

# AKDENİZDE ANAYASACILIK HAREKETLERİ KARŞISINDA TÜRKİYE\*

(TURKEY IN THE FACE OF CONSTITUTIONALISM MOVEMENTS  
IN THE MEDITERRANEAN)

**İbrahim Ö. Kaboğlu**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim  
Üyesi/Professor of Constitutional Law at the University of Marmara

## ÖZET

Türkiye, Akdeniz havzasının tarihsel ve kültürel mirasını paylaşmaktadır. Bununla birlikte, daha çok Avrupa merkezli anayasacılıktan esinlenmiş bulunuyor. Gerçi, Akdeniz devletleri de, anayasalara sahip olmuştur. Ne var ki, bir anayasaya sahip olmak, her zaman, anayasacılık hareketi içerisinde yer almak anlamına gelmez. Anayasacılık, siyasal iktidarı sınırlandıran ve insan haklarını güvence altına alan anayasaya saygı ve uyulmaması durumunda yaptırım mekanizmalarını gerekli kılar.

Türkiye'deki anayasal gelişmeler, Cumhuriyet dönemi ile sınırlı olmayıp, Osmanlı Devleti'ne uzanmaktadır. Parlamento'yu ilk kez kuran Kanun-i Esasi'den (1876), parlamenter rejimi klasik mekanizmalarıyla öngören 1961 Anayasasına kadar, zengin bir siyasal ve anayasal deneyimden söz edilebilir. Yürürlükteki 1982 Anayasası, sayısı yirmiye yaklaşan değişiklik sonucu ilk halinden uzaklaşmış bulunuyor. Bununla birlikte, 21. Yüzyıl Türkiye toplumunun sorunlarını çözme ve ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, yeni bir anayasa yapım çalışmaları yürütülmektedir.

Anayasa yapım süreci bakımından Türkiye'yi, Tunus ve Mısır gibi geçiş dönemi rejimlerinden ayıran başlıca fark şudur: adı geçen ülkelerde, siyasal kırıma ve kopma döneminin ardından anayasa yapım süreci devam ettiği halde, Türkiye, "anayasal düzenin devamlılığı" sırasında yeni bir anayasa hazırlamaktadır.

Yenileme sürecinde farklı usul ve yöntemler benimsenebilir. Fakat asıl olan, erkler ayrılığı ve insan haklarının güvence altına alınmasıdır. Bunun için başta erkler ayrılığı gelmek üzere, anayasal fren

---

\* Farnsızcadan çeviren Reha Yünlüel.

ve denge mekanizmaları bütünü gözetilmelidir. Bu bakımdan, Akdeniz havzasının yeni anayasa yapım sürecinde bulunan devletleri, bu asgari gerekliliklere yanıt verebildikleri ölçüde ancak, demokratik rejimi ve hukuk devletini kurabilirler. Ana hedef, “siyasal alternans” koşullarının oluşturulması olmalıdır.

Bu bakımdan, Türkiye’nin, bölge devletleri için ne ölçüde model oluşturduğu sorusu gündeme gelmektedir. Türkiye, model olabilir mi ve özgünlüğü nereden kaynaklanmaktadır?

Yazıda, çağdaş anayasaların birbirini esinlemesi ve etkileşim sürecinin Akdeniz bölgesine uygulanabilirliği tartışılarak, Türkiye’nin “insan haklarına dayanan demokratik ve laik hukuk devleti” özelliği vurgulanmaktadır. Eğer Türkiye, böyle bir süreçte model olarak görülebiliyorsa, bunun nedenini, anaysal ve siyasal yapısını, çağdaş hukuk sistemine oturtmayı büyük ölçüde başarısında aranmalıdır. Çoğulcu demokratik ortamda siyasal alternansın iyi kötü işleyebilmesi, Cumhuriyetçi yönetim şeklinin gerçekleştirdiği kurumlar sayesinde mümkün olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, anayasacılık, anayasa yapım tipolojisi, anayasa yapımında zaman ve mekan, anaysal taklit, anaysal esinlenme, Türkiye modeli, transconstitutionalisme.

### **ABSTRACT**

*Turkey shares the historical and cultural heritage of the Mediterranean basin. Nevertheless, the country has been inspired by a European sense of constitutionalism. Even though many Mediterranean countries had constitutions, having a constitution does not always mean to be a part of constitutionalist movement. Constitutionalism means respect for the constitution that guarantees human rights, delimits political power, and needs enforcement mechanisms in case it is not obeyed.*

*The constitutional developments in Turkey are not limited to the Republican era and dates back to Ottoman times. From Kanuni Esasi, which formed the first assembly to the Constitution of 1961 that foresees parliamentary regime with its classical mechanisms, we can talk about a rich political experience. The constitution of 1982, which is still in effect, seems quite different from the original version after nearly 20 amendments. Nevertheless, it is ineffective in dealing with 21st century problems and needs. Hence, the preparation of a new constitution.*

*The main difference between Turkey and countries like Egypt and Tunisia is this: these countries are preparing their constitutions after a serious period of political breaking point, where in Turkey this preparation process is taking place together with a currently effective constitutional continuum.*

*Countries who use different methods in the writing of a new constitution can meet the common denominator of constitutionalist movement in terms of content. Despite the differences of political regime, it is crucial to establish a separation of powers and guarantee human rights.*

*To this end a system of checks and balances has to dominate the constitutional system. In this system it is crucial to have independent judiciary. In that sense, the Mediterranean countries in making of new constitutions have to respond to these needs to establish a democratic regime and rule of law. The main goal should be to create conditions of political alternation.*

*The question is how much of an example Turkey sets for other states in the region. Can Turkey be a model and where does its originality come from?*

*This article discusses how modern constitutions influence each other and if it is possible to apply this interaction process in the Mediterranean. The article also focuses on Turkey as a democratic and secular state of law based on human right. If Turkey is viewed as a model, the reason is its success in establishing a political and constitutional structure within the modern legal system. In order for political alternation to function in a plural democratic environment, we need the institutions of the Republican regime.*

**Keywords:** *constitution, constitutionalism, constitution writing types, time and space in constitution making, constitutional imitation, constitutional inspiration, Turkish model, anayasacılık-ötesi.*

\*\*\*

Sürmekte olan anayasal hareketler hakkında karşılaştırmalı bir yaklaşımın merceğindeki başlangıç notlarımız altı başlıkta toplanmaktadır:

- I. Akdenizin kuzey ve güneyi
- II. Anayasa ve anayasalcılık
- III. Sürmekte olan anayasal süreçlerin tipolojileri hakkında
- IV. Türkiye
- V. Anayasal süreçlerde zaman ve mekân
- VI. “Türk modeli” ve sınırları

### **I. Akdenizin kuzey ve güneyi**

Güney Avrupa ve Kuzey Afrika aynı anayasal mirası paylaşmaktadırlar. Bununla birlikte, zaman ve mekân bakımından siyasi açıdan kimi karşılaştırmalı unsurları ortaya çıkartmak mümkündür.

-20. yy'ın son çeyreğindeki güney Avrupa ülkelerindeki otoriter düzenler, doğusunda olduğu kadar batısında da ortak bir mirası paylaşıyorlardı<sup>1</sup>: doğuda, Yunanistan ve Türkiye; batıda, İspanya ve Portekiz. Yunanistan, İspanya ve Portekiz anayasalarını iki hedef doğrultusunda hazırladılar: Avrupa Konseyi'ne ve Avrupa Birliği'ne girme hedefleri<sup>2</sup>. Bu genç demokrasiler, 21. yy'ın başında bir dizi (mali, iktisadi ve siyasi) krize yakalandılar. Anayasal değişiklikler işte bu ardı ardına gelen krizlere bir çare gibi düşünüldü.

Avrupa Konseyi üyesi ve Avrupa Birliği adayı Türkiye'ye geldikte ise, Yunanistan, İspanya ve Portekiz'de olanların aksine yeni Anayasa'nın hazırlanması ve demokrasiye geçiş askeri vesayet altında gerçekleştirildi. 1982 Anayasası, hukuk devleti güvencelerinin oluşturulabilmesi için 1987'den beri değiştirilmiş ve gözden geçirilmiş ise de Türkiye 1990'ların başından itibaren yeni bir anayasa arayışı içerisindedir. Şu var ki, bu yönde somut olarak yalnızca 2011'de harekete geçilebilmiştir.

- ODKA<sup>3</sup> bölgesinde, 2011 başında Yasemin Devrimi ile başlayan arap baharı konumuz açısından siyasi-anayasal bir kesintiye karşılık gelmektedir. Yine de ODKA ülkelerinin büyük kısmı modernleşme siyasetleriyle at başı, 20. yy'ın ikinci yarısında hazırlanan anayasalarla mücehhezdirler. Her halükârda siyasi düzenleri ve özellikle de uygulamaları açısından ODKA ülkelerini belirleyen otoriterlikleridir.

- Burada, her devletin bir anayasayla sahip olmasının anayasalcılığa dahil olması için yeterli olmaması nedeniyle, anayasa ve anayasalcılık arasında bir ayırım yapmak yerinde görünüyor.

## II. Anayasa ve anayasalcılık<sup>4</sup>

En geniş kabulüyle anayasalcılık “*siyasi faaliyetler ile devlet faaliyetlerine etkili frenler kurmayı ve sürdürmeyi içeren teknik*”tir (C.J. Friedrich).

<sup>1</sup> Yunanistan'daki Albaylar Diktatörlüğü (1967-1974), Türkiye'deki Generaller Diktatörlüğü (1980-1983) ve, İspanya (1936-1976) ile Portekiz'deki(1934-1974) sivil diktatörlükler. Bu ülkeler batı ittifakınca 30 yıl boyunca hoş görülen ulusal askeri-otoriter bir vesayetin gölgesinde yaşadılar. Bu “yeni demokrasiler”, Kuzey'de gelişen “parlamente model”den esinlenerek anayasalarını 1975, 1976 ve 1978'de hazırladılar.

<sup>2</sup> “80'li yıllarda 9'lar Avrupası, diktatörlerinden kurtulan 3 ülkenin gelişyle 12'ler Avrupası hâline gelecektir: 1981'de Yunanistan, 1986'da İspanya ve Portekiz “(L'Europe de la construction à l'enlissement, Le Monde histoire, Décembre 2012).

<sup>3</sup> Ortadoğu ve Kuzey Afrika

<sup>4</sup> “Constitutionnalisme”, par Olivier BEAUD, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénau, S. Rials, F. Sudre, PUF, 2008, pp.183-185*

Buna karşın en dar tanımıyla ise anayasalcılık, kuşkusuz siyasi iktidarın sınırlandırılması fikrine işaret etmekte ise<sup>5</sup> de söz konusu siyasi iktidar yalnızca modern devleti temsil etmektedir.

