

SUNUŞ

ANAYASA VE ANAYASA MAHKEMESİ

Nisan 2022, Türk Anayasa Hukuku tarihi açısından iki önemli yıldönümü:

Birincisi, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun 60. yılı; ikincisi ise, 2017 Anayasa kurgusunun 5.yılı. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi ve Anayasa için iki ayrı bilanço yapmak uygun düşer.

1961 Anayasası ile Avrupa modeli anayasa yargısı bağlamında kurulan Anayasa Mahkemesi için, Avusturya (1945), İtalya (1947) ve Almanya (1949) Anayasa Mahkemeleri esin kaynağı oldu.

Anayasa Mahkemesi'nin faaliyete geçmesi, kuruluş yasasının 25.04. 1962'de yürürlüğe girmesi ile gerçekleştiğinden, 25 Nisan, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş günü olarak kutlanır.

Anayasa değişiklikleri veya 1982'de olduğu gibi Anayasanın yenilenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin yapısını ve işleyişini etkilemiş olsa da, Avrupa modeli, çerçeve olmaya devam etti.

2010 Anayasa değişikliği sırasında tanınan bireysel başvuru hakkı, 2012'de uygulamaya konduğundan 2022, bireysel başvuru için 10. Yılı değerlendirme vesilesi olarak da görülebilir.

Ne var ki, 16 Nisan halkoylaması ile onaylanan 2017 Anayasa değişikliği, on yıllara yayılan anayasacılık geleneği açısından tamamen ayrık bir yer tutmaktadır. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunun 60. Yılı ve bireysel başvuru yolunun 10. Yıl değerlendirmesi, 2017 Anayasa kurgusundan bağımsız bir biçimde yapılamaz. Bu nedenle, 5. yıl bilançosu, anayasa hukukumuzun bugünü ve yarını açısından gerçekçi bir yaklaşımla yapılabildiği ölçüde, Anayasa yargısı üzerine de gerçekçi malzemeler ortaya çıkar.

I. 2017 ANAYASA KURGUSU BEŞİNCİ YIL BİLANÇOSU

Hükümeti ve kurul halinde siyasal karar süreçlerini, siyasal sorumluluk kurallarını ve bu bağlamda anayasal denge ve denetim düzeneklerini kaldıran 2017 Anayasa değişikliği, Devleti temsil ve yürütme yetkilerini

bir kişide topladı. Osmanlı Devleti-Türkiye Cumhuriyeti anayasal ve siyasal tarihinde bir ilk olan bu anayasal kurgu, yüzyıllara yayılan siyasal ve demokratik evrim sürecinde derin bir kırılma ve kopuş anlamına gelir¹.

Tek kişi iktidarında şekillenen kurgu, beşinci yılında ve dört yıllık uygulaması, kısaca altı başlık altında değerlendirilebilir:

- Anayasa değişikliğinin itici güçleri,
- Olağanüstü hal (OHAL) ortam ve koşullarında değişiklik,
- Geçiş dönemi ve uyum yasaları,
- İkili Anayasa düzeni ve fiili uygulamalar,
- Kalıcı OHAL riski yaratan sorumsuzluk zırhı ve hukuksuz alan,
- Anayasal kurgunun uluslararası ilişkilere etkisi.

1. DEĞİŞİKLİK DİNAMİKLERİ

1982 Anayasası, 1987-2017 arasında birçok kez değiştirildi. Değişiklikler, tarz ve sonuçları bakımından şu ikili ayrımında şekillenmiştir:

- Demokratik anayasa arayışında somutlaşan hak ve özgürlükleri pekiştirici değişiklikler, 1987-2004 arasında yapıldı.

-Siyasal iktidarın iktidarın kişiselleşmesi sonucunu doğuran değişiklikler, 2007- 2017 arasında yapıldı.

Bu bakımdan, kişisel iktidar arayışı ile özdeşleşen 2017 Anayasa kurgusu, sivil ve siyasal emeğe yabancılaşma olarak da nitelenebilir. Değişiklik nedenleri, 15 Temmuz 2016 başarısız darbe girişimi etrafında şekillenmektedir. Anayasal düzeni ortadan kaldırmak amacıyla silahlı darbe girişimi, Türk Silahlı Kuvvetleri, kolluk güçleri ve yurttaşların kitlesel tepkileri ile önlendi. Ne var ki, başarısız darbe girişimi, 2017 Anayasa değişikliğine giden yolu da açtı.

-Anayasasızlaştırma ve “anayasa suçu” itirafı : “Ülke yönetimi yasa ve Anayasaya uygun değildir ve de suç işlenmektedir. Sayın Cumhurbaşkanı, fiili başkanlık yapmaktadır”². Anayasasızlaştırma sürecinin zirve yaptığı dönemde yapılan bu saptamalar, değişikliğin doğrudan itici gücünü oluşturdu. Devlet yöneticilerinin ve üst düzey kamu görevlileri-

¹ Bkz. 11 Şubat 2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 16 Nisan 2017 halkoylaması ile kabul edilen 6271 sayılı Kanun.

² MHP Genel başkanı D. Bahçeli, 16 Ekim 2016.

nin, emredici hükümlere uymaması ve yasaklayıcı kuralları ihlali anlamında anayasasızlaştırma, özellikle 2013'te Gezi olayları sırasında görünür hale gelmişti³ ve Başbakan Erdoğan'ı Cumhurbaşkanlığı makamına taşımada etkili olmuştur.

- *Darbe girişimi ve OHAL*: Darbe girişimi, 15 Temmuz gecesi bastırılarak başarısız kılındığı halde, 21 Temmuz'da Olağanüstü Hal (OHAL) yürürlüğe konuldu. OHAL ilanı, darbe girişiminden Hükümet çevrelerinin önceden haberdar olup olmadığı tartışmalarına neden oldu⁴.

- *OHAL KHK ve ek listeler*: Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri (OHAL KHK), özellikle iki bakımdan Anayasa'ya aykırı idi:

- Kamu görevinden çıkarılan yüzlerce ve binlerce kişinin adının yer aldığı OHAL KHK ek çizelgeleri, KHK altında imzası bulunan Hükümet üyelerince değil, kamu görevlilerince hazırlanmakta idi⁵.

- Görevden alınanlar arasında, darbe girişimi ile ilişkisi olmadığı gibi, cemaatlere ve bütün hukuk dışı yapılanmalara karşı mücadele eden binlerce kişi vardı. OHAL KHK, tamamen siyasal amaçlarla ve demokratik toplum düzeni yanlısı insan hakları savunucularını kamu görevlerinden tasfiye aracı olarak kullanıldı.

³ Bkz. bu Dergi 4-2013: “Anayasa Fetişizmi ve Anayasasızlaştırma İkilemi/ The dilemma constitutional Fetishism and de-constitutionalization/ Dilemme entre félicisme constitutionnel et ‘déconstitutionnalisation’”, (Sunuş/Foreword/ avant-propos), s.7-16.

⁴ Tartışmayı meşrulaştırıcı tavır ve eylemler arasında şu dört olgu kayda değer:

-15 Temmuz günü saat 14.00'te darbe girişiminden haberdar etmek için Genelkurmay Başkanlığı'na giden MİT Müsteşarı'nın, Diyanet İşleri Başkanı ve Suriye'li bir muhalifle akşam yemeği iddiası yalanlanmadı.

- 15 Temmuz gecesi, Cumhurbaşkanı Erdoğan, darbe girişimi için, “Bu hareket, Allah'ın bize büyük bir lütfudur” dedi?

-16 Temmuz sabahından itibaren kamu görevinden kitlesel ihraçlar, çizelgelerin önceden hazırlandığının göstergesi değil mi idi?

-15 Temmuz darbe girişimini araştırmak amacıyla kurulan TBMM Komisyonu, Genel Kurmay Başkanı'nı ve MİT Müsteşarı'nı ifadeye çağırılmadı; Rapor'un akıbeti ve darbe girişiminin siyasi ayağı meçhul bırakıldı.

⁵ “Önümüze gelen binlerce listeyi kontrol edip, doğru yanlış yapıldığını bilemeyiz” (Başbakan B. Yıldırım, 22 Şubat 2017).

Anayasa değişiklik teklifi, “anayasa suçu” itirafı ardından Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) ve Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) tarafından hazırlandı ve 10 Aralık’ta TBMM Başkanlığına sunuldu⁶.

2. OHAL ORTAM VE KOŞULLARI

Anayasal bilgilendirme hakkı sağlanmadan ve serbest kamuoyu oluşmadan OHAL ortam ve koşullarında gerçekleştirilen değişiklik ve halkoylaması, açık Anayasa’ya aykırılıklar dizisi ile de gölgelendi.

Gizli oy ilkesi ihlali: Hukuk dışı ve en acımasız OHAL uygulamalarının yoğunlaştığı sırada saydam olmayan bir biçimde hazırlanan değişiklik teklifi, TBMM’de gizli oy kuralına bile uyulmadan oylandı ve 18 madde olarak kabul edildi⁷.

Ölçüsüz propaganda: Evet ve hayır blokları, fırsat ve olanak bakımından eşit koşullarda yarışamadı; seçmenler, bilgilendirme hakkından yararlanamadı ve serbest anayasal kamuoyu oluşamadı⁸.

