

# ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLEMEZ HÜKÜMLERİ: ALMANYA PERSPEKTİFİ\*

(THE IRREVOCABLE PROVISIONS OF THE CONSTITUTION: THE  
GERMAN PERSPECTIVE)

**Prof. Dr. Rainer Arnold**  
*Regensburg Üniversitesi*

## ÖZET

Anayasa'nın (*Grundgesetz, GG*) 79. maddesine göre, Almanya'da anayasal reform için Federal Parlamento (Bundestag) üyeleriyle Federal Konsey (Bundesrat) oylarının üçte iki çoğunluğu gerekmektedir. Bundan başka, GG metni de açık biçimde değiştirilmelidir. GG madde 79'daki değişmezlik hükmü uyarınca kimi alanlar kesinlikle değiştirilemez: bilhassa insan onuru ilkesi (GG madde 1) ile temel devlet yapısına ilişkin ilkeler (GG madde 20: Cumhuriyet, Demokrasi, Sosyal Devlet, Federalizm, Erkler Ayrılığı, Yürütme faaliyetlerinin yasallığı ve yasamanın anayasaya uygunluğu). Ayrıca, üye eyaletlerin varlığı ve bunların federal yasama sürecine katılımları reformla ortadan kaldırılamaz.

**Anahtar Kelimeler:** Temel Yasa (TY), Anayasa değişikliği, Değişmezlik hükmü, İnsan onuru, Hukukun üstünlüğü, Bundestag, Bundesrat, Federalizm, Avrupa Birliği, TY Madde 20'nin İlkeleri

## ABSTRACT

*Constitutional reform in Germany requires, according to Art. 79 of the Constitution (Grundgesetz, GG) a two thirds majority of the members of the Federal Parliament (Bundestag) as well of the votes of the Federal Council (Bundesrat). Furthermore the text of the GG must be expressly modified. Some matters cannot be reformed at all, according to Art. 79.3 GG, the so-called eternity clause: in particular the principles of human dignity (Art.1 GG) and of the basic State*

---

\* Fransızcadan çeviren Gülden KURT.

*structures (Art. 20 GG: Republic, Democracy, Social State, Federalism, Separation of Power, legality of administrative action, constitutionality of legislation). Furthermore, the existence of member states and the participation of them in the federal legislation process cannot be eliminated by reform.*

**Key words:** *Basic Law (BL), Constitutional reform, Clause of eternity, Dignity of Man, Rule of Law, Bundestag, Bundesrat, Federalism, European Union, Principles of Art. 20 BL*

\*\*\*

Almanya Anayasası, 1949 Temel Yasası (TY), elliden fazla değişikliğe uğramıştır. Savaşın sonuçları, federalizm ve Avrupa, üç büyük değişiklik nedeni olmuştur.

Anayasa değişikliği, TY'nin 79. maddesinin 1 ve 2. fıkrası uyarınca hem Federal Meclis (Bundestag) hem de Federal Konsey (Bundesrat) üyelerinin üçte ikisinin onayıyla gerçekleştirilir. Geçerlilik kazanması için; değiştirilecek Anayasa metni, özel şekilde ve anayasa hukukunun bağlayıcı özelliğinde istisna yaratma değil, genel etkili bir değişikliğin söz konusu olduğunu gösterecek şekilde düzenlenmelidir. (Bununla, TY, anayasanın üstünlüğüne gölge düşüren, hukuk devletine zarar veren ve Weimar döneminde sıkça kullanılan bu yöntemi dışarıda bırakmak istemektedir).

Bu bağlamda, TY değişikliğinin, federal düzeyde mevcut olan katı temsilî demokrasi sisteminin bir örneği olan referandum gerektirmediğini de belirtmek gerekir.

Bununla birlikte anayasa değişikliği özünde sınırlandırılmıştır: TY'nin 79. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan alanlar değiştirilemez.