Nihayet, anayasalcılığın bu modern çerçevesi “*bağımsız bir mahkemece gerçekleştirilen bir anayasallık denetimini kurarak kanunların anayasaya uygunluklarını gözetip bizzat yasama erkinin sınırlandırılmasını mümkün kılan siyasi düzenleri belirle*”meye yarayan daha dar bir kavramı da içermektedir (Ph. Raynaud).

Anayasalcılığın modern kabulü siyasi erklerin işlemlerini insan haklarının korunması lehine yargısal denetime tâbi tutma amacına tanıklık etmektedir.

Anayasa ve anayasalcılık arasındaki farka geldikte, Tunus örneği oldukça çarpıcı görünmektedir. 1959 Anayasasında 2002’de yapılan değişiklikler ile “*Hukuk Devleti*”: “*Tunus Cumhuriyeti hukuk devleti’nin ilkeleri üzerine kurululudur*” (m. 5) hükmünü açık bir şekilde Anayasaya sokmuştur. Anayasalcılık ve anayasa arasındaki farka işaret etmesi açısından Prof. N. Baccouche’un gözlemi bir delil olarak gösterilebilir: “Anayasaca hukuk devletinin ilânı, fazla elverişli olmayan siyasi ve kültürel bir çevrede hukuk devletinin gerçekleştirilmesi sorununu da beraberinde getirmektedir.”<sup>6</sup>

Bunun paralelinde devletler üstünde yani bölgesel düzlemde de benzeri bir not düşülebilir:

Bölgesel düzlemde *İnsan ve Halk Hakları Afrika Şartı* ile *İnsan Hakları Arap Şartı*, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik araçlar yürürlükte olmasına karşın; iç hukuktaki etkileri, fren ve karşı denge mekanizmaları olmadığından ve özellikle de uygun bir yargısal denetimin yokluğundan dolayı oldukça sınırlı kalmaktadır.

### III. Sürmekte olan anayasal süreçlerin tipolojisi hakkında

Sayın Profesör Rafea Ben Achour, ODKA bölgesinde devam eden anayasal süreçlerin tipolojisi için şu kategoriyi önermiştir<sup>7</sup>:

- Tam kesinti ve yeni bir anayasa,
- Devmlilik ve yeni bir anayasa

<sup>5</sup> “Anayasalcılık; özel ya da sosyal alan ile kamusal ve siyasi alan -yani Devlet ile sivil toplum- arasında bir ayrımı varsayan liberal demokorasi felsefesinin bütünleştirici kısmını oluşturmaktadır. (...)” (Beaud, “Constitutionnalisme”, p.193).

<sup>6</sup> Néji Baccouche, “Constitution et Etat de Droit”, in *Constitution et Etat de Droit*, actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de La promulgation de la contitution tunisienne du 1er Juin 1959, Faculté de Droit de Sfax/Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 2010, p.4.

<sup>7</sup> Profesör Rafea Ben achour’un bildirisi: “Les évolutions constitutionnelles dans la Région MENA”, Séminaire international, Université de Carthage, le 20/01/2012.

-Devamlılık ve düzeltilmiş anayasallık

A) *Tam Kesinti ve yeni bir anayasa*

Bu kategori, mevcut düzeni bir bütün olarak yıkan bir devrimi yaşayan devletlere karşılık gelmektedir: Tunus, Mısır ve Libya. Bunlar arasında en belirginini Tunus'unkidir. Tunus yürürlükte olan anayasal düzenini sıfırlayarak, seçildiği 23 Ekim 2011 tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde Kurucu Meclis'e yeni bir Anayasa hazırlamak görevi vermiştir.<sup>8</sup>

Görüldüğü üzere Tunus'taki demokratik geçiş "Ulusal Kurucu Meclis" vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Mısır ise önceliği, Ulusal Meclis'in seçimine verdi. Yeni anayasa, kurucu erk olarak hareket eden Ulusal Meclis nezdinde kurulan anayasal Komisyonca hazırlandı.

Libya'da ise anayasanın hazırlanması 12 Temmuz 2012'de seçilen Kurucu Meclis'e tevdi edildi.<sup>9</sup>

B) *Devamlılık ve yeni bir anayasa*

"Bu durumda, ülke eski anayasayla tam bir kesintiye kadar gitmeksizin, yeni bir anayasa hazırlanmaktadır"<sup>10</sup>. Bunun en çarpıcı örneği Fas'tır: Yeni bir anayasa Kralın atadığı bir uzmanlar komitesi tarafından hazırlanmıştır. Uzun incelemelerden sonra tasarı gözden geçirilmiş, düzeltilmiş ve referanduma sunularak 1 Temmuz 2011'de kabul edilmiştir.

C) *Devamlılık ve düzeltilmiş anayasallık*

Burada söz konusu olan, Bahreyn ve Moritanya örneklerinden görüleceği üzere "Anayasa mühendisliğinin ve erkler ayrılığına dair hukuksal mekanizmaları ile vatandaşların siyasi hayata katılımlarının yeniden uyarlanması"dır.<sup>11</sup>

#### IV. Türkiye

Yeni Anayasanın hazırlanmakta olduğu Türkiye'nin durumuna gelince, öncelikle iki özelliğe dikkat çekilmeli: İlki; burada söz konusu olan, anayasal düzenin devamlılığındaki anayasanın yenilenmesidir. İkincisi, yürürlükteki Anayasa toptan değişikliğe dair bir usulü öngörmemektedir.

Geçiş döneminin karmaşıklığını gösterebilmek için Türkiye'deki anayasal gelişmelere 3 zamanlı olarak göz atmak yerinde olur: geçmiş, günümüz, gelecek.

<sup>8</sup> "Profesör R. Ben Achour'un bildirisi". Ayrıntılar için bkz.: Prof. Yadh Ben Achour, Prof. Fadel Moussa, Prof. Néji Baccouche ve Doç. Chawki Gaddes'in tebliğleri.

<sup>9</sup> Kamel Mostafa Taimour, "Mısır'da demokratikleşme sürecinde yeni anayasanın hazırlanması, yeni dönemin sorunları ve mücadele alanları", *Anayasa Hukuku Dergisi* 1/1, 2012, s.4912-511.

<sup>10</sup> R. Ben Achour, "Allocution...", p.3.

<sup>11</sup> R. Ben Achour, "Allocution...", p.4.

## A) Geçmiş: Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet düzeni<sup>12</sup>

### 1. Ferman/Parlamento/Parlamentarizm denemesi

Türk anayasal düzeni, kaynağını Osmanlı İmparatorluğu'nun son döneminde bulur. 1839'dan itibaren ki Osmanlı İdaresinin yeniden düzenlenmesi ve modernleştirilmesini sağlayan reformlara girişilmiştir. Tanzîmât fermanı olarak da adlandırılan Gülhane Hatt-ı Hümayun'u bugün kimi anayasacılar tarafından Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk insan hakları bildirgesi olarak kabul edilmektedir. İçeriğine bakıldığında, yasalık ve eşitlik ilkeleri kadar kişi güvenliği de Ferman'ı karakterize etmektedir.

Modern anlamıyla “kanun” kavramı da; bir tür “osmanlı” uyarlaması olarak niteleyebileceğimiz, kimi Avrupa ülkelerinde yürürlükte olan kanunlar “hukuksal iktibas” yoluyla yine Tanzimat döneminde kabul edilmiştir.

İlk Anayasa bir “meşrutî monarşi” çerçevesinde kaleme alınmıştır. Böylece 1876 Kanun-i Esasi'si ilk defa iki meclisli bir parlamentonun kurulmasını öngörmektedir. 1908'de “ikinci” anayasal monarşi, 1876 metnini değiştirerek Parlamentonun yetkilerini artırmış ve kimi yeni özgürlükleri tanımıştır. Gerçekten de bu anayasal ferman, 1909'da gerçekleştirilen bu değişiklik ile “misak anayasa”ya dönüşmüştür.

18. yy.'ın sonunda yürürlüğe giren yazılı anayasaları hatırlarsak eğer; Avrupa ve Kuzey Amerika'daki anayasal hareketlere nazaran demek ki bir asırlık bir gecikme söz konusudur.<sup>13</sup>

### 2. Meclis hükümeti/Karma rejim/Parlamentar rejim

Türkiye Cumhuriyeti ulus devlet ve laiklik fikirleri üzerine kuruludur. Modern Türkiye'nin kuruluşu çokuluslu bir İmparatorluk ile ulus devlet, çokinançlı bir İmparatorluk ile laik devlet arasında geçişi sağlamış ve 1920'li yılların başlarında bu dönüşüm tamamlanmıştır.

Ulusal bağımsızlık hareketinin ardından, uluslararası düzlemde, 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşmasının imzalanması, Türkiye'nin

<sup>12</sup> Türkiye'deki anayasal gelişmeler için bkz.: Jean Marcou, “L'expérience constitutionnelle turque”, *Revue de Droit Public*, 1996-2, s.425-462.

<sup>13</sup> Burada Tunus'un durumu zikredilmeye değerdir: “Tunus, 1857'de bir haklar bildirgesi ve 1861'de bir anayasa kabul ederek hukuk sistemini modernleştirme girişimi şansına sahip olan ilk müslüman arap ülkesidir. (...) bu hukuk ve siyaset kültürünü benimseme hareketi, topluma birlikte yaşamının yeni kurallarını özümsemesini de sağlayacaktır... Anayasa fikri aynı zamanda sömürgeleikten kurtulmanın sembol ve aracı olacaktır. Bağımsızlık hükümeti umut veren bu sözü yerine getirmeliydi. Ki 1 Haziran 1959 Anayasası bu sözün tutulmasıdır.” (N. Baccouche, “Constitution et Etat de Droit”, p.3).

bağımsız bir devlet olmasını sağlamış ve bu andan itibaren de 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet kurulmuştur.<sup>14</sup>

Yani Türkiye, 1982'ye değin, devamlılık (cumhuriyetçilik, laiklik ve vatandaşlık) ve kesintileriyle ile (1960, 1971 ve 1980'de olduğu üzere siyasi, demokratik ve anayasal) farklı siyasi ve anayasal değişikliklerle kendisini gösterecektir: 1923'ten 1946'ya değin tek parti düzeni söz konusu olsa da ardından çokpartililik doğacaktır. Bu ilk dönemin anayasası 1924 Anayasasıdır. Ardından 1960 ve 1980'deki iki askeri darbeyle biri diğerinin zıddı yönde iki yeni anayasa hazırlanacaktır.

#### a) Meclis Hükümeti

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, –henüz henüz bağımsız bir devlet olmadan önce- halk çoğunluğuyla seçilen bir ulusal meclis tarafından hazırlanmıştır. Bu aynı zamanda, tüm erkleri ulusal mecliste toplayan ulus ve halk egemenliğine dayalı bir anayasadır. Hükümet, bu nedenle “Meclis Hükümeti”dir.

#### b) Tek parti'den çokpartililiğe

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 1922'de seçilen ikinci Ulusal Meclis tarafından hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Bu Anayasa, meclis hükümetinin kimi unsurlarını almış ve parlamenter rejimin öğelerini dahil etmiştir. (Ne parlamenter ne de meclis sistemi olan bu sistem “karma sistem” olarak adlandırılmaktadır.)