Mühürsüz oylar: Yüksek Seçim Kurulu, 17 Nisan’da yapılan halkoylamasında kullanılan mühürsüz zarflar ve evet pusulalarını da geçerli sayarak Anayasa değişikliği üzerindeki meşruiyet tartışmasını pekiştirdi⁹.

3. UYUM YASALARI YÜKÜMLÜLÜĞÜ YERİNE GETİRİLMEDİ

Halkoylamasını, “beka” söylemi ile “anayasal plebisit”e dönüştüren Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)- (Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) ittifakı, aşamalı olarak öngörülen geçiş dönemi¹⁰ yükümlülüklerini yasal düzenlemeler yönünden yerine getirmedi. Buna ilişkin Anayasa maddesi şöyle:

⁶ Başbakan B. Yıldırım, TBMM’ye başvuru yazısında AKP Genel Başkanı sıfatını kullandı.

⁷ 9-21 Ocak; R.G.: 11 Şubat 2017.

⁸ Bilim kısıymı olarak binlerce öğretim üyesinin görevden alınması, anayasal bilgilendirme hakkını önlemeyi amaçlıyordu.

⁹ Mühürsüz zarflarla ya da “evet mührü ile kullanılan oyların geçersiz olduğu görüşü için bkz. Sami Selçuk, 16 Nisan 2017 Halkoylamasına İlişkin Bilimsel Görüş, CHP Yayınları, 2017, Ankara

¹⁰ Cumhurbaşkanı, CB seçilmeden önce başkanı olduğu Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) başkanlığına döndü. Parti başkanlığı, “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir” (md.104) hükmüne fiili bir boyut kazandırdı: “Parti Başkanlığı Yoluyla Devlet Başkanlığı ve Yürütme” (PBDBY).

“Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar...” (Geçici md.21/B).

Uyum yasaları hazırlanmadı; ama seçim yasası değiştirildi: Uyum yasaları, öngörülen 6 aylık süre bir yana, 16 ayda bile çıkarılmadı.

Anayasa'nın seçimlerle ilgili hükmü şöyle: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27’inci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 3/11/2019 tarihinde birlikte yapılır” (Geçici md. 21/A).

Uyum yasalarını hazırlamak yerine önce seçim yasası değişikliği yoluyla ittifak düzenlemesi yapan AKP ve MHP erken seçim kararı alarak, Anayasa’da 3 Kasım 2019 olarak öngörülen seçim tarihini 24 Haziran 2018’e çekti.

Kitlesel ihraçlar sürdü: OHAL KHK’ler yoluyla “kitlesel ihraçlar”, seçimler sonrasında da sürdü¹¹.

Kanun hükmünde kararname (KHK): Yeni anayasal kurgu, yasalarla değil, hızlıca çıkarılan KHK zorlamalarıyla ve eksik düzenlemelerle yürürlüğe konuldu¹².

4. İKİLİ ANAYASA DÜZENİ VE FİİLİ UYGULAMA

24 Haziran 2018 seçimleri ardından yürürlüğe giren “anayasal kurgu”, öncelikle şu ikili anayasal tabloya çıkardı:

- İlki, Anayasa'nın Başlangıç paragraflarında ve genel Esaslar kısmında öngörülen ‘demokratik hukuk devleti’ gereklerine ilişkin olup 2017 değişikliğine konu olmayan hükümlerdir.

- İkincisi, 2017 Anayasa değişikliğinin konusu olan, ancak ‘Demokratik hukuk devleti’ ile bağdaşır olup olmadığı tartışmalı olan madde 101 vd. hükümlerdir.

- Fiili durumlar ise, uygulamadan kaynaklanıyor: ikili anayasal düzenin de dışında kalan fiili durumların merkezinde Cumhurbaşkanı yer alıyor olmakla birlikte, yasama ve yargı da, işlem ve kararlarında Anayasa çerçevesinde kalamadı.

¹¹ 8.07.2018 ‘de Olağanüstü Hal (OHAL) kapsamında çıkartılan 701 sayılı kanun hükmünde kararname (KHK) ile 18 bin 632 personel görevden alındı.

¹² Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK/703; R.G.: 9 Temmuz 2018-30473).

- *Yürütme*: Tümüyle ortadan kaldırılan bakanlar kurulu veya olmayan kabine toplantısı görüntüsü yaratıldığı halde, Milli Güvenlik Kurulu yerine fiili güvenlik zirveleri yapılması ya da Ekonomik ve Sosyal Konsey'in hiç toplanmamış olması, Anayasa'nın yürürlükteki hükümlerine uyulmamakta olduğunun göstergesidir.

Anayasa'da karşılığı bulunmayan bir adlandırma olarak *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi* de, **Parti Başkanlığı Yoluyla Devlet Başkanlığı ve Yürütme** (PBDBY) olarak adlandırılabilen anayasal düzenleme ve fiili yönetim¹³ uygulamalarını meşrulaştırıcı bir işlev göstermez. Parti faaliyetlerini genellikle Saray'dan yürüten Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı forsu önünde cami avlusu siyasi demeçlerini Covid-19 ortam ve koşullarında bile sürdürdü.

- *Yasama*: Yürütme tarafından dinsel inanç gereğine dayandırılan faiz karşıtlığı ise, "kur korumalı mevduat" adıyla yapılan yasal düzenlemelerin¹⁴ adı konmayan resmi gerekçesini oluşturdu. Böyle bir düzenleme, dini politikaya alet etme yasağına, vergi yükümlülerinin anayasal haklarına ve sosyal devlet gereklerine aykırı olup Anayasa'nın çok yönlü ihlalidir.

Yasama yetkisini özerk olarak kullanamayan TBMM, müzakere sürecini de işletemedi. Demokratik muhalefet olarak, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Halkların Demokratik Partisi (HDP) ve İyi Parti tarafından verilen hemen bütün araştırma önermelerini reddeden Cumhurbaşkanlığı İttifakı (AKP-MHP), Meclis'in boş sıralarını genellikle oylamalar sırasında doldurdu; kamu yararından olan ve toplumun geleceğini yakından ilgilendiren yasa görüşmeleri, çoğu zaman TBMM tv. yayınları sonrasında kaydırıldı. 27. Yasama döneminde **yasasızlaştırma** olgusu, TBMM'nin yasama yetkisini kullanmaktan kaçınması, yürütmenin ise yasama alanında düzenleme yapması sonucudur. Daha somut bir anlatımla, TBMM'de Cumhurbaşkanlığı İttifakı (AKP-MHP) çoğunluğu, yasal düzenleme alanını Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) lehine daraltırken Cumhurbaşkanı kararnameleri (CBK), yasa alanında düzenleme yapmaya ivme kazandırdı.

- *Yargı*: Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, Anayasa'nın açık hükümlerine karşın Yürütme'nin sürekli baskısı ile zedelendi. Yargı, Yürütme'nin kapatmakla tehdit ettiği Anayasa Mahkemesi kararını uygulamama cüretini gösterdi. Partizanlaştırılan yargı, hukuku ve gerçeği

¹³ Bu şekildeki niteleme nedeni, parti genel başkanlığının, Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını öngören Anayasa normu ile bağdaşmıyor olmasındandır (md.103).

¹⁴ 7351 sayılı (19.1.2022) ve 7352 sayılı (25.2.2022).

ortaya çıkarmak yerine siyasal nitelikte kararlar yelpazesini genişletti. Anayasa hukuku tarihimizin hiçbir döneminde hukuk ve yargı, bu denli siyasetin kıskacına konulmamıştı.

Daha genel olarak, **kurallar aşındırıldı ve kurumlar dejenere** edildi: örneğin, okullarından hastanelerine kadar bütün geleneksel kurumları dağıtılan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin hiyerarşik yapısı da zede-lendi. Devlet okullarını, Saray himayesindeki vakıflar aracılığıyla cemaat ve tarikatların arka bahçesi haline getirme faaliyetleri hız kesmedi. Siyasal iktidarı elde etme, sürdürme ve bırakmama ereğinde araçsallaştırılan din, genç kuşakları şekillendirme ve toplumu yoksullaştırma aracı haline getirildi.

5. KALICI VE KEYFİ OHAL

Fiili OHAL: Covid-19 pandemisinin yarattığı kitlesel sorunları en aza indirmek için sosyal devlet gereklerini uygulamaktan ve –zorunlu aş-ı gibi- tıbbi gereklilikleri uygulamaktan kaçınan PBDBY, sadece olağanüstü hal yönetimi için öngörülen özgürlük sınırlamalarını (md.15) uygulamakta sakınca görmedi.

Kalıcı sorumsuzluk hali: PBDBY için öne sürülen anayasal gerek-çelerden hiçbiri gerçekleşmedi; ne var ki, Olağanüstü hal dönemi Anayasa dışı önlemleri ve düzenlemeleri kalıcı hale getirilerek, OHAL dönemi suçları ve olası yaptırımları arasındaki sorumluluk halkalarını koparma iradesi, yasal düzenlemelere yansıtıldı. OHAL dönemi ve sonrasında Anayasa ve hukuk dışı kararlar alan ve bunları uygulayanları, her türlü sorumluluktan bağışık tutan **beş yasa**, aynı koruma zırhı ile sonuçlanmaktadır: “... **hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.**”¹⁵.