Bu değiştirilemez hükümler (Ewigkeitsgarantie), yani Federasyon'un eyaletlerden (Länder) oluşması, eyaletlerin Federasyon'da yasama katılması ilkesi ile TY'nin 1 ve 20. maddelerinde belirtilen ilkelere değiştirilememesi, Almanya'nın geleneksel yapısı olan federalizmi güçlendirmektedir. İlk ilkeler, insan onurunun korunmasına ilişkindir (TY madde 1, fıkra 1) ve 20. maddenin 1. fıkrasına göre, demokratik ve sosyal bir federal devlettir (bu son ifade, TY'nin 79. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen diğer federalizm ifadeleriyle kısmen çakışmaktadır). Bu sıralamaya, terim olarak doğrudan TY'nin 20. maddesinde değil, sadece 28. maddenin 1. fıkrasında anılan hukuk devleti eklenir. Bununla bir-

likte, hukuk devletinin öncelikli unsuru, yürütme ve yargı erkinin eylemlerinin yasaya uygunluğu şartı ile yasamanın anayasallığı şartı, TY'nin 20. maddesinin 3. fıkrasında açıkça ifade edilir.

Değişmezlik hükümlerinin korunması aynı zamanda, demokrasinin temeli olan halkın egemenliğini de kapsar (TY, madde 20, fıkra 2); bu da TY'nin 79. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen demokrasi kavramıyla çakışır.

Son olarak, anayasal düzeni değiştirmek için girişimde bulunan herkesin karşısında, eğer başka bir olası önlem söz konusu değilse, TY tarafından supra-pozitif, doğal hukuk olarak tanınan hukuk (yardımcı hukuk) vardır.

Değişmezlik hükmünün kendisinin de bir anayasa değişikliği ile kaldırılması veya değiştirilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte şunu da belirtmek gerekir ki, kurucu güç tarafından yeni bir anayasanın oluşturulması, bu hükümle sınırlı değildir. Sınırlandırılmaz devrimci kurucu güç teorisinin kendisi dahi, anayasa oluşturulması sürecinde halk tarafından göz ardı edilemez veya indirgenemez olan insan onurunun yüksek değer olarak tanınması gerekliliği sebebiyle sınırlandırılmak durumundadır.

Değişmezlik hükmü ile garanti altına alınan ilkeler (daha açıkça süreklilik hükmü), anayasaya uygunluğu Federal Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilen “olağan” anayasal normlar üstü bir tür anayasa hukuku meydana getirirler. Sığınma hakkına (TY, madde 16) ve (TY, madde 13, fıkra 3 ile suçun kovuşturulması amacıyla uzun süreler için dinleme cihazı kullanımını yasaklayan) konut dokunulmazlığına ilişkin anayasa değişiklikleri, (bu maddeleri “Anayasaya uygun” olarak yorumlayan) Mahkemenin kararları, büyük kararlar şeklinde nitelenmiştir. “Anayasal olmayan” anayasa hukuku teorisi (O. Bachof) Almanya’da kabul görmektedir.

Alman anayasal içtihadı süreklilik hükmünü pek çok vesileyle ele almıştır. Bu hükmün hangi noktaya kadar, sınırlandırma veya sınırlandırıcı yorum yoluyla “görecelileştirilmesi”nin mümkün olduğu soruna cevap aramıştır. Mahkeme, (bana oldukça şüpheli görünen eklektik bir savunmayla) 20. maddenin, hukuk devletinin sadece belirli yönlerini içerdiğine, diğer yönlerinse aynı düzeyde korumaya sahip olmadığına karar vermiştir (karar, cilt 31, s.1,24 ile cilt 109, s.279,310). Ayrıca Mahkemeye göre, bir temel hakkın sınırlandırılması, hatta kaldırılması, sadece, böyle bir değişiklik TY'nin 1. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında

öngörülen anayasal düzeni “ciddi biçimde tehdit ettiği” durumda, TY’nin 79. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olacaktır. Bir temel hakkın esasının (esasına ilişkin içeriğinin) garanti altına alınması, Anayasa yapan yasa yapıcı için değil, “olağan” yasa yapıcıları için bir sınır oluşturmaktadır. Anayasa yapıcı, insan onurunun (TY, madde 1, fıkra 1) ve devletin “her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli” olarak kabul ettiği (TY, madde 1, fıkra 2) insan haklarına yönelik düzeninin gerektirdiği anayasal düzenin korunması bakımından *vazgeçilmez* olanı değiştirme hakkına sahip değildir. Yalnızca “genel olarak” temel hakların korunması şartına uyulması yeterlidir; bu durum, bir temel hakkın anayasa değişikliği yoluyla özel biçimde düzenlenmesi olasılığını da içerir.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmü, Anayasa yapıcıya geniş takdir yetkisi bırakacak şekilde dar anlamda yorumlanması gereken bir istisna olarak görmektedir. Değişiklikten muaf değerlere (ilkelere), anayasa reformu yoluyla sınırlamalar getirilmesi belli bir dereceye kadar mümkündür.

Bazı Avrupa anayasalarının bir kısmında hükümetin cumhuriyetçi biçimiyle sınırlanan (Fransız Anayasası, madde 89 V; İtalya Anayasası, madde 139) veya Portekiz’de olduğu gibi Anayasanın 288. maddesi), değişiklikten muaf alanlar listesini bir hayli geniş tutan benzer hükümler vardır.

Bunun yanında, anayasa reformuna ilişkin olarak, anayasanın özünden ve anayasanın temel ilkelerini koruma gerekliliğinden olduğu kadar anayasa reformuyla anayasa yapma arasındaki farklardan da kaynaklanan yazılı olmayan sınırların varlığı da tartışılmaktadır.

Bu tartışma henüz herkesçe kabul edilen sonuçlar ortaya çıkarmamıştır.

Ulusüstü yetkilerin ulusal anayasa hukuku üzerindeki etkisine ilişkin tartışmalar çerçevesinde pek çok ülkede anayasal içtihat, bir yönden bu konuya ilişkin olarak, anayasanın değişmez alanlarına işaret eden ve (zaman zaman “anayasal kimlik” olarak adlandırılan bkz. Fransız Anayasa Konseyi, Almanya ve Polonya Anayasa Mahkemeleri) anayasal düzen içinde “müdahale edilemez bir alan” oluşturmuştur. Yani formel anayasal reform sürecine benzer bir süreç söz konusudur; çünkü, AB’nin ulusüstü kurumlarına yetki devri, ulusal anayasanın *maddi* reformu olarak kabul edilebilir.

# ***LES DISPOSITIONS INALTERABLES DE LA CONSTITUTION: LA PERSPECTIVE ALLEMANDE***

**Professeur Rainer Arnold**  
*Université de Regensburg*

## **RESUME**

La réforme de la Constitution se réalise, selon l'article 79 al. 1 et 2 de la LF, par une majorité de deux tiers des membres du Parlement fédéral (du Bundestag) ainsi que du Conseil fédéral (du Bundesrat). En outre, le texte de la GG doit être expressement modifié. Selon l'article 79 de la GG, dit la clause d'éternité, il s'agit de certaines matières qui ne peuvent pas être réformées : en particulier les principes de la dignité humaine (article 1 de la GG) et les principes concernant la structure fondamentale de l'État (Article 20 de la GG : République, Démocratie, État Social, Fédéralisme, Séparation des Pouvoirs, Légalité de l'action de l'exécutif et Constitutionnalité de la législation). En outre, l'existence des États-membres et leur participation au processus législatif de la Fédération ne peut pas être éliminée par la réforme.

**Mots-clefs :** Loi Fondamentale (LF), Réforme constitutionnelle, Clause d'éternité, Dignité humaine, État de droit, Bundestag, Bundesrat, Fédéralisme, l'Union Européenne, Principes de l'article 20 de la LF.