Bu Anayasa, 36 yıl boyunca yürürlükte kalmış ve 1946'da çokpartililiğe geçişi sağlamıştır. Bununla birlikte demokratik bir sistemin kurulması amacıyla hazırlanmış olan bu Anayasa, yetersizliklerini de göstermiştir: 1950'den önce siyasi dönüşümlülük (siyasal münavebe) olmamıştır ve bu tarihten itibaren TBMM'de çoğunluğa sahip olan Demokrat Parti, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin eksikliğinden yararlanarak anayasaya aykırı kanunları rahatlıkla çıkartabilmiştir.

Hukuk devleti ve demokrasi adına kimi aydınlarca da desteklenen 27 Mayıs 1960 darbesiyle rejim kesiniye uğramıştır. Ve bu dönemden itibaren ki ordunun siyasi-anayasal düzenin işleyişine müdahalesi onar yıllık bir ritme dönüşmüştür.

#### c) Hukuk devletinin gerçekleştirilmesi

Askeri darbenin ardından hazırlanan ve bir referandumla kabul edilen 7 Temmuz 1961 Anayasası, insan haklarını, devletle ilişkisinde düzenleyen bir hüküm getirmektedir. Gerçekten de söz konusu Anayasanın 2. Maddesi Türkiye Cumhuriyeti'ni “insan haklarına

<sup>14</sup> Söz konusu Antlaşma, Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yaşayan müslüman olmayan vatandaşlara din temelinde bir azınlık statüsü de tanımaktadır. (Benzer bir statü, Yunanistan topraklarında yaşayan müslüman halka da karşılıklı olarak tanınmıştır.)

dayanan” “millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti” olarak düzenlenmektedir. Devletin “varlık sebebi” insan hakları ve buna saygı ile açıklanmaktadır.

Bu Anayasa özgürlükler yararına, ayrıntılı bir insan hakları listesi vermesinin yanısıra temel hak ve özgürlükler (negatif statü hakları) ile sosyal, ekonomik ve kültürel hakları (pozitif statü hakları) da tanıyarak, sağlam temeller atmıştır. Sonrasında, Anayasa haklar güvencesinin uygun bir Devlet yapısıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini göstermekte, ilk planda yargı, ardından yasama ve yürütme organları üzerine, örgütlenmeye ilişkin belli gereklilikler öngörmektedir.

Erklerin ayrılığı çerçevesinde Anayasa, yargının bağımsızlığı ile sistemin işleyişinin merkez erki olarak çift meclisliliğe büyük önem vermektedir. Yürütme erki ise çift başlı olarak parlamenter rejimin ruhuna uygun olarak düzenlenmiştir: Bakanlar Kurulu *primus inter pares* olarak Başbakan tarafından temsil edilmekte ve Cumhurbaşkanı çoğu sembolik ve onursal görevleri yerine getirmek üzere Parlamento tarafından seçilmektedir.

Karşı ağırlıklar mekanizması açısından, anayasal düzen erkler arası bir dengeye dayanmaktadır. İlk defa 1961 Anayasasında görünen hukuk devleti kavramının tüm mekanizmalarının hayata geçirilmesi konusunda anayasa hazırlayıcılarının iradesinin tam bir etkisi oldu: Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere bağımsız yargı, hukuk devletinin ana ayağını oluşturmaktaydı. Türk Anayasa Mahkemesi, böylece 1945 Avusturya, 1947 İtalya ve 1949 Almanya Anayasa Mahkemelerinden esinlenilerek kuruldu.

### B) Günümüz

İzleyen olaylar hukuk devleti ve insan hakları için pek de elverişli değildir. Önce 1971’de amacı Devletin yetkilerinin artırılması ve vatandaşlara tanınan hakların azaltılması olan bir muhtıra ile gerçekleştirilen askeri bir müdahale sonucu, 1961 Anayasası değiştirildi.

12 Eylül 1980’de yeni bir askeri darbe gerçekleştirildi. Bu, 27 Mayıs 1960’takine nazaran demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti açısından etkileri tamamen zıt olan bir darbe idi. Kamu düzeninin ve siyasi istikrarın sağlanması amacıyla askerler hukuk sistemini sil baştan yaparak; toplumu, hukuksal mekanizmalar aracılığıyla yeniden şekillendirmek istediler.

Bir kriz döneminde ve olağanüstü koşullarda hazırlanan bu Anayasa, şekli olarak Cumhuriyetçiliği, laikliği, hukuk devletini koruyarak, merkezi devletin birliğini daha da güçlendirdi. Bununla birlikte 2. maddeyle devlet teşkilâtı artık insan haklarına dayanmamakta, üstelik zayıflatılmakta ve insan haklarına saygı, devlet makamlarının “gözetimi”ne bırakılmaktadır.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasına nazaran yadsınamaz bir şekilde geriye dönüşü yansıtmaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasası hukuk devletini sınırlamak üzere kurgulanmıştır. Fakat gene de, 1987’de başlayan ve yirmi yıla yayılan ardarda değişiklikler hukuk devletinin iyileştirilmesi olarak düşünülebilir.<sup>15</sup>

### C) Hangi geleceğe doğru?

1980’li ve 1990’lı yıllar Türkiyesinde anayasal reform talebi, büyük ölçüde siyasi sistemin askerleştirilmesine son vermek ve temel özgürlükleri genişletmek arzusu ile karışıyordu. Öte yandan anayasa reformu, Avrupa Birliği (AB) görüşmelerinin açılmasına bağlı idi. AKP’nin 2002’de iktidara gelişinden bu yana<sup>16</sup> ve özellikle AB’ne katılım görüşmelerinin açıldığı 2005 yılında, *anayasal sorun yeniden daha çok iç dinamiklere bağlı hâle dönüştü.*<sup>17</sup>

Böyle bir çerçevede ise, yeni bir anayasal metnin hazırlanması ve kabulü siyasi gündem ile hükümet ve muhalefet arasındaki gerilimin sürekli rehinesi durumundaydı. Burada hatırlatmak gerekir ki, önceki yasama döneminin başında hükümet, 2007 seçim zaferinin gücüyle; bir “öneri metni”ni uzmanlar komisyonuna hazırlattı. Ne var ki izleyen aylarda bu düşünceden, daha 2008’in ilk dönemi dahi bitmeden AKP tarafından vazgeçildi. AKP üniversitelerde türban yasağını kaldırmak amacıyla 1982 Anayasasının yeni bir değişikliğine girişti. Anayasa Mahkemesi bu anayasal değişikliği iptal etti.<sup>18</sup> Karara karşı –revanşçı bir yaklaşımla- AKP, 2010’da yaptığı anayasal bir değişiklik ile Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandırdı.<sup>19</sup>

Anayasal reform, 12 Haziran 2011 yasama seçimi kampanyasının en temel konularından birisi idi.

4 yıl sonra sistemin farklı aktörleri nihayet utana sıkıla da olsa Türkiye’nin hak ettiği anayasal metin ile hazırlamak üzere birbirlerine güven duymaya başladılar. 2011 yasama seçimleri kampanyası, öncekinden daha az kutuplaşmış idi. Ancak AKP’nin etkisini büyütmesi kamuoyunun ve siyasi sınıfın bir kısmını, yeni bir anayasanın hazırlanmasının

<sup>15</sup> Anayasa değişiklikleri için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Vers le droit constitutionnel des libertés en Turquie”, *ESSAYS in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Sakkoulas/Beriner W.-Verlag-Bruyant, 2004, pp. 839-955.

<sup>16</sup> AKP: Adalet ve Kalkınma Partisi

<sup>17</sup> Jean Marcou, “L’élaboration d’une nouvelle Constitution, priorité de la législation”, mercredi 12 octobre 2011 (OVIPO).

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie”, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No 27, 2009, pp. 38-42.

<sup>19</sup> Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da aynı şekilde yeniden yapılandırıldı.

AKP için sadece paylaşımsız bir nüfuzun artırılması imkânı yaratacağından korkuyordu.<sup>20</sup>

Bu zor bağlama rağmen, şu anki yasamanın ilk adımları ölçülü bir iyimserliğin sürmesini sağladı. Hâli hazırda parlamentoda temsil edilen tüm siyasi partiler (AKP, CHP, MHP ve BDP)<sup>21</sup>, yeni bir Anayasanın hazırlanmasının 2011 Haziranında seçilen Meclisin önceliği olması gerektiği düşüncesini kabul etmişlerdi. “Uzlaşma komisyonu” denilen ve her siyasi partiden üçer milletvekilinin oluşturduğu bir komisyon, Meclis Başkanı Sayın Cemil Çiçek’in başkanlığında yeni metni hazırlık çalışmalarına başladı. Komisyon yeni anayasanın hazırlanmasına dair yol haritası konusunda fikir birliğine vardı.<sup>22</sup>

İnsan hakları öncelikli olarak liberal geleneği izleyerek hâll edildi. Bununla birlikte 2012 yılının sonuna değin Komisyonun üzerinde anlaştığı maddelerin sayısı oldukça sınırlı kaldı.<sup>23</sup>

## V. Anayasal süreçlerde zaman ve mekân

Akdeniz havzasındaki anayasal hareketlere çağdaş anayasaların ayırıcı özelliklerini dikkate alınarak yaklacağız.

### A) Çağdaş anayasaların bazı ayırıcı özellikleri

Herşeyden önce her toplumun kendi özelliklerinin temel normları belirlediğini unutmamak gerekir. Bu nedenledir ki anayasa “*bir halkın otobiyografisi*” olarak nitelendirilebilir.

<sup>20</sup> “1982 Anayasası onbeşten fazla değişiklikle büyük ölçüde değiştirildi. Bu değişiklikler kuşkusuz metni iyileştirdi ise de kimileri bunları yeniden tartışma konusu etmenin belirsizliğe götürebileceğinden ötürü söz konusu değişikliklerin artık yerleşmiş oldukları ve bunlarla yetinilmesi düşüncesine dahi götürdü” (Jean Marcou, “L’élaboration d’une nouvelle constitution, ...”).

<sup>21</sup> CHP: Cumhuriyet Halk Partisi; MHP: Milliyetçi Hareket Partisi; BDP: Barış ve Demokrasi Partisi

<sup>22</sup> 1982 Anayasası, İsviçre Anayasası (bkz. m. 193) gibi anayasanın tümünden değiştirilmesi usulünü öngörmemekte; referandumun düzenlenmesi de dahil bir değişiklik için madde 175’teki koşulların oluşması durumunda Cumhurbaşkanının inisiyatifıyla 2/3 bir çoğunluğu aramaktadır. Maddi sınırlandırmalara gelince, Anayasa “devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu” ile “Cumhuriyetin nitelikleri” ve “devletin bölünmezliği”ni düzenleyen hükümlerinin “değiştirilemez” olduğunu öngörmektedir (m. 1, 2 ve 3). 4. Maddesi ise bu 3 maddenin bekçisi olarak kaleme alınmıştır. “(...) değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

<sup>23</sup> Şu var ki Sayın Başbakanın ardarda verdiği ve yeni Anayasanın bir an önce tamamlanmasını dileyen demeçleri, CHP, MHP ve BDP’lilerce bir “dış müdahale” olarak yorumlandı. İçeriği açısından “alaturka” başkanlık rejimini getirmek isteyen AKP’nin önerisi, Anayasa komisyonunun çalışmalarını engelleme tehlikesi taşımaktadır.