6. ULUSLARARASI SAVRULMALAR

Ulusal alandaki kuralsızlaştırma, kurumsalsızlaştırma, kazanımları değersizleştirme ve sistemsizleştirme, uluslararası savrulmalara da yan-sıdı. Cumhuriyet dönemi dış politikası ve Anayasa'nın amir hükümleri bir

¹⁵ “...karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsa-mında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, gö-rev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.” (Beş ya-sanın tarih ve sayıları: 18.10.16/ 6749 8.11.16/6755; 1.2.18/7071; 5.12.19-7194; 11/11/20- 7256).

yana bırakılarak, kişisel ilişki ve tercihler, kısa dönemli çıkarlar öne çıkarıldı.

- *Yargı kararları*: Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları uygulanmadı; Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından izlenmeye alındı.

- *Yargı önündeki dosyalar*: Birçok dosyadaki tutarsız tavır ve uygulamalar, son olarak İstanbul Başkonsolosluğunda bedeni yok edilen Cemel Kaşıkçı dosyası Suudi Arabistan'a gönderilerek en vahim eşige taşındı.

- *Sözleşmeler*: Kadına yönelik şiddetin yaygınlaştığı bir sırada İstanbul Sözleşmesinden Anayasa'ya açıkça aykırı bir karar ile çıkış ve Paris Anlaşması onaylandığı halde çevresel yağmaya devam, uluslararası kurallara inançsızlığın tipik göstergeleri oldu.

- *Çok başlılık*: Çift başlı yönetime hayır sloganı ile anayasal düzen yıkıldı. Ama dış ilişkileri Cumhurbaşkanı mı, Dış İşleri Bakanı mı, Saray Kurulları mı yoksa CB Sözcüsü mü yönetiyor? Belli değil.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 60. YILI

Anayasa Mahkemesi'nin bütün kararları kesin hüküm niteliğinde olup, "yasama, yürütme ve yargı organlarını, İdare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" (md.153/son).

Artan iş yükü nedeniyle Anayasa Mahkemesi kararlarında gecikme, anayasal yargı denetiminin etkililiği sorununu sürekli gündeme getirmektedir. Kuşkusuz, bireysel başvuru sayısının fazla yüksek oluşu, dosya sayısındaki artışın başlıca nedeni olarak görülebilir. Buna karşılık, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) de, bir tür "paralel yasama" olarak, AYM'nin genel kurul gündemini etkilemiştir. CBK'lerin gereksiz ve torba tarzda olması da, AYM denetimini zorlaştırmaktadır. Benzer şekilde, TBMM tarafından kabul edilen yasaların çok büyük kısmının torba tarzda yapılmış olması da, AYM denetimini zorlaştırıcı ve etkisiz kılıcı bir başka etkidir.

AYM kararlarının etkililiği sorunu, yalnızca çoğu torba tarzda yapılan CBK ve yasaların sayısal fazlalığından kaynaklanmıyor. Bunlara, süre, gündem, sonuç ve saygı sorunu da ekleniyor:

-*Süre bakımından*; AYM, yasalara karşı iptal başvurularını yaklaşık 14-15 ayda sonuçlandırabilmekte; bu süre, CBK dosyalarında daha da uzayabilmektedir.

-*Gündem bakımından*; iptal başvurularını AYM'nin hangi ölçütlere göre sıraladığı belli değildir. Örneğin, AYM, baroların bölünmesini öngören 7247 sayılı yasa üzerinde hızlıca karar verdiği halde, seçim yasasında köklü değişiklikler öngören ve demokratik hukuk devleti bakımından yaşamsal önem taşıyan 7393 sayılı yasa üzerinde kararda neden geciktiği anlaşılır olmaktan uzaktır.

-*Sonuçlar bakımından*; AYM, geç ve az karar vermekte, sayısal olarak az olan iptal kararları da, genellikle "kısmen iptal" tekniği ile verilmekte ve yeniden düzenleme konusunda, TBMM'ye veya Cumhurbaşkanlığına süre tanınmaktadır.

-*Sayı bakımından*; genellikle tanınan süre sonunda düzenleme girişiminde bulunan yasama ve yürütme, AYM kararlarını, yeni düzenlemeye sınırlı ölçüde yansıtmakta veya "AYM kararı gereği düzenleme" adı altında AYM kararını ve haliyle Anayasa'yı ihlal sonucunu doğuran yeni bir düzenleme yapmakta sakınca görmemektedir.

Bireysel başvuru yolunun 10. Yılında nasıl bir değerlendirme yapılabilir?

-*İlk sorun şudur*: Bireysel başvuruda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ölçüt alındığından, başvuru yolu, anayasal haklar bütünü için değil, yalnızca bir bölümü için açılmıştır.

-*İkincisi*, bireysel başvuru, yargı organları bütünü için geçerli adil yargılanma hakkını güvenceleyen bir yasal reformu gerekli kıldığı halde, bu yapılmadığı için, AYM, insan hakları ihlallerini gidermek bakımından tek yargı merciine dönüşme riski ile karşı karşıya gelmiştir.

-*Üçüncü sorun*, bireysel başvuru sonucu verilen kararları emsal karar olarak uygulanmasının yargı organları bütününde yaygınlaşmamış olmasıdır.

-*Dördüncüsü*, bireysel başvuru kararlarının muhatabı olan kimi yargı mercilerinin AYM kararlarının gereklerini yerine getirmeme cüretkarlığıdır.

Daha genel olarak, siyasiler ve özellikle yürütme temsilcileri tarafından Anayasa Mahkemesi'nin sorgulanması, Anayasa'ya saygı sorununun dışavurumu olup, aslında demokratik hukuk devletine inançsızlık göstergesidir.

Bu yaklaşım tarzı, Anayasa Mahkemesi'ne üye belirleme sürecine de damgasını vurmaktadır. Hal böyle olunca, hiç kadın üyesi bulunmayan

Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu hukukçu ve uzman olmayan yargıçlardan oluşmaktadır.

AYM kararları ise, anayasa ve özgürlükler hukuku tekniklerini kullanma bakımından, -bireysel başvuru kararlarında kayda değer açılıma karşın-, norm denetimi kararlarında Avrupa'daki benzerlerine göre, oldukça sınırlı denetim veya kendini sınırlama yaklaşımını yansıtmaktadır.

Kuşkusuz, 60. Yılında AYM'ye özgülenen Anayasa Hukuku Dergisi dosyası, daha ayrıntılı incelemeleri kapsamaktadır. Ancak burada belirtilmesi gereken, anayasal yargı denetimini etkili kılmak için, Anayasa Mahkemesi'ni de demokratik hukuk devleti ereğinde yapılacak Anayasa değişikliğinde yeniden tasarlamaktır.

III. DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ İÇİN...

Bütün bu nedenler, PBDBY kurgusunun beşinci yılında demokratik anayasa ereğindeki çalışmaların meşruluğunu, haklılığını ve ivediliğini teyit etmiş bulunuyor. Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem adıyla 6 siyasi parti tarafından yürütülen anayasa çalışması, demokratik hukuk devleti ekseninde şekillenmektedir.

Cumhur İttifakı, 7393 sayılı yasa ile Nisan 2022'de seçimlere yönelik bir düzenleme yaptı; Mart 2018'de uyum yasaları yerine seçim yasası değişikliğine öncelik tanıdı. Böyle bir düzenleme, *siyasal iktidarın el değiştirmesini yasa yoluyla önleme iradesi* şeklinde de okunabilir.

Bu nedenle, demokratik parlamenter rejim ereğinde yürütülmekte olan çalışmalara geniş ufuklu ve uzun erimli bakma gereği var. Bunlara, sivil toplum örgütlerini, hatta gençleri de katmak gerekir.

Demokratik hukuk devleti savunucuları için 2023 seçimleri, bir tür anayasa oylaması niteliğini de taşımakta; çünkü anayasal hedef, TBMM ve CB seçimlerinde tercih ölçütü olacak.

Devletin kurullar eliyle ve TBMM önünde hesap verebilir bir hükümet tarafından yönetilmesi, anayasal denge ve denetim düzeneklerinin öngörüldüğü, yargı bağımsızlığı ekseninde erkler ayrılığının sağlandığı bir anayasal kurgu, PBDBY kurgusunun beşinci yılında acil ve yaşamsal bir ihtiyaçtır. Demokratik anayasa hedefinin, bölgesel ve uluslararası esin kaynağı potansiyeli de güçlüdür.

İbrahim Ö. Kaboğlu
Nisan 2022.

FOREWORD

CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL COURT

April 2022 marked two important anniversaries in history of Turkish Constitutional Law: 1) The 60th foundation anniversary of the Constitutional Court; 2) The quinquennial of the 2017 constitutional configuration. In this context, it is appropriate to write separate accounts for the Constitutional Court and the Constitution.

