité des principes sur lesquels l'Etat est fondé.

Si on regarde l'Afrique, on voit que les articles intangibles constituent une autre sorte de «garantie de continuité». Après la fin de la colonisation, les nouvelles constitutions des Etats africains ont toujours été préparées par les Etats européens. Les constitutions remplies de concepts légaux issus de la culture et de l'histoire européenne n'étaient pas compatibles avec les sociétés n'appartenant pas à cette culture et histoire. En revanche, elles sont devenues des obstacles devant les dirigeants ayant obtenu le pouvoir pour leur intérêt personnel. Ces personnalités politiques, pour ne pas donner l'image d'ignorer la suprématie de la constitution, ont essayé d'atteindre leur but en révisant plusieurs fois la constitution. Cela créa une instabilité permanente dans ces Etats africains.

La solution trouvée contre cette instabilité a été la mise en place d'articles intangibles dans les constitutions écrites après les années 1990. Dans ces constitutions, il est assez probable de rencontrer des articles qui déterminent des restrictions pour les organes législatifs et exécutifs à propos des révisions constitutionnelles. La raison essentielle de ces dispositions est d'empêcher des dirigeants qui pensent surtout à leur intérêt personnel, et des majorités temporaires qui veulent rester éternellement au pouvoir, de détruire l'intérêt général du peuple mentionné dans les constitutions.[76]

---

[74] PAÇACI İrfan, "1982 Anayasasının Yönetim Mühendisliği Mimarisi ve Bozulan Şifreleri (Geçici 15. Maddenin Sistemde Yaşayan Ruhu)", **Demokrasi Platformu**, No. 8/30, 2012, p. 160 et suite.

[75] PAÇACI İrfan, "Türkiye'da Anayasa Mühendisliği", **Sosyal Bilimler Dergisi**, No. 5/31, Décembre 2018, p. 108.

[76] FOMBAD Charles Manga, «Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism», https://heinonline.org/HOL/Landing Page?handle=hein.journals/unbotslj6&div=4&id=&page= (consulté le 01.12.2020), p. 2.

C'est ce qui explique pourquoi la plupart des constitutions contiennent des articles intangibles en Afrique. Par exemple dans les constitutions de l'Algérie[77], du Cameroun, du Côte d'Ivoire, de la République centrafricaine, de la Guinée, du Gabon, du Sénégal, de la Somalie, de la Tunisie, de Madagascar, du Mali, du Togo, du Niger, de la Mauritanie, des Îles Comores et du Rwanda la forme politique de l'Etat est protégée par les articles intangibles. L'idéologie socialiste dans les constitutions de l'Algérie, du Madagascar et de la Somalie et la structure islamique de l'Etat dans celles de l'Algérie, des Îles de Comores et du Maroc sont intangibles. Parallèlement, les dispositions des constitutions à propos des droits de l'homme en Algérie et en Somalie où on rencontre des violations des droits assez souvent, ont un caractère intangible.

2. La nouvelle fonction des articles intangibles: la protection des droits de l'homme

Le plus important rôle de la justice constitutionnelle dans les démocraties modernes est la limitation du pouvoir. Les gouvernements et les organes législatifs ont le devoir de ne pas violer les dispositions de leur constitution. Dans les démocraties, ceux-ci sont d'ailleurs volontaires pour respecter les limites posées par la norme supérieure. Cependant, dans les régimes populistes, les gouvernements, et les assemblées qu'ils dominent, voient dans ces garde-fous constitutionnels des obstacles devant leur politique et essaient à chaque fois de les rendre inutiles. La méthode la plus simple pour se débarrasser de ces limitations est la révision des articles qui les contiennent. Sur ce point, les articles intangibles sont utilisables pour protéger au moins le noyau dur des principes constitutionnels contre les révisions des gouvernements populistes.

A. Les exemples d'utilisation d'articles intangibles pour la protection des droits de l'homme

Le résultat le plus important de la pratique des articles intangibles par les cours constitutionnelles apparaît dans le domaine des droits de l'homme. L'instrument le plus efficace entre les mains des cours constitutionnelles

[77] Au moment de la rédaction de cet article, les résultats du référendum du 1er novembre 2020 par lequel la nouvelle Constitution d'Algérie a été approuvée par un peu plus de deux tiers des suffrages (malgré une très forte abstention, seuls un peu plus de 23 % des électeurs s'étant rendus aux urnes) n'était pas encore validés par le Conseil Constitutionnel.

contre les pouvoirs politiques qui, par l'intermédiaire de leur majorité parlementaire, veulent changer la constitution afin de consolider leurs intérêts en violant les droits de l'opposition et des minorités, est les articles intangibles.