Dahası, anayasanın bir “özgürlük tekniği” olarak tanımlandığı da belirtilmelidir. Bu tanımdan itibaren insan haklarının tüm anayasaların ortak paydası olduğunu ileri sürebiliriz.

Nihayet, hukuk devletini kurmayı hedefleyen tüm anayasalar aşağıdaki 5 düzeyde kurgulanabilecek “denge ve karşı ağırlıklar” mekanizmalarını düzenlemelidirler:

-Her erkin bünyesinde: yasama, yürütme ve yargı (Cumhurbaşkanının vetosu, Anayasa Mahkemesinin ön ve son denetimi, ...)

-3 erk arasında: Üniter devletler için merkezileşme ile adem-i merkeziliğin (yerel özerkliğin) düzeyi. Devlet adem-i merkezileştikçe, yerel makamlar siyasi iktidarları sınırlayabilecek durumda olacaktır.

-Devlet ile toplum arasında: özerk bir toplum, yani insan haklarının temel değerler olarak kabul edildiği bir toplum, siyasi iktidarlar için öncelikli bir sınır oluşturacaktır.

-Ulusal ve uluslararası düzlemler arasında: Bir devletin uluslararası taahhütlerinin ötesinde, insan hakları devlet egemenliğini kayıtlar<sup>24</sup>.

#### B) Anayasal mekân ve anayasa-ötesi gelişmeler hakkında

Maddi açıdan, iki sürecin birbirini tamamlayacağını ileri sürebiliriz: bir yandan, ülkenin anayasalaştırılması, öte yandan anayasanın ülkeselleşmesi.

Böylesi bir süreç Akdeniz havzası ülkeleri için *a fortiori* kaçınılmaz bir süreçtir. Barselona Sözleşmesi, yürürlükteki anayasalar için asgari standart olarak kabul edilebilir.<sup>25</sup>

Akdeniz bölgesinde iki yıldan beri tanıdığı olduğumuz siyasi-anayasal gelişmeler ve olaylar bize “Akdeniz anayasalcılığı”ndan söz etmemizi sağlayacak mıdır?

Kuşkusuz, “Akdeniz anayasalcılığı”ndan şu an söz etmek için çok erkendir.<sup>26</sup> Bununla birlikte “Anayasalar-ötesi bir bakışla Akdeniz

<sup>24</sup> Günümüzün birçok anayasası, *İnsan Hakları Evrensel Beyanname*si ve *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* gibi insan haklarına ilişkin uluslararası araçlara atıfta bulunmaktadır. Buna ilişkin olarak İsviçre Anayasası daha da ileri gitmektedir, Federal Anayasanın 5. maddesi: “*Konfederasyon ve kantonlar uluslararası hukuka saygı gösterirler*” hükmünü düzenlemekte; Anayasa toptan değişikliği ile getirilen 193/4. maddesi ise “*Uluslararası hukukun emredici hükümleri ihlâl edilemez*” hükmünü getirmiştir.

<sup>25</sup> *Akdeniz’in Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesi* 16 Şubat 1976’da Barselona’da kabul edilmiş ve Haziran 1995’te değiştirilmiştir. Zaman içerisinde yetki alanı, kıyı bölgesinin planlanması ve yönetiminin de dahil edilmesiyle genişlemiştir. 22 âkit devlet, ayrı ayrı ya da birlikte sürdürülebilir kalkınmaya katkı amacıyla Akdeniz’in deniz sahasının iyileştirilmesi ve korunması için gereken tüm tedbirleri alırlar.

<sup>26</sup> bkz. Prof. Bertrand Mathieu’nün tebliği.

anayasalcılığına doğru”<sup>27</sup> ifadesini kullanmak bize yerinde görünmektedir. Gerçekten de burada söz konusu olan zamansal ve mekânsal bir bakış açısıyla anayasal örtüşmedir: 2000’li yılların son 10 yılında Akdeniz mekânındaki anayasalcılık...

Maşrik’tan Mağrip’e Akdeniz ülkelerinin anayasal taklit evresini geçmiş oldukları açıktır. Kuşkusuz çağdaş anayasalardan da esinlenebilirler. Bu süreçte, anayasa-ötesi bir perspektiften baktığımızda, türdeş sorunlar karşısında benzer çözümleri daha fazla düşünebiliriz. Anayasa yargısı, bu sürecin temel ayağı olarak kabul edilebilir. İşlevi; bazen federe organlar ile yerel kurumlar arasındaki (devletin yönetim şekli hakkındaki tercihinin göre) bazen de erklerin yatay ayırımından kaynaklanan ihtilaflarda ve hatta demokratik sürecin denetiminde (seçimler, siyasi partiler) bir hakem görevi görecektir. Bundan dolayıdır ki, anayasa mahkemeleri anayasal organların işleyişlerinde fren ve denge mekanizmaları olarak kabul edilmektedirler.

Bu işlevin ötesinde anayasa mahkemeleri insan haklarının en üst düzeyde bekçileri olarak düşünülmüşlerdir. Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruluklarının temel kaynağı insan haklarını koruma rolleridir. Ne var ki bu, yargıçlarının atanması usûlüne muhakkak yansımaları gereken bir husus değildir.

Anayasa yargısının bu bekçilik görevini temin edebilmesi için herşeyden önce tüm medeni, siyasi, sosyal, kültürel, ekonomik ve çevre hak ve özgürlüklerinin dengeli anayasal birliktelikleri ilkesinin kabulü gerekir. İkincisi, mahkemenin oluşumu ve statüsü yargıçların nitelikleri ile bağımsızlıkları için aranan koşullara yanıt verebilecek durumda olmalıdır. Üçüncüsü, bu ulusal yargı yolu, bir devlet makamının ihlâlelerinden mağdur olduğunu iddia eden bireylerin ulaşabilecekleri bir mercii olmalıdır. Son olarak da, anayasa yargısının insan hakları uyuşmazlıklarında verdiği kararların uygulanma gücü sağlanmalıdır.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Anayasa-ötecilik, “Bir iktibas olmaksızın farklı hukuksal sistemlerdeki ayrı Devletlerde yataylamasına bulabileceğimiz anayasal normlar ve uygulamalar arayışı”na karşılık gelmektedir. (A. Soma, Modélisation d’un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l’homme: trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé”, Revue trimestrielle des Droits de l’Homme, 2009-78, p.437). Bu yaklaşım, farklı anayasal düzenlerdeki ortak temel ilkeler arasındaki benzerliklerin mevcudiyetini incelemektedir. Anayasa-öteciliğin mantığı, insan haklarının korunması teori ve uygulamasını derinden etkilemektedir.

<sup>28</sup> Anayasa yargısı, ülkenin anayasalaştırılması ile anayasanın ülkeselleşmesi konularında ihmâl edilemez bir rol oynayabilir. Akdeniz havzasında şimdiden bir temel (ya da asgari müşterekler) mevcuttur: *Akdeniz havzasında çevrenin korunmasına ilişkin Barselona Sözleşmesi. Akdeniz Kıyılarının Yönetimine İlişkin Ek Protokol*, anayasa yargıçlarına benzer sorunları çözüme hususunda ortak veriler sağlamaktadır.

## VI. “Türk modeli” ve sınırları

Yaygın bir görüşe göre Türkiye ODKA ülkeleri<sup>29</sup> için bir model teşkil etmektedir. Önce “Türk modeli”nden ne anlaşıldığını sormak gerekir. Bu, Anayasanın belirlediği gibi “Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına dayanan demokratik ve laik bir Cumhuriyet” midir, yoksa AKP Hükümeti tarafından temsil edilen Türkiye mi?

Prof. Jean Marcou’ya göre, “*Bugün müslüman-arap dünyasında rağbette olan Türk modeli, biraz da Batı ülkelerinde müslüman dünyasına yönelik bir referans olarak gösterilen ‘uygarlaşmacı’ ve ‘gelişmeci’ türk modelinin rövanşıdır.*”<sup>30</sup>

1920’li yıllarda gerçekleştirilen reformların Türkiye Cumhuriyeti’ne özgünlüğünü veren temel özelliklerini biçimlendirmiş olduğu, sıklıkla unutulmuş (ya da hiç olmazsa ihmâl edilen) bir konudur. Gerçekten de cumhuriyetçi kurumsal yapıda siyasi dönüşümlülük ilk defa 1950’de gerçekleştirilmiştir. AKP anayasal özgürlüklerden yararlanarak teşkilatlanmış ve kurulu erklerin işleyişinde iktidar sahibi olmuştur. Ne var ki dönüşümlülük mekanizmasını getiren AKP değildir.<sup>31</sup>

Türkiye’yi müslüman-arap ülkelerinden ayıran nokta, bu ülkelerin ilk anayasalarının temel hedefi siyasi dönüşümlülük mekanizmasının kurulması iken, Türkiye’de siyasi dönüşümlülük ilk anayasası olan 1924 Anayasasından beri mevcuttur.<sup>32</sup>

Üstelik ODKA ülkeleri anayasalarını siyasi-anayasal bir kesintinin ardından hazırlamaya çalışırken, Türkiye hazırlamakta olduğu anayasasını anayasal hukuk düzeninin devamlılığında kaleme almaktadır.

Temel normun ayırıcı özelliği hakkındaki belirsizlik hükmünü sürdürmektedir: Anayasa cismani bir metindir, ruhani değil. Bu yüzden anayasa doğası gereği laik bir metindir. Din insan hakları açısından mı, yoksa aksine, insan hakları din açısından mı düzenlenecektir?

<sup>29</sup> Ayrıntı için bkz. Jean Marcou, “*Les multiples visages du modèle turc*”, *Futuribles*, No 379, nov.2011, pp.5-21.

<sup>30</sup> J. Marcou, “*Les multiples visages du modèle turc*”, p.20.

<sup>31</sup> “Uzun yıllar baskın siyasi işleyişin kabullendiği ordunun hakkından gelmeyi başararak bu post-islamist hareket sıra kendisine geldiğinde demokrasinin uygulanmasını sınırlandırmaya girişmemesi gerekmez miydi? Eğer öyle olsaydı, ‘Türk modeli’ hiç de tavsiye edilir bir model olamazdı.” (Jean Marcou, “*Le ‘modèle turc’ controversé de l’AKP*”, *Moyen-Orient* 13, Janvier-Mars 2012, p.43).