The 1961 Constitution established the Turkish Constitutional Court, in line with the European model of centralized constitutional review and inspired by the Constitutional Courts of Austria (1945), Italy (1947) and Germany (1949).

The Constitutional Court began its activities with the enactment of the founding law on 25.04.1962. Therefore, April 25 is celebrated as the founding day of the Constitutional Court.

The European model of constitutional review remained the main framework, despite many changes in Constitutional Court's structure and powers, through several amendments that the 1961 Constitution has been subjected to and its eventual abolition that led the way to the 1982 Constitution.

Since the right to individual application, which was granted in the 2010 constitutional amendment, was put into effect in 2012, we may also take the 2022, as the 10th anniversary of individual application, which merits a separate account.

However, the 2017 constitutional amendment, approved by the April 16 referendum, occupies a separate place in the decades-old tradition of constitutionalism. In this respect, one cannot consider accounts of the 60th anniversary of the establishment of the Constitutional Court and the 10th anniversary of the individual application independently of the 2017 constitutional configuration. Therefore, a realistic account of the quinquennial of the constitutional structure of 2017, may well provide realistic insights for constitutional review in general.

I. THE CONSTITUTIONAL STRUCTURE OF 2017: AN ACCOUNT FOR ITS QUINQUENNIAL

The 2017 Constitutional Amendment abolished the government, collective political decision processes and the rules of political accountability. The constitutional checks and balances mechanisms were eradicated allocating the state powers of representation and the executive to one person. This constitutional configuration, which is unprecedented in the Ottoman-Turkish constitutional and political history, is a serious disruption in the political and democratic evolution process that spanned centuries.

How can we evaluate such a structure in its fifth year, that was as a one-man rule with four-years of actual practice? Turkey's resulting constitutional problems may be summarised under the following heading:

- The dynamics of constitutional amendment.
- Amendments made under the circumstances of the state of emergency (*Olağâynüstü Hal-OHAL*).
- Transitional and harmonization laws.
- Two-Fold Constitutional Structure and *de facto* practices.
- The armor of impunity and a legal vacuum creating some sort of permanent state of emergency.
- The effect of this constitutional structure on international relations.

1. DYNAMICS OF THE AMENDMENTS

The 1982 Constitution was amended many times between 1987 and 2017. The mode of amendments and their consequences may be basically summarised as follows:

- Amendments reinforcing rights and freedoms in pursuit of a democratic constitution were made between 1987-2004.
- Amendments that resulted in the personalization of political power were made between 2007-2017.

In this respect the structure of the 2017 Constitution, which embedded the pursuit of personal power, can be defined as alien to previous civil and political efforts in the Turkish constitutional history. The reasons for the amendments were built on the failed coup attempt of 15 July 2016. The armed coup attempt to overthrow the constitutional order was prevented by the outright reactions of the Turkish Armed

Forces, law enforcement officers and citizens. However, it also paved the way for the 2017 constitutional amendment.

-De-constitutionalization and the confession of the "constitutional offence": "The country is governed in contravention of the laws and the Constitution; thus a crime is committed. The President of the Republic acts as a *de facto* president (of the executive)".¹ These comments, made at the height of the de-constitutionalization process, were the direct impetus for the amendments. De-constitutionalization in the sense of the rulers' failure to abide by the mandatory provisions and violating the prohibitive rules became particularly evident during the Gezi events in 2013 and was instrumental in moving Prime Minister Erdoğan to the position of President.

Coup Attempt and State of Emergency: Although the coup attempt was overpowered on the night of July 15, the State of Emergency (*OHAL*) was put into effect on July 21. The declaration of the state of emergency stirred the debate as to whether the coup attempt was a managed one.

State of Emergency Decrees and the Annexed Lists: The Emergency Decrees (*OHAL KHKs*) were unconstitutional in two main respects:

-The annex lists to the *OHAL KHKs*, which included names of hundreds and thousands of people being dismissed from the public service, were prepared by public officials, but not by the signatories of these *KHKs*.

-Among those who were purged, were thousands of people who were not related to the coup attempt and who fought against religious sects and all illegal organizations. The *OHAL KHKs* were used for political purposes and as means of eliminating pro-democracy human rights defenders from public service.

-The constitutional amendment proposal was prepared by two political parties (*AKP²-MHP*) following the confession of "constitutional offence" and submitted to the parliament on 10 December.

2. THE *OHAL* CONTEXT AND CIRCUMSTANCES

The amendments and referendum were carried out in the *OHAL* context and circumstances, without providing the constitutional right to

¹ Devlet Bahçeli, chairman of the National Movement Party, 16 October 2016.

² Justice and Development Party.

information and free public opinion. This period was dominated by a series of blatant unconstitutionality.

Violation of the secret ballot principle: The amendment proposal, prepared in a non-transparent manner and accompanied an increasingly intense, illegal, and brutal *OHAL* measures, was voted on in the parliament without even observing the secret ballot rule. This amendment proposal was adopted with its 18 articles.

Disproportionate propaganda: Yes and no blocs could not compete on equal terms. Voters could not enjoy their rights to information and there was no free constitutional public opinion.

Unstamped envelopes: The Supreme Board of Elections accepted unstamped envelopes as valid and accepted the yes votes cast in those envelopes in the referendum. This decision spurred the controversy over the legitimacy of the constitutional amendment.

3. THE OBLIGATION REGARDING THE HARMONIZATION LAWS WAS VIOLATED

The *AKP-MHP* alliance, which turned the referendum into a "constitutional plebiscite" by its "survival" rhetoric failed to fulfill its constitutional obligations regarding the transitional period. The relevant article of the Constitution is as follows:

No later than six months after the promulgation of this Act, the Grand National Assembly of Turkey shall adopt the Rules of Procedure and other statutory regulations required by the amendments made by this Act...(Provisional article 21/B)

Harmonization laws were not drafted, while the electoral law was amended: Harmonization laws were not enacted for 16 months, which passed far beyond the 6-month deadline.

The provision of the Constitution regarding elections is as follows: *General election for the 27th legislative term of the Grand National Assembly of Turkey (TGNA) and the presidential election shall be held together on 3/11/2019. (Provisional article 21/B)*

During this time, instead of preparing harmonization laws, *AKP-MHP* alliance first amended the law on elections to lay the necessary legal base for its alliance. Then snap elections were called. The election date, which was fixed as the 3 November 2019, in the Constitution, was changed to 24 June 2018.

Mass Purges: Mass purges continued through the *OHAL KHKs* and after the elections.

Decrees having the force of law (Kanun Hükmünde Kararname-KHK): The new constitutional configuration was developed not by laws, but by the force of hastily enacted *KHKs* and incomplete regulations.

4. TWO-FOLD CONSTITUTIONAL STRUCTURE AND *DE FACTO* PRACTICES

The “constitutional configuration” that came into effect after the June 24, 2018 elections revealed the following two-fold constitutional picture:

-Firstly, there are the provisions regarding the requirements of the ‘democratic state of law’ stipulated in the Preamble and General Principles of the Constitution, but not subject to the 2017 amendment.

-Secondly, there are the provisions of Article 101 and others which were the subject of the 2017 Constitutional Amendment. The main question here is as to whether these amendments are compatible with the principle of ‘democratic state of law’.

-*De facto* situations arise from the political practice. While the President is at the center of the *de facto* situations that challenge this already problematic constitutional order, the legislature and the judiciary could not also remain within the limits of the Constitution in their transactions and decisions.

Executive: Instead of regular National Security Council meetings as regulated by the Constitution, there has been a *de facto* “security summit”. In addition, the Economic and Social Council, another institution regulated by the Constitution, has never had a meeting. These examples show that the current provisions of the Constitution are not followed.

The so-called ‘Government System of the President of the Republic’ has no equivalent in comparative constitutional law. This cannot, therefore, legitimize the anti-constitutional practices of the “Presidency and Executive via Party Leadership”. The President, who has usually carried out his party activities in his Palace, gave political statements in the courtyard of a mosque in front of the presidential seal. He remained active even in the Covid-19 circumstances.

Legislature: Religiously inspired anti-interest argument, was the implied official justification for the legal regulations made under the name

of “currency-protected deposits”. This was indeed against the prohibition of using religion in politics, and was a violation of the constitutional rights of taxpayers and the social state requirements -hence multiple violations of the Constitution.

The GNAT (Grand National Assembly of Turkey) was not able to use its legislative power autonomously, hence it could not be useful for the deliberation processes. Rejecting almost all the investigation proposals of the democratic opposition’s parties (CHP-HDP and the İYİ Party)³, the People’s Alliance (AKP-MHP)⁴ -generally filled the empty seats in the Parliament only during the voting of the laws for their benefit. Law deliberations, which are in the public interest and closely related to the future of the society mostly took place after the TV broadcasting hours. GNATs failure to exercise its legislative power and the use of executive decree powers in the legislative domain resulted in a situation what may be called the “de-legislation”. While the People’s Alliance (AKP-MHP) in the Grand National Assembly of Turkey narrowed the area of legal regulation in favor of Presidential Decrees (CBK), the latter were increasingly used for the matters that should normally be regulated by laws.

Judiciary: The independence and impartiality of the judiciary have been impaired by the constant pressure of the Executive despite the clear provisions of the Constitution to the contrary.