Comme Mesmin SAINT-HUBERT l'indique, «*si l'on se prononce dans le sens d'un pouvoir constituant illimité, les droits fondamentaux dont jouissent les citoyens ne dépendent que de la volonté de l'organe constituant; en revanche si l'on se prononce dans le sens d'une limitation du pouvoir constituant, alors les citoyens ont la garantie que les droits fondamentaux dont ils sont titulaires ne peuvent être supprimés par le constituant*».[78]

Parallèlement, d'après FAVOREU, «*l'essentiel aujourd'hui, dans les régimes démocratiques modernes, est de garantir un équilibre entre majorité et opposition (beaucoup plus qu'entre exécutif et législatif), cela afin que l'opposition ne soit pas écrasée par une majorité trop forte et qu'elle ait une chance de revenir au pouvoir. Cela ne peut se faire que si un arbitre veille au respect des règles du jeu sous le regard attentif de l'opinion qui tient notamment à ce que les droits fondamentaux soient respectés par la majorité.*»[79] Dans cette partie de son article, il est évident que l'auteur montre très clairement la corrélation entre l'existence d'une cour constitutionnelle et la diminution des violations des droits de l'homme.[80]

Avant la Seconde guerre mondiale, en Occident, le regard envers le contrôle de constitutionnalité était négatif. La plupart des théoriciens et surtout la gauche estimaient que le contrôle de constitutionnalité des lois est l'un des moyens du conservatisme et du déclin social. Notamment après la Seconde guerre mondiale, sous sa forme apparue en Europe, le contrôle de constitutionnalité a changé de contenu. Désormais, les cours constitutionnelles ont joué un rôle assez progressiste à propos de la

---

78 SAINT-HUBERT Mesmin, «La Cour Suprême de l'Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution - La Construction d'une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé», **Revue Internationale de Droit Comparé**, no. 3-2000, Juillet-Septembre 2000, p. 632.

79 FAVOREU, p. 162.

80 Bien sûr que cela ne montre pas que seule l'existence d'une cour constitutionnelle empêche les violations des droits de l'homme. Par exemple, la Russie et la Turquie sont deux Etats où il existe une cour constitutionnelle mais, par contre, qui sont aussi les plus condamnés par la Cour européenne des droits de l'homme.

protection des droits et libertés fondamentaux et, par conséquent, elles ont montré le chemin à suivre aux organes législatifs.[81] Dans les Etats où les droits de l'homme sont protégés par des articles intangibles, les cours constitutionnelles ont plus de pouvoir d'appréciation et donc peuvent résister plus fortement aux violations des droits et libertés fondamentaux. Le pays précurseur dans ce domaine, après l'expérience infâme de la Seconde guerre mondiale, comme précédemment cité plusieurs fois, est l'Allemagne.

Selon l'article 79/3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, une révision touchant les principes relatifs aux droits et libertés fondamentaux dans les articles 1 et 20 n'est pas possible. Le 1er article de cette Constitution détermine que la dignité humaine est immuable, ce qui est l'un des principes essentiels qui prend sa source du droit naturel.[82] Autrement dit, la dignité humaine constitue la base de la Constitution d'Allemagne; tout l'ordre constitutionnel et tous les droits fondamentaux garantis sont fondés sur ce principe.[83]

D'un point de vue positiviste, on peut dire que seulement le 1er et le 20e article sont intangibles. Cependant, il faut admettre que l'effet d'intangibilité des ces deux articles se répand, pas absolument mais relativement, sur les 18 articles entre les deux dans lesquels les droits de l'homme sont cités. Le 3e paragraphe du 1e article se réfère aux 18 articles qui suivent sous cette formule: «*(l)es droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable*». Le 1er article protège non seulement la dignité humaine mais aussi les droits fondamentaux suivants. En raison de l'expression claire de l'article 79/3, on ne peut pas dire que ces articles soient aussi intangibles. La protection qu'on y évoque est contre l'annulation de ces articles. Le Parlement allemand peut réviser les articles entre le 1er et le 20e, mais ne peut pas les annuler, ni vider leur contenu ou bien changer leur essence. Sinon, cette révision serait contraire à la volonté du pouvoir constituant originaire selon le 3e paragraphe du 1er article.