<sup>32</sup> “*Demokratikleşme; resmi makamların işlemlerini meşrulaştırmadan ve de güç yahut da baskıyla kabul ettirmeden yalnızca her bireyin -ya da en azından bir cemaatin- vicdanından doğduğunu kabul etmesi gereken baskın dinlerin yerlerinin yeniden tanımlanmasını önermektedir. Türkiye örneği bu açıdan; yalnızca seçim pratiği, demokratik yaşam ve hukuk devleti gerekliliklerinin İslam’ın rolünü değiştirmiş olmasından ötürü değil ama islamcılar da geliştirdiği için dikkat çekici bir örnektir.*” (Jean Marcou, “*Le ‘modèle turc’ controversé de l’AKP*”, p.43).

Anayasanın muhatapları, gelecek nesillerdir. Yani kurucu iktidarlar gelecek nesillerin iradesini ipotek altına alabilirler mi? Ve bu ne ölçüde mümkündür?

Kısacası, insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti mekanizmaları arasındaki dilemma bir yandan, milliyetçilik, köktendincilik öte yandan, tüm bu Maşrık ve Mağrip devletlerinin kurucuları hangi seçeneğe öncelik vereceklerdir?

Erkler ayrılığı bir hukuk devleti yapısı olarak teminat altına alınacak mıdır ve çoğulcu demokrasi kavramı, çoğunluk demokrasisinin, düzeni yalnızca seçim sandıklarına gitmeye indirgeme riskini dikkate alarak kabul edilecek midir?<sup>33</sup> Nihayet insan haklarının, demokrasinin kuralkoyucu altyapısı olarak kabul edildiği ölçüdedir ki, çağdaş anayasalardan da söz etmemiz mümkün olabilecektir.

### KAYNAKÇA

“Constitutionnalisme”, par Olivier BEAUD, in *Dictionnaire des Droits de l’Homme, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud, S. Rials, F. Südre, PUF, 2008.*

Néji Baccouche, “Constitution et Etat de Droit”, in *Constitution et Etat de Droit*, actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de La promulgation de la contitution tunisienne du 1er Juin 1959, Faculté de Droit de Sfax/Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 2010.

“Les évolutions constitutionnelles dans la Région MENA”, Séminaire international, Allocution du Professeur Rafea Ben Achour, Université de Carthage, le 20/01/2012.

Kamel Mostafa Taimour, “Mısır’da Demokratikleşme Sürecinde Yeni anayasanın hazırlanması, yeni dönemin sorunları ve mücadele alanları” (s.492-511) /”Elaboration de la nouvelle constitution dans le processus de la démocratisation en Egypteenjeux et défis de la nouvelle période”, pp.513-532., *Anayasa Hukuku Dergisi/ Journal Constitutional Law/Revue de Droit constitutionnel-1/1, 2012.*

Jean Marcou, “L’expérience constitutionnelle turque”, *Revue de Droit Public*, 1996-2.

<sup>33</sup> “Arap dünyası için en büyük tehlike karakûşî diktatörlüklere geri dönüşten daha çok oligarşik koalisyonlara ya da demokrasi araçlarını manipüle eden halkçı türevlerine dayalı yeni otoriter düzenlerin doğuşunda yatmaktadır” (Hicham Ben Abdallah El-Alaoui, “Monarchies arabes, la prochaine cible des soulèvements?”, *Le Monde diplomatique*, Janvier 2013, p.8).

İbrahim Ö. Kaboğlu, "Vers le droit constitutionnel des libertés en Turquie", *ESSAYS in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Sakkoulas/Beriner W.-Verlag-Bruylant, 2004.

Jean Marcou, "L'élaboration d'une nouvelle Constitution, priorité de la législation", Le mercredi 12 octobre 2011 (OVIPO).

İbrahim Ö. Kaboğlu, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No 27, 2009.

A. Soma, Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme: trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé", *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2009-78.

Jean Marcou, "Les multiples visages du modèle turc", *Futuribles*, No 379, nov.2011.

-*L'Europe de la construction à l'enlisement*, Le Monde histoire, Décembre 2012.

# **LA TURQUIE FACE AU CONSTITUTIONNALISME EN MÉDITERRANÉE**

**İbrahim Kaboğlu**

*Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Marmara*

## **RÉSUMÉ**

*Les processus constitutionnels en cours dans la Région ont été abordés sous l'optique de la distinction entre la Constitution et le constitutionnalisme. Le cas de la Turquie constitue l'axe de l'article et cela pour deux raisons: il s'agit du renouvellement de la Constitution dans la continuité de l'ordre constitutionnel en Turquie et, selon un point de vue assez répandu, la Turquie est considérée comme modèle pour les Etats de transition démocratique. Les processus constitutionnels dans la Région a été évaluée également du point de vue de l'espace constitutionnelle et du transconstitutionnalisme.*

**Mots-clefs:** *La Constitution et le constitutionnalisme, la typologie des processus constitutionnels, le trans-constitutionnalisme, le modèle turc.*

\*\*\*

## **I. Le nord et le sud de la Méditerranée**

L'Europe du sud et l'Afrique du nord ne partagent pas le même héritage constitutionnel. Pourtant, il est possible de soulever quelques éléments comparatifs sur le plan politique d'un point de vue temporel et spatial:

-Dans l'Europe du sud du dernier quart du XX ème siècle, les régimes autoritaires partageaient une sorte d'héritage commun des Etats de l'Est et de l'Ouest: la Grèce et la Turquie à l'Est, l'Espagne et le Portugal à l'Ouest<sup>1</sup>. La Grèce, l'Espagne et le Portugal ont élaboré leur

---

<sup>1</sup> Les dictatures militaires des colonels (1967-1974) en Grèce et des généraux (1980-1983) en Turquie et, les dictatures civiles en Espagne (1936-1976) et au Portugal (1934-1974). Ces pays demeurèrent l'objet d'une tutelle militaro-autoritaire nationale, tolérée par le camp occidental pendant trente ans (Espagne, Portugal, Grèce). Ces "nouvelles démocraties" ont élaboré leur constitution en 1975, 1976 et 1978 tout en s'inspirant du "modèle parlementaire" développé au Nord.

constitution sous un double objectif: l'adhésion au Conseil de l'Europe et à l'Union Européenne<sup>2</sup>. Ces jeunes démocraties sont frappées par une suite de crises (financières, économiques et politiques) au début du XXI<sup>ème</sup> siècle. Les révisions constitutionnelles qui sont en cours seraient aussi conçues comme remèdes à cette succession de crises.

Quant à la Turquie, membre du Conseil de l'Europe et candidate à l'Union Européenne, contrairement à ce qui se passe en Grèce, en Espagne et au Portugal, la rédaction de la nouvelle Constitution et le passage à la démocratie ont été effectués sous la tutelle des militaires. Alors que la Constitution de 1982 a été modifiée, remaniée et révisée à partir de 1987 afin de restaurer l'Etat de droit, la Turquie est en phase de se doter d'une nouvelle constitution depuis le début des années 1990. Toutefois, l'initiative concrète dans ce sens n'a été prise qu'en 2011.

- Dans la région du MENA<sup>3</sup>, le printemps arabe amorcé par la Révolution Jasemine en début 2011 signifie une rupture politico-constitutionnelle du point de vue de notre sujet. Nonobstant, la plupart des Etats du MENA se sont dotés de constitutions rédigées pendant la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, accompagnées par des politiques de modernisation. En toute état de cause, c'était l'autoritarisme qui marquait les Etats du MENA du point de vue du régime politique et surtout de la pratique.

- Ici, il nous paraît donc opportun d'opérer une distinction entre la constitution et le constitutionnalisme du fait que chaque Etat qui se dote d'une constitution ne fait pas partie du constitutionnalisme. Il faut donc rechercher les critères distinctifs entre la constitution et le constitutionnalisme.

## II. La constitution et le constitutionnalisme<sup>4</sup>

Dans son acception la plus large, le constitutionnalisme décrit la *“technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action politique et étatique”* (C.J. Friedrich).

En revanche, dans son acception plus restreinte, le constitutionnalisme, désigne certes l'idée de limitation du pouvoir

<sup>2</sup> “Dans les années 1980, l'Europe des neuf vadevenir celle des Douze, avec l'arrivée de trois pays du sud délivrés de leurs dictatures: la Grèce en 1981, et l'Espagne et le Portugal, en 1986; *“(L'Europe de la construction à l'enlèvement, Le Monde histoire, Décembre 2012).*

<sup>3</sup> Meadle Est et North Africa.

<sup>4</sup> “Constitutionnalisme”, par Olivier BEAUD, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguenaud, S. Rials, F. Südre, PUF, 2008, pp.183-185.*

politique, mais ce pouvoir politique représente uniquement l'Etat moderne<sup>5</sup>.

Enfin, à l'intérieur de ce cadre moderne du constitutionnalisme, il existe une conception encore plus étroite servant à *“désigner les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une cour indépendante, rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité des lois à la constitution”*. (Ph. Raynaud).

L'acception moderne du constitutionalisme témoigne de l'effort visant à soumettre les actes des pouvoirs politiques au contrôle juridictionnel en faveur de la protection des droits de l'Homme.

En ce qui concerne la distinction entre la constitution et le constitutionnalisme, le cas de la Tunisie semble significatif. La révision de la Constitution de 1959 effectuée en 2002 a introduit d'une manière explicite l'expression *“Etat de droit”*: *“La République Tunisienne a pour fondements les principes de l'Etat de droit...”* (l'article 5). L'observation du Professeur N. Baccouche peut être citée comme preuve du décalage entre le constitutionnalisme et la constitution: *“La proclamation par la Constitution de l'Etat de droit pose le problème de la faisabilité de l'Etat de droit dans un environnement politique et culturel peu favorable.”*<sup>6</sup>.

Parallèlement, une remarque pourrait aussi être faite au delà des Etats, c'est-à-dire au niveau régional:

Les instruments destinés à la protection et à la promotion des droits de l'Homme tels que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et la Charte Arabe des Droits de l'Homme étaient en vigueur au niveau régional, mais leur effet sur le droit interne fut très limité en raison du manque de mécanismes de freins et d'équilibres (checks and balances) et surtout d'un contrôle juridictionnel adéquat.

<sup>5</sup> **“Le constitutionnalisme** fait en effet partie intégrante de la philosophie de la démocratie libérale qui présuppose une distinction entre la sphère privée ou sociale et la sphère publique et politique, c'est-à-dire entre l'Etat et société civile, ...” (Beaud, *“Constitutionnalisme”*, p.193).

<sup>6</sup> Néji Baccouche, *“Constitution et Etat de Droit”*, in *Constitution et Etat de Droit*, actes du colloque de commémoration du cinquantenaire de la promulgation de la Constitution tunisienne du 1er Juin 1959, Faculté de Droit de Sfax/Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 2010, p.4.