Overall, the Executive threatened to shut down the Constitutional Court and the local courts if they dared to resist its decisions. The highly politicalized judiciary increasingly gave political decisions instead of revealing truth and observing the law. Never in Turkish constitutional history, has the judiciary been under such control of the political will.

Erosion of the rules and degeneration of institutions took center stage. The Turkish Armed Forces’ hierarchical structure was damaged and it saw the dismantling of its many traditional institutions including its schools and hospitals.

There have been unrelenting efforts to turn public schools into the backyard of religious communities and sects via so-called foundations

³ Republican People’s Party (CHP/RPP), Democratic Party of the Peoples (HDP/DPP), the Good Party (İyi Parti).

⁴ Justice and Development Party(AKP/JDP) and Nationalist Movement Party(NMP)

under the auspices of the Palace. Religion, which has been instrumentalized with the aim of obtaining, maintaining, and entrenching political power, was also used as a tool to shape the younger generations and impoverish the society.

5. PERMANENT AND ARBITRARY STATE-OF-EMERGENCY

De facto State of Emergency: While neglecting to take social state precautions and to fulfill medical requirements – such as compulsory vaccination – “The Presidency and Executive Through Party Leadership” (PETPL) did not hesitate to restrict freedoms in ways that could be done in a state of emergency, without declaring it (Art.15).

Permanent Impunity: None of the constitutional justifications suggested for the PETPL came true. The unconstitutional *OHAL* measures and regulations were made permanent. Thus, the link of responsibility between the crimes of the state of emergency and their possible sanctions was permanently cut. Those who took and implemented unlawful decisions and actions during the *OHAL* are now permanently exempted from any **legal, administrative, financial or criminal liability**.

6. DRIFT IN INTERNATIONAL POLITICS

The legal, institutional, and systemic destruction and trivialization of the gains of the Republic were mirrored in a drift in international politics.

Personal relations and preferences and short-term interests were preferred to the foreign policy that has been in place since the foundation of the Republic; and by ignoring the imperative provisions of the Constitution.

Judicial decisions: European Court (ECtHR) decisions were not implemented; the Council of Europe began infringement proceedings against Turkey.

Cases before the judiciary: Inconsistent attitudes and practices in many cases continued. Most seriously, the case of Cemal Khashoggi, whose body was destroyed in the Consulate General of Istanbul, was sent to Saudi Arabia.

International Agreements: The withdrawal from the Istanbul Convention by a clear anti-constitutional decision amidst widespread violence

against women; and the persistence of environmental looting despite the Paris Agreement, were typical signs of Government's cynicism about international law.

Anarchy in International Relations: The constitutional order was destroyed with the slogan "No to double-headed government!" But now it is even more unclear who is in charge of international relations. President? Minister of Foreign Affairs? Councils in the Palace? Presidential Spokesperson? Nobody knows.

II. 60th ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Decisions of the Constitutional Court are definitive and 'shall be binding on the legislative, executive, and judicial organs, on the administrative authorities, and on persons and corporate bodies'(Art.153).

The increasing workload and the ensuing delays in the decisions of the Constitutional Court frequently raise the issue of the effectiveness of constitutional judicial review. Undoubtedly, the high number of individual applications can be considered as the key factor of the increase in the number of cases. On the other hand, Presidential decrees (*CBK for Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*), as a kind of "parallel legislation", also affect the workload of the Constitutional Court's General Assembly.

The fact that CBKs are published without explanatory-justification notes and adopted as omnibus legislation, complicates the task of review by the Constitutional Court. Similarly, the fact that most of the laws passed by the GNAT are adopted as omnibus laws is another factor that complicates and hinders the effectiveness of the Court.

To this, one should also recall the problems regarding the "duration", "agenda", "decisions" and "respect":

As to the duration: The Constitutional Court can adjudicate on applications for annulment of laws in approximately 14-15 months; this period may be longer for the applications against the *CBKs*.

As to the agenda: It is not clear according to which criteria the Constitutional Court orders the applications for annulment of laws. For example, although it quickly decided on law no. 7247, which stipulates the division of bar associations, it is far from clear why it delayed the decision on law no. 7393, which envisages radical changes in the election law and which sparked a debate about the democratic state of law,

particularly in respect of the gerrymandering attempts of the incumbent government.

As to the decisions: The Constitutional Court decides only few cases and with delays. And even when it does make a decision, few are annulment decisions and some include “partial annulment”, a technique that provides a deadline for the parliamentary majority and the President to re-write the law in line with the decision.

As to the respect: The legislature and the executive exploit the deadline period and act only at the very end of it, and they only pay a lip service to the relevant decisions of the Constitutional Court without necessarily observing their essence.

What about an evaluation for the 10th anniversary of the individual application remedy?

The first problem is this: Individual application is accessible only for the rights enumerated in the European Convention on Human Rights (ECHR), excluding the larger rights catalogue of the Turkish Constitution.

-Secondly, although the individual application process dictates a legal reform that guarantees the right to a fair trial to be claimed in front of the courts of all levels, the Constitutional Court has become the sole judicial authority in terms of resolving human rights violations, since the necessary reform remains incomplete.

- The third problem is that the lower-level courts have not formed a habit to use the individual application decisions as binding precedents.

-The fourth problem is that some low-level courts brazenly defy the decisions of the Constitutional Court.

More generally, the occasional questioning of the Constitutional Court by politicians and especially executive representatives reveals the problem of respect for the Constitution, and in fact, is a sign of an absence of belief in the democratic state of law. This attitude also leaves its mark on the process of nominating members to the Constitutional Court. Therefore, the majority of the Constitutional Court, having no female members, is composed of judges with either no legal training or the necessary specialization.

Apart from a limited improvement with the advent of the individual application, the decisions of the Constitutional Court reflect a judicial self-restraint and fall far short of its European counterparts when it comes the norm-control decisions and using the methods of law on freedoms and constitutional law.

Of course, the Constitutional Law Journal Special Issue, dedicated to the Constitutional Court in its 60th year, includes more detailed examinations of these matters.

Suffice here to highlight the need to redesign the Constitutional Court through a constitutional amendment to be made for the purpose of securing the democratic state of law, in order to create a more effective constitutional judicial review.

III. FOR A LAW-BASED DEMOCRATIC STATE

In the fifth year of the PETPL, all these have confirmed the legitimacy and urgency of an endeavor towards a democratic constitution. The constitutional efforts, under the name of “rationalized parliamentarism”, carried out by 6 political parties, is based on the principle of democratic state of law.

The governmental coalition (People's Alliance) made a pact for the elections in April 2022 based on the law No. 7393. In March 2018, it had preferred the amendment of election laws to the harmonization laws. The will to prevent the change of political alternation by abusing the law reveals itself here. For this reason, there is a need to look at the efforts carried out for the democratic parliamentary regime from a broad and long-term perspective. This should include non-governmental organizations and the young population.

For the defenders of the democratic rule of law, the 2023 elections have the nature of a constitutional referendum. The quest for a new constitution will determine preferences in the parliamentary and presidential elections

It is now urgent and essential to create a constitutional structure by which the state is governed by a government accountable before the Grand National Assembly of Turkey, constitutional checks-and-balances mechanisms are provided, and judicial independence is ensured. Such an endeavor for a democratic constitution will most likely become a source of inspiration on both the regional and international level.

İbrahim Ö. Kaboğlu
April 2022

AVANT-PROPOS

LA CONSTITUTION ET LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Le mois d'avril 2022 signifie deux anniversaires importants en termes de droit constitutionnel turc : Le premier, c'est le 60^{ème} anniversaire de l'institution de la Cour constitutionnelle ; et le second fait référence à la 5^{ème} année de la configuration constitutionnelle de 2017.

À cet égard, il conviendrait de faire deux bilans récapitulatifs distincts, un pour la Cour constitutionnelle, et l'autre pour la Constitution.

Les Cours constitutionnelles d'Autriche (1945), d'Italie (1947) et d'Allemagne (1949) ont été la source d'inspiration pour la Cour constitutionnelle turque qui a été instituée par la Constitution de 1961 en suivant le modèle européen de justice constitutionnelle.

Comme la Cour constitutionnelle a commencé à exercer ses fonctions à la suite de la promulgation de la loi fondatrice le 25 avril 1962, cette date est célébrée chaque année comme le jour de l'institution de la Cour constitutionnelle.

Le modèle européen a continué à constituer le cadre général même si des amendements constitutionnels ou, comme en 1982, le renouvellement de la Constitution ont affecté la structure et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

Le droit de recours individuel, qui a été reconnu lors de la révision constitutionnelle de 2010, a été mis en place en 2012. Par conséquent l'année 2022 pourrait également être l'occasion de faire un bilan récapitulatif du 10^{ème} anniversaire de ce recours.

Cependant, l'amendement constitutionnel de 2017, approuvé par le référendum du 16 avril, occupe une place complètement exceptionnelle par rapport à la tradition du constitutionnalisme en place depuis plusieurs décennies. À cet égard, les bilans récapitulatifs du 60^{ème} anniversaire de l'institution de la Cour constitutionnelle et du 10^{ème} anniversaire de l'introduction de la voie de recours individuel ne peuvent être effectués indépendamment de la configuration constitutionnelle de 2017.