En fait, depuis l'adoption de la Constitution en 1949, le Bundestag a modifié plusieurs articles qui soulignent les droits de l'homme et la Cour

---

81 FAVOREU, pp. 160-161.

82 HERZOG Roman, «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux (Rapport Allemand)», **AIJC**, VI-1990, p. 16.

83 NOHLEN, p. 682.

constitutionnelle fédérale a contrôlé quelques-unes de ces lois constitutionnelles par rapport aux articles intangibles. Premièrement en 1970, dans sa décision appelée *Klass*[84], la Cour constitutionnelle fédérale a fait un contrôle de constitutionnalité d'une révision de l'article 10 de la Constitution fédérale qui détermine le droit au respect de la correspondance par rapport à l'article intangible. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que la révision qui annule le devoir d'informer les gens qui sont mises sur écoute discrètement ne viole pas la dignité humaine protégée par le 1e article intangible de la Loi fondamentale.

En 2004, dans un autre arrêt[85], la Cour de Karlsruhe a eu l'occasion de faire un contrôle de constitutionnalité d'une autre loi constitutionnelle. La révision de l'article 13 de la Constitution sur le droit au respect du domicile qui permet aux autorités de faire une écoute électronique à distance des habitations a été vérifiée par la Cour par rapport à la dignité humaine. Les juges n'ont pas annulé la révision mais ils ont utilisé leur droit à interpréter pour qu'elle ne viole pas le 1e article de la Constitution.

On voit que, même si la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne accepte qu'elle détienne le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles, jusqu'aujourd'hui elle n'a annulé aucune des révisions des articles entre 1 et 20. Au lieu d'annuler les révisions, elle a utilisé le moyen d'interprétation conforme à la constitution[86] et a choisi de se limiter soi-même[87]. La Cour fédérale accepte la disposition intangible comme une exception qui doit être interprétée d'une manière stricte en donnant une marge d'appréciation assez large au pouvoir de révision constitutionnelle.[88] Parce que la fin du principe d'autolimitation est la protection de l'autonomie politique des autres organes constitutionnels.[89] Par contre, il faut souligner que la Cour fédérale, bien qu'elle ait refusé d'annuler les révisions constitutionnelles disputées, elle a pu devenir la protectrice des droits de l'homme grâce aux interprétations dans ses décisions.

---

84 La décision datée 1970, no: BVerfGE 30, 1.

85 La décision datée 2004, no: BVerfGE 109, 279.

86 Pour en savoir plus, voir: ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010, pp. 123-193; HEKIMOĞLU Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004, pp. 327-341.

87 LEPSIUS, p. (indéfini).

88 ARNOLD Rainer, «Les Dispositions inaltérables de la Constitution: La perspective allemande», **Anayasa Hukuku Dergisi / Le Journal du Droit Constitutionnel**, vol. 1, no. 2, 2012, p. 232.

89 CAN Osman, **Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, 2013, p. 140.

B. Le rôle protecteur des articles intangibles dans un régime autoritaire: cas de la Turquie

La Constitution turque de 1924 ne contenait aucun instrument pour le contrôle de constitutionnalité des lois. Ce n'était alors pas possible de limiter la majorité dans la Grande Assemblée Nationale de Turquie (GANT) par les restrictions énumérées dans la Constitution. Suite à l'expérience de plusieurs violations des dispositions de la Constitution, des droits de l'homme et des principes fondamentaux entre 1950-1960 sous le gouvernement du Parti Démocrate, le pouvoir constituant originaire de la Constitution de 1961, conformément à la tradition de protéger la forme républicaine de l'Etat par un article intangible, a décidé cette fois-ci de créer une cour constitutionnelle. Dans cette Constitution, se trouvait aucune restriction à propos du contrôle des lois constitutionnelles. La Cour constitutionnelle a interprété ce silence comme un pouvoir de contrôler les révisions et dans sa décision en 1970[90], elle a accepté que les révisions constitutionnelles soient aussi faites par des lois. Dès lors, elle s'est reconnu la possibilité de contrôler leur constitutionnalité. Dans cette même décision, la Cour a aussi estimé qu'elle avait un «devoir» de contrôler matériellement les lois qui modifient les principes essentiels du régime républicain.