### III. A propos de la typologie des processus constitutionnels en cours

Mr. le Professeur Rafaa Ben Achour a proposé une typologie des processus constitutionnel en cours dans la région MENA distinguant les trois catégories suivantes<sup>7</sup> :

- Rupture totale et nouvelle constitutionnalité,
- Continuité et nouvelle constitutionnalité,
- Continuité et constitutionnalité corrigée.

#### A) *Rupture totale et nouvelle constitutionnalité*

Cette catégorie caractérise les Etats qui ont connu une révolution qui a débouché sur la chute d'un régime dans sa totalité: la Tunisie, l'Egypte et la Libye. Le cas le plus évident est celui de la Tunisie. La Tunisie est en train de faire "table rase de l'ordre constitutionnel en vigueur et de bâtir une nouvelle constitutionnalité à travers l'élection d'une Assemblée nationale constituante appelé à doter le pays d'une nouvelle constitution dans un délai d'un an à partir de son élection"<sup>8</sup> du 23 Octobre 2011.

Comme l'on voit la transition démocratique en Tunisie s'opère par voie de l'Assemblée Nationale Constituante. A l'inverse, en Egypte, la priorité a été donnée à l'élection de l'Assemblée nationale. La nouvelle a été rédigée par la Commission constitutionnelle désignée dans le cadre de l'Assemblée nationale en tant que pouvoir constitué<sup>9</sup>.

En Libye, le soin de la rédaction de la constitution a été attribué à l'Assemblée constituante élue le 12 juillet 2012.

#### B) *Continuité et nouvelle constitutionnalité*

"Dans ce cas, le pays sans aller jusqu'à une rupture totale avec l'ancienne constitutionnalité c'est, malgré tout donné une nouvelle constitutionnalité."<sup>10</sup> L'exemple le plus significatif à cet égard est celui du Maroc: une nouvelle constitution a été élaborée par un comité

<sup>7</sup> "Les évolutions constitutionnelles dans la Région MENA", Séminaire international, Allocution du Professeur Rafaa Ben Achour, Université de Carthage, le 20/01/2012.

<sup>8</sup> "Allocution du Professeur R. Ben Achour". Pour le détail, v.: Les communications présentées par les professeurs Yadh Ben Achour, Fadel Moussa, Néji Baccouche et Chawki Gaddes.

<sup>9</sup> Kamel Mostafa Taimour, "Mısır'da Demokratikleşme Sürecinde Yeni anayasanın hazırlanması, yeni dönemin sorunları ve mücadele alanları" (s.492-511) / "Elaboration de la nouvelle constitution dans le processus de la démocratisation en Egypte en jeux et défis de la nouvelle période", pp.513-532., *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal Constitutional Law/Revue de Droit constitutionnel-1/1*, 2012. (NB: fr. Versiyonuna burada/ tr. Versiyonuna da çeviride atf...). V. Auusi: La communication de Professeur Y. Elassar.

<sup>10</sup> R. Ben Achour, "Allocution...", p.3.

d'experts désigné par le Roi. Après une large consultation, le projet a été revu et corrigé, puis soumis au référendum et adopté le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

### C) *Continuité et constitutionnalité corrigé*

Il s'agirait d'une "réadaptation de l'ingénierie constitutionnelle et de ses mécanismes juridiques relatifs à la séparation des pouvoirs ou la participation des citoyens à la vie politique."<sup>11</sup> Le cas se serait présenté au Bahreïn et en Mauritanie.

## IV. La Turquie

Quant à la situation de la Turquie, alors que la rédaction de la nouvelle Constitution est en cours, l'issue des travaux n'est pas encore déterminée. A cela, deux caractéristiques doivent être ajoutées: premièrement, il s'agit du renouvellement de la Constitution dans la continuité de l'ordre constitutionnel; deuxièmement, la Constitution en vigueur ne prévoit pas une procédure concernant la révision totale.

Afin de clarifier la complexité de la période de transition, il convient de jeter un coup d'œil sur les développements constitutionnels en Turquie en trois temps: le passé, le présent et l'avenir. L'avenir correspond à la rédaction de la nouvelle Constitution.

### D) *Le passé: Empire ottoman et régime républicain*<sup>12</sup>

#### 1. La Charte/le Parlement/l'essai du parlementarisme

L'origine du système constitutionnel de Turquie se trouve dans la dernière période de l'Empire Ottoman. C'est à partir de 1839 que des réformes sont engagées, qui ont permis de réorganiser et de moderniser le Gouvernement ottoman. La "Charte", intitulée Gülhane Hattı Humayun-u (appelée charte de "Tanzîmât"), est perçue aujourd'hui par certains constitutionnalistes comme la première déclaration des droits de l'homme dans l'histoire de l'Empire ottoman. Du point de vue du contenu, les principes de légalité et d'égalité ainsi que de sécurité de la personne caractérisent la Charte.

C'est à cette époque également et par la Charte de Tanzîmât que la notion moderne de "loi" fait son apparition par la voie dite de la "réception juridique", une sorte d'adaptation "ottomane" des lois en vigueur dans certains États de l'Europe. Les institutions modernes ont été aussi établies au cours de la période de Tanzimat qui correspond aux décennies suivant.

La première constitution est rédigée dans le cadre d'une "monarchie constitutionnelle". Cette Charte constitutionnelle de 1876

<sup>11</sup> R. Ben Achour, "Allocution...", p.4.

<sup>12</sup> Pour les développements constitutionnels en Turquie v.: Jean Marcou, "L'expérience constitutionnelle turque", *Revue de DroitPublic*, 1996-2, pp. 425-462.

(Kanun-u Esasi) prévoit pour la première fois la création d'un Parlement, composé de deux chambres. En 1908, la "deuxième" monarchie constitutionnelle entraîne une révision du texte de 1876 afin de renforcer le Parlement et d'attribuer certaines libertés collectives. En faite, la Charte constitutionnelle se transforme en pacte constitutionnel par le procédé de la révision effectuée en 1909.

Par rapport au mouvement constitutionnel en Europe et en Amérique du Nord, il s'agit donc d'un siècle de retard si nous nous rappelons les premières constitutions écrites qui ont été mises en vigueur vers la fin de XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>.

## **2. Le Gouvernement d'assemblée/le régime mixte /le régime parlementaire**

La république de Turquie s'établie sur l'idée d'Etat-Nation et sur le principe de laïcité. La fondation de la Turquie moderne opère ainsi un passage entre l'Empire multinational et l'État national, entre un Empire multiconfessionnel et un État laïc, la mutation complète se situant aux alentours du début des années 1920.

A la suite d'un mouvement d'indépendance national la signature, au niveau international, du traité de Lausanne du 24 juillet 1923 a permis à la Turquie de devenir un État indépendant, celui-ci étant à partir de ce moment là organisé en République le 29 octobre 1923<sup>14</sup>.

La Turquie va alors être marquée par des changements politiques et constitutionnels divers, jusqu'en 1982, à la fois sur le mode de la continuité (républicanisme, laïcisme et citoyenneté) et de la rupture (politique, démocratique et constitutionnelle comme en 1960, 1971 et 1982): si de 1923 à 1946 le régime est celui d'un parti unique, le multipartisme fait ensuite son apparition. La Constitution est alors celle de 1924. Par la suite, deux coups d'Etat militaire, en 1960 et en 1980, entraîneront la rédaction de deux nouvelles Constitutions, en 1961 et 1982, dans le sens opposé l'une de l'autre.

<sup>13</sup> A ce propos, la situation de la Tunisie mérite d'être citée: "La Tunisie, premier pays arabo-musulman à avoir adopté une déclaration des droits en 1857 et une constitution en 1861, a eu la chance d'entreprendre la modernisation de son système juridique, ... ce mouvement d'acculturation juridique et politique va permettre à la société d'intérioriser les nouvelles règles de vie collective...L'idée de constitution va devenir à la fois un symbole et un moyen d'affranchissement de la colonisation. Le gouvernement de l'indépendance se devait alors de respecter cette promesse porteuse d'espairs. C'est chose faite le 1er Juin 1959" (N. Baccouche, "Constitution et Etat de Droit", p.3).

<sup>14</sup>Le traité reconnaît aussi un statut des minorités basées sur la religion, s'agissant notamment des populations non musulmanes résidant sur le territoire et citoyennes de la République de Turquie (de la même manière qu'un statut est reconnu aux populations musulmanes résidant sur le territoire de la Grèce).

a) *Le Gouvernement de l'Assemblée nationale de Turquie*

La loi organique de 1921 fut élaborée par une Assemblée nationale élue majoritairement par le peuple (avant même l'existence de l'État indépendant). C'est une Constitution fondée sur une conception de la souveraineté à la fois nationale et populaire, qui organisait un régime d'assemblée en accordant tous les pouvoirs à l'Assemblée nationale. Le Gouvernement s'appelait ainsi "le Gouvernement de l'Assemblée nationale de Turquie".

b) *Le parti unique au multipartisme*

La loi organique de 1924, élaborée et adoptée par la deuxième Assemblée nationale élue en 1922, maintient certains éléments du régime d'assemblée et introduit des éléments du régime parlementaire ("régime mixte", encore appelé "ni parlementaire ni d'assemblée").

Cette Constitution fut appliquée pendant 36 ans et a permis d'introduire le multipartisme en 1946. Toutefois, cette Constitution, qui avait été élaborée dans l'objectif d'établir un régime démocratique, a montré ses insuffisances: il n'y eut pas d'alternance politique avant 1950, et, à partir de cette date, le nouveau gouvernement a pu aisément faire voter des lois inconstitutionnelles en raison de l'absence d'un système du contrôle de constitutionnalité des lois.

Un coup d'arrêt à ce régime est marqué par le coup d'Etat militaire du 27 mai 1960, soutenu d'ailleurs par certains universitaires, au nom de l'État de droit et de la démocratie. Néanmoins, à partir de cette période, l'intervention de l'armée dans le fonctionnement du régime politico-constitutionnel prend une sorte de rythme décennal.

c) *L'instauration de l'Etat de droit*

La Constitution du 7 juillet 1961, élaborée à la suite du coup d'Etat militaire et approuvée par référendum, introduit en son sein une disposition selon laquelle les droits de l'homme se définissent en liaison de l'organisation politique et de l'Etat. En effet, l'article 2 de la Constitution présente la République de Turquie comme "*un État de droit national, démocratique, laïc et social*" qui "*s'appuie sur les droits de l'homme*". La "raison" d'État est expliquée par les droits de l'homme et leur respect.

Cette Constitution, qui a établi des fondements solides au bénéfice des libertés, dresse en outre une liste détaillée des droits de l'homme en reconnaissant des droits et libertés individuels (statut négatif), des droits sociaux, économiques et culturels (statut positif) et des droits politiques (statut actif). Dans un second temps, la Constitution indique que la garantie des droits doit être réalisée à partir d'une structure de l'État pertinente, imposant ainsi certaines contraintes d'organisation, en premier lieu pour les institutions judiciaires, ensuite pour la fonction législative, puis exécutive.