C'est pour cette raison que, dans la mesure où le bilan récapitulatif de la 5^{ème} année pourra être fait avec une approche réaliste en prenant en compte l'état du droit constitutionnel turc actuel ainsi que son avenir, on

parviendra également à dégager des solutions réalistes sur la justice constitutionnelle.

I. LE BILAN RECAPITULATIF QUINQUENNAL DE LA CONFIGURATION CONSTITUTIONNELLE DE 2017

La révision constitutionnelle de 2017, qui a supprimé le Gouvernement et le processus de prise décision politique dans le cadre collégial, ainsi que les règles de responsabilité politique et par conséquent les mécanismes constitutionnels de freins et d'équilibres, a réuni les pouvoirs exécutif et de représentation de l'État entre les mains d'une seule personne.

Cette configuration politioco-normative constitue une première dans l'histoire constitutionnelle et politique de l'Empire ottoman-République de Turquie. Elle manifeste notamment une discontinuité et une rupture profondes dans le processus d'évolution politique et démocratique qui a perduré pendant des siècles¹.

À la lumière de sa mise en œuvre depuis quatre ans, comment évaluer dans sa cinquième année la configuration structurée par le pouvoir d'un seul ? Le bilan récapitulatif de la problématique constitutionnelle en Turquie peut être abordé en six sous-parties :

- Les dynamiques de la révision constitutionnelle,
- La révision dans le contexte et les conditions de l'état d'urgence,
- La période de transition et les lois d'harmonisation,
- Le double ordre constitutionnel et les pratiques de facto,
- Le bouclier d'irresponsabilité qui crée un risque d'état d'urgence permanent et une zone hors droit.
- Les répercussions de la configuration constitutionnelle sur les relations internationales.

1. LES DYNAMIQUES DE LA REVISION

La Constitution de 1982 a été modifiée à plusieurs reprises entre les années 1987 et 2017. La perspective de la révision et ses conséquences peuvent être regroupées en deux catégories :

¹ Voir. Loi n° 6271, publiée au Journal officiel du 11 février 2017 et adoptée par le référendum du 16 avril 2017.

-Les révisions qui visent à renforcer les droits et les libertés dans la poursuite d'une constitution démocratique ont été réalisées entre les années 1987 et 2004.

-Les révisions qui ont abouti à la personnalisation du pouvoir politique ont eu lieu entre les années 2007 et 2017.

À cet égard, la configuration constitutionnelle de 2017 qui s'identifie à la recherche du pouvoir personnel peut également être qualifiée d'aliénation du travail civil et politique. Les motifs de la révision s'articulent autour de la tentative de coup d'État manquée du 15 juillet 2016. Cette tentative de coup d'État armé visant à renverser l'ordre constitutionnel a été empêchée par les réactions massives des citoyens et l'intervention des forces de l'ordre et des Forces armées turques ; il n'en reste pas moins qu'elle a également pavé la voie à la révision constitutionnelle de 2017.

*-La déconstitutionnalisation et le "délit de constitution": "Le pays est dirigé de manière à porter atteinte à la loi et à la Constitution, et c'est un délit qui est commis. Le président de la République exerce de facto les fonctions d'un Président."*² Ces constatations qui sont faites lorsque le processus de déconstitutionnalisation avait atteint son sommet, ont constitué la véritable dynamique de la révision. La déconstitutionnalisation dans le sens où les dirigeants ne respectaient pas les dispositions impératives et violaient les règles prohibitives, s'est particulièrement concrétisée lors des événements de Gezi en 2013³ et a joué un rôle déterminant dans l'accession du Premier ministre Erdogan au poste de la présidence de la République.

-La tentative du coup d'État et l'état d'urgence : Bien que la tentative de coup d'État ait été réprimée et donc ait échoué dans la nuit du 15 juillet, l'état d'urgence a été proclamé le 21 juillet. La déclaration de l'état d'urgence a provoqué des discussions sur la question de savoir si certains fonctionnaires de haut niveau –au lieu d'alerter les responsables

² Président du Parti du mouvement national (MHP) D. Bahçeli, 16 octobre 2016.

³ Voir : Cette Revue le numéro 4-2013: « Anayasa Fetişizmi ve Anayasasızlaştırma İkilemi/ The dilemma constitutional Fetishism and de-constitutionalization/ Dilemme entre fétichisme constitutionnel et 'déconstitutionnalisation' », (Sunuş/Foreword/avant-propos), p.7-16.

politiques- se sont permis de rester comme spectateur face à la tentative de coup d'État⁴.

-Les décrets-lois de l'état d'urgence et les listes des annexes : Les décrets-lois de l'état d'urgence n'étaient pas conformes à la Constitution, en particulier du fait de deux aspects suivants :

-Les tableaux annexés au décret-loi de l'état d'urgence qui comportaient les noms de centaines et de milliers de personnes démiés de leurs fonctions publiques étaient préparés par des fonctionnaires, et non par les membres du Gouvernement qui avaient signé le décret-loi en question⁵.

-Parmi ceux qui ont été limogés, on comptait des milliers de personnes qui n'avaient aucun lien avec la tentative de coup d'État et qui de surcroît se sont battues contre les confréries religieuses ainsi que toutes les structures illicites. Le décret-loi de l'état d'urgence a été donc utilisé à des fins purement politiques et instrumentalisé dans l'objectif inavoué de démettre de la fonction publique les défenseurs des droits de l'homme qui prônaient la société démocratique.

Après avoir avoué le "délict de constitution", la proposition de révision constitutionnelle a été préparée sous l'égide du Parti de justice et de développement (AKP) et du Parti du mouvement national (MHP). Par la

⁴ Parmi les attitudes et les actions qui légitiment la discussion, les quatre faits suivants sont à noter :

-Le sous-secrétaire de l'Organisation nationale du renseignement (MIT), qui s'est rendu à l'État-major général des forces armées turques le 15 juillet à 14 heures pour l'informer de la tentative de coup d'État, n'a pas démenti l'allégation selon laquelle il aurait dîné avec le président des Affaires religieuses et un dissident syrien.

- La nuit du 15 juillet, pourquoi le président de la République Erdoğan a déclaré que « Ce mouvement est une grande bénédiction d'Allah pour nous » ?

-Les purges massives de la fonction publique à partir du matin du 16 juillet ne sont-elles pas le signe que les listes étaient déjà préparées à l'avance ?

-La Commission parlementaire, qui a été créée pour enquêter sur la tentative du coup d'État du 15 juillet, n'a pas convoqué le chef d'État-major général et le sous-secrétaire de l'Organisation nationale du renseignement (MIT) à témoigner: elle a laissé les suites du rapport obscures.

⁵ « Nous ne pouvons pas vérifier les milliers de listes qui nous sont soumises et savoir s'il y a une erreur ou pas » (Le Premier ministre B. Yıldırım, 22 février 2017).

suite, elle a été présentée le 10 décembre à la présidence de la Grande Assemblée nationale de Turquie⁶.

2. LE CONTEXTE ET LES CONDITIONS DE L'ETAT D'URGENCE

La révision et son approbation par le référendum, entamées dans le contexte et les conditions de l'état d'urgence, sans garantir le droit constitutionnel d'accès à l'information et en l'absence d'une opinion publique libre, ont par ailleurs ont été accompagnées d'une série de violations flagrantes de la Constitution.

La violation du secret du vote : La proposition de révision a été préparée de manière non transparente lorsque les pratiques illicites et les plus brutales de l'état d'urgence avaient atteint leur paroxysme. Elle a été votée à la Grande Assemblée nationale sans même respecter le secret du vote et par la suite adoptée sous forme de 18 articles⁷.

La propagande disproportionnée : Les camps du "oui" et du "non" n'ont pas pu participer sur un pied d'égalité à la compétition en termes d'opportunités et de possibilités ; les électeurs n'ont pas pu jouir de leur droit d'accès à l'information et par conséquent, une opinion publique constitutionnelle libre n'a pas pu se former⁸.

Les votes sans tampon officiel : Le Conseil électoral supérieur, en jugeant comme valides les enveloppes et les bulletins de vote du "oui" utilisés lors du référendum du 17 avril et qui ne comportaient pas le tampon officiel, a accentué le débat sur la légitimité de la révision constitutionnelle⁹.

⁶ Le Premier ministre B. Yıldırım a utilisé le titre de président du Parti de justice et de développement (AKP) dans la lettre de dépôt de la proposition à la Grande Assemblée nationale de Turquie.

⁷ 9-21 janvier ; J. O. 11 février 2017.

⁸ Le limogeage de milliers de membres du corps professoral d'une manière à faire un massacre du savoir, visait à entraver le droit constitutionnel à l'information.

⁹ Pour l'opinion selon laquelle les votes exprimés dans des enveloppes sans tampon officiel ou avec le tampon du « oui » ne sont pas valides voir. Sami Selçuk, 16 Nisan 2017 Halkoylaşmasına İlişkin Bilimsel Görüş, CHP Yayınları, 2017, Ankara.