Dans une autre décision[91] qui suit cette dernière, la Cour constitutionnelle de Turquie a mentionné que «*les dispositions générales de la Constitution sont en harmonie. Le bouleversement du système et de l'ordre et la création des contradictions/ambiguïtés avec des révisions constitutionnelles pourraient agiter et détruire la structure juridique qui se présente dans l'intégrité. Dans ce cas, c'est conforme au Préambule et aux articles 2, 4 et 8 de la Constitution que la Cour constitutionnelle, en utilisant les devoirs et pouvoirs donnés par l'article 147 de la Constitution, protège la Constitution contre la souveraineté de la majorité.*» On pense que le raisonnement basé sur «la protection de la Constitution contre la souveraineté de la majorité» est en conformité avec l'idée dominante après la Seconde guerre mondiale de la suprématie de la constitution et des droits de l'homme que l'on défend dans ce travail.

La Cour constitutionnelle de Turquie, en 1977, bien que son pouvoir de contrôle au fond dans ce domaine ait été supprimé par les révisions

---

[90] La décision en date de 16.06.1970, no. E. 1970/1, K. 1970/31.

[91] La décision en date de 13.04.1971, no. E. 1970/41, K. 1971/37.

constitutionnelles de 1971 et 1973, a quand même contrôlé la révision constitutionnelle éliminant le recours contre les décisions du Conseil Suprême des Juges et des Procureurs par rapport aux principes intangibles du régime républicain et l'a annulé en estimant que la révision n'étaitpas compatible avec les droits de l'homme, l'Etat de droit et le principe d'égalité.[92]

Dans un autre arrêt en 2008[93], donc sous la Constitution de 1982 qui est toujours en vigueur, elle a décidé que les révisions des articles 10 et 42 de la Constitution qui ont été acceptées pour permettre les étudiantes voilées de participer aux cours dans les universités n'étaitpas conformes au principe de laïcité mais aussi aux droits des étudiantes qui ne sont pas voilées. La Cour a estimé que puisque la voile est un symbole prosélyte, il pourrait alors devenir un moyen d'oppression sur les étudiantes non-voilées. Cette décision, bien qu'elle trouve sa ressource dans la jurisprudence de la Cour EDH,[94] a été condamnée comme étant une violation de la liberté de conviction et de religion.[95] L'argumentation de la Cour dans cet arrêt a été aussi trouvé en contradiction avec la Constitution et les principes de démocratie.[96]

CONCLUSION

Le système parlementaire est en crise car la séparation des pouvoirs, chère à Montesquieu, n'est plus valable à cause de la fusion des organes législatif et exécutif par l'intermédiaire des partis politiques. L'émergence à partir de la fin du XIXe siècle des partis de masse a affaibli les assemblées à plusieurs égards. En premier lieu, la transition de factions lâches à des groupements de partis disciplinés a miné la capacité des membres individuels à représenter les électeurs en tant qu'administrateurs en exerçant leur propre jugement et leur propre conscience. Plus importante est la

---

92 La décision en date de 27.01.1977, no. E. 1976/43, K. 1977/4.

93 La décision en date de 05.06.2008, no. E. 2008/16, K. 2008/116.

94 Voir les décisions Karaduman contre la Turquie, No. 16278/90, date: 03.05.1993 et Refah Partisi contre la Turquie, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, date: 13.02.2003 § 95.