Dans le cadre de la séparation des pouvoirs, la Constitution accorde une importance majeure à l'indépendance de la justice et à l'assemblée bicamérale considérée comme le pouvoir central dans le fonctionnement du régime. L'exécutif pour sa part étant aussi bicéphale a été organisé dans l'esprit d'un régime parlementaire: le Conseil des ministres présidé par un Premier ministre en tant que *Primus inter pares* et un président de la République, élu par le Parlement dont la plupart des pouvoirs étaient symboliques et honorifiques.

Du point de vue des mécanismes d'équilibre, le régime constitutionnel s'appuie ainsi sur un équilibre des pouvoirs. Il y eut en effet une volonté réelle de la part des rédacteurs du texte de mettre en place tous les mécanismes de l'État de droit, terme qui d'ailleurs apparaît pour la première fois avec la Constitution de 1961: une justice indépendante, y compris au niveau de la Cour Constitutionnelle, constituait le pilier essentiel de cette réalisation de l'État de droit. La Cour Constitutionnelle de Turquie a été ainsi créée sur le modèle des Cours Constitutionnelles d'Autriche (1945), d'Italie (1947) et d'Allemagne (1949).

#### *E) Le présent*

Les événements qui suivent ne sont pas très favorables à l'État de droit et aux droits de l'Homme. Dans un premier temps, la Constitution de 1961 est révisée en 1971, à la suite d'une intervention militaire par voie d'un mémorandum (*pronunciamento*), dont l'objectif fut de renforcer les pouvoirs de l'État et diminuer les droits qui y avaient été reconnus pour les citoyens.

Un nouveau coup d'État militaire a lieu le 12 septembre 1980. Par rapport au coup d'État militaire du 27 mai 1960, celui-ci a des effets complètement inverses, du point de vue de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit. Dans le but de rétablir l'ordre public et la stabilité politique, les militaires ont fait table rase du système juridique: ils ont voulu refaçonner la société par la voie du droit et des mécanismes juridiques.

Cette Constitution, élaborée dans une période de crise et des circonstances exceptionnelles, maintient formellement le républicanisme, la laïcité, l'État de droit, et renforce l'unité de l'État centralisé. Toutefois, d'après l'article 2, l'organisation étatique ne s'appuie plus sur les droits de l'homme qui sont d'ailleurs plutôt atténués, notamment parce que leur respect est placé sous la "surveillance" des autorités étatiques.

La constitution de 1982 opère indéniablement un retour en arrière par rapport à la Constitution de 1961. Pour cette raison, la Constitution de 1982 peut être conçue comme une dérogation dans l'État de droit. Toutefois, les révisions constitutionnelles successives entamées en 1987

et étalées sur deux décennies peuvent être considérées commela restauration de l'Etat de droit<sup>15</sup>.

*F) Vers quel avenir?*

Dans les années 1980 et 1990, en Turquie, la revendication d'une réforme constitutionnelle se confondait avec le désir largement partagé de mettre un terme à la militarisation du système politique et d'approfondir les libertés fondamentales. La réforme de la Constitution conditionnait en outre l'ouverture de négociations avec l'Union Européenne (UE). Depuis l'accession de l'AKP<sup>16</sup> au pouvoir en 2002, et surtout depuis l'ouverture de négociations d'adhésion avec l'UE en 2005, *la question constitutionnelle est redevenue dépendante de contingences beaucoup plus domestiques*<sup>17</sup>.

Dans un tel cadre, l'idée d'élaborer et de faire adopter un nouveau texte constitutionnel a été en permanence l'otage de l'actualité politique et des tensions entre le gouvernement et l'opposition. A ce propos, il convient de rappeler qu'au début de la précédente législature, le gouvernement, fort de sa victoire aux législatives de 2007, avait annoncé l'élaboration d'une "*Constitution civile*", en confiant à une commission d'experts le soin de rédiger un "texte de proposition". Toutefois, ce projet a été abandonné par l'AKP dans les mois suivants, même avant l'achèvement du premier semestre 2008. L'AKP s'est lancé dans une nouvelle modification de la Constitution de 1982 afin de lever l'interdiction de porter le voile à l'université. La Cour constitutionnelle a annulé la modification constitutionnelle<sup>18</sup>. En revanche de cet arrêt, l'AKP a restructuré la Cour constitutionnelle par une nouvelle révision constitutionnelle intervenue en 2010<sup>19</sup>.

La réforme constitutionnelle avait été l'un des thèmes majeurs de la campagne électorale, qui a précédé les élections législatives du 12 juin 2011 remportées pour la 3ème fois consécutive par l'AKP.

Quatre ans plus tard, les différents acteurs du système commencent timidement à se faire confiance pour enfin doter la Turquie du texte fondamental qu'elle mérite. La campagne des élections législatives de 2011 a en effet été beaucoup moins polarisée que la précédente.

<sup>15</sup> Pour les modifications constitutionnelles, v.: İbrahim Ö. Kaboğlu, "Vers le droit constitutionnel des libertés en Turquie", *ESSAYS in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Sakkoulas/Beriner W.-Verlag-Bruylant, 2004, pp. 839-955.

<sup>16</sup> AKP: Adalet ve Kalkınma Partisi (Parti de la Justice et du Développement).

<sup>17</sup> Jean Marcou, "L'élaboration d'une nouvelle Constitution, priorité de la législature", Le mercredi 12 octobre 2011 (OVIPO).

<sup>18</sup> Pour l'arrêt de la Cour constitutionnelle v. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No 27, 2009, pp. 38-42.

<sup>19</sup> Le Conseil supérieur des juges et des procureurs a été également restructuré.

Toutefois, le développement de l'influence de l'AKP a fait craindre à une partie de l'opinion et de la classe politique que l'élaboration d'une nouvelle Constitution *ne devienne l'occasion d'accentuer encore une domination sans partage*<sup>20</sup>.

En dépit de ce contexte difficile, les premiers pas de la présente législature ont permis d'entretenir un optimisme mesuré. Tous les partis politiques représentés actuellement au parlement (AKP, CHP, MHP et BDP)<sup>21</sup> avaient accepté l'idée que l'élaboration d'un nouveau texte fondamental devrait être la priorité de l'Assemblée élue en juin 2011. Une commission dite de "réconciliation", rassemblant trois parlementaires de chaque parti, devrait élaborer le nouveau texte, présidé par M. Cemil Çiçek, le président de l'Assemblée. La Commission s'est mise d'accord sur la feuille de route de la prochaine élaboration constitutionnelle<sup>22</sup>.

Les droits de l'homme ont été abordés en priorité en suivant la tradition libérale. Nonobstant, jusqu'à la fin de l'année 2012, le nombre d'articles sur lesquels le consensus a été assuré par la Commission reste assez limité<sup>23</sup>.

## V. Le temps et l'espace dans les processus constitutionnels

Les mouvements constitutionnels dans le bassin méditerranéen vont être abordés sous l'optique des caractéristiques des constitutions contemporaines.

<sup>20</sup> "La Constitution de 1982 a été fortement modifiée par plus d'une quinzaine de révisions. Ces amendements ont certes rendu le texte plus présentable, au point que certains en sont venus à penser qu'il vaudrait mieux s'entendre à ces modifications acquises, plutôt que d'aller vers une remise en cause incertaine. "(Jean Marcou, "L'élaboration d'une nouvelle constitution, ...").

<sup>21</sup> CHP: le Parti républicain du peuple; MHP: le Parti de Mouvement National; BDP: le Parti pour la paix et la démocratie.

<sup>22</sup> La Constitution de 1982 qui ne prévoit pas la procédure de la révision totale à l'instar de la Constitution Suisse (v. L'article 193), fixe un quorum deux tiers pour la révision qui comprend également le procédé de référendum d'après les conditions déterminées dans le même article et par l'initiative du Président de la République. Quant aux limites matérielles, la Constitution contient des dispositions "indérogeables" telles que "la forme républicaine du Gouvernement" et "les caractéristiques de la République" ainsi que "la forme unitaire de l'Etat" (articles 1, 2 et 3). L'article 4 est rédigé comme le gardien les trois premiers articles: "... (ils) ne peuvent être modifiées, ni leur modification proposée."

<sup>23</sup> Cependant, les déclarations successives de M le premier Ministre, souhaitant que la nouvelle constitution soit achevée le plus tôt possible ont été conçues comme "l'intervention externe" par les membres de CHP, MHP et BDP. Dupont de vue du contenu, la proposition de l'AKP afin d'introduire le régime présidentiel "à la turca" risque de bloquer les travaux de la commission constitutionnelle.

### A) Quelques caractéristiques des constitutions contemporaines

Tout d'abord, il ne faut pas oublier que chaque société a ses spécificités qui déterminent les caractéristiques de la norme fondamentale. Pour cette raison, la Constitution peut être qualifiée d'“autobiographie d'un peuple”.

Ensuite, il faut signaler que la Constitution est définie comme “*technique de liberté*”. À partir de cette définition, on peut avancer que les droits de l'homme doivent constituer le dénominateur commun de toutes les constitutions.

Enfin, toutes les constitutions qui visent à créer l'Etat de droit doivent introduire les mécanismes de “checks and balances” qui peuvent être conçus sur les cinq plans suivants:

-Au sein de chaque pouvoir: législatif (monocaméral ou bicaméral), exécutif (monocéphal ou bicéphal), juridictionnel (judiciaire, administratif et constitutionnel).

-Entre les trois pouvoirs: législatif, exécutif et juridictionnel (l'existence du veto présidentiel, le contrôle a priori et a posteriori de la Cour constitutionnelle, ...).

-Entre le centre et la périphérie: pour les Etats unitaires le niveau de centralisation et de décentralisation. Plus l'Etat est décentralisé, plus les autorités décentralisées sont en mesure de limiter les pouvoirs politiques.

-Entre l'Etat et la société: une société autonome, c'est-à-dire la société dont les droits de l'homme constituent les valeurs fondamentales peut être conçue elle-même comme limite a priori pour les pouvoirs politiques.

-Entre le niveau national et le niveau international: au-delà des engagements internationaux d'un Etat, les droits de l'homme atténuent la souveraineté étatique<sup>24</sup>.

### B) A propos de l'espace constitutionnelle et du trans-constitutionnalisme

Du point de vue matériel, on peut avancer que deux processus se complèteront: d'une part, la constitutionnalisation du territoire et, d'autre part, la territorialisation de la constitution.

Un tel processus est inévitable a fortiori pour les pays de la région du fait qu'il se trouve dans le bassin méditerranéen. La Convention de

<sup>24</sup> Plusieurs constitutions de notre temps font référence aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme tels que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. A ce propos, la Constitution suisse va plus loin: d'après l'article 5 de la Constitution fédérale, “*La Confédération et les cantons respectent le droit international*”. Lors de la révision totale de la Constitution, “*Les règles impératives du droit international ne doivent pas être violées*” (Art.193/4).

Barcelone pourrait être considérée comme standard minimum pour les constitutions en cours<sup>25</sup>.