## **ABSTRACT**

*Constitutional reform in Germany requires, according to Art. 79 of the Constitution (Grundgesetz, GG) a two thirds majority of the members of the Federal Parliament (Bundestag) as well of the votes of the Federal Council (Bundesrat). Furthermore the text of the GG must be expressly modified. Some matters cannot be reformed at all, according to Art. 79.3 GG, the so-called eternity clause: in particular the principles of human dignity (Art.1 GG) and of the basic State structures (Art. 20 GG: Republic, Democracy, Social State,*

*Federalism, Separation of Power, legality of administrative action, constitutionality of legislation). Furthermore, the existence of member states and the participation of them in the federal legislation process cannot be eliminated by reform.*

**Key words:** *Basic Law (BL), Constitutional reform, Clause of eternity, Dignity of Man, Rule of Law, Bundestag, Bundesrat, Federalism, European Union, Principles of Art. 20 BL*

\*\*\*

La Constitution allemande, la Loi fondamentale de 1949, a été réformée plus de cinquante fois. Les conséquences de la guerre, le fédéralisme et l'Europe étaient les trois grands sujets de réforme.

La réforme de la Constitution se réalise, selon l'article 79 al. 1 et 2 LF, par une majorité qualifiée de deux tiers des membres du Parlement fédéral (du Bundestag) ainsi que du Conseil fédéral (du Bundesrat). Pour être valable, le texte de la Constitution à réformer doit être modifié pour démontrer qu'il s'agit d'une réforme à portée générale et non d'une exception singulière visant à dispenser, dans un cas particulier, de la force obligatoire du droit constitutionnel (pratique fréquente à l'époque de Weimar, dévalorisant la primauté de la Constitution et préjudiciable à l'État de droit, pratique que la LF veut exclure).

Il faut aussi mentionner dans ce contexte que la réforme de la LF ne requiert pas de référendum, fait qui s'explique par le système strict de la démocratie représentative existant au niveau fédéral.

Toutefois, la réforme constitutionnelle est substantiellement limitée: les matières énumérées par l'art. 79 al.3 LF sont inaltérables.

Cette clause d'éternité (Ewigkeitsgarantie) cimenter le fédéralisme, structure traditionnelle de l'Allemagne, plus précisément la structuration de la Fédération par l'existence des États-membres (Länder), la participation des Länder à la législation de la Fédération par principe ainsi que les principes énoncés par les articles 1 et 20 LF. Ses derniers principes sont la garantie de la dignité humaine (art. 1 al. 1 LF) et, selon l'art 20 al. 1 la démocratie, l'État social et l'État fédéral (ce dernier aspect concide partiellement avec les autres aspects du fédéralisme déjà mentionnés dans le cadre de l'art. 79 al. 3 LF). Il s'ajoute à cette énumération l'État de droit qui, en tant que terme, n'est pas directement mentionné par l'art 20 LF mais seulement par l'art. 28 al.1 LF. Toutefois, l'élément primor-

dial de l'État de droit, l'exigence de la légalité de l'action de l'exécutif et du pouvoir judiciaire ainsi que l'exigence de la constitutionnalité de la législation, est expressément établi par l'al. 3 de l'art. 20 LF.

La protection de la clause d'éternité comprend également la souveraineté du peuple (art. 20 al.2 LF), base de la démocratie (ce qui concide aussi avec la notion de démocratie exprimée par l'al. 1 de l'art. 79 LF).

Finalement, c'est le droit (droit subsidiaire) à résister à quiconque entreprendrait de renverser l'ordre constitutionnel, s'il n'y a pas d'autre remède possible, un droit reconnu par la LF comme un droit naturel, supra-positif.

La "clause d'éternité", elle-même, n'est pas susceptible d'être abolie par une réforme constitutionnelle ni essentiellement modifiée. Toutefois, il faut souligner que la création d'une nouvelle Constitution par le pouvoir constituant n'est pas limitée par cette clause. La théorie du pouvoir constituant révolutionnaire, illimitable, elle-même, doit être limitée, en vue de la nécessité de reconnaître la dignité humaine comme valeur suprême qui ne pourrait être ni éliminée ni réduite par le peuple dans le processus de la création d'une Constitution.