95 Human Rights Watch, «Türkiye: Anayasa Mahkemesi Kararı Başörtüsü Yasağını Destekliyor», https://www.hrw.org/tk/news/2008/06/05/233660 (visité le 11.05.2022)

96 ÖZBUDUN Ergun, «Türban Kararının Gerekçesi», **Liberal Düşünce Dergisi**, Eté Automne 2008, No. 51-52, p. 79.

tendance de l'unité du parti à faciliter la domination de l'exécutif. Dans les systèmes parlementaires en particulier, la loyauté envers le parti signifie, pour la majorité des parlementaires, la loyauté envers le gouvernement en place, qui est formé, après tout, des dirigeants de leur propre parti.[97] Dans les Etats où il n'existe pas de tradition ou de culture démocratique, arriver au pouvoir signifie l'opportunité pour ceux qui gouvernent de pouvoir détruire l'Etat de droit, les droits de l'homme et enfin la démocratie, afin d'arriver à leurs objectifs personnels et partisans. C'est surtout valable pour les gouvernements populistes qui est un phénomène assez répandu dans le monde au début du 21e siècle.

Les articles intangibles, entre les mains de la cour constitutionnelle, deviennent dans ces circonstances le dernier rempart pouvant empêcher les gouvernements populistes et autoritaires d'anéantir les libertés, les droits et la démocratie pluraliste.

Il convient de souligner que les obstacles créés par les articles intangibles devant les pouvoirs politiques autoritaires ne peuvent être valables que si la cour constitutionnelle les utilise pendant le contrôle judiciaire des lois constitutionnelles. Sinon, ces dispositions des constitutions prévues comme articles intangibles ne sont que des vœux pieux sans aucun résultat juridique.[98] Pour que l'histoire ne se répète, que les droits de l'homme soient protégés contre les majorités autoritaires et que les principes fondateurs des Etats et l'esprit des pouvoirs constituants originaux soient respectés, les articles intangibles sont des instruments légaux assez fort. C'est probablement pour cela que l'intangibilité est une tendance croissante dans le constitutionnalisme global d'aujourd'hui.[99]

---

97 HEYWOOD Andrew, p. 326-328.

98 Commission de Venise, **Rapport sur l'Amendement Constitutionnel**, (11-12 Décembre 2009), CDL-AD (2010) 001, § 208.

99 ROZNAI, p. 29.

BIBLIOGRAPHIE

ALBERT Richard, «Constitutional Handcuffs», **Arizona State Law Journal**, No. 42, January 2010.

ARNOLD Rainer, «Les Dispositions inaltérables de la Constitution: La perspective allemande», **Anayasa Hukuku Dergisi / Le Journal du Droit Constitutionnel**, vol. 1, no. 2, 2012.

BARBER Benjamin, **Güçlü Demokrasi**, Ayrıntı, İstanbul, 1995.

BOEDELTJE Mijke / CORNIPS Juul, "Input and Output Legitimacy in Interactive Governance", NIG Annual Work Conference working paper, Rotterdam, 2004, http://repub.eur.nl/res/pub/1750/NIG2-01.pdf (visité le 01.12.2020).

BURDEAU Georges, La Démocratie, Seuil, Neuchâtel, 1956.

CAN Osman, **Kurucu İktidar Anayasa ve Bekçi**, Alfa, İstanbul, 2013.

CANEDO Marguerite, «L'Histoire d'une Double Occasion Manquée», **Revue du Droit Public (RDP)**, no. 3-2003, 2003.

CAPLAN Jane, **Hitler Almanyası 1933-1945**, İnkılap, İstanbul, 2012.

CRIGNON Philippe, «La Critique de la Représentation Politique Chez Rousseau», **Les Etudes philosophiques**, 2007/4 No. 83.

DİKMEN CANİKLİOĞLU Meltem, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

DRYZEK John S., **Deliberative Democracy and Beyond - Liberals, Critics, Contestations**, Oxford University Press, New York, 2000.

ELSTER Jon, **Deliberative Democracy**, Cambrige University Press, Cambridge, 1998.

ESMEIN Adhémar, **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé**, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et Du Journal du Palais, Paris, 1909.

FARAGUNA, Pietro, «Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience», **European Journal of Law Reform**, Issue 3, 2019.

FAVOREU Louis, «De la Démocratie à l'Etat de Droit», **Le Débat**, no. 64, 1991.

FOMBAD Charles Manga, «Limits on the Powers to Amend Constitutions: Recent Trends in Africa and Their Potential Impact on Constitutionalism», https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/unbotslj6&div=4&id=&page= (consulté le 01.12.2020).

GÖZLER Kemal, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, t. I, Presses Universitaires de Septentrion, 1995, Villeneuve d'Ascq, 1997.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000.

HEKIMOĞLU Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2004.