3. L'OBLIGATION DES LOIS D'HARMONISATION N'A PAS ÉTÉ REMPLIE

L'alliance Parti de justice et de développement (AKP) - Parti du mouvement national (MHP), en transformant le référendum en "plébiscite constitutionnel" avec la rhétorique de "survie de l'État", n'a pas rempli ses obligations de période de transition progressive¹⁰ qui découlaient des dispositions légales. L'article pertinent de la Constitution est le suivant :

“Dans un délai de six mois au plus tard à compter de la date de publication de la présente loi, la Grande Assemblée nationale de Turquie effectue dans le Règlement intérieur de l'Assemblée et les autres dispositions légales, les modifications requises par les modifications apportées par la présente loi [...]” (Article provisoire 21/B).

Les lois d'harmonisation n'ont pas été élaborées, la loi électorale a été modifiée : Les lois d'harmonisation n'ont pas été élaborées en 16 mois, sans parler des 6 mois prévus initialement.

La disposition de la Constitution relative aux élections était la suivante : *“Les élections législatives pour la 27e législature de la Grande Assemblée nationale de Turquie et l'élection présidentielle se tiennent ensemble le 3/11/2019”* (Loi provisoire 21/A).

Au cours de cette période, au lieu de préparer les lois d'harmonisation, le Parti de justice et de développement (AKP) et le Parti du mouvement national (MHP) ont pris le soin de modifier d'abord la loi électorale en élaborant le système des alliances ; pour ensuite prendre la décision de procéder aux élections. La date des élections, qui était prévue le 3 novembre 2019 dans la Constitution, a été avancée au 24 juin 2018.

Les purges massives se sont poursuivies : Les “*purges massives*” intervenues par les décrets-lois de l'état d'urgence se sont également poursuivies après les élections¹¹.

¹⁰ Le président de la République a repris ses fonctions en tant que président du Parti de la justice et du développement (AKP), dont il était le chef avant d'être élu président de la République. La présidence du parti a ajouté une dimension de facto à la disposition (art.104 C) selon laquelle « Le président de la République est le chef de l'État. Le pouvoir exécutif appartient au président de la République » : « Le cumul des Fonctions du Chef d'Etat et de l'Exécutif par le biais de Présidence du Parti" (CFCEPP)

¹¹ Avec le décret-loi n° 701 promulgué le 8 juillet 2018 dans le cadre de l'état d'urgence, au total 18 632 membres du personnel ont été démis de leurs fonctions.

Les décrets-lois : La nouvelle configuration constitutionnelle a été mise en vigueur non pas par des lois, mais par l'intermédiaire de décrets-lois rapidement promulgués et des dispositions incomplètes¹².

4. LE DOUBLE ORDRE CONSTITUTIONNEL ET LA PRATIQUE DE FACTO

La "configuration constitutionnelle", entrée en vigueur à la suite des élections du 24 juin 2018, a principalement donné lieu au double cadre constitutionnel suivant :

-Le premier se rapporte, quoiqu'elles ne constituent pas l'objet de la révision de 2017, aux dispositions concernant les exigences d'un "État de droit démocratique" prévues dans le Préambule et les Principes généraux de la Constitution.

-Le second englobe les dispositions – les articles 101 et suivants – qui font l'objet de la révision constitutionnelle de 2017 mais dont la compatibilité avec un "État de droit démocratique" est controversée.

-Les situations de facto, en revanche, découlent de l'application : Bien que le président de la République soit au centre des situations de facto qui échappent même au double ordre constitutionnel, s'agissant de leurs actions et décisions, le législatif et le judiciaire n'ont pas pu non plus rester dans le cadre de la Constitution.

-*L'exécutif* : Bien que l'apparence d'une réunion du cabinet de ministres inexistant ou celle du conseil des ministres complètement supprimé soit créée, des sommets de facto sur la sécurité en lieu et place du Conseil national de sécurité ou le fait que le Conseil économique et social ne se soit jamais réuni, attestent de la méconnaissance des dispositions de la Constitution.

Le système gouvernemental présidentiel, en tant qu'une qualification qui n'a pas d'équivalence au niveau constitutionnel, ne peut avoir pour fonction de légitimer le **Cumul des Fonctions du Chef d'État et de l'Exécutif par le biais de Présidence du Parti (CFCEPP)** et les pratiques inconstitutionnelles de l'exécutif. Le président de la République, qui exerce d'habitude depuis le Palais¹³, ses fonctions liées à son parti, a

¹² Décret-loi portant modification de certains lois et décrets-lois afin d'harmonisation avec les modifications apportées à la Constitution (Décret-loi n° 703 ; J. O. : 9 juillet 2018-30473).

¹³ Le Palais présidentiel, le siège officiel de la présidence de la République turque.

poursuivi ses déclarations politiques devant la cour de la mosquée avec le sceau présidentiel turc, même dans le contexte et les conditions de Covid-19.

-Le législatif : L'hostilité au taux d'intérêt fondée sur la croyance religieuse par l'Exécutif, a constitué la justification formelle qui ne dit pas son nom des dispositions légales¹⁴, présentées comme une mesure qui garantissait que les rendements des dépôts libellés en livres ne seraient pas inférieurs aux taux d'intérêt bancaires. Une telle mesure va à l'encontre de l'interdiction d'exploitation de la religion à des fins politiques, des droits constitutionnels des contribuables et des exigences de l'État social et enfin constitue une violation multidimensionnelle de la Constitution.

La Grande Assemblée nationale de Turquie, qui ne pouvait pas exercer son pouvoir législatif de manière autonome, n'a pas pu non plus conduire le processus de délibération. Rejetant presque toutes les résolutions d'enquêtes parlementaires à l'initiative du Parti républicain du peuple (CHP) et du Parti démocratique des peuples (HDP) ainsi que du Bon Parti, le Parti de justice et de développement (AKP) et le Parti du mouvement national (MHP) ont souvent occupé les sièges vacants au Parlement lors des votes ; les débats législatifs qui étaient d'intérêt public et étroitement liés à l'avenir du peuple, ont principalement eu lieu après la fin de la retransmission télévisée des débats parlementaires. Le phénomène de **délégation** pendant la 27^e législature est le résultat de la réticence du Parlement à exercer son pouvoir législatif et de l'intervention de l'exécutif dans le domaine de la loi. Autrement dit, lorsque la majorité de l'Alliance républicaine (AKP-MHP) à la Grande Assemblée nationale de Turquie a restreint le domaine de la loi au profit des décrets présidentiels, ces derniers ont réglementé davantage dans le champ de compétence accordé au pouvoir législatif.

-Le judiciaire : Malgré les dispositions claires de la Constitution, l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire ont été sapées par la pression constante de l'exécutif. Le pouvoir judiciaire a eu l'audace de ne pas respecter la décision de la Cour constitutionnelle qui était sous la menace constante de dissolution par l'exécutif. Le système judiciaire devenu partisan, a élargi son éventail de décisions politiques au détriment de l'application de la loi et de la révélation de la vérité. Jamais, dans

¹⁴ N° 7351 (19.1.2022) et n° 7352 (25.2.2022).

aucune période d'évolution constitutionnelle, le pouvoir judiciaire n'était placé sous une tutelle pareille de la volonté politique.

D'une manière plus générale, les **règles ont été compromises et les institutions se sont dégradées** : l'organisation hiérarchique des forces armées turques, dont les institutions traditionnelles, des écoles aux hôpitaux, ont été dissoutes, a également été réduite à néant. Les activités visant à transformer les écoles publiques en arrière-cour des confréries et des sectes par le biais de fondations sous les auspices du Palais ne se sont pas atténuées. La religion, qui a été instrumentalisée dans le but d'acquiescer, de maintenir et de ne pas abandonner le pouvoir politique, s'est transformée en un outil pour façonner les nouvelles générations et appauvrir le peuple.

5. L'ÉTAT D'URGENCE PERMANENT ET ARBITRAIRE

L'état d'urgence de facto : Afin de minimiser les problèmes de masse causés par la pandémie de Covid-19, le CFCEPP qui s'est abstenu d'appliquer les exigences de l'État social et les contraintes médicales - telles que la vaccination obligatoire - n'a pas hésité à mettre en œuvre les restrictions de libertés prévues pour l'administration de l'état d'urgence (art. 15).

Le statut d'irresponsabilité permanent : Aucune des justifications constitutionnelles avancées pour le CFCEPP ne s'est démontrée ; cependant, en rendant permanentes les mesures et réglementations non constitutionnelles de la période de l'état d'urgence, la volonté de briser le lien de responsabilité entre les délits de la période de l'état d'urgence et les éventuelles sanctions a été rendue permanente. Les **cinq lois** qui exonèrent de toute responsabilité ceux qui prennent et mettent en œuvre des décisions illicites et inconstitutionnelles pendant et après l'état d'urgence, contiennent le même bouclier de protection : «[...] la **responsabilité juridique, administrative, financière et pénale** [...] n'est pas engagée»¹⁵.