Dans la région méditerranéenne, les événements et développements politico-constitutionnels auxquels nous assistons depuis deux ans nous permettent-ils de parler du “*constitutionnalisme méditerranéen*” ?

Il est trop tôt certainement d'évoquer ce terme de “*constitutionnalisme méditerranéen*”<sup>26</sup>. Cependant, il nous paraît opportun d'utiliser le terme suivant: “*vers le constitutionnalisme en méditerranée sous l'optique du trans-constitutionnalisme*”<sup>27</sup>. Il s'agit en effet d'une coïncidence constitutionnelle du point de vue temporel et du point de vue spatial: le constitutionnalisme dans l'espace méditerranéen dans la deuxième décennie de 2000.

Il est évident que les pays méditerranéens de Machrek au Maghreb ont déjà dépassé la phase du mimétisme constitutionnel. Certes, peuvent-ils s'inspirer de constitutions contemporaines. Dans ce processus, dans la perspective du trans-constitutionnalisme nous pouvons davantage réfléchir à des solutions semblables devant des problèmes similaires.

La justice constitutionnelle pourrait être considérée comme pierre angulaire de ce processus. Sa fonction est parfois essentielle en tant qu'arbitre dans les litiges entre les organes fédéraux et les entités territoriales (d'après le choix concernant la forme de l'Etat) ou bien les litiges concernant la séparation horizontale des pouvoirs ou bien encore dans le contrôle du processus démocratique (les élections, les partis politiques). De ce fait, les cours constitutionnelles sont considérées comme des mécanismes de freins et d'équilibres dans le fonctionnement des organes constitutionnels.

<sup>25</sup> La convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution a été adoptée à Barcelone le 16 février 1976 et modifiée le 10 juin 1995. Au fil du temps, son mandat s'est élargi pour inclure la planification et la gestion intégrée de la zone côtière.

Les 22 Parties contractantes à la convention prennent, individuellement ou conjointement, toutes les mesures nécessaires pour protéger et améliorer le milieu marin dans la zone de la mer Méditerranée en vue de contribuer à son développement durable..

<sup>26</sup> V. La communication du Professeur Bertrand Mathieu.

<sup>27</sup> Le trans-constitutionnalisme présente “*comme la recherche de normes et de pratiques constitutionnelles transversales, c'est-à-dire que l'on peut trouver dans divers Etats aux systèmes juridiques différents, sans qu'il y ait nécessairement eu emprunt*” (A. Soma, Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme: trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé”, Revue trimestrielle des Droits de l'Homme, 2009-78, p.437). Cette approche étudie donc l'existence des convergences et des principes fondamentaux communs à divers ordres constitutionnels. La logique de trans-constitutionnalisme imprègne la théorie et la pratique de la protection des droits de l'homme.

Au-delà de cette fonction, les cours constitutionnelles sont conçues également comme les gardiennes suprêmes des droits de l'homme. La source principale de la légitimité démocratique des Cours constitutionnelles est leur rôle de protection des droits de l'Homme, mais celui-ci ne se reflète pas nécessairement dans le mode de désignation des juges.

Pour que la justice constitutionnelle assume ce rôle de gardienne suprême, il faut d'abord accepter le principe de la coexistence constitutionnelle équilibrée de toutes les libertés et des droits civils, politiques, sociaux, culturels, économiques et environnementaux. Ensuite, la composition et le statut doivent répondre aux exigences de qualité des juges et de leur indépendance. En troisième lieu, cette instance nationale doit être accessible aux individus se prétendant victimes de violations de leurs libertés et droits par une autorité étatique. Enfin, l'autorité des arrêts rendus par la justice constitutionnelle dans le contentieux des droits de l'homme doit être assurée<sup>28</sup>.

## VI. “Le modèle turc” et ses limites

Selon un point de vue assez répandu, la Turquie est considérée comme modèle pour les pays du MENA<sup>29</sup>. Il convient de se demander d'abord ce qu'on entend par “le modèle turc”. Est-ce que cela serait “la République de Turquie démocratique et laïque qui s'appuie sur les droits de l'homme” comme la définit la Constitution ou bien la Turquie représentée par le Gouvernement de l'AKP?

D'après le professeur Jean Marcou, “*le modèle turc, aujourd'hui en vogue dans le monde arabo-musulman, est un peu une revanche sur le modèle turc ‘civilisationniste’ et ‘développementiste’ qui a longtemps constitué une référence, à destination du monde musulman, dans les pays occidentaux.*”<sup>30</sup>

On oublie (ou au moins on néglige) souvent que les réformes réalisées dans les années 1920 ont façonné les caractéristiques de la République de Turquie, dans son originalité. En effet, l'alternance politique a été effectuée pour la première fois en 1950 dans le cadre des institutions républicaines. L'AKP s'est organisé en bénéficiant des libertés constitutionnelles et a obtenu le pouvoir dans le fonctionnement

<sup>28</sup> La justice constitutionnelle peut jouer également un rôle non-négligeable dans la constitutionnalisation du territoire ou la territorialisation de la constitution. Pour le bassin méditerranéen, il existe déjà une base (ou dénominateur commun): la convention de Barcelone pour la protection de l'environnement dans le bassin méditerranéen. Son protocole additionnel relatif à la gestion intégrée des zones côtières méditerranéennes pourrait aussi offrir les éléments communs aux juges constitutionnels afin de répondre à des problèmes similaires.

<sup>29</sup> Pour le détail, v.: Jean Marcou, “*Les multiples visages du modèle turc*”, *Futuribles*, No 379, nov.2011, pp.5-21.

<sup>30</sup> J. Marcou, “*Les multiples visages du modèle turc*”, p.20.

des pouvoirs institués. Mais, ce n'est pas l'AKP qui a introduit les mécanismes de l'alternance<sup>31</sup>.

Ce qui distingue la Turquie des pays arabo-musulmans, c'est que ceux-ci sont en train d'élaborer leur première constitution dont l'objectif principal est d'introduire les mécanismes de l'alternance politique, alors qu'en Turquie l'alternance politique a eu lieu sous la première Constitution républicaine de 1924<sup>32</sup>.

De plus, les Etats du MENA sont en train d'élaborer leur constitution à la suite d'une rupture politico-constitutionnelle, alors que la Turquie est en train de rédiger sa prochaine constitution dans la continuité de l'ordre juridique constitutionnel.

L'incertitude règne en ce qui concerne la caractéristique de la norme fondamentale: La constitution est un texte temporel, mais pas spirituel. De ce fait, la constitution est un texte laïc, par nature. Est-ce que la religion sera conçue sous l'optique des droits de l'Homme ou bien à l'inverse les droits de l'Homme seront conçus sous l'optique de la religion?

Les destinataires de la constitution sont les générations futures. Ceci dit, le pouvoir constituant pourrait hypothéquer, la volonté des générations futures? Dans quelles mesures en a-t-il la possibilité?

En bref, devant le dilemme entre les droits de l'Homme, la démocratie et les mécanismes de l'Etat de droit, d'une part et, le nationalisme et le fondamentalisme religieux d'autre part, quel choix sera privilégié chez les constituant de tout ces Etats de Machrek au Maghreb?

Est-ce que la séparation des pouvoirs sera assurée comme structure de l'Etat de droit et le concept de la démocratie pluraliste sera-t-il accepté en considérant que la démocratie majoritaire risque de réduire le régime uniquement à l'accès aux urnes<sup>33</sup>. Finalement, dans la mesure où

<sup>31</sup> "Encore faut-il que cette démarche post islamiste, qui est parvenue à avoir raison de la fonction politique dominatrice que l'armée s'était arrogée pendant de longues années, n'entreprenne pas de brider à son tour l'exercice de la démocratie. Si tel devait le cas, le "modèle turc" n'aurait alors plus rien de recommandable." (Jean Marcou, "Le 'modèle turc' controversé de l'AKP", Moyen-Orient 13, Janvier-Mars 2012, p.43).

<sup>32</sup> "La démocratisation suppose une redéfinition de la place des religions dominantes, qui doivent accepter de ne relever que de la conscience de chaque individu, ou à la rigueur de celle d'une communauté, mais ne pas prétendre légitimer l'action des autorités officielles et risquer de s'imposer par des pressions ou par la force. L'exemple de la Turquie est à cet égard significatif, car non seulement la pratique électorale, la vie démocratique et les exigences de l'Etat de droit ont transformé le statut de l'islam, mais elles ont fait aussi évoluer les islamistes, ..." (Jean Marcou, "Le 'modèle turc' controversé de l'AKP", p.43).

<sup>33</sup> "Pour le monde arabe, le plus grand danger ne réside pas dans un retour aux dictatures arabes, mais plutôt dans l'émergence de nouveaux systèmes autoritaires basés sur des coalitions oligarchiques ou des dérives populistes qui

les droits de l'homme seront considérés comme l'infrastructure normative de la démocratie, il nous serait possible de parler des constitutions contemporaines.

## BIBLIOGRPHIE

### -L'Europe de la construction à l'enlisement, Le Mondehistoire, Décembre 2012

-“Constitutionnalisme”, par Olivier BEAUD, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguénaud, S. Rials, F. Südre, PUF, 2008.*

-NéjiBaccouche, “Constitution et Etat de Droit”, in *Constitution et Etat de Droit*, actesdu colloque de commémorationducinquantième de La promulgation de la contitutiontunisienne du 1er Juin 1959, Faculté de Droit de Sfax/Association Tunisienne de Droit Constitutionnel, 2010.

-“Les évolutions constitutionnelles dans la Région MENA”, Séminaire international, Allocution du Professeur rRafaa Ben Achour, Université de Carthage, le 20/01/2012.

-Kamel MostafaTaimour, ”Elaboration de la nouvelle constitution dans le processus de la démocratisation en Egypteenjeux et défis de la nouvelle période”, *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal Constitutional Law/ Revue de Droit constitutionnel-1/1, 2012, pp.513-532.*

Jean Marcou, “L'expérience constitutionnelle turque”, *Revue de Droit Public*, 1996-2.

İbrahim Ö. Kaboğlu, ”Vers le droit constitutionnel des libertés en Turquie”, *ESSAYS in Honour of Georgios I. Kassimatis*, Sakkoulas/Beriner W.-Verlag-Bruylant, 2004, pp. 939-955.

Jean Marcou, ”L'élaboration d'une nouvelle Constitution, priorité de la législation”, Le mercredi 12 octobre 2011 (OVIPO)

İbrahim Ö. Kaboğlu, “Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie”, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No 27, 2009, pp.37-42.

A. Soma, Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme: trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé”, *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2009-78.

Jean Marcou, “Les multiples visages du modèle turc”, *Futuribles*, No 379, nov.2011.

---

*manipulent les outils de la démocraties” (Hicham Ben Abdallah El-Alaoui, “Monarchies arabes, la prochaine cible des soulèvements?”, Le Monde diplomatique, Janvier 2013, p.8).*