HERZOG Roman, «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux (Rapport Allemand)», **AIJC**, VI-1990.

HEYWOOD Andrew, **Politics**, Palgrave, 4th edition, New York, 2013.

KLEIN Claude, **Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant**, PUF, Paris, 1996.

LEPSIUS Olivier, «Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Révision constitutionnelle dans la République Fédérale d'Allemagne», **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, no. 27, Janvier 2010, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html (consulté le 01.12.2020).

LIJPHART Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, Yetkin, Ankara.

LOUGHLIN Martin, «On Constituent Power» *in* Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson, **Constitutionalism Beyond Liberalism**, Cambridge University Press, 2016.

MURSWIEK Dietrich, «Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen», http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie (visité le 04.11.2020).

MÜLLER Jan-Werner, **Popülizm Nedir?**, 4. baskı, İletişim, İstanbul, 2020.

NOHLEN Nicholas, «Germany: The Electronic Eavesdropping Case», **International Journal of Constitutional Law**, vol. 3, no. 4, October 2005, http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/680.full.pdf+html (consulté le 01.12.2020).

ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010.

QUINT Peter E., «60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective», **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts des Gegenwart**, vol. 57, 2009, University of Maryland Legal Studies Research Paper, no. 2010-22, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1940&context=fac_pubs (visité le 01.12.2020)

ÖZBUDUN Ergun, «Türban Kararının Gerekçesi», **Liberal Düşünce Dergisi**, Eté Automne 2008, No. 51-52.

PAÇACI İrfan, "1982 Anayasasının Yönetim Mühendisliği Mimarisi ve Bozulan Şifreleri (Geçici 15. Maddenin Sistemde Yaşayan Ruhu)", **Demokrasi Platformu**, No. 8/30, 2012.

PAÇACI İrfan, "Türkiye'da Anayasa Mühendisliği", Sosyal Bilimler Dergisi, No. 5/31, Décembre 2018.

ROUSSEAU Dominique, "De la Démocratie Continue", *in* **La Démocratie Continue**, sous la direction de ROUSSEAU Dominique, Bruylan-LGDJ, Paris, 1995.

ROUSSEAU Dominique, **La Démocratie Continue**, Bruylant-LGDJ, Paris, 1995.

ROUSSEAU Dominique, **La Justice Constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, Paris, 1992.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Betik, İstanbul, 2004.

ROZNAI Yaniv, «Necrocracy or Democracy ? Assessing Objections to Constitutional Unamendability», *in* **An Unamendable Constitution ?**, éd. ALBERT Richard et ODER Bertil Emrah, Springer, 2018.

SAĞLAM Fazıl, «Anayasa ve Değişmez Kurallar» *in* **Prof.Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

SAINT-HUBERT Mesmin, «La Cour Suprême de l'Inde, Garante de la Structure Fondamentale de la Constitution - La Construction d'une Nouvelle Doctrine Visant à Limiter le Pouvoir Constituant Dérivé», **Revue Internationale de Droit Comparé**, no. 3-2000, Juillet-Septembre 2000.

SCHMITT Carl, **Théorie de la Constitution**, 1e éd., PUF (Quadrige), Paris, 2008.

SCHOLTES Julian, «The Complacency of Legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», **EUI Working Paper** Law 2018/07, ISSN 1725-6739, https://ssrn.com/abstract=3127402 (Consulté le 26.10.2020).

ŞİRİN Tolga, «Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak», **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2011/4-88, 2011.

UYGUN Oktay, «Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri», *in* **Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

TURHAN Mehmet, «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, vol. XXXIII, no. 1-4, 1976.

TURPIN Dominique, **Contentieux Constitutionnel**, Paris, PUF, 1986.

Autre

Le rapport annuel de la Cour Constitutionnelle de 2020, p. 210, https://anayasa.gov.tr/media/7444/2020_yillik_rapor.pdf (visité le 27.04.2022)

Human Rights Watch, «Türkiye: Anayasa Mahkemesi Kararı Başörtüsü Yasağını Destekliyor», https://www.hrw.org/tk/news/2008/06/05/233660 (visité le 11.05.2022)

Venice Commission, **Report on Constitutional Amendment**, adopted at its 81st Pleanry Session, 11-12 December 2009, § 212.