¹⁵ « [...] la responsabilité juridique, administrative, financière et pénale des personnes qui prennent des décisions, exécutent des décisions ou des mesures, prennent en charge une fonction dans le cadre de toute mesure judiciaire et administrative ainsi que des personnes qui prennent des décisions et exercent les fonctions dans le cadre des

6. LES DERIVES INTERNATIONALES

La déréglementation, la désinstitutionnalisation, la dévalorisation des acquis et la désystématisation au niveau national se sont également reflétées dans les dérives internationales. En mettant de côté la politique étrangère de la période républicaine et les dispositions impératives de la Constitution, les relations et préférences personnelles, ainsi que les intérêts à court terme ont été priorisés.

-*Les décisions judiciaires* : Les décisions de la Cour européenne (CrEDH) n'ont pas été exécutées ; la Turquie a été placée sous la surveillance du Conseil de l'Europe.

-*Les affaires en cours* : Les attitudes et pratiques incohérentes dans de nombreuses affaires ont été portées au seuil le plus grave. Cela est autant plus visible avec le cas de Jamal Khashoggi dont le corps a été détruit au consulat général d'Istanbul et l'affaire a été renvoyée en Arabie saoudite.

-*Les conventions* : La sortie inconstitutionnelle de la Convention d'Istanbul par une décision manifestement contraire à la Constitution à une époque où la violence contre les femmes s'est amplement répandue et le pillage continu de l'environnement malgré la ratification de l'Accord de Paris, ont constitué les illustrations emblématiques de la méfiance envers les règles internationales.

- *Pluricéphalisme* : Avec le slogan du non au gouvernement bicéphale, l'ordre constitutionnel a été détruit. Mais qui gère les affaires étrangères ? Le président de la République, le ministre des Affaires étrangères, les Conseils du Palais ou le porte-parole du président de la République ; la question reste en suspens.

II. Le 60ème ANNIVERSAIRE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

“Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont immédiatement publiés au Journal officiel et lient les organes du législatif, de l'exécutif et du

décrets-lois promulgués pendant l'état d'urgence, n'est pas engagée en raison de ces décisions, fonctions et actes. » (Les dates et les numéros des cinq lois : 18.10.16/ 6749 8.11.16/6755; 1.2.18/7071; 5.12.19-7194; 11/11/20- 7256).

judiciaire ainsi que les autorités administratives et les personnes physiques et morales” (article 153 § 6).

Le retard dans les décisions de la Cour constitutionnelle qui se manifeste en raison de l'augmentation de la charge de travail de la Cour pose constamment la question de l'effectivité de la justice constitutionnelle. Sans aucun doute, le nombre élevé de recours individuels peut être considéré comme le principal facteur de l'augmentation du nombre d'affaires. D'autre part, les décrets présidentiels (*CBK*), qui peuvent être qualifiés de “législation parallèle”, ont également affecté l'ordre du jour de l'assemblée générale de la Cour constitutionnelle. Le fait que les décrets présidentiels soient sans motif et adoptés par une loi omnibus rend également plus compliqué le contrôle de la Cour constitutionnelle. De même, le fait que la plupart des lois adoptées par la Grande Assemblée nationale de Turquie aient été préparées sous forme de loi omnibus constitue un autre élément qui rend ineffetif et plus difficile le contrôle effectué par la Cour constitutionnelle.

Le problème de l'effectivité des arrêts de la Cour constitutionnelle n'est pas seulement dû au nombre élevé des décrets présidentiels et de lois, dont la plupart sont adoptés par une loi omnibus. À ces éléments s'ajoutent aussi la question de la durée, de l'agenda, des conséquences et du respect :

-*En termes de durée* ; La Cour constitutionnelle peut statuer sur les recours en annulation pour inconstitutionnalité dans environ 14 à 15 mois ; ce délai pouvant être plus long s'agissant des décrets présidentiels.

-*En termes d'agenda* ; Les critères selon lesquels la Cour constitutionnelle classe les recours en annulation pour inconstitutionnalité ne sont pas bien déterminés. Par exemple, bien qu'elle se soit rapidement prononcée sur la loi n° 7247, qui prévoit la scission des barreaux, personne n'arrive à expliquer pourquoi elle a pris son temps concernant la décision sur la loi n° 7393, qui apporte des changements radicaux dans la loi électorale et est vitale pour l'État de droit démocratique.

-*En termes de conséquences* : La Cour constitutionnelle rend des décisions tardives et peu nombreuses, et les décisions d'annulation, qui sont d'ailleurs rares, sont généralement prises avec la technique de “l'annulation partielle de la décision”, et quand elle accorde un délais pour combler “le vide juridique entraîné par l'arrêt d'annulation”, l'Assemblée nationale légifère en général au dernier moment pour une nouvelle

réglementation minimum et souvent controversée du point de vue de la constitutionnalité.

-En termes du respect : Le législatif et l'exécutif, qui généralement prennent l'initiative d'une nouvelle réglementation à la fin du délai imparti, reflètent que d'une manière très limitée les décisions de la Cour constitutionnelle dans la nouvelle réglementation ou bien ne voient aucun inconvénient à adopter des réglementations intitulées "révision en vertu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle" qui entraînent une violation de la décision de la Cour constitutionnelle et par conséquent, de la Constitution elle-même.

Comment faire une évaluation à l'occasion du 10^{ème} anniversaire du recours individuel ?

-Le premier problème est le suivant : Puisque la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est prise comme référence principale, le recours individuel a été mis en place concernant uniquement une partie des droits constitutionnels, et ne peut porter sur l'ensemble de ces droits.

-En deuxième lieu, bien que le recours individuel nécessite une réforme juridique qui garantirait le droit à un procès équitable qui serait respecté par tous les organes judiciaires, comme une telle réforme n'a pas été réalisée, la Cour constitutionnelle est devenue la seule autorité judiciaire en matière de résolution des violations des droits de l'homme.

-Le troisième problème réside dans le fait que l'exécution des décisions rendues à la suite des recours individuels en tant que précédent juridique ne s'est pas généralisée au sein des organes judiciaires.

-En quatrième lieu, il convient de mentionner l'audace de certaines autorités judiciaires, destinataires des décisions de recours individuelles, de ne pas satisfaire aux exigences des décisions de la Cour constitutionnelle.

Plus généralement, la remise en cause de la Cour constitutionnelle par des politiciens et surtout des représentants de l'exécutif est l'expression de la problématique du respect de la Constitution, et constitue une manifestation de défiance à l'égard de l'État de droit démocratique.

Cette approche marque également de son empreinte le processus de nomination des membres de la Cour constitutionnelle. Ainsi, la majorité des membres de la Cour constitutionnelle, qui ne compte d'ailleurs aucune femme, est composée de juges qui ne sont ni des juristes ni des spécialistes

dans leurs domaines. Les décisions de la Cour constitutionnelle, en revanche, traduisent, en termes d'utilisation des techniques du droit constitutionnel et des libertés fondamentales, l'approche d'un contrôle très limité ou d'une retenue judiciaire assez accentuée – malgré l'observation d'une avancée considérable dans les décisions relatives aux recours individuels – par rapport à leurs homologues européens en ce qui concerne le contrôle des normes.

Sans aucun doute, le dossier de la Revue de droit constitutionnel, consacré à la Cour constitutionnelle à l'occasion de son 60^{ème} anniversaire comprend des analyses plus détaillées. Cependant, ce qu'il convient d'énoncer ici, afin de rendre effective la justice constitutionnelle, c'est de reconcevoir aussi la Cour constitutionnelle dans le prochain amendement constitutionnel qui sera apporté dans la lignée d'un État de droit démocratique.

III. POUR UN ETAT DE DROIT DEMOCRATIQUE...

En cette cinquième année de l'instauration du CFCEPP tous ces motifs confirment la légitimité, la justification et l'urgence des efforts vers une constitution démocratique. Le travail constitutionnel sous le nom de «système parlementaire»¹⁶ mené par 6 partis politiques est axé sur l'État de droit démocratique.

L'Alliance républicaine a adopté en avril 2022 par la loi n° 7393 des nouvelles dispositions pour les élections à venir. En mars 2018, elle avait privilégié la modification de la loi électorale au détriment des lois d'harmonisation. La *volonté d'entraver par la voie légale de l'alternance politique*, est revenue au premier plan.

Pour cette raison, il est nécessaire d'examiner le travail mené pour le régime parlementaire démocratique dans une perspective large et à long terme.

Pour les défenseurs de l'État de droit démocratique, les élections de 2023 possèdent aussi les caractéristiques d'une approbation de la constitution ; car l'objectif constitutionnel sera le critère de choix aux élections législatives et présidentielles.

Une structure constitutionnelle dans laquelle l'État est gouverné par des conseils et par le gouvernement responsable devant la Grande

¹⁶ En fait, il s'agit du parlementarisme rationnalisé.

XXXIV

Assemblée nationale de Turquie, les mécanismes constitutionnels de freins et d'équilibres sont envisagés et la séparation des pouvoirs est assurée sur l'axe de l'indépendance judiciaire, est un besoin urgent et vital en cinquième année de CFCEEPP.

Le potentiel pour l'objectif d'une constitution démocratique d'être une inspiration régionale et internationale, est également fort.

İbrahim Ö. Kaboğlu

Avril 2022.