Les principes garantis par la clause d'éternité (plus précisément: clause de pérennité) forment une sorte de droit constitutionnel de rang supérieur aux normes constitutionnelles "ordinaires" dont la constitutionnalité peut être examinée par la Cour constitutionnelle fédérale. Les réformes constitutionnelles du droit d'asile (l'art. 16 a LF) et de l'inviolabilité du domicile (art. 13 al.3 LF introduisant des écoutes acoustiques de grande intensité comme instrument d'investigation) ont été objets des grandes décisions de la Cour (interprétant ces articles comme "conformes à la Constitution").

La théorie de droit constitutionnel "inconstitutionnel" (O. Bachof) est bien acceptée en Allemagne.

La jurisprudence constitutionnelle allemande a pris en considération la clause de pérennité à plusieurs reprises. Elle s'est occupée de la question de savoir jusqu'à quel point une "relativisation" de cette clause, soit une limitation soit une interprétation limitative serait possible. La Cour (déc. vol. 31, p.1, 24 ainsi que vol. 109, p.279, 310) déclare que l'art. 20 ne contient que certains aspects de l'État de droit, les autres aspects ne jouissant pas de la même intensité de protection (un argument éclectique qui me paraît très douteux). De plus, selon la Cour, la restriction d'un droit fondamental, voire son abolition, ne serait incompatible avec l'art. 79 al.3 LF que dans le cas où par une telle réforme "l'ordre constitutionnel dans le sens de l'art. 1 al.1 et 2 LF serait gravement me-

né”. La garantie de l'essence (du “contenu essentiel”) d'un droit fondamental est une limite pour le législateur “ordinaire”, mais non pour le législateur réformant la Constitution. Ce dernier n'est pas en droit de modifier ce qui est *indispensable* pour le maintien de l'ordre constitutionnel comme l'exige la dignité (art. 1 al.1 LF) et l'orientation de l'État vers les droits humains “comme base de toute société humaine, de la paix et de la justice” (art. 1 al.2 LF). Il suffit de satisfaire à l'exigence de la protection par les droits fondamentaux “en général” ce qui n'exclut pas la modification particulière d'un droit fondamental particulier par réforme constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle regarde la dite clause comme une exception qui doit être interprétée de manière étroite laissant une marge d'appréciation assez large au législateur réformant la Constitution. Des restrictions apportées par une réforme constitutionnelle aux valeurs (principes) exempts de la réforme est possible jusqu'à un certain degré.

Il y a, dans quelques Constitutions européennes, des clauses de telle sorte, en partie se limitant à la forme républicaine du gouvernement (Art. 89 V Const. française, art. 139 Const. italienne), en partie élargissant considérablement le catalogue des matières exemptes de réforme comme au Portugal (Art. 288 Cost.).

De plus, on discute l'existence des limites non écrites de la réforme constitutionnelle résultant de l'essence de la Constitution, de la nécessité de maintenir les principes fondamentaux d'une Constitution, ainsi que de la différence entre réforme et création d'une Constitution.

Cette discussion n'a pas encore abouti à des conclusions communément acceptées.

Dans le cadre de la discussion relative à l'impact du pouvoir supranational sur le droit constitutionnel national la jurisprudence constitutionnelle a développé, dans plusieurs pays, un “noyau dur” de l'ordre constitutionnel (parfois appelé “identité constitutionnelle”, v. e Conseil constitutionnel français et les Cours constitutionnelles allemande et polonaise) qui correspond, dans la perspective d'une partie de ces cours, aux matières inchangeables de la Constitution. Il s'agit donc d'un processus similaire à celui de la réforme constitutionnelle formelle parce que le transfert des compétences aux institutions supranationales de l'Union européenne peut être conçu comme une réforme *matérielle* de la Constitution nationale.